

**İstanbul
Hukuk
Mecmuası**

İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt/Volume: 78 • Sayı/Number: 3 • Eylül/September 2020

ISSN: 2636-7734 • E-ISSN: 2667-6974 • DOI: 10.26650/mecmua

İstanbul Hukuk Mecmuası İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını olup uluslararası indekslerde taranan ve hakemli bir dergidir. Yayımlanan makalelerin sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir.

Istanbul Law Review is the peer-reviewed, international journal of the Istanbul University Faculty of Law. Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Dergi Hakkında/About the Journal

Eski Adı/Former Name

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (1916-2017)

ISSN: 2636 - 7734 Son Sayı/Latest Issue Aralık 2017 - Sayı 75/2

Yeni Adı/New Name

İstanbul Hukuk Mecmuası (Haziran 2018 -)

ISSN: 2636-7734 İlk Sayı/First Issue: Cilt: 76 Sayı: 1

Yayın Sahibi/Owner

İstanbul Üniversitesi/Istanbul University

Yayın Sahibi Temsilcisi /Owner's Representative

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Ömer Ekmekçi

Sorumlu Müdür/Responsible Director

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Rektörü

Prof. Dr. Halil Akkanat

YAYIN KURULU/EDITORIAL MANAGEMENT

Baş Editörler/Editors-in-Chief

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen

Prof. Dr. Ali Paşlı

Yardımcı Editörler/Co-Editors

Arş. Gör. Mustafa Ahioğlu, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Arş. Gör. Ahmet Özsoy, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Arş. Gör. Elif Beyza Akkanat Öztürk, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Vedat Buz, Bilkent Üniversitesi, Ankara

Prof. Dr. Nuray Ekşi, Özyeğin Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. Fethi Gedikli, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. Serap Helvacı, Marmara Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. İsmail Kırca, TOBB Ekonomi Üniversitesi, Ankara

Prof. Dr. İzzet Özgenç, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul

Prof. Dr. M. Fatih Uşan, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara

Prof. Dr. Carsten Gerner-Beuerle, University College London, United Kingdom

Doç. Dr. Ivana Bajakić, University of Zagreb, Croatia

İngilizce Dil Editörleri/English Language Editors
Alan James Newson, İstanbul Üniversitesi, İstanbul
Elizabeth Mary Earl, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Yönetim Yeri/Head Office
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Dili/Language
Türkçe, İngilizce/Turkish, English

Yayın Periyodu/Publishing Period
Yılda dört defa yayınlanır (Mart, Haziran, Eylül, Aralık)
Published four times a year (March, June, September, December)

Tarandığı Endeksler/Indexed by
Emerging Sources Citation Index (ESCI / Web of Science 'WOS')
ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi)
Ulusal Hukuk Veritabanı

Yayın Türü/Type of Publication
Yaygın Süreli/Periodical

Baskı ve Cilt/Printing Office
Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul
Tel: +90 (212) 269 30 00
Sertifika No: 20179
Basımı ve dağıtımını On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından yürütülmüştür.



Yayıncı / Publisher
İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press
İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,
Fatih / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00

İletişim/Correspondence
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 34116 Beyazıt/İstanbul e-posta: hukuk_dekan@istanbul.edu.tr
"http://www.istanbul.edu.tr/" www.istanbul.edu.tr/hukuk
Tel: +90 (212) 440 01 05 **Fax:** +90 (212) 512 41 35

Web: <http://mecmua.istanbul.edu.tr/> / www.dergipark.gov.tr/iuhfm
Elektronik posta: ilr@istanbul.edu.tr / iuhfdergiler@istanbul.edu.tr

MAKALELER ARTICLES

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/Research article

- 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da
Öngörülen Mülki Amir Tarafından Verilecek Koruyucu Tedbirler
Protection Orders of Administrative Authorities Regulated Under Law No. 6284 on
the Protection of Family and Prevention of Violence against Women 1139
Cansu Kaya Kızıllırmak

Araştırma makalesi/Research article

- Belgesay Kürsüsünün 1937-1938 Ders Yılı Medeni Usul Hukuku Dersleri:
Özellikle İkrar ve Kesin Hüküm Takrirleri
The Courses of Belgesay Chair on the Law of Civil Procedure in the Academic
Year of 1937-1938 with special reference to the lectures regarding
admission and res judicata 1169
Ali Cem Budak

Araştırma makalesi/Research article

- Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği-Dijital Platformların
Ortaya Çıkardığı Hukuki İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi
Industry 4.0, Digitalization and Future of Labor Law-Evaluation in
the Framework of Legal Relations Revealed by Digital Platforms 1209
Dilek Dulay Yangın

Araştırma makalesi/Research article

- Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri
Effects of Concordat on the Suretyship 1239
Levent Börü, Şafak Parlak Börü

Araştırma makalesi/Research article

- Manevî Hakların Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kullanılması:
FSEK Madde 19 Üzerine Bir Tedkik
Exercise of Moral Rights in a Copyrighted Work of Author after His Death:
An Examination on Article 19 of Turkish Copyright Code 1279
Mustafa Ateş

Araştırma makalesi/Research article

- Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının İptalinde
İrade Serbestisinin Sınırları
Limits of Party-Autonomy in Annulment Proceedings in Commercial Arbitration 1323
Özlem Canbeldek Akın

Araştırma makalesi/Research article

- Mücbir Sebeplerin Banka Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesine Etkisi
Impact of Force Majeure on Liquidation of Letters of Guarantee 1351
Faruk Acar, Eyüp Kul

Araştırma makalesi/Research article

- Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Cape
Town Konvansiyonu ve Bu Konvansiyona Ek Protokoller
Cape Town Convention on International Interests in Mobile
Equipment and its Additional Protocols 1387
Nuray Ekşi

Araştırma makalesi/Research article

Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca

Üreticinin Sorumluluğu

Producer's Liability under the Product Safety and Technical

Regulations Law (PSTRL)..... 1413

Erhan Kanişlı

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma makalesi/Research article

Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve

Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza

Two Aspects of Consent in Criminal Law: Consent, Which Prevents the

Typical Act and Consent, which is the Justification 1469

Muhammed Demirel

Araştırma makalesi/Research article

Ceza Muhakemesinde Sanığın Yokluğunda Duruşma

The Hearing in the Absence of the Accused in Criminal Procedures 1525

Erkan Sarıtış

Araştırma makalesi/Research article

Dede Cöngü'nün Siyasetü's-Şer'iyesi'nin Ceza Hukuku Değeri

The Criminal Law Value of Al-Siyasa Al-Shar'iyah of Dede Cöngü..... 1593

Mustafa Ünal

Araştırma makalesi/Research article

Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye ve İlk Parliamentonun Ön

Hazırlayıcısı Olma İşlevi

Supreme Council of Judicial Ordinance (Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye)

and Its Function of Being Preliminary to the First Parliament..... 1635

Ömer Gedik, Ceyhan Öz

Araştırma makalesi/Research article

Normatif Hukuki Pozitivizm ve Kapsam Sorunu: Uluslararası Hukuk Örneği

Normative Legal Positivism and the Problem of Scope: 'International Law' Example 1657

Abdullah Ada

Araştırma makalesi/Research article

Tehlike Suçları Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya

Aşağılama Suçları (TCK m 216)

The Crimes of Provoking People to Hatred and Hostility or Contempt

within the Context of Danger Crimes (TCC Art 216) 1675

Elif Ergüne

EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Türk hukuk camiasına sunduğu en önemli katkılardan biri ve ülkemizin varlığını sürdüren en eski hukuk dergisi olan İstanbul Hukuk Mecmuası'nın 2020/3 sayısını sizlerle buluşturmanın mutluluğunu yaşıyoruz.

Dünyadaki ilk belirtileri ortaya çıktığından bu yana bir yıla yakın bir zamanın geçmesine rağmen hâlen kesin tedavisi bulunamayan COVID-19 küresel salgını, hayatımızı ve dolayısıyla hukuk düzenini de etkilemeye devam etmektedir. İstanbul Hukuk Mecmuası olarak, bu salgının etkilerinin incelenmesine yönelik hukuk camiasının üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmek amacıyla 2020 yılındaki ikinci sayımızı, “küresel salgının ulusal ve/veya uluslararası hukuka etkileri” konusuna özgüleyerek yayınlamış bulunmaktayız. İşbu üçüncü sayımız, ikinci sayının özelliği gereği ötelenmiş ve bu aya kalmıştır. Yaşanan bu gecikme sebebiyle tüm yazarlarımızdan ve okuyucularımızdan özür diliyoruz. Dördüncü sayının bir an önce çıkarılması suretiyle açığı kapatabileceğimize inanıyoruz. Mecmuamızın ilk defa bu yıl -bir yıl içerisinde- ikiden fazla sayıda çıktığı da göz önüne alındığında makul mazeretimizin anlayışla karşılanacağını umut ediyoruz.

Bilmekteyiz ki hukuk, sürekli bir değişim ve gelişim hâlinde bulunan, sosyal hayattan bağımsız şekilde değerlendirmenin ve durağanlaştırmanın mümkün olmadığı bir disiplindir. İşte bu nedenle, her ne kadar küresel salgının çalışmayı ve üretmeyi zorlaştırdığı bir dönemde bulunuyor olsak da, İstanbul Hukuk Mecmuası olarak hukukun ihtiyaç duyduğu devamlılığı ve modern dünya ile entegrasyonu en üst düzeyde sağlamak adına uluslararası geçerliliği olan bilimsel çalışmalarını yayımlamak, öncelikli hedefimiz olacaktır.

Dergimizin bu sayısı da -geleneğe uygun bir şekilde- özel hukuk ve kamu hukuku ana başlıkları altında tasnif edilmiş birbirinden değerli on beş makale içermektedir. Dergimizde yalnızca İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mensuplarının değil, yurt içinden ve dışından diğer birçok değerli akademisyenin ve uygulayıcının çalışmalarının gün ışığına çıkartılması için çaba sarf edilmiştir. Bu bağlamda daha önceki sayılarda benimsemiş olduğumuz genişletilmiş İngilizce özet kısmına makalelerde yer verilmiş, ayrıca ilk defa 2019/1 sayısında benimseyeceğimizi duyurduğumuz OSCOLA atıf kurallarına, bu sayımızda da riayet edilmiştir. Bundan sonraki sayılarda da OSCOLA atıf kurallarına ve diğer yayın ilkelerimize göre uyarlanmış Türkçe ve İngilizce makaleler kabul edilmeye ve yayımlanmaya devam edilecektir.

Büyük bir kıvançla belirtmekteyiz ki dergimizde akademik çalışma yayımlamaya yönelik talep her sayımızda daha da artmaktadır. Gerek bu talebin karşılanabilmesi gerek dergimize yayımlanması için gönderilen çalışmaların mümkün olduğunca güncel bir şekilde okuyucuyla buluşabilmesi adına yılın her bir çeyreğinde olmak üzere senede dört sayı olarak yayına çıkma uygulamasına devam etmekteyiz. Bu kapsamda, gelecek sayılarımızın da en kısa sürede siz değerli okuyucularımızla buluşacaklarını müjdelemek isteriz.

COVID-19 Küresel Salgını'nın ülkemizi ve dünyamızı etkisi altına aldığı ve bizleri "yeni normal" ile tanıştırdığı şu günlerde, dergimizin yayımlanabilmesi için ciddi bir uğraş veren editör ekibine ve bu sayıda hakemlik görevini gerçekleştiren Fakülte bünyesi içindeki ve dışındaki tüm akademisyenlere/hukukçulara teşekkür ediyoruz. Nihayet dergimizin işbu sayısına çok değerli yazıları ile katkı veren tüm yazarlara samimi desteklerinden ötürü şükranlarımızı sunuyoruz. Bir sonraki sayıda, sağlıklı görüşmek dileğiyle.

İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri

Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN

Prof. Dr. Ali PASLI



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 16.04.2020
Revizyon Talebi: 31.05.2020
Son Revizyon: 01.07.2020
Kabul: 25.10.2020

6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da Öngörülen Mülki Amir Tarafından Verilecek Koruyucu Tedbirler

Cansu Kaya Kızılırmak*

Öz

Kadına karşı şiddetle mücadelede Türk hukukunda önemli bir yere sahip olan 6284 sayılı Kanun'da, şiddet mağdurlarının korunması amacıyla bir kısım koruyucu ve önleyici tedbirler öngörülmüştür. Tedbirin türüne göre bu tedbirlere karar vermeye, hakim ve mülki amirler yetkili kılınmıştır. Mülki amir tarafından verilebilecek koruyucu tedbirler; uygun barınma yeri sağlanması, geçici maddi yardım, rehberlik ve danışmanlık hizmeti, geçici koruma altına alınma ve kreş imkanının sağlanmasıdır. Ne var ki tedbirlere ilişkin hukuki düzenlemelerdeki sorunlar, ayrıca uygulamada yaşanan aksaklıklar, bunlar ile amaçlanan hedefin yerine getirilmesine engel olabilmektedir. Dolayısıyla, bu tedbirler ile amaçlanan hedefin elde edilmesinde, tedbire karar vermeye yetkili mercilere ve tedbiri uygulayan yetkililere büyük görev düşer. Amaçlanan önleme ve korumanın gerçek anlamda temin edilebilmesi için, Kanun'un amaç, kapsam ve içeriği ve ayrıca İstanbul Sözleşmesi'nin ilgili hükümlerinin dikkate alınması gerekir. Bu sebeple çalışmada, mülki amir tarafından verilebilecek olan koruyucu tedbirlere ilişkin düzenlemelere, bunlara ilişkin uygulama esaslarına, İstanbul Sözleşmesi'nin ilgili hükümlerine ve uygulamada yaşanan sorunlara ilişkin değerlendirme ve çözüm önerilerine yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler

6284 sayılı Kanun, İstanbul sözleşmesi, Kadına karşı şiddet, Ev içi şiddet, Koruyucu tedbirler, Mülki amir, Sığınma evi, Geçici maddi yardım, Rehberlik ve danışmanlık, Geçici koruma, Kreş imkanı

Protection Orders of Administrative Authorities Regulated Under Law No. 6284 on the Protection of Family and Prevention of Violence against Women

Abstract

Law No. 6284, which is the primary source in Turkish law in preventing and combating violence against women, regulates different types of restraining and protection orders for the protection of victims of violence. The law separately regulates different types of protection orders of judicial and administrative authorities, and the protection orders that can be granted by the administrative authorities include providing proper housing/relocating to a woman's shelter, temporary financial assistance, guidance, and counseling; temporary physical protection; and free child care services. However, apart from improper practices, the content of these regulations and principles of implementation prevent effective implementation. Therefore, considerable duty falls on the competent authorities and the relevant agencies in the implementation of the measure to provide the aimed prevention and protection. Accordingly, thorough comprehension of the purpose, scope, and content of the law and the relevant provisions of the Istanbul Convention is important to achieve the aimed prevention and protection. In this regard, the regulations on the protection orders granted by administrative authorities, principles of implementation, relevant provisions of the Istanbul Convention, and problems faced in practice were evaluated and solutions were provided.

Keywords

Law No. 6284 Violence against women, Istanbul convention, Domestic violence, Protection orders, Administrative authority, Proper housing, Woman shelters, Temporary financial assistance, Guidance and counseling, Temporary physical protection, Free child care services

* **Sorumlu Yazar:** Cansu Kaya Kızılırmak (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: cansukaya@gmail.com ORCID: 0000-0002-6911-7931

Atf: Kaya-Kızılırmak C, "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da Öngörülen Mülki Amir Tarafından Verilecek Koruyucu Tedbirler" (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1139. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.3.0001>



Extended Summary

In preventing and combating violence against women, Turkey, the first signatory State of the Istanbul Convention, has legislated a somewhat comprehensive Code, numbered 6284, on the Protection of Family and Prevention of Violence against Women.

This Code regulates two types of orders aiming at prevention and protection against violence: restraining orders, which can only be ordered by judicial authority, that is, family court, and protection orders, which can be ruled by the administrative authorities and by family courts.

By nature, restraining orders consist of orders regarding the perpetrator and as such contain possible barring orders for the purpose of protection of the victims and possible victims.

Alternatively, protection orders provide support and protection to the victim and their children and aim to protect them from current or further and/or possible acts of violence. Seeing the protection orders' nature of direct impact on the victim and having no direct impact on the perpetrators personality or privacy rights, some types of these orders have been made possible to be ordered not by only a judge but also by administrative authorities, that is, governors and mayors. Bearing in mind the urgent nature of acquiring a protection order, this procedural approach is understandable and practical. Certainly, judges can grant these protection orders; moreover, Article 4 regulates different types of protection orders that can only be granted by family courts.

Under Article 3 of the Code, the protection orders that can be granted by administrative authorities are regulated. These include but are not limited to providing proper housing, temporary financial assistance, guidance, and counseling; temporary physical protection; and free childcare services. In this study, the protection orders of administrative authorities were individually evaluated in light of legislation and Istanbul Convention. Moreover, the problems arising in implementation were discussed, and solutions were offered in harmony with the general soul, aim, and scope of the Code and the Convention.

Providing proper housing is achieved mostly through government and civil society shelters. The employees' perception and attitude problems are reported to be the main difficulty aside from those regarding shelters, infrastructural, and capacity issues. Women accompanied by children with disabilities or by boys older than 12 years old are not accepted to shelters, but only left with the possibility of government funded rentals with further complicating requirements such as not carrying a lethality risk and further bureaucracies. Women older than 60 years are also not admitted to shelters but transferred to relevant social services establishments. Alcohol and substance addicts are only admitted in the condition that they start and resume their treatment. All those

issues can be resolved by establishing categorized shelters or having separate areas for those special needs built in existing shelters.

Temporary financial assistance is an important step in protection against violence, and should be supplemented with prerequisite organizational operations for employment, thereby enabling women to gain economic independence so that the victim is not left with the only option of returning to their residence of violence. According to the latest Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence (GREVIO) report on Turkey's application of the Convention, temporary financial assistance has almost never been benefited from.

The duration of temporary financial assistance is not specifically mentioned under the relevant article. Article 8/2 regulates a general but vague rule and limits the period to six months if the order is issued for the first time. The application of this rule to protection orders would not be in line with the purpose and the ratio legis of the Code. Accordingly, the authorities should be able to decide on longer duration periods for temporary financial assistance. This approach can be advised for all types of protection orders, if necessary.

Concerning the temporary physical protection orders, the Code does not contain a principle on assessment criteria about the lethality risk and provisions on risk management as per article 51 of the Istanbul Convention; the absence of it would lead to arbitrary acts of competent authorities and allow room for ambiguity in lethality risk assessments for temporary physical protection orders.

Free childcare services can only be granted up to four months and only for two months if the applicant is currently working. The purpose of this protection order is to help maintain economic independence and stability for women and to lay the foundations for an independent life of their own choosing. Thus, the regulation in its current state is insufficient at best for achieving its purpose.

It is utmost important to mention the types of orders that are regulated in this Code are not exhaustive (Art 3/1, 4/1). Therefore, the competent authorities may and should grant similar appropriate orders to provide and maintain protection of the victim. This authority, although commonly and widely disregarded and unimplemented, aims to secure protection considering the unique specificities of each violence case. Regretfully, in practice, this freedom is not at all exercised and almost always, a typical and standard list of orders are granted regardless of the specifics of each case. This erroneous application of protection and restraining orders leads to unwanted outcomes: Firstly, the unnecessary use of restraining orders irrespective of the specifics of the case- which then paves the way to criticism on unproportionate application thus stirring up opposition for the Code and second,

the use of uniform orders' eventual and inevitable inability to prevent and protect. Although the Code can be accepted as a somewhat thorough legal foundation for the battle against violence, if not properly implemented it would become useless. In addition, a great duty falls on the competent authorities and the relevant agencies of implementation of the measures in order to provide the aimed prevention and protection. In sum, the careful evaluation of the characteristics of each protection and restraining order and understanding the general purpose and spirit of the Code 6284 in line with the Istanbul Convention constitutes the prerequisite of the much-needed win against violence against women. It is only with this comprehension and approach can the regulations of the Code and the State obligations arising from the Convention be implemented effectively.

6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da Öngörülen Mülki Amir Tarafından Verilecek Koruyucu Tedbirler

I. Giriş

Bu çalışmada, 6284 sayılı “*Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun1*” (6284 s K) ile öngörülen mülki amir tarafından verilecek koruyucu tedbir türleri incelenecektir. Bu kapsamda, öncelikle Kanun ile yer verilen bir kısım temel kavramlara ve mülki amir tarafından verilebilecek koruyucu tedbirlere dair genel bilgilere değinmek gerekir.

2012 yılında, 4320 sayılı “*Ailenin Korunmasına Dair Kanun2*” yürürlükten kaldırılarak, kadına karşı şiddetle mücadelede oldukça önemli bir yeri bulunan 6284 sayılı Kanun yayınlanmıştır. Kanun genel olarak, kadına karşı şiddet ve ev içi şiddet ile mücadelede oldukça kapsamlı bir içeriğe sahiptir. Kanun hükümlerinin, Türk Medeni Kanunu'nun koruma tedbirlerine ilişkin düzenlemelerinin ev içi şiddetle mücadele özelinde tamamlayıcısı olduğu kabul edilir³.

Ayrıca Kanun, Türkiye'nin de taraf olduğu, kadına karşı şiddetle mücadelede milletlerarası nitelikteki ilk ve en kapsamlı Avrupa Konseyi Sözleşmesi olan 11.05.2011 tarihli, “*Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi*” (İstanbul Sözleşmesi)^{4,5} gereği Türkiye'nin yükümlülüklerine⁶ büyük oranda uygun hükümlere yer vermektedir⁷.

¹ RG 20.03.2012/28239, Çalışmada, “Kanun” olarak ifade edilecektir.

² RG 17.01.1998/23233

³ Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Bs, Turhan Kitabevi, 2015) 327; Canan Yılmaz, *Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi*, (Adalet Yayınevi 2016) 347.

⁴ RG 08.03.2012/28227- Mükerrer; Sözleşme 2011 yılında imzaya açılmış ve Türkiye, Sözleşmeyi ilk imzalayan devlet olmuştur.

⁵ Taraf devletlere, toplumsal cinsiyet anlayışına dayalı ev içi şiddetin engellenmesi konusunda birçok yükümlülük getiren İstanbul Sözleşmesi, Anayasa madde 90 uyarınca kanun hükmündedir. Sözleşme ile 6284 sayılı Kanun arasında aynı konuda farklı hükümler bulunması halinde çıkabilecek uyumsuzluğa, İstanbul Sözleşmesi'nin hükümlerinin uygulanması gerekir (Ay m 90/son).

⁶ Sözleşme ile kapsamlı olarak getirilen yükümlülüklerin tamamına bu çalışma dahilinde değinmek mümkün değildir. Ancak konumuz bakımından önem arz eden bir kısım yükümlülükler şunlardır: Taraf devletler, tüm bireylerin ve özellikle kadınların, kamusal ve özel alanda şiddetten uzak yaşama haklarını teşvik etmek ve korumak için gereken yasal düzenlemeleri ve diğer tedbirleri almakla yükümlüdür (Söz m 4/1). Taraf devletler, Sözleşme hükümlerinin uygulanmasında ve özellikle mağdurların haklarının korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasında, herhangi bir sebebe dayalı olarak ayrımcılık yapılmamasını güvence altına almakla yükümlüdür (Söz m 4/3). Taraf devletler mağdurların muhtemel şiddet olaylarından korunması için gereken tüm yasal ve diğer tedbirleri almak ile yükümlüdür (Söz m 18/1).

⁷ Kanun'un uygulanmasında ve gereken hizmetlerin sunulmasında uyulacak temel ilkeler şunlardır (6284 s K m 1/2): “a) *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, özellikle Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve yürürlükteki diğer kanuni düzenlemeler esas alınır.*

b) *Şiddet mağdurlarına verilecek destek ve hizmetlerin sunulmasında temel insan haklarına dayalı, kadın erkek eşitliğine dayalı, sosyal devlet ilkesine uygun, adil, etkili ve süratli bir usul izlenir.*

c) *Şiddet mağduru ve şiddet uygulayan için alınan tedbir kararları insan onuruna yaraşır bir şekilde yerine getirilir.*

ç) *Bu Kanun kapsamında kadınlara yönelik cinsiyete dayalı şiddeti önleyen ve kadınları cinsiyete dayalı şiddetten koruyan özel tedbirler ayrımcılık olarak yorumlanamaz”.*

6284 sayılı Kanun'a göre şiddet, "*Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı*" (6284 s K m 2/1/d) kapsamakta; ev içi şiddet ise, "*Şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddeti*" olarak tanımlanmaktadır (6284 s K m 2/1/b). Hatta şiddetin, toplumsal, kamusal veya özel bir alanda meydana gelmesi de fark etmemektedir (6284 s K m 2/1/d).

Koruma kapsamındaki şiddet mağdurları ise, "*bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişiler*"dir (6284 s K m 2/1/e). Ayrıca, "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Yönetmelik"⁸ (Yön) uyarınca, şiddet mağdurunun beraberindeki çocuklar da koruma kapsamındadır (Yön m 3/1/j). Belirtmek gerekir ki, çocuklar, doğrudan şiddete uğramamış olsalar bile yalnızca ev içi şiddetin tanığı olmaları sebebiyle dahi Kanun kapsamında korunurlar⁹. Diğer yandan, tedbirlere karar verilebilmesi için, mağdur ile şiddet uygulayan arasında geçerli bir evliliğin bulunması şart değildir.

Kanun'un kapsamına yalnızca şiddete uğrayanlar değil, şiddete uğrama tehlikesi bulunanlar da dahil edilmiştir (6284 s K m 1/1). Yetkili mercilerden tedbir talep edilebilmesi için, şiddetin meydana gelmiş veya devam ediyor olması gerekmez. Bu bakımdan şiddet uygulanmasına ilişkin tehditte bulunulması da yeterlidir (6284 s K m 2/1/d)¹⁰. Kaldı ki, Kanun'da şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışları yalnızca uygulayan değil uygulama tehlikesi bulunan kişiler de, şiddet uygulayan olarak tanımlanmıştır (6284 s K m 2/1/g). Yani bir tehdit bulunmasa dahi, şiddet uygulama tehlikesinin varlığı da ilgili tedbirlere karar verilebilmesi için yeterlidir.

II. Mülki Amir Tarafından Verilecek Koruyucu Tedbirler Hakkında Genel Bilgiler

Kanun'un amacı, "*şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasların*" düzenlenmesi olarak belirtilmiştir (6284 s K m

⁸ RG 18.01.2013/28532.

⁹ İstanbul Sözleşmesi'nin Önsöz'ünde de bu yönde açıklama yer alır. Ayrıca bkz Kadriye Bakırcı, 'İstanbul Sözleşmesi' (2015) (4) Ankara Barosu Dergisi 133, 144-145; Yağcıoğlu A İ, '6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar' (2017) 9 (Özel Sayı) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 922.

¹⁰ Mehmet Erdem, 'Aile İçi Şiddet ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun' (2007) (73) TBB Dergisi 46, 47.

1/1). Demek ki, Kanun'un amacı yalnızca kadının mevcut şiddetten korunması değil, ayrıca ve özellikle şiddetin önlenmesidir¹¹.

Bu amaç çerçevesinde, Kanun ile, yetkili mercilere, bir kısım tedbirlere karar vermek yetkisi tanınmıştır. Kanun ile öngörülen bu tedbirler, koruyucu ve önleyici tedbirlerdir. Önleyici tedbirler, doğrudan faile ilişkin tedbirler olup, bunlara karar vermeye yalnızca hakim yetkilidir (6284 s K m 4). Kanun'da ayrıca, mağdurun korunmasını ve şiddetten arınmış bir hayata kavuşturulmasını temin edebilmek amacıyla verilebilecek bir kısım koruyucu tedbirlere de yer verilir. Bu koruyucu tedbirler, doğrudan mağdur hakkında ve mağdura ilişkin olarak uygulanacak içerikte olup, bunların bir kısmına karar vermeye yalnızca hakimler yetkili iken, ayrıca mülki amir tarafından da verilebilecek bir kısım koruyucu tedbirler mevcuttur (6284 s K m 3).

Dolayısıyla, talep edilen korumanın içerik ve kapsamına bağlı olarak başvurulacak merci farklılaşabilecektir. Mülki amir, illerde vali, ilçelerde ise kaymakamdır. Valiliğe yapılan başvuruların aynı zamanda Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na bağlı olan Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlükleri ile de işbirliği içerisinde yürütüldüğü anlaşılmaktadır¹². Mağdura, “*en çabuk ve en kolay ulaşılabilecek*” mülki amire veya kolluk birimine başvurabilmek imkanı tanınmıştır (6284 s K m 8/1/c 2). Bu bakımdan, yerleşim yerinin bağlı olduğu mülki amire başvurulması zorunluluğu bulunmaz. Mülki amir, şiddetin uygulandığı hususuna dair delil veya belge aranmaksızın karar verecektir (6284 s K m 8/3/c 1)¹³.

Ayrıca mülki amir tarafından verilebilecek bazı koruyucu tedbirlerin, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde¹⁴, kolluk amiri¹⁵ tarafından verilmesine de imkan tanınmıştır (6284 s K m 3/2)¹⁶. Bunlar, uygun barınma yeri sağlanması ve geçici koruma altına

¹¹ Bu yönde bkz., Arzu Aydoğan, ‘6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un “Şiddeti Önleme” Yükümlülüğü’ (2018) 92 (3) İBD 215, 215. Unutulmamalıdır ki, İstanbul Sözleşmesi uyarınca taraf devletler, tüm bireylerin ve özellikle kadınların, şiddetten uzak yaşama haklarını teşvik etmek üzere gereken yasal düzenlemeleri ve diğer tedbirleri almakla yükümlüdür (Söz m 4/1).

¹² Valiliklere yapılan başvuruların, konu hakkında bilgi ve yapılmaya sahip kurumlara yönlendirilmesi ve bu bağlamda kurumlar arası işbirliği gerçekleştirilmesi olumlu bir uygulamadır. Ancak bu süreçte şiddet mağdurunun bürokratik karmaşa içerisinde farklı birimler arasında mekik dokumasına sebep olunmaması konusunda öznel olunması gerekir.

¹³ Ancak önemle belirtmek gerekir ki, ispata ilişkin bu kural yalnızca Kanun ile öngörülen koruyucu tedbirlere ilişkindir ve koruyucu tedbirler doğrudan mağdur ile ilgilidir. Şiddet failinin özgürlük alanını ilgilendiren önleyici tedbirler açısından ise delil veya belge aranmayacağına dair bir kural yoktur. Bunlara ilişkin Kanun'da yalnızca, “*Önleyici tedbir kararı, geciktirilmeksizin verilir. Bu kararın verilmesi, bu Kanunun amacını gerçekleştirmeyi tehlikeye sokabilecek şekilde geciktirilemez*” kuralı yer alır (6284 s K m 8/3/c 2,3).

¹⁴ Yönetmelikte gecikmesinde sakınca bulunan hal, “*Kolluk tarafından yapılacak tahkikat ve risk değerlendirilmesi sonucunda, derhal işlem yapılmadığı takdirde, şiddet eyleminin önlenememesi, kişinin can güvenliği, hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi, korunan kişinin zarar görmesi, şiddet eyleminin iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması, şiddet uygulayanın kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi gibi ihtimallerin ortaya çıkması ve resen veya ilgilinin talebi üzerine mülki amirden ya da hakimden karar almak için yeterince vakit bulunamaması hali*” olarak tanımlanmıştır (Yön m 3/1/c).

¹⁵ “*Kolluk amiri: Hakkında tedbir kararı verilen kişilerin yerleşim yeri veya bulunduğu ya da tedbirin uygulanacağı yerdeki Jandarma Genel Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından atamalarındaki usule göre konu ile yetkili ve görevli kolluk biriminin komutanını/amirini*” (Yön m 3/1).

¹⁶ Benzer imkana, hakim tarafından verilecek koruyucu tedbirler için yer verilmemiş olsa da, hakim tarafından verilecek önleyici tedbirlerin bir kısmı, gecikmesinde sakınca olan hallerde kolluk amiri tarafından verilebilecektir (6284 s K m 5/2).

alınmaya ilişkin tedbirlerdir. Kolluk amiri, işlemine ilişkin evrakı en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içerisinde mülki amirin onayına sunmalıdır. Mülki amir tarafından kırksekiz saat içinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkar¹⁷.

Ne yazık ki uygulamada polislerin Kanun’u ve Kanun’dan doğan yükümlülüklerini yeterince bilmedikleri veya keyfi olarak tedbir kararı vermekten imtina ettikleri ifade edilmektedir¹⁸.

Kanun’da, tedbir kararı vermeye yetkili kurumların, durumdan haberdar olmaları üzerine re’sen karar vermeye yetkili oldukları da düzenlenmiştir (6284 s K m 2/1/ğ). Mülki amir, üçüncü kişilerin ihbarı¹⁹ üzerine durumdan haberdar olduğunda, “*bu Kanun kapsamındaki görevlerini gecikmeksizin yerine getirmek*” üzere gereken tedbire re’sen karar vermelidir (6284 s K m 7, Yön m 4/1).

Bu konuda İstanbul Sözleşmesi’nin 55. maddesi özellikle önemlidir. Düzenlemenin birinci fıkrasında, fiziksel şiddeti de kapsamına alan bir kısım suçlar sayılmış ve bu suçların soruşturma ve kovuşturmalarına mağdurun bildirimini veya şikayeti bulunmasa dahi devam edilmesi gerektiği öngörülmüştür (Söz m 55/1)²⁰. Hatta bu suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların, ifadenin veya şikayetin geri alınması halinde dahi devam edeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, şiddet uygulayan hakkında bu suçlara dair soruşturma veya kovuşturma yürütüldüğünden haberdar olan mülki amirin, mağdurun şikayeti bulunmasa veya mağdur şikayetini geri almış olsa dahi, re’sen tedbire karar vermesi gerekir²¹.

¹⁷ Bu sürenin kısa olduğu, kırksekiz saatten daha uzun bir süre tayin edilmesi gerektiği yönünde, Nazan Moroğlu, ‘Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi’, (2012) 8 (97-98) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 20, 39; Hale Nur Seval, ‘Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Konusunda Temel Uluslararası ve Ulusal Düzenlemeler’ iç Necla Öztürk, Güven Yazar ve Şule Arslan (edr), *Türk Hukukunda Kadın* (Adalet Yayinevi 2017) 105, 122-123; Kolluk amirinin vermeye yetkili kıldığı bu tedbirler, şiddet mağdurunun ve beraberindeki çocukların derhal işlem yapılmadığı takdirde can güvenliklerinin tehlikeye girecek olması sebebiyle kendilerine uygun barınma yeri sağlanması ve onların geçici koruma altına alınmalarına ilişkindir. Dolayısıyla içerik itibarıyla doğrudan mağdura ilişkin bu tedbirler bakımından sürenin daha uzun tutulması sakınca doğurmaz. Tedbirin, sürenin sonunda bu onay alınmamış olursa kendiliğinden kalkacağı da göz önünde tutulursa, yetkili makamın onayının alınmasına dair sürenin kısa tutulmasında korunması gereken bir hukuki menfaat bulunmaz.

¹⁸ Songül Sallan Gül, *Türkiye’de Kadın Stignmaevleri, Erkek Şiddetinden Uzak Yaşama Açılan Kapılar Mı?*, (2. Bs, Bağlam Yayıncılık 2013) 158, 159, 219; Tutku Ayhan, ‘Protecting the Woman or the Family? Contradiction Between the Law and Its Practice in Violence Against Woman Cases in Turkey’ (2017) 5 (1) 137, 148; Kadın polislerin konuya ilişkin yaklaşımları hakkında özgün bir inceleme için bkz Hatice Karakuş, ‘Kadına Yönelik Şiddete Kadın Polislerin Bakış Açısı: Artvin İl Emniyet Müdürlüğü Örneği’ (2012) Hacettepe Üniversitesi Sosyolojik Araştırmalar E-Dergisi <<http://www.sdergi.hacettepe.edu.tr/makaleler/kadinaYonelikSiddeteKadınPolislerinBakışAcisi27Subat12.pdf>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020.

¹⁹ Kanun ile herkes, bir başkasının şiddete uğradığını veya uğrama tehlikesi bulunduğunu ilgili makam ve mercilere ihbar etmeye yetkili kılınmıştır (6284 s K m 7).

²⁰ İstanbul Sözleşmesi uyarınca taraf devletlerin, fiziksel şiddet (Söz m 35), ırza geçme, cinsel şiddet (Söz m 36), zorla yapılan evlilikler (Söz m 37), kadın sünneti (Söz m 38), kısırlaştırmaya ve kürtaja zorlama (Söz m 39) düzenlemelerinde ihdas edilen suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının mağdurun bildirim veya şikayetine bağlı olmaksızın ve mağdurun ifadesini veya şikayetini geri alması durumunda dahi devam edebilmesini temin etmek yükümlülüğü bulunur (Söz m 55/1).

²¹ Yağcıoğlu, (n 9) 950; Ercoşkun Şenol H K, ‘Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerine Bir İnceleme’ (2019) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi (13) 423-459, 450; Mehmet Erdem, *Aile Hukuku* (2. Bs, Seçkin Yayıncılık 2019) 256.

III. Tedbir Türleri

6284 sayılı Kanun ile mülki amir tarafından verilebilecek beş adet tedbir öngörülmüştür. Bunlar, uygun barınma yeri, geçici maddi yardım, rehberlik ve danışmanlık hizmeti sağlanması, geçici koruma altına alınma ve kreş imkanının sağlanmasıdır. Bu tedbirlerin her biri ilgili başlıklar altında ele alınarak değerlendirilecek ve uygulamada yaşanan sorunlar ışığında, bu tedbirlere dair değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Kanun'da tedbirlere karar verme yetkisi konusunda, “*Bu Kanun kapsamında korunan kişilerle ilgili olarak aşağıdaki tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere mülki amir tarafından karar verilebilir*” düzenlemesine yer verilmiştir (6284 s K m 3/1). Öyleyse Kanun ile öngörülen tedbir türleri sınırlı sayıda değildir. Böylelikle mülki amir somut olayın özelliklerine göre Kanun'un amacı çerçevesinde Kanun ile öngörülmeyen bir kısım benzeri tedbirlere karar vermek yetkisine sahiptir. Benzer bir hüküm ile hakimlere de bu yönde serbesti tanınmıştır (6284 s K m 4/1, m 5/1). Her ne kadar uygulamada Kanun ile öngörülen tedbirler dışında tedbirlere karar verilmediği aktarılmakta ise de²² esasen mülki amir, somut olayın özelliklerine uygun tedbirleri almakta serbesttir²³.

İstanbul Sözleşmesi'nin 20. maddesi uyarınca, taraf devletler, mağdurların şiddet eylemi sonrasında iyileşmelerini/şiddetin etkilerinin telafisini sağlayacak hizmetlere erişimini sağlayacak gerekli yasal düzenlemeleri veya diğer tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu tedbirlere gerektiğinde, yasal ve psikolojik danışmanlık hizmetleri, finansal yardım, konut sağlama, eğitim, öğretim ve iş bulma yardımı gibi hizmetlerin de dahil olacağı belirtilmiştir (Söz m 20/1). Ek olarak taraf devletler bu konuda, mağdurların sağlık hizmetlerine ve sosyal hizmetlere erişim sağlamalarını ve söz konusu servislerin yeterli kaynağı olmasını ve hizmeti sağlayacak profesyonel kadroların mağdurlara yardımcı olacak ve onları uygun hizmet birimlerine sevk edecek şekilde eğitilmelerini temin edecek yasal ve diğer tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır (Söz m 20/2). Dolayısıyla koruyucu tedbirlere ilişkin değerlendirmelerin burada öngörülen yükümlülükler kapsamında dikkate alınması gerekir.

Sözleşme'de koruma ve destek tedbirlerine dair taraf devletler tarafından uyulması gereken bir kısım ilkeler öngörülmüştür. Buna göre tedbirlerin, kadına karşı şiddetin ve ev içi şiddetin toplumsal cinsiyet algısına dayalı olduğu çıkış noktası ile mağdurun insan hakları ve güvenliğini temin etmeyi hedef alması; mağdur, fail ve çocuklar

²² Özge Bölükbaşı, *6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının ve Aile Bireylerinin Korunması* (Yetkin Yayınları 2015) 118; Mülki amirlerin tedbire karar vermesinde uygulamada yaşanan sorunlar hakkında bkz Açelya Uçan et al., *Türkiye'de Erkek Şiddetiyle Mücadele Mekanizmaları İzleme Raporu* (Mor Çatı Yayınları 2015) 42-44 <<https://www.morcati.org.tr/attachments/article/364/erkek-siddetiyle-mucadele%20mekanizmalarini-izleme-raporu.pdf>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020.

²³ Mülki amir tarafından verilebilecek koruyucu tedbirlere karar vermeye hakimler de yetkilidir (Yön m 12/1). Ancak bunun aksi mümkün değildir.

arasındaki ilişkileri ve daha geniş anlamda bu kişilerin sosyal çevreleri ile ilişkilerini göz önünde tutan bütüncül bir yaklaşıma dayanması; ikincil mağduriyete yol açan davranışları önlemeyi hedef alması²⁴; şiddet mağduru kadınların güçlendirilmesini ve ekonomik bağımsızlığını hedef alması; mümkün olduğu sürece koruma ve destek hizmetlerinin aynı mekanda yer almasının sağlanması; çocuk mağdurlar dahil olmak üzere korunmaya muhtaç kişilerin, özel ihtiyaçlarının belirlenmesi ve bu ihtiyaçların karşılanmasını sağlaması gerekmektedir (Söz m 18/3). Ek olarak söz konusu hizmetlerin, mağdurun şikayette bulunmasından veya fail hakkında tanıklık yapmasından bağımsız olarak sağlanması gerektiği de öngörülmüştür (Söz m 18/4).

A. Uygun Barınma Yeri Sağlanması

6284 sayılı Kanun'da mülki amir tarafından verilebileceği öngörülen koruyucu tedbir kararlarından ilki, mağdurun "*Kendisine ve gerekiyorsa beraberindeki çocuklara, bulunduğu yerde veya başka bir yerde uygun barınma yeri sağlanması*"dır (6284 s K m 3/1/a).

Ev içi şiddet vakalarında mağdurun korunabilmesi için, kendisine barınabileceği güvenli bir yer bulabilmesi gerekir. Çoğu zaman aile veya akrabaların yanına sığınmak da etkili bir koruma sağlamaz, zira bu gibi hallerde fail mağdura rahatlıkla

²⁴ Tedbirlere karar vermeye ve bunları yerine getirmeye yetkili olanların, şiddetin yıkıcı etkilerini yeterince dikkate almaksızın şiddet mağdurunu suçlayan ve duyarsız davranış ve tutumları sonucunda kadının ikinci kez mağdur edilmesi mümkündür. Bu yönde bkz. Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence, (Şerh), Art 18 N 117, <<https://rm.coe.int/16800d383a>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020; İkincil mağduriyet hakkında ayrıntılı incelemeler için bkz Rebecca Campbell and Sheela Raja, 'Secondary Victimization of Rape Victims: Insights From Mental Health Professionals Who Treat Survivors of Violence', (1999) 14 (3) Violence and Victims 261ff; Uli Orth, 'Secondary Victimization of Crime Victims by Criminal Proceedings' (2002) (4) Social Justice Research 313ff; Tuğba Türk, 'Cinsel İstismar Mağduru Çocuk ile Yapılan Adli Görüşmelerin Adli Görüşme Teknikleri Açısından İncelenmesi', (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü 2017) <www.tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>; Debra Patterson, 'The Linkage Between Secondary Victimization by Law Enforcement and Rape Case Outcomes' (2011) 26 (2) Journal of Interpersonal Violence 328 ff; Lesley Laing, 'Secondary Victimization: Domestic Violence Survivors Navigating the Family Law System' (2017) 23 (II) Violence Against Women 1314ff; Cinsel şiddet mağduru çocukların ikincil mağduriyetinin, hakimlerin sorgulama tekniklerindeki eksiklikler ile bağlantısını ayrıntılı olarak inceleyen bir çalışma için bkz. Roque E, Ferriani M, Gomes R, Silva L and Carlos D, 'Justice System and Secondary Victimization of Children and or Adolescents Victims of Sexual Violence in the Family' (2014) 23 (3) Saude Sociedade 801ff <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-12902014000300801&script=sci_arttext&tlng=en> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020.

İkincil mağduriyet ile bağlantılı bir diğer bir husus da, şiddet mağduru kadının unutulma hakkıdır. Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz Ceren Küpeli, 'Şiddet Mağduru Kadınların Unutulma Hakkı' (2016) 22 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 229, 236-237.

Kanun Gerekçesi'nde şu ifadeler yer alır: "...Şiddet eylemlerine maruz kalan kişilere ve aile bireylerine koruma vaat eden bu Tasarımın uygulanması aşamasında, şiddet mağdurunun **ikinci bir mağduriyete daha yaşamaması adına, temel bir takım ilkelere uyulması zorunluluğu doğmaktadır. Bu bakımdan hizmetin sunulmasında insan haklarına dayalı, adil, etkili ve süratli bir usul izlenmesi, hakkında koruma tedbir kararı verilen kişilere hizmet sunulmasının insan onuruna yaraşır şekilde yerine getirilmesi, hizmetin sunulması ve yürütülmesi sırasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, millî veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konularını yönünden ayırım yapılmaması, koruyucu tedbir kararı verilmesi ve uygulanması sırasında hakkında koruma tedbiri verilen kişilerin durumları dikkate alınarak özel ihtimam gösterilmesi, kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, üniversiteler, yerel yönetimler, vakıf, dernek ve diğer sivil toplum kuruluşları, gönüllü gerçek tüzel kişiler ile özel sektörün işbirliği içinde çalışması ve bu konuda toplumsal sorumluluğun paylaşılmasının sağlanması ve son olarak bu Tasarı kapsamında verilen hizmetin ülke çapında eşit ve dengeli sunulması unsurları hem uluslararası hem de Anayasadan kaynaklanan bir zorunluluk olarak karşımıza çıkar..." <<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2-1906.pdf>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020.**

ulaşabilmekte ve sonuçta sadece mağdur sayısı çoğalmaktadır²⁵. Hatta bazı durumlarda aileler geleneksel düşünceler ile kızlarını yanlarına almaktan da imtina ederler²⁶. Dolayısıyla, mağdura devlet eliyle uygun barınma yeri sağlanması, kadının şiddet ortamından uzaklaştırılarak korunmasında temel bir adımdır. Nitekim Sözleşme ile taraf devletler, mağdurlara, ve özellikle kadın ve çocuklara, kalacak güvenli yer sağlamak üzere yeterli sayıda ve kolayca erişilebilir uygun sığınma evleri kurmak için gerekli yasal ve diğer tedbirleri almak ile yükümlü kılınmışlardır (Söz m 23).

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, bu bent ile öngörülen koruyucu tedbirin, ilgili kolluk amirlerince alınması da mümkündür (6284 s K m 3/2/c 1). Ancak bu konuda kolluk amirine mutlak bir serbesti verilmemiştir. Kolluk amirinin böyle bir uygulamayı gerçekleştirmesini takiben ilk işgünü içerisinde bu işlemi mülki amirin onayına sunması gerekir (6284 s K m 3/2/c 2). Mülki amir tarafından kırk sekiz saat içerisinde onaylanmayan tedbir kendiliğinden kalkacaktır (6284 s K m 3/2/son).

Bu tedbirin uygulama esasları Yönetmeliğin 7. maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre, hakkında barınma yeri sağlanmasına karar verilen kişiler ve beraberindeki çocuklar, kural olarak Bakanlığa ait veya Bakanlığın gözetim ve denetimi altında bulunan barınma yerlerinde barındırılır (Yön m 7/1). Hakkında uygun barınma yeri sağlanması tedbirine karar verilen kişilerin kabulü, başka herhangi bir karar veya onay aranmaksızın derhal yapılacaktır (Yön m 7/5)²⁷. Barınma yerlerinin yetersiz kaldığı hallerde, korunan kişi ve beraberindeki çocukların kamu kurum ve kuruluşlarına ait sosyal tesis, yurt ve benzeri yerlerde geçici olarak barındırılmasına da imkan tanınmıştır. GREVIO'nun 2018 tarihli Türkiye Raporu'nda²⁸, sosyal konut hizmeti modellerinin genişletilmesi örneği ile, mağdur ve çocukları için uygun fiyatlı konut hizmetine erişim sağlama konusunda Türkiye'ye "*ısrarlı tavsiye*²⁹"de bulunulmuştur³⁰.

Hayati tehlikenin bulunması halinde, mağdurun barınma yerine, ilk kabul birimine veya diğer tesislere yerleştirilmesine kolluk tarafından refakat edilir (Yön m 7/3). Korunan kişinin hayati tehlikesinin bulunduğu yönündeki beyanının esas alınması yeterlidir. Hakkında barınma yeri sağlanmasına re'sen karar verilen kişi, barınma

²⁵ Bu yönde bkz. Bölükbaşı (n 19) 119.

²⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sallan Gül (n 16) 154.

²⁷ Uygulamada sığınma evine kabul aşamasında yaratılan bürokrasinin hafifletilmesi gerektiği yönünde, Müge Demirkır Ünlü, *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile-İç Şiddet* (Legal Yayınları 2012) 86.

²⁸ GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) TURKEY, <<https://rm.coe.int/eng-grevio-report-turquie/16808c5283>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020. Rapor, 9 Mayıs 2018 tarihine kadar olan durumu esas almaktadır.

²⁹ Raporunda, Sözleşme'nin uygulanmasını güçlendirmek adına, farklı zorunluluk seviyelerine karşılık gelen kavramlar kullanılmıştır. Öncelik sırasına göre, "*ısrarlı tavsiye*" (*urge*) fiili, taraf devletin mevzuat ve politikalarını Sözleşme ile uyumlu hale getirmesi veya Sözleşme'nin uygulanmasını temin etmesi için derhal harekete geçmesi gereken durumları ifade etmek için kullanılmaktadır.

³⁰ Grevio Rapor, (n 25) P. 164d Appendix I N. 31-d.

yerinde kalmak istemeyebilir. Bu konuda bir zorlama imkanı bulunmaz. Ancak bu durumda, kendisinin aydınlatılmış rızası³¹ alınarak kalmak istediği yere Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri (ŞÖNİM) tarafından ve hayati tehlike bulunması halinde kolluk refakati ile ulaştırılması sağlanır (Yön m 7/6).

Yönetmeliğin ifadesi ile “*konukevlerinin*”³², açılışı, işleyişi, hizmetin çeşit ve niteliği, denetimi, kurumlar arası işbirliği ile çalışanların görev ve sorumluluklarına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacıyla 05.01.2013 tarihli “*Kadın Konukevlerinin Açılması ve İşletilmesi Hakkında Yönetmelik*”³³ (Konukevi Yön)” yayınlanmıştır. Çalışmada, terminolojik bütünlük açısından “sığınma evi” kavramı kullanılmaktadır³⁴. Sığınma evi açma görevi, 2005 yılında Belediye Kanunu’nda yapılan değişiklik ile, Kanun’un 14. maddesi uyarınca belediyelere verilmiştir. 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 14/a maddesi ile, Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 100.000’in üzerindeki belediyelere, kadınlar ve çocuklar için konukevleri açmak yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca, diğer belediyelerin de mali durumları ve hizmet önceliklerini değerlendirerek kadınlar ve çocuklar için konukevi açabilecekleri öngörülmüştür (Belediye Kanunu m 14/a/c son)

Sığınma evlerinin işleyişinde uyulacak temel ilkeler, ilgili Yönetmeliğin 4. maddesinde ayrıntılı olarak öngörülür. Düzenlemede, ispata ilişkin genel kural yinelenmiş³⁵ ve kadının beyanının esas alınacağı vurgulanmış, ayrıca çalışanlar tarafından mağdura, şiddet faili ile ilgili uzlaşma teklif edilemeyeceği ve arabuluculuk

³¹ Bu kavram, “*Korunan kişinin kendisi hakkında verilebilecek tedbir kararının anlayabileceği bir biçimde sebepleri, aşamaları ve sonuçları hakkında açıklama yapılarak bilgilendirilmesi ve özgür iradesi ile bu hususların tamamını anlayarak kabul ettiğine dair yazılı beyanı*” olarak tanımlanmıştır (Yön m 3/1/a).

³² Konukevi, “*Fiziksel, duygusal, cinsel, ekonomik ve sözlü istismara veya şiddete uğrayan kadınların, şiddetten korunması, psiko-sosyal ve ekonomik sorunlarının çözülmesi, güçlendirilmesi ve bu dönemde kadınların varsa çocukları ile birlikte ihtiyaçlarının da karşılanmak suretiyle geçici süreyle kalabilecekleri ve kadın konukevi, sığınmaevi, kadın sığınağı, kadınevi, şefkatevi ve benzeri adlarla açılmış ya da açılacak yatılı sosyal hizmet kuruluşu*” (Konukevi Yön m 3/i) olarak tanımlanmıştır”.

³³ RG 05.01.2013/28519.

³⁴ “*Sığınmaevleri kadınların özgüvenlerini kazanması, şiddetten uzak bir hayata adım atmaları, kendilerini rahatça ifade ederek sırf kadın oldukları için yaşadıkları baskıları görebilmeleri ve kadercilikten sıyrılabilmeleri için gerekli desteği alabilecekleri yerlerdir.*”, Sallan Gül (n 16) 110; Sığınmaevlerine dair sorunların değerlendirilmesi ve çözüm önerileri için bkz *ibid* 234-238, 244 vd.

³⁵ Buna rağmen, uygulamada kadınlardan tanık ve iletişim bilgileri de dahil olmak üzere ispat vasıtaları sunmaları talep edildiği ve bu hali ile sığınma evlerinin kadınlar için “*bir hak olmaktan çıkarıldığı*” yönünde, *ibid* 98-99.

yapılamayacağı belirtilmiştir³⁶ ³⁷. Bu tedbir ile amaçlanan koruma hedefinin sağlanması, sığınmaevlerinin bu ilkeler ve diğer mevzuata uygun şekilde kuruluş ve işleyişinin gerçekleştirilmesi ile mümkün olabilir³⁸. Ne yazık ki uygulamada, sığınmaevlerinin altyapı³⁹ ve kapasite problemleri dışında⁴⁰, çalışanların bilinç ve yaklaşım sorunlarının da bulunduğu aktarılmaktadır⁴¹.

1. Çocuklu Kadınların Sığınma Evine Kabulü

Konukevi Yönetmeliği'nin 13. maddesi ile, bu hizmetten yararlanacak kişilere dair bir kısım sınır ve istisnalar getirilmiştir. Söz konusu düzenleme ile, sığınmaevlerine kabul aşamasında, hamileler, engelliler, devamlı hastalığı bulunanlar ve küçük çocuklu kadınlara ilişkin Yönetmelik öncesi dönem uygulamasında yaşanan sorunların⁴²

³⁶ “Madde 4/3/ğ: Konukevi işleyişinde bu Yönetmelik kapsamında verilecek destek ve hizmetlerde aşağıdaki hususlara uyulur: a) İnsan haklarına dayalı, insan onuruna yaraşır, toplumsal cinsiyet eşitliğine duyarlı ve sosyal devlet ilkesine uygunluk esas alınır.

b) Kişiyi saygı ve yararlı olma ilkeleri temel alınır:

c) Yapılan çalışmalarda kadın odaklı yaklaşım esastır.

ç) Konukevinde yapılacak işlemlerde kadının beyanı esas olup, delil göstermek zorunda bırakılmaz.

d) Konukevinde çalışanlar, kadını korumak gereğiyle bu Yönetmelikle belirlenen kurallar dışında kadının temel hak ve özgürlüklerine yönelik herhangi bir sınırlandırma getiremez, kadın adına karar alamaz.

e) Kadınlar hakkında yapılacak işlemlerde kadınların bilgilendirilmesi esastır. Konukevinde kalan kadınlar aldıkları kararlardan ve kararların olumlu veya olumsuz sonuçlarından kendileri sorumludur.

f) Kadınların ekonomik, sosyal ve psikolojik açıdan güçlendirilmesi temel amaçtır.

g) Şiddetsiz yaşam hakkının korunması anlayışıyla faaliyet gösterilir.

ğ) Çalışanlar tarafından, kadınlara şiddet uygulayan ya da uygulama ihtimali bulunan kişi ile ilgili herhangi bir uzlaşma teklif edilemez ve arabuluculuk yapılamaz.

h) Kanuni hükümler saklı kalmak kaydıyla, konukevinin adresi, telefon numarası, kadınların, çocukların ve konukevi çalışanlarının kişisel bilgilerinin gizli tutulması esastır. Bütün ilgililer bu gizliliğin korunmasından sorumludur.

ı) Konukevindaki faaliyetlere katılmak gönüllülük esasına dayanır.

i) Hizmetlerin yürütülmesinde, kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, üniversiteler, yerel yönetimler, vakıf, dernek ve diğer sivil toplum kuruluşları, gönüllü gerçek ve tüzel kişiler ile özel sektörün desteği alınır”, mevzuat.gov.tr.

³⁷ “Alanda arabuluculuk” olarak adlandırılan bu uygulama hakkında bkz. *ibid* 114-117.

³⁸ Toplumun her geçen gün büyüyen şiddet ve özellikle kadın ve çocuklara karşı şiddet sorunu ile mücadelede, Kanun ile getirilen olanakların etkin şekilde amaca uygun olarak kullanılmasının önemi hakkında bkz. Ramazan Karakaya, *Uygulamada Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun* (2. Bs, Adalet Yayınevi 2018) 91.

³⁹ Sallan Gül (n 16) 95; Sığınmaevlerinin birçoğunda güvenlik ve gizlilik temini amacıyla alınan tedbirlerin, kadınların bahçeye, balkona çıkmaktan yasaklanması, binanın etrafının tel örgüler ile çevrilmesi boyutuna ulaştığı ve bu hali ile sığınmaevlerinin “birer haphıshaneyeye” dönüşmeye başladığı yönünde, *ibid* 100. Kadınların sokağa çıkmalarının yasaklandığı veya sınırlandırıldığı sığınmaevlerinin de bulunduğu yönünde, Demirkır Ünlü (n 24) 86.

⁴⁰ “Büyük çoğunluğunda kadınların mahremiyetlerini koruyacak, kadınların çocuklarıyla birlikte kalmalarına olanak tanıyacak yatak odaları yoktur. Kadınlar çocuklarının yanı sıra diğer kadınlarla beraber kalmaktadırlar... Genelde odalar 1-9 kişiliktir. 24 sığınmaevinin %28'inin odaları 1-2 kişilikken, % 37'sinin 3-4, % 22'sinin 5-7, % 13'ünün 8 ve üstü kişilik odalar olduğu belirlenmiştir.”, Sallan Gül (n 16) 96. 2-12 kişilik yatakların olduğu odalarda kalman mevcut “koşuş sistemi”nin, kadınların çocuklarıyla beraber kalarak özel alanlarının korunduğu ve banyo ve tuvaleti bulunan “aile odası sistemi” ile değiştirilmesi gerektiği yönünde, *ibid* 217.

⁴¹ Donanımlı personel ve özellikle özel eğitim almış sosyal hizmetler uzmanı sayısının çok az olduğu yönünde, Demirkır Ünlü, (n 24) 86; “Sığınma evlerinde kadınların can güvenliği açısından yerlerinin bilinmiyor olması gerekir. Ancak uygulamada kayıp ihbarında bulunan aile yakınları, bizzat savcılık kanalı ile sığınma evleri baskı altına alınarak, sığınma evindeki kadının yerini öğrenebilmektedir. Bu da uygulayıcıların bu konuda ne kadar eğitimsiz ve yetersiz bilgiye sahip olduklarını gözler önüne sermektedir.”, Demirkır Ünlü (n 24) 86; Sığınmaevlerine dair uygulamada yaşanan sorunlar hakkında değerlendirme ve tespitler için bkz Uçan et al. (n 19) 32-38.

Birçok sığınma evi yöneticisinin, standartların yüksek olmasının kadınları gitmekten vazgeçirecek şekilde özendirileceğine inandığı ve bu sebeple kadınların ihtiyaçlarının asgari oranda karşılanarak bu özentinin önlenmesine çalışıldığı yönünde, Sallan Gül (n 16) 97.

⁴² Araştırmaya dahil olan sığınmaevlerinin neredeyse yarısında bunların sığınmaevlerine kabul edilmedikleri yönünde, *ibid* 126 vd.

aşılmaya çalışıldığı görülmektedir. Ancak hüküm bu hali ile çözüm üretmekten uzaktır. Çocuklu kadınların sığınmaevlerine kabulü açısından, 18 yaşından küçük kız çocukları anneleri ile birlikte bu hizmetten yararlanabilir (Konukevi Yön m 13/1/b). Buna karşılık 12 yaşından büyük erkek çocuğu olan kadınlar ile engelli çocuğu bulunan kadınlar ise kira ve iaşesi karşılanmak üzere kiralanacak bağımsız bir evde bu hizmetten faydalanabilecektir (Konukevi Yön m 13/1/c)⁴³.

İlgili düzenlemede, bağımsız ev kiralanarak konaklama sağlanmasının ön şartı olarak “*can güvenliği riski olmamak kaydı*” getirilmiştir. Bu hali ile, 12 yaşından büyük erkek çocuğu olan kadınlar ile engelli çocuğu bulunan kadınların, bağımsız evde konaklamalarının can güvenliği riski doğurması halinde nerede konaklayacakları açık değildir. Hükümde, can güvenliği bulunması halinde bu kişilerin her durumda sığınmaevlerine kabul edilmesi gerektiği yönünde açık bir kurala yer verilmesi uygun olurdu.

Ayrıca bu imkandan, “*talep edilmesi ve gerekli olduğuna dair sosyal inceleme raporuna istinaden, ŞÖNİM tarafından uygun görülmesi halinde*” yararlanılabilecektir. Hakkında halihazırda verilmiş olan uygun barınma yeri sağlanmasına dair tedbir kararı bulunan kadının, derhal mevcut sığınma evine kabul edilmek yerine 12 yaşından büyük erkek çocuğu veya engelli çocuğu bulunduğu için böylesi bir bürokrasi ile karşı karşıya bırakılması (ki bunun da zaman alacağı açıktır) oldukça sakıncalı ve talihsiz bir uygulamadır.

Diğer yandan, kira ve diğer cari giderlerin sığınma evi bütçesinin ilgili kalemlerinden ödeneceği düzenlenmiştir (Konukevi Yön m 13/1/c). Ne var ki, sığınmaevlerinde asgari ihtiyaçların karşılanmasında dahi sıkıntı yaşanabilmekte iken, kira giderlerinin de aynı bütçeden karşılanacak olması, bu imkanı fiilen mümkün kılmamaktadır. Bu sorun, 12 yaş üstü erkek çocuğu veya engelli çocuğu olan kadınların ihtiyaçlarına uygun kategorik sığınmaevlerinin açılması veya sığınmaevlerinde bu kişiler için ayrı alanlar kurulması ile çözülebilir⁴⁴.

2. Yaşlı ve Hastaların Sığınma Evine Kabulü

Yönetmeliğin ilgili hükmüne göre, 60 yaşından büyük olan şiddet mağduru kadınlar, uygun sosyal hizmet kuruluşuna yerleştirilecek ve bu işlem, Özürlü ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne bildirilecektir (Konukevi Yön m 13/3). Ancak bu konuda da Yönetmelik öncesi dönemde yaşlı kadınlar açısından sığınma evine kabul sürecinde yaşanan sorunların⁴⁵ aşılması ve bu imkandan ivedilikle

⁴³ Dikkati çeken bir diğer düzenleme de, sığınma evi bulunmayan ilçelerde ihtiyaca göre bu bent kapsamında öngörülen ev kiralaması yoluna gidilebileceğine ilişkindir (Konukevi Yön m 13/1/c/son c). Uygulamada yaşanan sığınma evi teminindeki zorlukların, en azından bu hüküm ışığında telafi edilmesi düşünülebilir.

⁴⁴ Bu yönde bkz. Sallan Gül (n 16) 217.

⁴⁵ *ibid* 127, 220-221.

faaydalandırılabilmeleri için ayrıntılı düzenlemelere ve kurumlar arası işbirliği yükümlülüklerinin yerine getirilmesine ihtiyaç bulunur.

Alkol ve madde bağımlıları ise tedaviye başlamaları ve devam etmeleri koşulu ile sığınma evine kabul edilirler (Konukevi Yön m 13/f). Bulaşıcı veya sürekli tıbbi tedaviyi gerektirir ağır hastalığı olan kadınların ise, ancak tedaviyi kabul etmeleri durumunda tedavileri sağlanacak, tedaviyi kabul etmemeleri halinde ise haklarında Konukevi Yönetmeliği m 29/1/c hükmü uyarınca sığınma evinden çıkarılma karar verilecektir (Konukevi Yön m 13/d).

Bu hüküm de muğlak ve çözüm odaklı olmayan bir içeriktedir. Tedavi kabul edilmediğinde sığınma evinden çıkarılan kadın veya tedavisi olmayan bulaşıcı veya ağır hastalığı olan kadın sığınma evi imkanından tamamen mi mahrum bırakılacaktır?

Bu gibi kişilerin barınma ihtiyacının 6284 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği madde 7/2 uyarınca sosyal tesis, yurt ve benzeri yerlerde karşılanacağı düşünülebilir. Ne var ki, ilgili hükümde bu imkanın, Bakanlığa bağılı veya Bakanlığın denetimi altında bulunan barınma yerlerine güvenli nakli sağlanıncaya kadar geçici olarak sağlandığı ifade edildiğinden bu da kalıcı bir çözüm sunmaz. Sığınmaevlerinde kalacak olan kadın profiline doğal olarak içerdiği farklılıklar sebebiyle zaman içerisinde yaşanan sorunlara Konukevi Yönetmeliği ile çözümler üretilmeye çalışılmıştır. Bu sorunlar, ancak kategorilere göre uzmanlaşmış sığınmaevlerinin kurulması ile aşılabılır⁴⁶. GREVIO raporunda da uzman sığınmaevlerinin sayısının ve kapasitesinin artırılması⁴⁷, ayrıca Kanun ve Yönetmeliklerde yer alan, sığınma evine erişimde 60 yaş üstü kadınlar, 12 yaşından büyük erkek çocuğu veya engelli çocuğu olan kadınlara dair düzenlemelerin gözden geçirilerek bu sınırlandırmaların kaldırılması hususunda⁴⁸ "*ısrarlı tavsiye*"de bulunulmuştur.

3. Sığınma Evinde Kalma Süresi ve Sığınma Eviden Ayrılma

Kadınların sığınma evlerinde kalma süresi, ilk kabul birimine kabul tarihinden itibaren 6 aydır (Konukevi Yön m 14/1)⁴⁹. Ayrıca, sığınma evinden ayrılan kadınlar, ihtiyaç halinde ve uygun görülmesi durumunda birden çok kez sığınma evine kabul edilebilirler (Konukevi Yön m 28/4).

Bu süre, kadınların güçlenme süreci değerlendirilerek gerekli hallerde uzatılabilir. Uzatmanın süresi, sosyal çalışmacı ile çocuk var ise çocuk gelişimcinin görüşü alınarak, değerlendirme komisyonu tarafından belirlenir (Konukevi Yön m 14/2).

⁴⁶ "*Şiddete uğrayan kadınların farklı özellikleri, ihtiyaçları ve beklentileri dikkate alınarak, engelliler, psikolojik sorunları olanlar ve bağımlılar gibi, uzmanlaşmış sığınmaevleri açılmalıdır*". Bu görüş için bkz. Sallan Gül (n 16) 217.

⁴⁷ Grevio Rapor, (n 25) P 180a Appendix I N 33-a

⁴⁸ Grevio Rapor, (n 25) P 180b Appendix I N 33-b

⁴⁹ Eski Yönetmelik döneminde 3 ay olarak öngörülen süreye rağmen sürenin Belediyelerin bazılarında 2 ay olarak belirlendiği, Mor Çatı'da ise süre sınırlaması bulunmadığı yönünde, Sallan Gül (n 16) 129.

Buna karşılık, mülki amir veya hakim tarafından hakkında barınma kararı verilmiş kadınlar, kararda belirtilen süre boyunca sığınma evinde kalabilecektir (Konukevi Yön m 14/3). Dolayısıyla, mülki amirin veya hakimin 6 aydan uzun süre için uygun barınma yeri sağlanmasına karar vermesinde bir engel bulunmaz.

“*Konukevinden ayrılma*” kenar başlıklı 28. madde uyarınca, kadın, kendi talebi, sürenin sona ermesi, başka bir sığınma evine yönlendirilmesi veya nakli hallerinde sığınma evinden ayrılabilir (Konukevi Yön m 28/1/a, b, ç). Ancak mülki amir veya hakim tarafından hakkında uygun barınma yeri sağlanmasına dair tedbir kararı verilen kadınların, bu kararda öngörülen sürenin dolmasından önce sığınma evinden ayrılmak istemeleri halinde, kararı veren merciye kararın kaldırılmasına dair başvuru yapmaları gerektiği öngörülmüştür (Konukevi Yön m 28/1/c). Ne var ki, bu başvuruda bulunmayan kadının sığınma evinde zorla tutulması da düşünülemez.

Bu sürenin sonunda kadınları bekleyen seçenek ve ihtimaller şunlardır; süre uzatımı talep etmek, şiddet ortamına geri dönmek ve sığınma evinden ayrılarak kendisine yeni bir hayat kurmak veya bunu gerçekleştiremeyecek olmasına rağmen sığınma evini terk etmek veya sığınma evinden çıkarılmak⁵⁰. Bu sebeple sığınma evleri yalnızca barınma imkanı değil, buradaki sınırlı süreli konaklamanın sonunda şiddet ortamına dönmek zorunda kalınmaması için meslek edindirmeye yönelik faaliyet hizmetleri de sunmalıdır⁵¹. Şiddet mağdurunun maddi imkansızlıklar sebebiyle kendisine yeni bir hayat kuramaması halinde şiddet ortamına geri dönmesi pek muhtemeldir. Dolayısıyla bu sürede kadınların istihdamına yönelik etkin faaliyetlerde bulunması sığınma evlerini, şiddetten geçici bir süre uzaklaşıp yine aynı döngüye girilen yerler olmaktan çıkaracaktır⁵². Bu bakımdan haklı olarak, bazı sığınmaevlerinde uygulaması bulunan meslek edindirme kurslarının yaygınlaştırılması gerektiği önerilmektedir⁵³. Zira sığınmaevlerinde kalan kadınların eğitim seviyesi ve meslek deneyiminin azlığı sebebiyle iş bulmaları zordur⁵⁴. Uygulamada ise, İş-Kur aracılığı ile ya da sığınma evi yöneticilerinin kişisel çevresinden destek alınması suretiyle kadınlara meslek kazandırılmaya çalışıldığı, ancak bazı sığınmaevlerinin, mevcut istihdam desteklerinin yetersizliği ve sonuç alınamaması sebebiyle bu yönde uğraş vermekten vazgeçtiği aktarılmaktadır⁵⁵.

⁵⁰ Sallan Gül (n 16) 178.

⁵¹ Demirkır Ünlü (n 24) 86; “*Kadınların, çalışma yaşamına katılımını desteklemek ve istihdam politikasına uygun olarak istekleri ve yeteneklerine göre meslek edindirmelerini sağlamak için gerekli olan eğitim giderleri*”nin, Bakanlık bütçesinden konukevine aktarılacak ödenekten karşılanacağı öngörülmüştür (Konukevi Yön m 25).

⁵² Aydoğan (n 9) 217; Sığınma evinde kalan kadınların sığınma evi sonrası yaşam planları hakkında inceleme ve değerlendirmeler için bkz. Sallan Gül (n 16) 178-186.

⁵³ Demirkır Ünlü (n 16) 86.

⁵⁴ Sallan Gül (n 16) 119.

⁵⁵ *ibid* 112, 119.

B. Geçici Maddi Yardım

Ülkemiz şartlarında kadınların çoğunun maddi yetersizlikler sebebiyle şiddet ortamından uzaklaşamadığı şüphe götürmez bir gerçektir⁵⁶. Maddi imkansızlıklar sebebiyle şiddet uygulayan kişi ile birlikte yaşamaya devam eden mağdura, bu bağımlı konumunun ortadan kaldırılması amacıyla maddi yardım yapılması gerekir. Dolayısıyla, bu yönde koruyucu tedbire karar verilmesi, şiddet mağdurunun korunmasının sağlanabilmesi için önemlidir. Kişinin şiddetin gerçekleştiği mekandan bağımsızlaştırılması ilk aşamada ancak maddi destek ile mümkün olur⁵⁷.

Mülki amir tarafından verilebilecek olan geçici maddi yardım tedbiri, Kanun'un 3/1/b hükmü ile öngörülmüş ve tedbirin uygulama esasları, Kanun'un 17. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca; “...onaltı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının otuzda birine kadar günlük ödeme yapılır. Korunan kişinin birden fazla olması hâlinde, ilave her bir kişi için bu tutarın yüzde yirmisi oranında ayrıca ödeme yapılır. Ancak, ödenecek tutar hiçbir şekilde belirlenen günlük ödeme tutarının bir buçuk katını geçemez. Korunan kişilere barınma yeri sağlanması hâlinde bu fıkrada belirlenen tutarlar yüzde elli oranında azaltılarak uygulanır” (6284 s K m 17/1). Ödemeler, Bakanlık bütçesindeki ödenekten karşılanır ve şiddet uygulayandan tahsil edilir (6284 s K m 17/2).

Yönetmeliğin 8. maddesi ile, geçici maddi yardımın miktarına ve ödeme usulüne dair düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre karar, yerine getirilmek üzere ŞÖNİM'e gönderilecek (Yön m 8/2), yardım, ŞÖNİM'e tebliğe müteakiben her ayın onbeşinde ve otuzunda hazırlanan bordro ile tahakkuk eden meblağ ilgililerin banka hesabına yatırılacak, korunan kişiye elden ödeme yapılmayacaktır (Yön m 8/4). Ayrıca mağdura halihazırda diğer kanunlara göre yapılan yardımların bulunması, geçici maddi yardım tedbirine karar verilmesine engel olmayacaktır (6284 s K m 3/1/b, Yön m 8/6).

Her ne kadar, Yönetmeliğin ilgili hükmü ile ödemenin Bakanlık bütçesindeki ödenekten yapılacağı öngörülmüş ise de (Yön m 8/5/c 1), uygulamada, kadınların, Kaymakamlık bünyesindeki Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı'na yönlendirildikleri, Vakfın ise böyle bir uygulamaları bulunmadığı gerekçesi ile herhangi bir ödeme yapmadığı belirtilmektedir⁵⁸. Görülmektedir ki, yetkili makamların işbirliği yükümlülüklerine ve mevcut olan bir tedbir kararına aykırı uygulamalarının önüne geçilmesi için, ödeme usulüne dair daha ayrıntılı düzenlemelere ihtiyaç

⁵⁶ Erdem (n 8) 47.

⁵⁷ Necla Öztürk 'Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler' (2017) 8 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 10.

⁵⁸ Moroğlu, 'Şiddetin Önlenmesi' (n 15) 39-40.

bulunur. Bu konuda ilgili personelin eğitilmesi de büyük önem arz eder⁵⁹. Diğer yandan, genellikle ilk başvuru birim olan karakollarda, şiddetten kaçarken yanında para veya eşya bulunmayan kadınların acil ihtiyaçlarını karşılamak için bir ödenek bulundurulması gerektiği yönündeki görüşe katılmak gerekir⁶⁰.

GREVIO raporunda, geçici ödemeye ilişkin tedbirden neredeyse hiçbir mağdurun yararlandırılmadığı tespit edilerek⁶¹, Türkiye'ye, yetkililerin mağdurların maddi yardım alabilmelerine olanak tanınması konusunda "*ısrarlı tavsiye*"de bulunulmuştur⁶².

Şiddetin önlenmesi ve şiddetten koruma amacının gerçekleştirilmesinde, geçici maddi yardım tedbiri önemli bir adımı oluşturur. Ne var ki, bu tedbir, kalıcı nitelikte korumanın sağlanmasında ancak ilk adımı teşkil eder. Nihai olarak kadının istihdamının sağlanması için gereken çalışmaların yapılması ile bu süreç tamamlanmalıdır ki, bu geçici tedbire karar verilmesi sonrasında kadın yine maddi imkansızlıklar sebebiyle şiddet ortamına geri dönmek durumunda kalsın⁶³. Esasen, aynı husus, İstanbul Sözleşmesi'nde taraf devletlerin genel yükümlülükleri arasında sayılmıştır. Buna göre taraf devletler, kadınların güçlendirilmesine yönelik program ve faaliyetlerin teşviki için gereken tüm tedbirleri yerine getirmelidir (Söz m 12/6).

1. Tedbirin Süresi

Geçici maddi yardıma ilişkin düzenlemelerde tedbirin süresine dair sınırlamaya yer verilmemiştir. Yalnızca, ödemeye, kararın geçerlilik süresi boyunca devam edileceği ve tedbirin kaldırılmasına ya da değiştirilmesine karar verilmesi halinde hesaplamanın, kararın geçerli olduğu gün üzerinden yapılacağı belirtilmiştir (Yön m 8/4/c 5,6). Bu sebeple, geçici maddi yardıma ilişkin tedbir kararının süre sınırı bakımından Kanun'da yer alan genel kurala değinmek gerekir. Kanun'da, tedbire ilk defa hükmedilmekte ise tedbirlerin süresinin üst sınırı altı ay olarak belirlenmiştir (6284 s K m 8/2/c 1). İstanbul Sözleşmesi'nde ise, koruyucu ve önleyici tedbirlerin belirli bir süre için veya hakkında değişiklik veya kaldırma kararı verilene kadar etkili olacak surette verilmesi gerektiği kuralı yer alır (Söz m 53/2). Buna göre, tedbir kararları ya belirli bir süre için verilebilecek ya da hukuki belirlilik ilkesi ışığında,

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru sonucu verilen bir kararda yer verilen şu ifadeler uygulamadaki sorunları yansıtmaktadır: "*Başvurucuya ödenmesine karar verilen altı aylık süreli geçici maddi yardımın ise karar tarihinden yaklaşık dokuz ay sonra ödendiği anlaşılmaktadır. Geçici maddi yardım kararının uygulanmasında ise Mahkeme kararında tedbirin geçerlilik süresinin yer almaması ve ödenek beklenmesi nedenleriyle gecikme olduğu görülmektedir (N 82)*", Anayasa Mahkemesi, 2014/546, 19.12.2017, RG 28.02.2018/30346, A.Z.Ö başvurusu.

⁶⁰ Bu yönde bkz. Pınar Bacaksız, '6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının Korunması' iç (Nur Centel edr) *Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 1 Ceza Hukuku (2013) 13, 25.

⁶¹ Rapor, 2016 yılında yalnızca 10 kadının bu tedbirden yararlandığı belirtilmektedir. Bkz Grevio Rapor, (n 25) P 160 dn 145.

⁶² Grevio Rapor, (n 25) P 164a Appendix I N 31-a.

⁶³ İstihdama verilecek önem ve önceliğin, şiddeti önleme yükümlülüğünün en önemli yanını oluşturduğu yönünde, Aydoğan (n 9) 216.

haklarında yetkili makamlar tarafından değiştirme veya kaldırma karar verilmeye kadar geçerli olacak şekilde kararlaştırılabilecektir⁶⁴.

Geçici maddi yardıma karar verilmesi halinde bu kararda, tedbirin uygulanacağı sürenin de belirlenmesi gerektiği açıktır. Ancak ilgili hükümde açık bir süre sınırı öngörülmemiş iken, bu tedbire ilk kez karar verilmesi halinde dahi, Kanun'da yer alan altı aylık süre sınırının koruyucu tedbirler bakımından uygulanması amaca uygun olmaz⁶⁵.

Yetkili mercilerin, somut olayda söz konusu olan ihtiyaca göre daha uzun süreler için geçici maddi yardıma karar vermelerine imkan tanımak gerekir. Altı aylık süre sınırı, bu süreyi takiben mağdurun tekrar tedbirin uzatılmasını talep etmek zorunda bırakılması anlamına gelir. Böylesi taleplerin değerlendirilmesinde yaşanacak gecikmeler ise, şiddet mağdurunun bu maddi yardımdan kesintili olarak mahrum bırakılmasına sebep olur. Bu bakımdan, doğrudan faile ilişkin olan önleyici tedbirlerin aksine koruyucu tedbirler hakkında böylesi bir süre sınırının bulunmasında korunan bir menfaat bulunduğunu söylemek zordur.

2. Rücu Meselesi

Mağdura yapılan geçici maddi yardım tutarı, şiddet uygulayana rücu edilmektedir (Yön m 42/1). Geçici maddi yardım miktarının, nihai olarak şiddet uygulayandan tahsil edilecek olması sebebiyle, uygulamada hakimlerin, bu tedbirin süresine hükmederken bu hususun aile içerisinde yaratacağı sorunları dikkate alması gerektiği ileri sürülmüştür⁶⁶. Bu görüş, rücu sonucunda şiddet failinin içerisinde bulunacağı maddi ve manevi sıkıntının şiddet mağduruna yansımalarının dolaylı olarak mağdurun aleyhine olacağı düşüncesi ile haklı bir sağduyunun ürünüdür.

İstanbul Sözleşmesi'nde benzer olumsuzlukların engellenmesi amacıyla taraf devletlere, *“failin mağdura karşı finansal yükümlüklerini yerine getirebilme yeteneğinin gereken biçimde hesaba katılmasının temin edilmesi”* yükümlülüğü getirilmiştir (Söz m 48/2). Yani, para cezasının miktarı belirlenirken, çoğu şiddet vakasında failin ailenin geçimini sağlayan kişi olması sebebiyle para cezasının mağduru ekonomik sıkıntıya sokmamasına ve dolaylı olarak cezalandırılmasına sebep olmamasına dikkat edilmesi gerekir⁶⁷. Ancak dikkat etmek gerekir ki bu yükümlülük, failin para cezası ödemesine hükmedileceği hallerde söz konusudur. Yani geçici maddi yardıma ilişkin tedbir kararı bakımından ilgili ve bağlayıcı değildir. Benzer sonuçlara sebep olabileceği düşüncesi ile geçici maddi yardımın süresinin kısa tutulması mümkün değildir. Böylesi bir yaklaşım, geçici maddi yardım

⁶⁴ Şerh, Art 53 N 271.

⁶⁵ Avusturya hukukunda, koruyucu tedbirlerin boşanma davasının sonuna kadar sürdürüldüğü yönünde, Sallan Gül (n 16) 57.

⁶⁶ Karakaya (n 35) 55.

⁶⁷ Şerh, Art 48 N 253.

tedbiri ile öncelikli olarak hedeflenen korumanın sağlanmasına engel olur. Tedbirin süresinin tespitinde belirleyici unsur, yalnızca, şiddet mağduru kadının şiddetten uzak bir hayata kavuşturulmasına destek olunması olmalıdır.

C. Rehberlik ve Danışmanlık Hizmeti

“Psikolojik, mesleki, hukuki ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi” de mülki amir tarafından verilebilecek koruyucu tedbirlerinden biridir (6284 s K m 3/1/c).

Şiddet mağdurlarının, özellikle ev içi şiddet söz konusu olduğunda, kendilerine uygulanan şiddeti “tam olarak kavrayamamaları ve/veya bunu rasyonelleştirmeleri⁶⁸” de şiddete karşı koymalarını engelleyen sebeplerdendir. Şiddete göz yumulmasının altında, geleneksel düşünceler, ailelerin bu konuda destek sunmaması, toplumsal cinsiyet algısında şiddetin normal algılanması ve hatta şiddet mağdurunun psikolojik olarak yıpranması sonucunda kendisinin bu durumu hak ettiğini düşünmesi gibi sebepler yatar⁶⁹. Ayrıca, eğitim düzeyi ve ekonomik imkanlar bakımından ayırım göz etmeyen ev içi şiddete karşı konulmamasında sosyal çevreden utanma da etkili olmaktadır⁷⁰.

Mağdurun, şiddete tam ve kalıcı olarak karşı koyabilen bir birey olarak topluma kazandırılabilmesi için, böylesi yanlış inanışların kırılması gerekir. Bu tedbir kararı çerçevesinde verilecek rehberlik hizmetleri kapsamında bu gibi eğitim ve bilgilendirmeler de yer almalıdır. Bu bakımdan şiddetin tanımına ve ne gibi davranışları kapsadığına, ayrıca toplumdaki, şiddetin sıklık derecesinin veya boyutunun şiddetin varlığı konusunda belirleyici olacağı gibi yanlışların telafisine yönelik eğitici rehberlik desteğinin verilmesi uygun olur.

Burada öngörülen rehberlik ve danışmanlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ŞÖNİM’ler koordinasyon ile görevli kılınmıştır (Yön m 9/3). ŞÖNİM’ler, “*gerekli uzman personelin görev yaptığı ve tercihen kadın personelin istihdam edildiği, şiddetin önlenmesi ile koruyucu ve önleyici tedbirlerin etkin olarak uygulanmasına yönelik destek ve izleme hizmetlerinin verildiği, çalışmalarını yedi gün yirmidört saat esasına göre yürüten, çalışma usul ve esasları yönetmelikle belirlenen, şiddet önleme ve izleme merkezleri*”dir (6284 s K m 14/1). Bu merkezlerde, şiddetin önlenmesi ile koruyucu ve önleyici tedbirlerin etkin olarak uygulanmasına yönelik izleme çalışmaları yapılır ve destek hizmetleri verilir (6284 s K m 14/2). Bu hizmetler, Kanun’un 15. maddesi ile ayrıntılı olarak sayılmıştır⁷¹.

⁶⁸ Erdem (n 8) 47.

⁶⁹ *ibid* 47.

⁷⁰ *ibid* 48.

⁷¹ Ayrıca, ŞÖNİM’lerin kuruluş, işleyiş ve yürüteceği işlemlere ilişkin usul ve esaslar ile ŞÖNİM’de çalışacak personelin görev, yetki ve sorumluluklarını belirlemek üzere “*Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri Hakkında Yönetmelik*” (RG 17.03.2016/29656) yayınlanmıştır.

ŞÖNİM'lerde, "Korunan kişiye, kişinin psikolojik ve sosyo-ekonomik durumu değerlendirilerek, hakları, destek alabileceği kurumlar, meslek edindirme kurslarına katılmasına yönelik faaliyetlerde bulunmayı da kapsayacak şekilde iş bulma ve benzeri konularda gelişmesi ve uyum sağlaması, gerekli olan seçimleri, yorumları, planları yapması ve kararları vermesine yarayacak bilgi ve becerileri kazandırmak ve psikolojik destek sağlamak üzere ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile işbirliği içerisinde gerekli hizmetler verilir" (Yön m 9/1). "Korunan kişinin hukuki rehberliği ihtiyacı olması halinde 48 inci72 madde ile düzenlenen davalara müdahil olmayı da içeren gerekli destek ve danışmanlık hizmeti verilir" (Yön m 9/2).

Görülmektedir ki kanun koyucu, şiddet mağduru kadının yalnızca şiddetten korunmasını değil, şiddetin kadın üzerindeki olumsuz sonuçlarının telafisini de amaçlamıştır. Bu tedbir ile, şiddete maruz kalmanın mağdurda yarattığı psikolojik yıpranmanın telafisi ve ayrıca şiddet mağdurlarının kendi imkanları ile hayatlarını bağımsız olarak sürdürebilmelerine yardım edilmesi hedeflenir⁷³. ŞÖNİM'lerin bu kapsamdaki görevlerini verimli bir şekilde yerine getirmesi şiddetin önlenmesi ile mücadelede önemli bir yere sahiptir⁷⁴.

Bu amacın yerindeliği tartışmasız olmakla birlikte, Kanun'da ayrıca, bu kişilerin ivedi şekilde ekonomik bağımsızlıklarını elde edebilmelerine olanak sağlayacak iş imkanlarının sunulduğu bir yapılanmanın öngörülmüş olması oldukça faydalı olurdu. Nitekim Sözleşme ile, taraf devletlerin, mağdurların şiddet eylemlerine karşı korunması ve desteklenmesi için alacağı tedbirlerin, şiddet mağduru kadınların güçlendirilmesini ve ekonomik bağımsızlıklarının sağlanmasını hedeflemesi yükümlülüğü getirilmiştir (Söz m 18/3/b.4).

D. Geçici Koruma Altına Alınma

Mülki amir ayrıca, "Hayati tehlikesinin bulunması halinde, ilgilinin talebi üzerine veya resen geçici koruma altına alınma" kararı verebilir (6284 s K m 3/1/ç).

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, bu bent ile öngörülen koruyucu tedbir kararının, ilgili kolluk amirlerince verilmesi de mümkündür (6284 s K m 3/2/c 1). Kolluk amirinin tedbire karar vermesini takiben, kararı, ilk işgünü içerisinde mülki amirin onayına sunması gerekir (6284 s K m 3/2/c 2). Kararın, mülki amir tarafından kırk sekiz saat içerisinde onaylanmaması halinde, tedbir kendiliğinden kalkacaktır (6284 s K m 3/2/c son).

⁷² Zikredilen madde esasen, 46. madde olup, Yönetmelik'te bu konuda yanlışlık bulunmaktadır.

⁷³ Bölükbaşı (n 19) 125; Yılmaz (n 3) 364; Öztürk (n 54) 10-11; Bu konuda, Sözleşme ile taraf devletlere, genel destek hizmetlerinin yerine getirilmesi bakımından, mağdurun şiddet eylemi sonrası iyileşmesini sağlayacak gerekli yasal veya diğer tedbirleri almak yükümlülüğü getirilmiştir (Söz m 20/1/c 1). Bu tedbirlere, ihtiyaç halinde, hukuki ve psikolojik danışmanlık hizmetleri, finansal yardım, barınma desteği, eğitim, öğretim ve iş bulma yardımı da dahildir (Söz m 20/1/c 2).

⁷⁴ ŞÖNİM'lerin yasa ile düzenlenen görevlerini yerine getirmesinin, şiddetle mücadelede en hızlı ve en etkili çözümlerden birini teşkil edeceği yönünde, Karakaya (n 35) 88.

Geçici koruma altına alınmaya ilişkin tedbir de, şiddet mağdurlarının korunması açısından Kanun ile öngörülen önemli tedbirlerden biridir⁷⁵. Tedbire karar verilebilmesi için, mağdurun hayati tehlikesinin bulunması gerekir. Bu karar, “*olayın niteliği, şikayet ve ihbar göz önünde bulundurulur*”, ilgilinin talebi üzerine veya re’sen verilebilir (Yön m 10/1).

İstanbul Sözleşmesi’nin “*Risk değerlendirme ve risk yönetimi*” kenar başlıklı 51. maddesi ile, taraf devletlere, riski yönetmek ve gerekli olması halinde koordineli destek ve güvenlik sağlamak yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde taraf devletler, tüm ilgili yetkililerce hayati tehlike riskinin, durumun ciddiyetinin ve şiddetin tekrarlanma riskinin değerlendirilmesini sağlamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alacaktır (Söz m 51/1). Belirtmek gerekir ki, 6284 sayılı Kanun’da hayati tehlikenin varlığına dair değerlendirme kriterlerine ve Sözleşme’nin 51. maddesinde öngörülen yapılanmaya dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş, yalnızca Yönetmelik ile bir takım genel tanımlar yapılmıştır. Bu durum, yetkili mercileri risk değerlendirmesinde keyfiliğe ve belirsizliğe iter⁷⁶. Yetkililerin hayati tehlikenin bulunup bulunmadığına dair değerlendirmede, somut şikayet veya ihbarı dikkate alarak hassasiyetle davranması gerekir. Hayati tehlikenin varlığına dair değerlendirmede katı yaklaşımlardan uzak durulmalı, kadının beyanı esas alınmalıdır.

Verilmiş olan geçici korumanın türü ve uygulama esasları Yönetmelikte ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, bu kararın yerine getirilmesinde, hakkında tedbire karar verilen kişinin yerleşim yerindeki kolluk görevli ve yetkilidir (Yön m 10/2). Geçici koruma tedbirinin türü ise, muhtemel tehdit ve risk dikkate alınarak ve şiddet uygulayanın durumunun değerlendirilmesi suretiyle hakim veya mülki amir tarafından ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk tarafından belirlenecektir (Yön m 10/3). Korumanın türünün belirlenmesinde, “*Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Mahkemelerce Alınacak Tanık Koruma Tedbirlerine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik*”⁷⁷ (TKY) ile düzenlenen fiziki koruma tedbirleri esas alınacaktır (Yön m 10/3).

6284 sayılı Kanun uyarınca verilecek geçici koruma tedbiri, atıf yapılan, tanık korumaya ilişkin söz konusu Yönetmeliğin 7. maddesinde sayılan tanık koruma

⁷⁵ Bu tedbirin mülki amir tarafından verilebilecek tedbirlerden en önemlisi olduğu zira mağdurun beslenme, bakım ve barınma gibi ihtiyaçlarının karşılanmasının daha kolay olduğu, önemli olanın mağduru hayatta tutmak olduğu yönünde, Bölükbaşı (n 19) 125.

⁷⁶ Kanun’da hayati tehlike kavramının yüzeysel olarak tanımlanmasıyla yetinilmesi ve İstanbul Sözleşmesi’nin risk değerlendirmesi ve risk yönetimine dair düzenlemesine yer verilmemesinin, mülki amir veya kolluğun keyfi uygulamalarına sebep olabileceği yönünde, Feridun Yenisey, ‘Uluslararası Sözleşmede Kadına Yönelik ‘Şiddet Riskinin’ Değerlendirilmesi ve Türk Hukuku’ (2012) 8 (97-98) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, (Yoncalı Platformu Sempozyumu Günleri Kütahya Türkiye’de Aile İçi Şiddetle Mücadele Hukuk Sempozyumu) 10, 11-12; Ebru Ceylan, *Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Düzenlemeler* (2013) 109 TBB Dergisi 13, 51; Bölükbaşı (n 19) 40.

⁷⁷ RG 11.11.2008/27051.

tedbirlerinden, “fiziki koruma sağlanması” tedbirine (TKY m 7/ç, TKK⁷⁸ m 5/ç) ilişkindir. Söz konusu tanık korumaya ilişkin Yönetmeliğin 14. maddesi uyarınca koruma usulleri; yakın koruma, konutta koruma, işyerinde koruma, motorize veya yaya devriye ile koruma ya da çağrı üzerine korumadan ibarettir. Bu usullerden biri veya birkaçının aynı anda uygulanmasına karar verilebilir (TKY m 14/3).

Düzenlemede, tedbirin türüne karar verme konusunda, Cumhuriyet savcısı veya hakim yetkili kılınmıştır (TKY m 14/4). Ancak, tanık korumaya dair yönetmeliğe yalnızca karar verilecek korumanın türü bakımından atf yapıldığından (Yön m 10/3), geçici koruma tedbirinin türüne karar vermeye mülki amir veya hakim yetkili olacaktır. Bu gibi usulü konularda uygulamada belirsizlik ve sorunlara sebep olunmaması için yetkili makamlara büyük görev düşer.

E. Kreş İmkanının Sağlanması

Mülki amir, korunan kişinin çocukları için kreş imkanının sağlanması yönünde koruyucu tedbire de karar verebilir. Söz konusu hüküm uyarınca, “Gerekli olması halinde, korunan kişinin çocukları varsa çalışma yaşamına katılımını desteklemek üzere dört ay, kişinin çalışması halinde ise iki aylık süre ile sınırlı olmak kaydıyla, on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının yarısını geçmemek ve belgelendirilmek kaydıyla Bakanlık bütçesinin ilgili tertibinden karşılanmak suretiyle kreş imkanının sağlanması” yönünde koruyucu tedbir kararının verilebileceği düzenlenmiştir (6284 s K m 3/1/d).

Buna göre, koruma altına alınan kişinin çalışma hayatına katılımını desteklemek üzere dört aylık süre için, kişi halihazırda çalışmakta ise iki ay süre ile sınırlı olarak kreş imkanı sağlanabilmektedir.

Bu tedbirin amacı, şiddet mağduru kadının çocukları ile birlikte şiddet ortamından uzaklaşarak kendisine yeni bir hayat kurmasını ve bu bakımdan ekonomik olarak kendi ayakları üzerinde durabilmesini desteklemektir⁷⁹. Fakat düzenlemenin, mevcut hali ile, amaçlanan korumayı sağlamak konusunda yetersiz olduğunu belirtmek gerekir.

Kanun koyucu, çalışmayan kişiler açısından iş bulmalarının dört aylık bir sürede mümkün olacağı önkabulü ile hareket etmektedir. Elbette, dört aylık sürede bir iş bulunması kolay olmaz. Kaldı ki, çalışmaya başlayan kadının kreş ihtiyacı bu andan itibaren daha da artacaktır⁸⁰.

⁷⁸ 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu, RG 05.01.2008/26747.

⁷⁹ Elbette, kadının halihazırda yaşadığı evden ayrılmaksızın bir kısım diğer tedbirler ile korunmasının sağlandığı hallerde de çalışma hayatına katılımının desteklenmesi veya devamının sağlanması amacıyla bu tedbire karar verilebilmesi teorik olarak mümkündür. Düzenlemeyi bu bakımdan sınırlı olarak değerlendirmek gerekir.

⁸⁰ Bu yönde bkz Öztürk (n 54) 11.

Diğer yandan, kişi çalışıyor ise bu tedbirden ancak iki ay süre ile sınırlı olarak yararlanabilecektir. Ne var ki, kendisine yeni bir hayat kuracak olan kadının iki ay içerisinde kreş masrafını karşılayabilecek surette ekonomik bir düzene kavuşacağı düşüncesi gerçeğe uygun değildir. İki ay gibi kısa bir süre, kreş imkanının sağlanmasına yönelik tedbir ile hedeflenen desteğin sağlanması için yeterli olmaz.

Bu açıdan bakıldığında, kreş imkanının sağlanmasına dair hükümde yer verilen süre sınırlamaları bu tedbir ile hedeflenen amacın gerçekleştirilmesine imkan vermez. Doktrinde, hiç olmazsa sığınma evlerinde çocukların bakımının sağlanacağı alanların bulunmasının gerektiği savunulmaktadır⁸¹. Esasen, sığınma evlerinde çocuklar için kreş, eğitim ve rehabilitasyon, oyun ve etkinlik odaları ile çalışma odalarının bulunacağı, ilgili Yönetmelik ile hüküm altına alınmıştır (Konukevi Yön m 8/4/e). Ancak bunların sığınma evlerinde mevcut olmadığı aktarılmaktadır⁸².

Şiddet mağduru kadına, şiddet ortamından uzaklaştırılıp çalışma hayatına katılarak kendisi ve çocuklarına bir hayat kurabilmesine destek olmak amacıyla kreş imkanının tanınması oldukça olumlu bir düzenlemedir⁸³. Ne var ki, bu imkana gerçekçi bir kapsamda yer verilmediği sürece, düzenleme tamamen anlamsız bir içeriğe de bürünebilecek niteliktedir.

Kanaatimizce, kanun ile tedbire ilişkin süre sınırlamasına yer verilmek yerine, mülki amir veya hakime, somut olayın özelliklerine göre ihtiyaç doğrultusunda süre ve mümkün ise destek miktarı tespitinde bulunmak yetkisinin bırakılması daha yerinde olurdu⁸⁴. Böylelikle, kadının iş bulabilmesi için gereken muhtemel süre ve muhtemel geliri dikkate alınarak, kreş desteğinin süresi ve miktarı hakkında karar verilmesi çok daha uygun olacaktır. Bu ihtimalde yetkili merciler değerlendirmeyi, desteğin sağlanacağı kadının eğitim durumu ve iş tecrübesi, sağlık durumu ve yaşı gibi kişisel özelliklerini ve kreş ihtiyacına dair durumun özelliklerini (çocuğa bakabilecek aile yakınının bulunup bulunmadığı, kadının hayatını sürdüreceği bölgede bulunan kreşlerin sayısı, eğitim saatleri ve ücret ortalamaları gibi) dikkate alarak yapmalıdır.

Ek olarak, düzenlemede kreş yardımı olarak belirlenen meblağın da değerlendirilmesi gerekir. Düzenlemede, “*on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının yarısını geçmemek*” üzere kreş yardımı için

⁸¹ *ibid* 11; Ercoşkun Şenol (n 21) 437 dn 77.

⁸² Sallan Gül (n 16) 117-118.

⁸³ Okul öncesi eğitim imkanının yaygınlaştırılmasının, kadının çalışma hayatına katılımını kolaylaştırmakla kalmayıp aynı zamanda uzun vadede ülke ekonomisinin gelişimine de olumlu etkisinin bulunduğu bilimsel olarak kanıtlandığı hakkında bkz. Nazan Moroğlu, *Kadınların İnsan Hakları Sözleşmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2009) 70; Bölükbaşı (n 19) 190.

⁸⁴ Sürenin, kadının gelire göre belirlenmesi gerektiği ayrıca asgari ücretle çalışan kadınlar için bu imkandan sınırsız olarak yararlanmanın temini ile kadın istihdamının devamlılığının sağlanabileceği yönünde, Hayrunnisa Özdemir, ‘6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un Değerlendirilmesi’ (2013) 1 (1) Nisantaşı Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 45, 54; Kadın istihdamının sürekliliğinin sağlanabilmesi için, kreş imkanı süresinin, kadının elde ettiği gelire göre kreş ihtiyacı çerçevesinde belirlenebilmesine imkan tanınması gerektiği ve bu bakımdan asgari ücretle çalışan kadının kreş imkanından çocuklar okul çağına gelene kadar yararlandırılması gerektiği yönünde benzer görüşte bkz Bölükbaşı (n 19) 190; Seval (n 15) 123.

ödeme yapılacağı öngörülmektedir. Destek miktarının belirlenmesinde de, mağdurun bölgesindeki kreşlerin ortalama ücretleri, ayrıca yemek için ek ücret talep ediliyorsa bunun ve gerekiyorsa servis ücretinin de dikkate alınarak somut olaya göre karar verilmesi yetkisinin hakime veya mülki amire bırakılması daha yerinde bir çözüm olurdu. Nitekim İstanbul Sözleşmesi'nde taraf devletler, tedbirlerin yeterli biçimde uygulanabilmesi için uygun finansal kaynakları tahsis etmek ile yükümlü kılınmıştır (Söz m 8).

Benzer şekilde tedbire karar vermeye yetkili mercilere, kadının yaşadığı yer veya işyeri bölgesindeki kreşlerin çocuğu kreşe öncelikli olarak kabulüne ve bu bakımdan dönem ortasında bulunulması ya da kontenjan gibi sebeplerle kayıt talebinin geri çevrilmemesine dair karar verebilme yetkisinin tanınması da yerinde olacaktır.

Esasen bu konuda “*Özel Kreş ve Gündüz Bakımevleri ile Özel Çocuk Kulüplerinin Kuruluş ve İşleyiş Esasları Hakkında Yönetmelik*⁸⁵” ile öngörülen önemli bir düzenlemeye değinmek gerekir. Yönetmelik ile, kuruluşların kapasitelerinin yüzde üçünün, il müdürlüğüne tespit edilecek çocukların ücretsiz yararlanması için ayrılacağı kuralı getirilmiştir (m 50/1)⁸⁶. Söz konusu hüküm uyarınca, müdürlük, ücretsiz kontenjanları sosyal çalışma görevlisi tarafından düzenlenecek sosyal inceleme raporuna göre değerlendirecektir (m 50/2). Hükümde, ücretsiz kontenjan kapsamında değerlendirilecek çocuklar sayılmıştır (m 50/2/a,b). Buna göre, “*kadın konukevinde bulunan veya ayrılan kadınların çocukları*” da bu kontenjan kapsamındadır (m 50/2/b). Ücretsiz olarak yerleştirilecek çocukları kabul etmeyen kuruluşlar hakkında, Yönetmeliğin 51. madde hükmü uygulanacaktır (m 50/3)⁸⁷. Bu kapsamda denetimi yapılacak hususlardan biri de, “*Ücretsiz bakılması uygun görülen çocuğun kuruluşa kabul edilmemesi*”dir (m 51/5/k). Bu kurala ilişkin eksiklik veya aykırılık halinde, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu⁸⁸, nun 35/A maddesi uyarınca⁸⁹ idari para cezası uygulanır (m 51/6/c 1). Belirlenen sürede bu eksiklik veya aykırılık giderilmez ise, bu para cezasının iki katı tutarında tekrar ceza uygulanır ve giderim için otuz günlük ek süre verilir. Bu sürede de eksiklik veya aykırılığın giderilmemesi üzerine, kuruluş kapatılır (m 51/7). Ayrıca, eksiklik veya aykırılıkların giderilmesi için verilen süreler içinde kuruluşa yeni bir çocuk kabulü yapılamaz (m 51/8).

⁸⁵ RG 30.04.2015/29342.

⁸⁶ Yönetmeliğin 1996 tarihli önceki düzenlenmesinde, en az iki çocuk olmak üzere %5 olarak öngörülen ücretsiz kontenjanın, %3'e indirildiği ve en az iki çocuk kabul etme yükümlülüğünün kaldırıldığı, bu hali ile 34'ten az çocuk kapasiteli kreşlerin ücretsiz kontenjan tahsis etme yükümlülüğünün kendiliğinden kalkmış olduğu yönünde, Uçan et al. (n 19) 41.

⁸⁷ Söz konusu hüküm uyarınca kuruluşlar en az altı ayda bir denetlenir (m 51/3) ve denetim sonucu tespit edilen hususlar il müdürlüğü tarafından yazılı olarak kuruluşa bildirilir. Kuruluş, en fazla bir ay içinde belirtilen eksiklikleri gidermek zorundadır (m 50/4). Denetim sonucu tespit edilen eksikliklerin verilen süre içinde giderilip giderilmediği tekrar denetlenir (m 51/5).

⁸⁸ RG 27.5.1983/18059.

⁸⁹ “...16 yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının on katından elli katna kadar idari para cezası verilir”.

Özellikle büyükşehirlerde bu Yönetmeliğe tabi olarak işletilen kreşlerin sayısının çokluğu düşünüldüğünde, buraya kadar genel esasları ortaya konulmuş olan kontenjana ilişkin düzenlemenin gereği gibi uygulanması halinde, hem sığınmaevlerinde bulunan hem de bunlardan ayrılmış olan (veya amaca yönelik yorum çerçevesinde sığınma evinde hiç kalmamış olan) şiddet mağduru kadınların çocuklarının kreş ihtiyacı karşılanabilecektir. Artık bu konuda tedbir kararı verilmesine gerek olmayacağı için Kanun'un madde 3/1/d hükmünde yer alan süre ve miktar sınırları aşılabilecektir. Şiddetle mücadelede kadının şiddet ortamından uzaklaşarak kendisine yeni bir hayat kurabilmesi için, ekonomik bağımsızlığını elde edebilmesi ve çocuklarına kreş imkanının sunulması bir bütünü ayrılmaz parçalarıdır. Dolayısıyla, buraya kadar aktarılan ücretsiz kontenjana ilişkin yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilmesinin sağlanması, şiddetle mücadelede büyük önem arz eder.

Tekrar belirtmek gerekir ki, kreş imkanının sağlanmasına dair düzenleme, ancak bu tedbir ile hedeflenen amacın gerçekleştirilmesine fiilen hizmet edebildiği süreçte etkin olabilecektir. Ülkemizde sıklıkla evde bakıcılar aracılığı ile de çocukların bakımı sağlanmaktadır. Bu bakımdan, yalnızca kreşe kayıt halinde değil, çocuğun bakımının bakıcı aracılığı ile sağlanması halinde de bakıcı ücretinin tedbirin kapsamına dahil edilmesi önemli bir gerekliliktir. Evvela, iki yaş altı çocukları kabul eden kreş sayısı oldukça azdır. Bu yaş grubunda çocuğu olan kadının çalışabilmesi için bakıcı masrafının da desteklenmesi gerekir. Ayrıca kadının bulunduğu bölgede kreş de bulunmayabilir.

6284 sayılı Kanuna ilişkin Yönetmeliğin, 11. maddesi incelendiğinde, kreş ödemesinin Müdürlük tarafından kreşe yapılacağı, ancak ödemenin, kreşe kayıt ve devam edildiğine dair belgenin Müdürlüğe ibrazını takiben, yani kreş hizmeti alındıktan sonra aylık olarak yapılacağı anlaşılmaktadır (Yön m 11/2,3). Ödemenin kreşten hizmet alımından sonra yapılacak olmasının, suiistimallerin önüne geçmeyi hedef aldığı açıktır. Ne var ki, kreşler tarafından ücretlerin her ayın başında peşin olarak alınacağı düşünüldüğünde, şiddet mağduru kadının bu ödemeyi geri alabilmek için bir ay bekletilmesi adaletli değildir⁹⁰. Düzenleme ile ayrıca ödeme sağlanacak kreşin, kamuya ait olması veya özel kreş olması arasında bir ayırım yapılmamıştır.

GREVIO raporunda, kreş imkanına dair bu düzenlemelerin mağdurların ihtiyacını karşılamada yetersiz olabileceği, devlet raporuna göre 2016 yılında bu imkandan yalnızca 6 mağdurun yararlandığı tespit edilmiştir⁹¹. Raporda, Türkiye'ye, kreş imkanına dair düzenlemelerin artırılması ve mağdurların bu imkandan faydalanmasının

⁹⁰ Yıllık bedelin peşin ödenmesi yönündeki fiili uygulama esasen hukuka aykırıdır. Zira, "Özel Kreş ve Gündüz Bakımevleri ile Özel Çocuk Kulüplerinin Kuruluş ve İşleyiş Esasları Hakkında Yönetmelik" in ücret tahsiline ilişkin 48. maddesinde, ücretlerin kreşler tarafından her ayın başında peşin olarak alınacağı ve velilerin bir aylık ücretten fazla peşin ödemede bulunmak için zorlanamayacağı, bono, senet ve benzeri uzun süreli bağlantı isteğinde bulunulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

⁹¹ Grevio Rapor, (n 25) P 162.

teşvik edilmesi yönünde “*ısrarlı tavsiye*”de bulunulmuştur⁹². Açıkçası, bu tedbire yönelik taleplerin azalmasına veya tedbire yetkili merci tarafından re’sen karar verilmesi halinde dahi tedbirden yararlanılmamasına, düzenlemede öngörülen tedbirin süresinin kısıllığı da sebep olmuş olabilir. Zira bu kadar kısa sürede ekonomik bağımsızlığını sağlayamayacak olan kadının, sürenin sonunda bu destekten yoksun kalacağını ve çocuğu kreşe göndermeye devam edemeyeceğini öngörüp, çocuğun istikrarlı olarak gidemeyeceği kreşe yalnızca birkaç ay için kaydını yapmaktan baştan imtina etmesi anlaşılabilir bir düşüncedir.

IV. Sonuç

Kadına karşı şiddetle mücadelede, 6284 sayılı Kanun ve Türkiye’nin taraf olduğu ve bu bakımdan Anayasa madde 90 uyarınca kanun hükmünde olan İstanbul Sözleşmesi önemli birer araçtır. Bu yasal araçların tanıdığı imkanların ve yetkili merciler ile devlete yüklediği yükümlülüklerin, doğru şekilde anlaşılacak şekilde şiddetle mücadele amacına uygun olarak kullanılması ve yerine getirilmesi gerekir⁹³.

Mülki amir, 6284 sayılı Kanun uyarınca, şiddet mağdurunun, şiddet ortamından uzaklaştırılması, şiddetten korunması, ve sonrasında şiddetten arınmış bir hayat kurabilmesi için bir kısım tedbirlere karar vermeye yetkili kılınmıştır. Bunlar, hayati tehlike halinde geçici koruma altına alınma, uygun barınma yeri sağlanması, geçici maddi yardım, rehberlik ve danışmanlık hizmeti ile kreş imkanının sunulmasından ibarettir.

Görülmektedir ki mülki amire, şiddet mağdurunun özellikle şiddetten korunması ve 9beraberinde şiddetten uzak bir yaşam kurabilmesi için bir kısım tedbirlere karar verme yetkisi tanınmıştır. Ancak bu yetki bazı özellikler içerir. Öncelikle, mülki amire tanınan bu yetki, tedbirin türü bakımından sınırlı değildir. Mülki amir gerek görür ise benzeri başka tedbirlere de karar vermekte serbest ve esasen bununla yükümlüdür. Ayrıca mülki amirin karar verirken mağdurun beyanını esas alması ve ispat vasıtaları talep etmemesi de bir kanuni yükümlülüktür. Diğer yandan, bu tedbirlere karar vermeye hakim de yetkilidir.

Tedbirlere karar verirken mülki amirlerin, 6284 sayılı Kanun ile İstanbul Sözleşmesi’nin hüküm ve amaçlarını göz önünde bulundurması ve bunların uygulanması sürecinde, yetkili mercilerin kendilerine yüklenen işbirliği yükümlülüklerine uygun davranması büyük önem arz eder. Amaç, şiddetle ve özellikle kadına karşı şiddetle mücadeledir. Bu süreçte çocukların da doğrudan şiddete maruz kalmasalar bile ev içi şiddet vakalarında dolaylı mağdur kabul edildikleri de unutulmamalıdır. Bu amacın yerine getirilebilmesi için, bu konuda kapsamlı yol haritası sunan 6284 sayılı

⁹² Grevio Rapor, (n 25) P 164 Appendix I N 31-c.

⁹³ Ne var ki, 6284 sayılı Kanun doktrinde de yeterince benimsenmemiş, temel aile hukuku kitaplarının çoğunda dahi yalnızca kanun hükümlerinin kısa özetinden ibaret aktarımların ötesine geçilememiştir.

Kanun ile İstanbul Sözleşmesi'nin yetkili makamlar için bağlayıcı düzenlemelerinin, önyargılardan ve kişisel kanaatlerden uzak surette incelenip anlaşılabilir, hukuka uygun surette gereği gibi uygulanması gerekir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Aydoğan A, '6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un "Şiddeti Önleme" Yükümlülüğü' (2018) 92(3) İBD (215-217)
- Ayhan T, 'Protecting the Woman or the Family? Contradiction Between the Law and Its Practice in Violence Against Woman Cases in Turkey' (2017) 5(1) Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi (137-162)
- Bacaksız P, '6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının Korunması' iç (edr Nur Centel) *Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1 (2013) (13-37)
- Bakırcı K, 'İstanbul Sözleşmesi' (2015) 4 Ankara Barosu Dergisi (133-204)
- Bölükbaşı Ö, *6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının ve Aile Bireylerinin Korunması* (Yetkin Yayınları 2015)
- Campbell R and Raja S, 'Secondary Victimization of Rape Victims: Insights From Mental Health Professionals Who Treat Survivors of Violence' (1999) 14 (3) *Violence and Victims* (261-275)
- Ceylan E 'Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Düzenlemeler' (2013) 109 TBB Dergisi (13-54)
- Council of Europe, Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence (2011) (Şerh) <<https://rm.coe.int/16800d383a>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020
- Demirkır Ünlü M, *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile-İçi Şiddet* (Legal Yayınları 2012)
- Eroçşkun Şenol H K, 'Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerine Bir İnceleme' (2019) *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* (13) 423-459
- Erdem M, 'Aile İçi Şiddet ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun' (2007) 73 TBB Dergisi (46-77)
- Erdem M, *Aile Hukuku* (2. Bs, Seçkin Yayıncılık 2019)
- GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) TURKEY, <<https://rm.coe.int/eng-grevio-report-turquie/16808e5283>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020
- Karakaya R, *Uygulamada Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun* (2. Bs, Adalet Yayınevi 2018)
- Karakuş H, 'Kadına Yönelik Şiddete Kadın Polislerin Bakış Açısı: Artvin İl Emniyet Müdürlüğü Örneği' (2012) Hacettepe Üniversitesi Sosyolojik Araştırmalar E-Dergisi (1-38) <<http://www.sdergi.hacettepe.edu.tr/makaleler/kadinaYonelikSiddeteKadinPolislerinBakisAcisi27Subat12.pdf>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020
- Küpeli C, 'Şiddet Mağduru Kadınların Unutulma Hakkı' (2016) 22(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (229-238)
- Laing L, 'Secondary Victimization: Domestic Violence Survivors Navigating the Family Law System' (2017) 23 (II) *Violence Against Women* (1314-1335)
- Moroğlu N, *Kadınların İnsan Hakları Sözleşmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2009)

- Moroğlu N, 'Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi' (2012) 8 (97-98) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi (Yoncalı Platformu Sempozyumu Günleri Kütahya Türkiye'de Aile İçi Şiddetle Mücadele Hukuk Sempozyumu) (20-41)
- Orth U, 'Secondary Victimization of Crime Victims by Criminal Proceedings' (2002)15(4) Social Justice Research 313-325
- Özdemir H, '6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un Değerlendirilmesi' (2013) 1(1) Nişantaşı Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (45-63)
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6. Bs, Turhan Kitabevi, 2015)
- Öztürk N, 'Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler' (2017) 8(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1-32)
- Patterson D, 'The Linkage Between Secondary Victimization by Law Enforcement and Rape Case Outcomes' (2011) 26(2) Journal of Interpersonal Violence (328-347)
- Roque E, Ferriani M, Gomes R, Silva L and Carlos D, 'Justice System and Secondary Victimization of Children and or Adolescents Victims of Sexual Violence in the Family' (2014) 23(3) Saude Sociedade (801-813) <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010412902014000300801&script=sci_arttext&tlng=en> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020
- Sallan Gül S, *Türkiye'de Kadın Stığınmaevleri, Erkek Şiddetinden Uzak Yaşama Açılan Kapılar Mı?*, (2. Bs, Bağlam Yayıncılık 2013)
- Seval H N, 'Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Konusunda Temel Uluslararası ve Ulusal Düzenlemeler' iç Necla Öztürk, Güven Yazar ve Şule Arslan (edt) *Türk Hukukunda Kadın* (Adalet Yayınevi 2017) (105-129)
- Türk T, 'Cinsel İstismar Mağduru Çocuk ile Yapılan Adli Görüşmelerin Adli Görüşme Teknikleri Açısından İncelenmesi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü 2017) <www.tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020.
- Uçan A et al, Türkiye'de Erkek Şiddetiyle Mücadele Mekanizmaları İzleme Raporu (Mor Çatı Yayınları 2015) <<https://www.morcati.org.tr/attachments/article/364/erkeksiddetiyle-mucadele%20mekanizmalarini-izleme-raporu.pdf>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2020
- Yağcıoğlu A H, '6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar' (2017) 9 (Özel Sayı) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 913-966
- Yenisey F, 'Uluslararası Sözleşmede Kadına Yönelik 'Şiddet Riskinin' Değerlendirilmesi ve Türk Hukuku' (2012) 8 (97-98) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, (Yoncalı Platformu Sempozyumu Günleri Kütahya Türkiye'de Aile İçi Şiddetle Mücadele Hukuk Sempozyumu) (10-16)
- Yılmaz C, *Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi*, (Adalet Yayınevi 2016)



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 12.06.2020
Revizyon Talebi: 07.10.2020
Son Revizyon: 07.10.2020
Kabul: 14.10.2020

Belgesay Kürsüsünün 1937-1938 Ders Yılı Medenî Usul Hukuku Dersleri: Özellikle İkrar ve Kesin Hüküm Takrirleri

Ali Cem Budak*

Öz

1960'lı ve 1970'li yıllarda daha kapsamlı eserlerle gelişmiş olan Türk hukuk literatürü, bilhassa Cumhuriyetin ilk yirmi yılında yazılan Türkçe şerhlere ve sistematik eserlere olan ilgiyi deyim yerindeyse yok etmiştir. Oysa 1930'lu yılların ilmi içtihatlarını oluşturan, yer yer eski hukukun izlerini taşıyan kitaplar Cumhuriyeti kuran kuşağın mirası içinde yer alan ve bugün de yararlanılabilecek nitelikte olan eserlerdir. İktibas edilmiş kanunlarımızı Türk ruhuna göre uygulamanın, yorumlamanın ve zamana uygun değişikliklerle geliştirmenin yolu o kanunları ilk ödünç aldığımız günde yazılanlardan başlayarak eski hukuk literatürümüzü okuyup hatırlamaktan başlamalıdır. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 1937-1938 ders yılında Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay'ın kürsüsü tarafından verilen Medenî Usul Hukuku derslerinde bir öğrenci tarafından tutulan not defteri bu konuda güzel bir örnek oluşturmaktadır. Ders notlarının Belgesay'ın aynı dönemde -1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden hemen önce ve sonra- yazdığı eserlerle karşılaştırılması ilgi çekici tartışma noktaları ortaya çıkarmaktadır. Örnek olarak ikrar ve kesin hüküm takrirleri bu eserle karşılaştırılarak incelendiğinde her iki konuda da bugün ilmî ve kazâi içtihatlara hâkim olan görüşlerimizin bazılarını gözden geçirmemizi düşündürebilecek ayrıntılar göze çarpmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Belgesay, Medenî usul hukuku, Hukuk tarihi, İkrar, kesin hüküm

The Courses of Belgesay Chair on the Law of Civil Procedure in the Academic Year of 1937-1938 with special reference to the lectures regarding admission and *res judicata*

Abstract

The 1920s and 1930s represent a historical period in Turkey in which a rapid transformation in legal concepts and terminology occurred due to the reception of continental European laws. Turkish legal literature, which developed with more comprehensive treatises in the 1960s and 1970s, interrupted the interest on Turkish commentaries, manuals and treatises published in the first twenty years of the Republic. The jurisprudence of the 1930s, partly bearing the traces of Ottoman law belongs to the legacy of the generation which established the Republic, and remains by and large applicable even today. Mustafa Reşit Belgesay is a leading Turkish jurist of late 19th and early 20th century. A student notebook recording Belgesay's courses on the Law of Civil Procedure in the academic year of 1937-1938 sets an excellent example on this matter. The comparison of Belgesay's notes and books published in the same period -that is immediately before and after the Code of Civil Procedure numbered 1086 entered into force- reveals interesting discussion issues. For example, while the lectures regarding admission and *res judicata* are examined by comparing them with the books, there are fascinating details that may make some of the dominant legal opinions in today's doctrine and judicial precedents in both subjects reconsidered.

Keywords

Belgesay, The law of civil procedure, Legal history, Admission, Res judicata

* Sorumlu Yazar: Ali Cem Budak (Prof. Dr.), İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: acbudak@ticaret.edu.tr ORCID: 0000-0002-3756-4964

Atf: Budak AC, "Belgesay Kürsüsünün 1937-1938 Ders Yılı Medenî Usul Hukuku Dersleri: Özellikle İkrar ve Kesin Hüküm Takrirleri" (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1169. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.3.0002>



Extended Summary

The 1920s and 1930s represent a historical period in Turkey in which a rapid transformation in legal concepts and terminology occurred due to the reception of a new set of continental European laws. The reception process includes among others a part of Swiss codification, i.e. three federal laws and one canton law from Switzerland: Swiss Civil Code, Code of Obligations, the Rules for Summary Debt Recovery Procedures and Bankruptcy, and Rules of Civil Procedure of Neuchâtel.

In the course of developments in academic literature, partly thanks to a ten-year era of German guest-professors during and after the Second World War, more comprehensive treatises of the 1960s and 1970s interrupted the interest on Turkish commentaries, manuals and treatises published in the first twenty years of the Republic. In addition, the “alphabet revolution” of 1928, that is, the law introducing the Latin alphabet and forbidding the use of what we now call “Ottoman script” based on Arabic letters made it practically impossible for the new generations -except for, of course, scholars dealing with or having special interest for legal history- to read the legal literature of the 19th century

During the first years of the reception, the faculty offering courses in Turkish law schools made great endeavours in order for the new laws to be learnt and applied properly. When we look at the whole picture, the reception of Rules of Civil Procedure of Neuchâtel, a French-speaking small canton, posed a special challenge for Turkish scholars. As opposed to the previous Civil Procedure Rules, which was based on the French code, Neuchâtel Rules were supported with very limited legal literature at its homeland. Turkish treatises and commentaries on the civil procedure of the 1930s are of great importance because of the fact that they established the ground stones for further studies in this field.

A student notebook recording Belgesay’s^{1*} courses on the Rules of Civil Procedure in the academic year of 1937-1938 sets an excellent example on this matter. The notebook is a neatly organized and carefully noted record of Belgesay’s lectures. The notebook was written in old Ottoman script. Interestingly its contents do not correspond to any one of textbooks or commentaries of the time.

The comparison of these notes and books of Belgesay published in the same period -that is immediately before and after the Code of Civil Procedure numbered 1086 entered into force- reveals interesting discussion issues. For example, while the lectures regarding admission and *res judicata* are examined by comparing them with the books, there are fascinating details that may make some of the prevailing legal opinions in today’s doctrine and judicial precedents reconsidered. Namely, as opposed

* Prof. Belgesay is a leading Turkish jurist of late 19th and 20th century. He served as a professor at Istanbul University Faculty of Law for almost 40 years. He is the author of numerous commentaries and treatises on various fields of private law

to the present prevailing doctrine and implicitly referring to the previous civil code, the Majalla, Belgesay regards the legal nature of the admission as a declaration of will and means of proof. As a result, he believes unless an attorney at law has been expressly authorized for admission, he is not authorized to admit facts on behalf of his client except for the admission before the judge.

Once again, with respect to *res judicata* it is interesting to read that Belgesay classifies interim orders of the court as “orders on procedural issues”, “precautionary orders” and “orders relating to the fact-finding process”. He further argues that the first category of “interim orders on procedural issues” are final as *res judicata*. Belgesay’s theory on this matter is worth being considered for the present time as it resolves the problem of appeal reversals at late stages of the court proceedings.

The old student notebook of the year 1937-1938 reminds us that the jurisprudence of 1930s, partly bearing the traces of Ottoman law belongs to the legacy of the generation which established the Republic, and remains by and large applicable even today.

Belgesay Kürsüsünün 1937-1938 Ders Yılı Medenî Usul Hukuku Dersleri: Özellikle İkrar ve Kesin Hüküm Takrirleri

I. Giriş

İstanbul Hukuk Fakültesi Öğrenci İşleri'nin arşivinde hâlâ muhafaza edilen öğrenci dosyalarında yer alan, o zamanki adıyla "İmtihan Numara Kâadı" başlıklı sınav notu fişlerinden anlaşıldığı üzere 1937-1938 ders yılında, yine o zamanki adıyla "Hukuk Usulü Muhakemeleri" dersinin hocası merhum Ordinaryüs Profesör Mustafa Reşit Belgesay idi. Derslerin tamamını Belgesay'ın mı verdiği yoksa Hoca'nın bazı dersler için bir doçentini mi görevlendirdiği konusunda bilgimiz yok. Fakat bazı derslerin bizzat Belgesay tarafından verilmemiş olması ihtimal dâhilindedir.

Belgesay'ın bahsi geçen ders yılında derslerinden bazılarında bir kürsü arkadaşını görevlendirmiş olmasını muhtemel görmemizin sebebi o seneki Medenî Usul Hukuku derslerine ilişkin ders notlarını içeren bir öğrenci defterinin tesadüf sonucu elimize ulaşmış bulunması ve bu defterdeki takrirlerin içerik ve sıralama bakımından Belgesay'ın kitaplarıyla tam olarak uyuşmamasıdır. Okuyacağımız yazı bu öğrenci defterini ve bu defterde yer alan takrirler arasından örnek olarak seçilmiş birkaç konuyu ele almaktadır.

Şimdi, öğrenci defterine nasıl ulaştığımız ve içerdiği ders notlarını niçin bir makale şeklinde incelediğimiz bahislerini sonraya bırakıp, önce 1 Mayıs Adlî İnkılabının üzerinden on üç sene, İsviçre Medenî Kanununun iktibasından ise daha az bir zaman geçmiş olan o tarih döneminde ders kitabına ulaşmanın zorluğu ve derste tutulan notların önemine değinmek isteriz.

Ders kitaplarının ve öğrenci notlarının fotokopilerle kolayca çoğaltıldığı 1980'li - 1990'lı yıllar ve işin içine elektronik haberleşmenin de girmesiyle kolayca ulaşılabilen pdf dosyalarının ekrandan ekrana dolaşmaya başladığı günümüz ortamı ile geçtiğimiz yüzyılın başındaki mahrumiyet yıllarının şartları elbette ki birbirinden çok farklıdır. O dönemde kitap, hele akademik ders kitabı zor bulunan, kıymetli bir nesneydi. Birkaç örnek verelim:

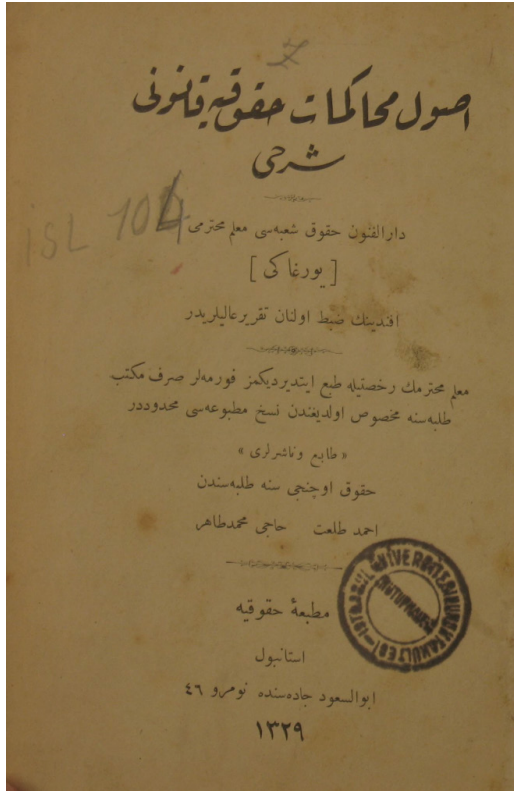
Cumhuriyetin ilk yıllarında Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanıp "hizmete özgü" olarak hâkimlere dağıtılan bir kanun derlemesinin önsözünde, özellikle "harp gören yerlerde" adliyelerdeki kanun kitabı yokluğuna çare olmak üzere gerçekleştirilen bu yayının öneminden bahsedilirken, okuyucuya kanun değişiklikleri ile ilgili metinleri kâğıt parçalarına yazarak ait olduğu sayfalara "dikkat-i mahsusa ile ve hafif bir zamk ile" yapıştırılmaları önerilmekte; kitabı kendilerinden sonra göreve geleceklere zimmetle teslim etmeleri talimatı verilmektedir¹.

¹ *Adli Kanunlar* (Adliye Vekâleti İhsaiyat ve Müdevvenat-ı Kanuniye Müdüriyeti Neşriyatı, Vatan Matbaası 1340 (1924)) 6.

Mustafa Reşit Belgesay'ın tam da harf inkılabına tesadüf eden 1928 baskılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi'nin 344. maddeye kadar olan kısmı eski harflerle; kalan kısmı ise yeni Türk alfabesiyle basılmıştır². Benzerleri o dönemde yayımlanan birçok başka hukuk kitabında görüldüğü gibi bu kitabın kapak sayfasının arkasında Belgesay'ın imzası üzerinde şu not göze çarpmaktadır: “Her nüshada müellifin imzası bulunmaktadır”³.

O dönemde fakülte müderris ve muallimlerinin öğrencileri tarafından tutulan ders notları kitap olarak yayımlanabilmekteydi. Yorgaki Efendi'nin 1329 İstanbul baskılı “Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu Şerhi”nin iç kapağında şu açıklamalar yer almaktadır:

“Darülfünun Hukuk Şubesi Muallim-i Muhteremi Yorgaki Efendi'nin tab olunan takrir-i âlileridir. Muallim-i Muhteremin ruhsatiyle tab ettirdiğimiz formalar sırf mektep talebesine mahsus olduğundan nüsha-i matbuası mahduttur. -Tâbi' ve naşirleri - Hukuk üçüncü sene talebesinden Ahmed Talat - Muhammed Tâhir”.



Resim 1: Yorgaki Efendi'nin Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu Şerhi'nin iç kapağı

² İstanbul, Yeni Matbaasında basılmıştır.

³ Mesela Ali Haydar, *Kitabü'l-mübâhisü'l-mühimme fi'l-tatbikati's-şer'iyyeti ve'l-hukukiyyeti* (Şirket-i Mürettebiyye Matbaası 1340 (1924)).

İstanbul Hukuk Fakültesinde 1937-1938 ders yılında okutulan Medenî Usul Hukuku dersinin notları da muhtemelen böyle bir “sonradan yayımlama” düşüncesiyle tutulmuş özenli ders notlarıdır. Yıllar önce bir sahaftan aldığım ama hangisi olduğunu şimdi hatırlayamadığım bu defter uzun süre çalışma masamın arkasındaki kitaplığın alt rafında kaldı. Defterin kapağında öğrencinin isminin baş harfi ve soyadı yazılıydı.

Notlar eski yazıyla, süratle tutulmuş ve yer yer okunaksız idi. Esasen ilkokulu harf inkılabından evvel okuyan kuşakların yeni harflerin kabulünden sonra bir müddet daha eski yazıyla mektuplaşıp eski yazıyla not tuttıkları, bu işin 1940’lı yıllara kadar nispeten yoğun şekilde devam ettiği bilinmektedir. O dönemde hukuk fakültesinde derse giren öğrencilerin de bu şekilde not tutmalarına müsamaha gösterildiği anlaşılmaktadır.

Ders notlarını tutan öğrencinin adı yakın bir zamanda yine bir tesadüf sonucu olarak bir daha karşıma çıkmasa idi belki bu makaleyi yazmayacaktım. Genç meslektaşım Fatma Nur Tekçe’nin kitaplıktan yararlanmak için beni ziyaret ettiği bir günde, yine hatırlamadığım bir zamanda sahaflardan almış olacağım İmran Öktem’in “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu – İçtihatlar” başlıklı kitabının 1943 yılında yapılan ikinci baskısını kendisine uzatırken evvelce bu defterin üzerinde gördüğüm ve aynı elin mahsulü olduğu şüphe götürmeyen bir yazıyla yazılmış olan isme iç kapakta tesadüf ettim. Bu sefer soyadı dışında öz adı da yazılmış idi. Dahası 1943 yılına gelindiğinde öğrencinin artık fakülteden mezun olmuş bulunduğu ve İstanbul’da hâkim olarak görev yaptığı da anlaşılıyordu. Çünkü isminin yanında, ders notlarında yapıldığı gibi siyah mürekkepli kalemle, “İstanbul Yargıcı” yazılı olduğu gibi Hâkim Bey’in sicil numarası da yer almaktaydı.

Ders notlarını içeren defterin fizikî özelliklerinden de kısaca bahsedelim. Notlar sonradan bir araya getirilerek arkalarına bir kumaş parçası dikilmek suretiyle amatörce ciltlenmiş iki defterin birleşmesinden oluşmaktadır. Defterler bazen “sığır dili” şeklinde de isimlendirilen cönk formunda, sayfaları satırların üzerinden açılan türden defterlerdir. Sayfalar kareli, 24 cm x 15 cm ebatlarındadır. Notlar 133 sayfa hacindedir. Bir sayfada 38 ila 42 satır yazı yer almakta; sayfanın sağında, solunda, altında ve üstünde sayfa marjına hiç yer verilmemekte, defter âdeti yazılan satırlar sayfanın iki tarafına degecek şekilde tutumlu olarak kullanılmaktadır. Buna rağmen çoğunlukla sayfaların sadece ön yüzü kullanılmış; sayfa arkalarına açıklayıcı şemalar ve bazen de dersin konusuyla ilgili olmayan notlar yazılmıştır. Sayfalar her iki defterde ayrı ayrı olmak üzere numaralandırılmıştır. İlk deftere başlarken kapak sayfasının arkasına madde numaralarının hangi sayfalarda bulunacağını gösteren bir cetvel ve ikinci deftere başlarken yine kapak sayfasının arkasına bir fihrist eklenmiştir.

Notlar kurşun kalemle yazılan son birkaç sayfa dışında, siyah mürekkepli metal uçlu kalemle yazılmıştır. Öğrencinin, notları birkaç kez gözden geçirdiği anlaşılmaktadır.

Bir arada ciltlenen iki defterden ikincisinin kapağında yer alan fihrist aşağıdaki gibidir. Fihristte şu başlıklar yer almaktadır:

“Davaya Ehliyet, Davaya Vekâlet, Davadan Feragat ve Kabul, Tarafların Hâkimle Münasebeti, Tarafların Taaddüdü, Davanın İhbarı, Dava İkamesi, Muamelenin Şekli ve Âdetler, Islah, Eski Hâline Getirmek, Teminat, Deliller, Kaziyiye-i Muhkeme, Şahadet, Ehli Vukuf”

№	İsim	№	İsim
15 =	M. H.	1	دعوات احوال
17 =	iktisat,	2	دعوات وراثت
20 =	D. V. H.	6	دعوات وراثت و شرط
22 =	idare. H.	7	ظن و شك فاعلمت كاتبة
24 =	H. M. V.	9	ظن و شك تعدد
27 =	İstatiistik	11	دعواته اقبالی
		13	دعوات اقبالی
		18	معاذنه ثقی و دعوات
		27	اصلا ح
		31	اصلا ح
		33	اصلا ح
		1	اصلا ح
		2	اصلا ح
		5	اصلا ح
		8	اصلا ح
		10	اصلا ح
		13	اصلا ح

Resim 3: Bir arada ciltlenen iki defterden ikincisinin kapağında yer alan fihrist.

Defterde yer alan şemalardan biri aşağıdaki gibidir:

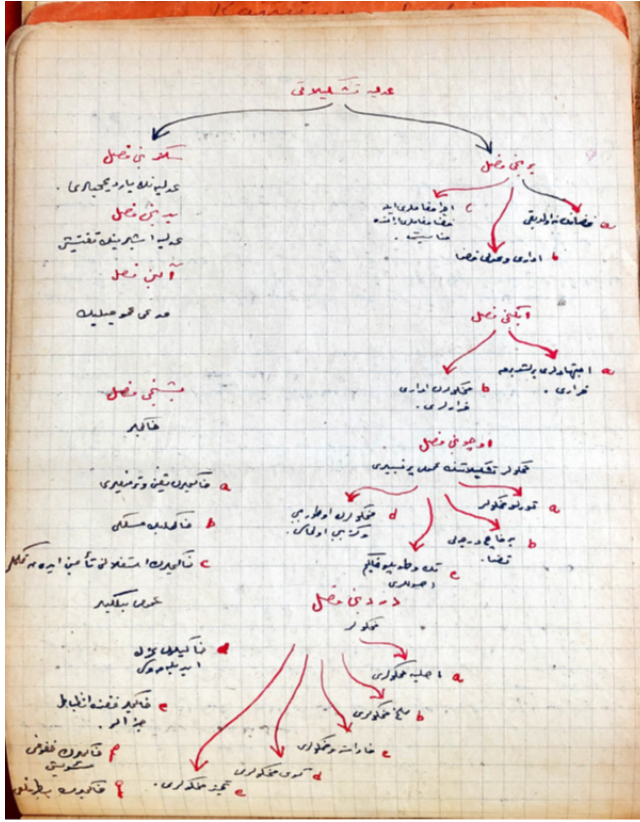
Adliye Teşkilatı

1- Birinci Fasıl

a. Kazanın Ne Olduğu

b. İdarî ve Adli Kaza

- c. *İcra Makamları ile Kaza Makamları Arasında Münasebet*
- 2- *İkinci Fasl*
 - a. *İçtihatları Birleştirme Kararı*
 - b. *Mahkemelerin İdarî Kararları.*
- 3- * ç nc  Fasl*
 - a. *Türlü Mahkemeler*
 - b. *Birkaç Dereceli Kaza*
 - c. *Tek ve Toplu Hâkim Usulleri*
 - d. *Mahkemelerin Oturucu ve Gezici Olması*
- 4- *Dördüncü Fasl (Mahkemeler)*
 - a. *Asliye Mahkemeleri*
 - b. *Sulh Mahkemeleri*
 - c. *Kadastro Mahkemeleri*
 - d. *Köy Mahkemeleri*
 - e. *Temyiz Mahkemeleri*
- 5- *Beşinci Fasl (H kimler)*
 - a. *Hâkimlerin Tayini ve Terfileri*
 - b. *Hâkimlik Mesleği*
 - c. *Hâkimlerin İstikl lini temin eden hükümler (Umumî Bilgiler)*
 - d. *Hâkimlerin Tahrik Edilememesi*
 - e. *H kimler Hakkında İntizam ve Cezalar*
 - f. *Hâkimlerin Hukuku*
 - g. *Hâkimlerin Bitaraflığı*
- 6- *Altıncı Fasl (M dde-i Umum lik)*
- 7- *Yedinci Fasl (Adliye İşlerinin Teftişi)*
- 8- *Sekizinci Fasl (Adliye'nin Yardımcıları)*



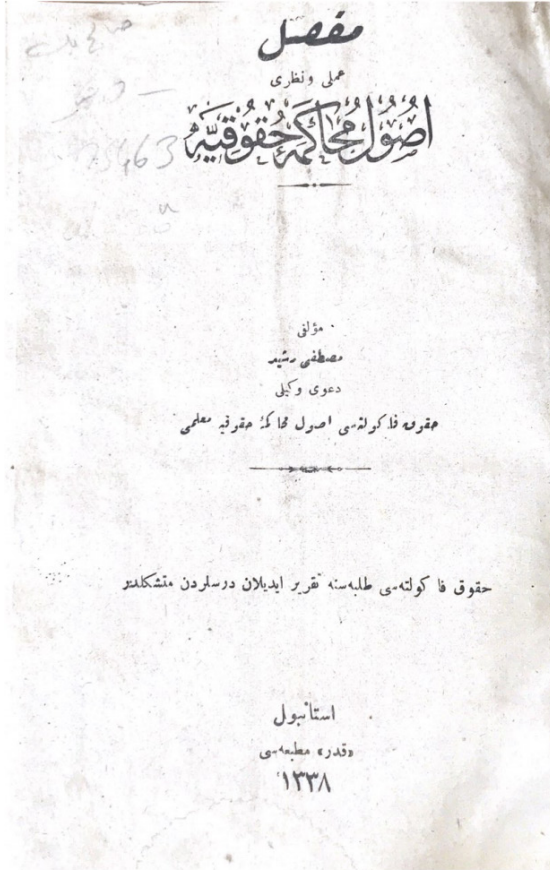
Resim 4: Defterde yer alan adli teşkilata ilişkin bilgilerin şeması

II. Ders Notlarının Şekil Bakımından Özellikleri

Ders notları incelendiğinde dersi veren öğretim üyesinin her ders için ayrı ayrı hazırlandığı; belirli bir ders kitabı veya o dönemde öğrenciler arasında da yaygın olarak kullanılan bir kanun şerhine bağlı kalmadığı görülmektedir. Bu ifade özellikle Belgesay'ın kitapları bakımından geçerlidir. Ders notlarında yer yer Belgesay'ın eserlerinden birinde sarf edilen bir cümlelin aynen yer aldığı bazen de notlarda yer verilen anlatımın veya konuyu tasnif şeklinin Belgesay'ın eserlerindeki anlatım ya da tasnif şekliyle benzerlik gösterdiği tespit edilebilmektedir. Mesela 1928 tarihinde basılan usul kanunu şerhinin başlangıç kısmında, dördüncü sayfada yer alan “Usul-i Muhakemenin Mevzuu - Lüzumu – Aksam-ı Hukuk Arasındaki Mevkiî” başlığı ve bu başlığın hemen altındaki giriş cümlesini teşkil eden “*Adaletin tevzii, ferdin tecavüz olunan hakkını ihkak devletin en esaslı vazifelerinden biridir.*” cümlesi ders notlarında da yer almaktadır. Benzer şekilde Hukuk Muhakemeleri Kanununda “yargılamaya hâkim olan ilkeler” başlığı altında yer alan ve 1086 sayılı Usul Kanunumuzda “iki tarafın hak ve vazifeleri” başlığı altında bulunan hükümlere ilişkin açıklamalar Belgesay'ın

ders notlarının tutulduğu yılı takip eden yıl basılan şerh kitabının birinci cildinin 222. sayfası ve devam eden sayfalarında yer alan bilgilerle benzerlik göstermektedir⁴.

Ders notlarında yer yer Belgesay'ın 1879 (1295) tarihli Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-ı Muvakkati hakkında 1922 (1338) tarihinde yayımladığı “*Mufassal Amelî ve Nazarî Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye*” başlıklı sistematik ders kitabından da izler görülmektedir⁵. Alt başlığında “*Hukuk fakültesi talebesine takrir olunan derslerden müteşekkildir.*” satırı yazılı bulunan bu kitap, Ahmed Ziya'nın şerhi ile birlikte en eski medenî usul kanunumuz ve Mecelle'deki usul hükümlerinin bu kanunla birlikte ne şekilde uygulanmış olduğu hakkında başvurulabilecek iki önemli kaynaktan birini oluşturmaktadır⁶.



Resim 5: Belgesay'ın *Mufassal Amelî ve Nazarî Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye*

⁴ Mustafa Reşit Belgesay, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 2* (İstanbul Üniversitesi Yayınları Hukuk Fakültesi: 97, Tan Basımevi 1939) .

⁵ Mustafa Reşid (Belgesay), *Mufassal Amelî ve Nazarî Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye* (Kader Matbaası 1338 (1922)).

⁶ Ahmed Ziya, *Yeni ve Mufassal Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu Şerhi* (3. Bası, Cihan Matbaası 1339 - 1341 (1925)).

Ders notlarının yer yer öğrencilere imla edildiği anlaşılmaktadır. Çünkü özellikle Medenî Kanununun, derste işlenen usul hukuku konularıyla ilgili hükümlerinin deftere madde numaralarında hata yapılmadan, kelime-be-kelime geçirildiği görülmektedir. Esasen tırnak işareti içinde verilen madde metinleri dışındaki açıklamalar da çoğunlukla kusursuz bir dille kaleme alınmakta; özne yüklem uyumsuzluğu, cümlenin eksik kalması gibi sıradan bir ders notunda bulunması beklenen anlatım kusurlarına defterde çok az tesadüf edilmektedir.

Derslerde görüşlerine atıf yapılan müellifler dikkate alındığında öğretim üyesinin Fransızcaya olduğu gibi Alman diline de vâkıf olduğu anlaşılmaktadır. İsmi zikredilen yazarlar arasında Alman müellif Rosenberg'in de yer aldığı dikkati çekmektedir. Yeni alfabeyle yazılan bu isimlerin bazıları okunamamıştır⁷. Derste ara sıra yabancı dilde terimlerin söz konusu olduğu anlaşılmakta, mesela “müeyyide” kelimesinin yanına parantez içinde “sanction”, enfüsî kelimesinin yanına “subjektif” yazıldığına rastlanmaktadır.

Ders notları tutulurken öğrencinin çok kere yapıldığının aksine kendine özgü kısaltmalar kullanmadığı, alışılmış kısaltmalar dışında kelimeleri tam olarak yazdığı görülmektedir. Kullanılan kısaltmalar “KM” (Kanunu Medenî), “HUMK veya UM” (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu), “ET” (Esas Teşkilat Kanunu) gibi alışılmış veya kolayca anlaşılan kısaltmalardır.

Açıklanan özellikler dikkate alınınca sınıfta tutulan ders notlarının evde veya öğrenci yurdunda temize çekildiği ve yukarıda ifade edildiği gibi yayımlanmak düşüncesiyle hazırlanmış olabileceği hatıra gelmektedir.

Aşağıda ders notlarının içeriği üzerinde durulacaktır. Bu yapılırken önce takrirleri veren öğretim üyesinin ders planı açıklanacak daha sonra defterden alınan bazı bölümlerin transkripsiyonuna yer verilecektir. Bu bölümler giriş kısmı (Medenî Usul Hukukunun konusu ve amacı) ile yargılamaya hâkim olan ilkeler, ikrar ve kesin hüküm bahisleridir.

Ders notlarını içeren defterden yapılan alıntılar italik harflerle yazılacaktır. Transkripsiyonu yapılan her sayfanın başlangıcında köşeli parantez içinde sayfa numarasına yer verilecektir. İkinci defterin sayfa numaraları birinci defterle müteselsil olmadığından birinci defterin sayfa numaralarının başına Roma rakamlarıyla “I”, ikinci defterin sayfa numaralarının başına ise “II” ilave edilecektir. Metnin okunamayan yerlerinde köşeli parantez içine üç nokta konularak transkripsiyona devam edilmiştir. Yine metinle ilgili yapılan bazı açıklamalar da köşeli parantez içinde yer almaktadır. Transkripsiyon eski yazıda kullanılan imla kurallarını yansıtacak şekilde yapılmamış, bunun yerine Türk Dil Kurumunun yazım kılavuzundaki imla (mesela “tesbit” yerine “tespî” şeklindeki yazılış) tercih edilmiştir.

⁷ Örneğin sayfa I.-5'te: 

Uzmanların 20. yüzyıl rikası olarak isimlendirdiği el yazısını okumakta çektiğim güçlükte bana yardımcı olan Osmanlı Arşivi Uzmanı Umut Soysal'a teşekkür borçluyum.

III. Ders Planı

1937-1938 ders yılında İstanbul Hukuk Fakültesinde okutulan Medenî Usul Hukuku derslerinin ders anlatma planı bugün hâlâ fakültelerimizde uygulanan ders anlatma planlarıyla benzerlik göstermektedir. Dersler, Medenî Usul Hukukunun konusu ve amacı hakkında verilen ön bilgilerle başlamakta; sonra sırasıyla aşağıdaki ana başlıkları içermektedir:

Medenî Usul Hukuku kurallarının yorumu, Medenî Usul Hukuku kurallarının yaptırımı, muhakeme usulü kanunlarının zaman ve yer itibarıyla uygulanma alanı, adli teşkilat, hâkimlik statüsü, mahkemelerin görev ve yetkisi, dava kavramı ve dava şartları, davaya ehliyet, davaya vekâlet, davadan feragat ve kabul, tarafların hâkimle münasebeti (yargılamaya hâkim olan ilkeler), dava yığılması, davanın ihbarı, dava ikamesi, ıslah, eski haline getirme, teminat, kaziyeye-i muhkeme, şahadet, ehli vukuf.

Görüldüğü üzere bazı ders konuları, mesela geçici hukukî koruma önlemleri ve kanun yolları bahisleri ders notları içinde yer almamaktadır. Bazı seneler ders konularının “yetiştirilememesi” görülen bir şey ise de, derslerde özellikle kanun yolları konusuna hiç yer verilmemiş olması pek zayıf bir ihtimaldir. Öğrencinin tuttuğu ve aradan geçen zaman içinde kaybolan bir defter daha mevcut olmalıdır.

IV. Ders Notlarının İçeriği

A. Genel Olarak

Belgesay'ın Medenî Usul Hukuku derslerinde diğer yargılama usullerine ve bilhassa idarî yargılama usulüne ilişkin bilgilere genişçe yer verilmiştir. Derslerde maddî hukuka ilişkin kanun hükümleri sıklıkla ele alınmakta, sadece Medenî Kanun ve Ticaret Kanunu gibi temel kanunlara değil diğer mevzuata da sık sık atıf yapıldığı dikkati çekmektedir.

Derslerde mevzuattaki değişiklikler ve yeni kanunlara ilişkin bilgiler verilirken Cumhuriyet öncesi dönemdeki kanunlar hakkında da kısa bilgiler yer almaktadır ki, bu bilgiler bugün istifade ettiğimiz geniş hacimli sistematik eserlerde mevcut değildir. Mesela adli teşkilat hakkında bilgi verilirken Temyiz Mahkemesi (Yargıtay) ile ilgili bölümün başında şu birkaç satıra tesadüf edilmektedir:

Temyiz Mahkemesi 1295 tarihli Teşkilat-ı Mehakim Kanunuyla kurulmuştur. Bu teşkilat, zamanla tadil edildi. 7 Haziran 1336'da Sivas'ta Muvakkat Temyiz Heyeti kuruldu. 27 Mayıs 1926 kanunu Eskişehir'de bir temyiz mahkemesi kurdu. 11 Mayıs 1928 ve 25 Haziran 1932 kanunlarıyla teşkilat tadil olundu. 15 Haziran 1935 kanunu ile Ankara'ya nakledildi. [sayfa ("s.") I-28'i takip eden numarasız sayfa.]

Dersler işlenirken mukayeseli hukuka da başvurulmakta örneğin hâkimlerin mesleğe kabulleriyle ilgili olarak Fransa'da, Almanya ve Belçika'da cari olan sistemler hakkında açıklamalar yapılmakta [s. I-28], hâkimlerin hukukî sorumluluğuyla ilgili bölümde ise şu açıklamaya yer verilmektedir:

Fransa'da evvelce hâkimler yalnız hileden mesuldüler. 1933 tarihli kanunla mesleki ağır kusurlarından mesul tutuldular. Almanya, Cenevre'de hâkimlerin mesuliyeti adı hukuk mahkemelerine tâbidir. İngiltere, Mısır, Belçika ve Hollanda hâkimleri hilelerinden dolayı mesuldürler. Fribourg'ta da ağır kusur ve ihmâl mesuliyeti mevcuttur [s. I-34].

Usul hukuku derslerinde bugünkü ders kitaplarımızda tesadüf edilmeyen bir konu başlığı olmak üzere “mahkemelerin kazaî olmayan kararları” başlıklı bir kısım bulunmaktadır. Bu başlık altında içtihadî birleştirme kararları ve “mahkemelerin idarî kararları” (çekişmesiz yargı) alt başlıklarıyla açıklamalar yapılmaktadır. Çekişmesiz yargı konusundaki açıklamalarda mahkemelerin bu alandaki faaliyetinin üç grupta toplanabileceği ifade olunmuştur; bunlar aşağıdaki gibidir:

- 1- Bazı muamelelere resmîyet vermek: Mesela Sulh hâkimleri resmi vasiyet tertip edebilir.
- 2- Âcizlere menfaatlerini korumak için kararlar vermek: Vasi tayini
- 3- Umumî veya hususî menfaatleri korumak için verilen kararlar: Sicil kayıtlarının tayini, mirasçılara veraset senedi verilmesi gibi (s. 21).

Bu tasnif şekli bugün Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“HMK”) madde (“m.”) 382/1'de yer alan çekişmesiz yargı kriterleriyle benzerlik göstermektedir. Ders notlarında “çekişmesiz yargı” veya aynı anlamda daha önceki dönemlerde kullanılan “nizasız kaza”, “ihtilafsız kaza” gibi terimler kullanılmamıştır. Bunun yerine zaman zaman (mesela s. I-22, I-23/b, II-44) “mahkemelerin idarî kararları” ifadesi çekişmesiz yargıyı işaret etmek için kullanılmıştır. Takrirlerin verildiği dönemde Türk ilmî ve kazaî içtihatlarında, 1940'lı yıllardan itibaren kullanılan⁸ ve Kuru'nun 1961 yılında yayımlanan eserinden⁹ sonra yaygın olarak bilinir hale gelen “nizasız kaza” kavramının henüz kullanılmadığı anlaşılmaktadır.

⁸ Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri* (2. Bası, Milli Eğitim 1947) 16-18.

⁹ Baki Kuru, *Nizasız Kaza* (AÜHF 1961).

B. Ders Notlarının Giriş Bölümü: Medenî Usul Hukukunun Konusu ve Amacı ile Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Hakkındaki Takrirler

Ders notları, Medenî Usul Hukukunun konusu ve amacı hakkındaki açıklamalarla başlamaktadır. Bu konuda not edilen ilk birkaç sayfada (“GİRİŞ” başlığı altında) yazılanlar aşağıdaki gibidir:

GİRİŞ

I. Hukuk Usulünün Mevzuu: *Adaletin tevzii hakkı tespit ve ferdin tecavüz edilen hakkını ihkak devletin en esaslı vazifelerinden birisidir. Bunun için devlet bir takım hukuk kaideleri koymuştur. Fakat bu kaidelerin yaşaması için onun haklarına riayeti devlet tarafından temin edilmelidir. Hukuk kaidelerine riayeti temin eden şeyler hukukî müeyyidelerdir. Hak sahibinin bizzat ihkaki hakkı yasaktır. Çünkü fertler haklarını alırken öyle hareket ederler. Gücü yeten, hakkını fazla alır ve hâl ve vaziyetin [...] icap ettirmediği gereksiz şeylere müracaat eder. Hakkını alamayanlar zulme boyun eğerler, böylece fert bizzat hak almaya kalkarsa amme intizamı bozulur. Bunun için devlet, adaletin tevziini kendi uhdesine almıştır. Adalet devletin namına ve devletin kuvvetleriyle yapılır. Devlet adaleti yaparken yalnız hakkı yerine getirir. Bunlar için ne fazla ne eksik olmayarak lüzumu derecesinde zor kullanır.*

Devlet, esaslı vazifelerini inhisarı altında bulundurmaktadır. Bu vazifelere giren işleri fertler yapamaz. Bununla beraber adâletin tevzii devletçe inhisar altına alınmış değildir:

A- *Alacaklı olanlar yapacakları mukavelelerle (Tahkim Mukavelesi) aralarındaki ihtilaflı resmi olmayan kimselere hal ettirebilirler.*

B- *Bazı halleri [hallerde] kanun ferde bizzat hakkını almak kudretini bahşetmiştir.*

- a.** *CK 49 “meşru müdafaa”, BK 52.*
- b.** *KM 894, Zilyet bütün gasp ve tecavüz fiillerini kuvvet istimaliyle defetmek hakkını haizdir. Şiddetle veya hafıyyen kendisinden alınan o şeyi, gayrimenkul ise gasıbı kovarak ve menkul ise cürm-i meşhûd hâlinde tutulan veya kaçarken yakalananın elinden alarak istirdat edebilir.*
- c.** *Bir kimse borçlusuna ait bulunan eşyayı, kanunun tayin ettiği şartlar içinde alacağına karşılık tutmak suretiyle (hapis hakkı, KM 864) kendi kendine hakkını alabilir.*
- d.** *BK 57, BK 52. Mal sahibine kendi kendine bir zarardan korunabilmek için tedbir almak salâhiyetini vermiştir. Fakat kanunun böyle müsait bulunduğu yerlerde fert de lüzumsuz cebir ve şiddete müracaat etmemelidir. Kullanılacak cebir ve şiddetle, müdafaa edilecek menfaat arasında münasip bir nispet olmalıdır.*

Ş- *Adaleti yapacak makamları göstermekle adliyeyi tayin eden hukuku göstermiş oluyoruz¹⁰. Adliye hukuku üçe ayrılır:*

¹⁰ Ders notlarında yeni bir husustan bahsedileceğine işaret olmak üzere Alıncada kanunların madde numaralarını belirlemek için kullanılan paragraf (§) işareti kullanılmıştır.

A- Adliye Teşkilatı: Hakkı yerine getirmeği memur olan makamların teşkiline ait hükümler:

B- Muhakeme Usulü: Hakkın iltiması [himayesi] için adliye makamlarına ne şekilde müracaat olunacağını ve bu makamların hakkı ne yolda tespit edeceklerini tayin eden hükümler:

C- İcra ve İflâs: Mahkemeler hakkı tespit etikten sonra yahut inkâr olunmuyorsa bunun ne yolda zorla alınacağını gösteren hükümler:

§- Türkiye’de üç usul-i mahkeme [muhakeme] vardır.

- 1- *Hukuk Usul-i Muhakemesi:* Fertler arasında doğacak ihtilafların tespit ve teyidi için tutulan yolları gösterir.
- 2- *Ceza Usul-i Muhakemesi:* Devlet intizamını bozan fertler hakkında verilecek cezaların nasıl verileceğini gösterir. [s. 1-2]
- 3- *İdarî Usul Muhakemesi:* Umumî menfaatleri tayin için hareket eden devlet ajanlarıyla fertler arasında çıkan ihtilâfların halli yollarını gösterir.

Bu üç muhakeme usulü birbirinden ayrıdır. Fakat Medenî Muhakeme Usulü umumî mahiyettedir. Öteki muhakeme usullerinin noksanları bu kanunla tamamlanır.

29 Temmuz 1931 tarihli kanunla tadil edilen “Şûra-yı Devlet Kanunu” idarî muhakeme usulünde eksik bırakılan birçok hükümlerde Usul Muhakemeleri Kanunu’nu tatbik etmiştir. (28-30-36-37-39, 42-43-47)

H.U.M.’leri Kanunu’nun hâkimin reddine dair olan 36. maddesini tadil eden 15 Nisan 1936 tarihli kanunun ikinci maddesi, bu maddeyi Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’ndaki hâkimin reddi hadisesine [...] tatbik etmektedir.

Temyiz Mahkemesi Umumî Heyeti de 4 Mayıs 1931 tarihli içtihadıyla H.U.M. 573 maddesinin ceza işlerinde de tatbik olunacağını kabul etmiştir.

§- *Hukuk Usul-i Muhakemesi’nin Gayesi:* Üçtür.

- 1- *Hukuk Usul-i Muhakemesi’nin çabuk bir adaleti temin etmesi.*
- 2- *Hukuk Usul-i Muhakemesi’nin iyi bir adaleti temin etmesi.*
- 3- *Hukuk Usul-i Muhakemesi’nin ucuz bir adaleti teemin etmesi.*

A- Adaletin Çabuk Yapılması: Adaletin çabuk yapılması, bundan bazen telâfisi imkânsız [...] vücuda gelebilir. Mesela: Alacaklı vaktinde alacağını almadığından iflâs eder veya parasını vaktinde almadığından birçok kazanç fırsatları[nı] kaçırrır. Mallarını ihtiyaten haczedildiği, [...] borçlu davayı kazansa bile uzun müddet mallarını kullanmadığından mühim zararlara uğrayabilir. Bazen dava çabuk bitmezse alınacak hükümden istifade edilemez. Çok geç bir hüküm almaktan ise kötü bir uzlaşma tercih edilebilir. Mesela: Hiçbir teminatı olmayan kimse ötekinin evini işgal etmesinden çıkan davanın bir sene süreceği tahmin edilirse davacı evini işgal edenden tazminat alacak yerde tazminat vererek evini derhâl çıkarmayı menfaat iktizasından görür. Çünkü kiranın tazminine bir sene sonra verilecek hüküm borçlunun kâfi [...] bulunmamasından ötürü fiilen icra edilemeyeceğinden mal sahibinin bir senelik kirayı kaçırmamak için kötü bir uzlaşma yapması daha kârlıdır.

B- İyi Adalet: *Adaletin çabuk olması demek ani olması demek değildir. Bunun manası haklıyı haksızdan ayırt edecek kadar taraflara hakkını müdafaa imkânını bırakacak kadar çabuk olması demektir. Adaletin iyi olması Usul Muhakemesi'nin başlıca gayesidir. Haklı olan, davasını kazanmasına az ihtimal verirse davasından vazgeçer veya kötü bir uzlaşmayı üstün tutar. Haksız olanlar da kazanmak ihtimallerinin çokluğunu düşünerek cesaretle dava açarlar. Bi'n-netice memlekette ahlaksızlık çoğalır.*

C- Ucuz Adalet: *Adalet ucuz işleme ve fertler birçok masraflar yapmak mecburiyetinde kalırlarsa o zaman adâlete müracaat etmeyerek haklarından vaz geçerler. Velhasıl Usul Muhakemesi çok masraflı, karışık ve yavaş ise gayesini temin edemez. Usul Muhakemesi'nin mevcut olmaması da doğru olmaz. Usul-i Muhakeme'ye şu şekilde itiraz edenler vardır: Usul Muhakemesi, merasim meselesidir. Nasıl olsa olabilir; bunu [s. 1-3] büsbütün [...] ile davanın tahkikine hâkime tam bir serbesti vermek daha münasip olur. Hâlbuki bu hiç doğru değildir. Davanın tahkik ve hükmünde [...] kalmayarak mevcut olması teminatı ortadan kaldırır. İndî muamelelere sebebiyet verir. Bu suretle davaların bir kısmı çabuk, bir kısmı geç biter. Hâlbuki iyi bir U.M sayesinde sürat, tasarruf, adalet temin edilmiş olur. Memleketimizde iyi bir Usul-i Muhakemenin bulunması intizam, ahlak ve iktisadiyatı yükseltir. Halk, davaların çabuk ve hakkaniyet dairesinde bittiğine kanaat getirirse kredi artar, fâiz miktarı düşer, malların kıymeti yükselir, aksi halde halk sermayesini işletemez. Piyasadan çekilir, bankaya kredi azalır. Fâiz miktarı yükselir, malların kıymeti düşer. Sâniyen Usul-i Muhakeme ahlaka da tesir eder. Yalancılık, [...] haklara hürmetsizlik, kanunlara karşı kayıtsızlık âdet olur. Ama bir Usul-i Muhakeme hayli suiniyetin önüne geçer. Borçlu, mahkemedan yakasını sıyıramayacağından borcundan imtina edemez.*

Ders notlarında yukarıdaki açıklamalardan biraz aşağıda “yargılamaya hâkim olan ilkeler” konusu eski Medenî Usul Kanunumuzun mehazı olan Neuchâtel Kantonu Medenî Usul Kanununda kullanılan ifadeden (“hâkim ve iki tarafın hak ve vazifeleri”) esinlenilerek “*tarafların hâkimle münasebeti*” başlığı altında incelenmektedir. Bu bölümde tutulan notlar aşağıdaki gibidir:

Tarafların Hâkimle Münasebeti: *Bizim kanunumuz bu faslın ismine: iki tarafın hak ve vazifeleri demiştir. Hâlbuki bahsin gayesi iki tarafın ne dereceye kadar davayı idare edeceğidir. Mahkemeler bilhassa Kanun-ı Medenî ile kendilerine tahmil edilmiş olan idarî vazifeleri tevdi olduğu ana ve babanın ölümü gibi yeni hadiselerin tahkikinde hadisenin iktiza ettirdiği tedbirleri re'sen ittihaz eyler. MK. 149. Hâkimin re'sen vazife ifa edebileceği hususları kanunun sarahat veya delâletinden anlaşılır. Ve binâenaleyh kanunun re'sen hâkim tarafından halledebileceğini tayin etmediği ahvâlde hâkim [...] bulunan tarafların talebi üzerine yalnız tetkik ettiği davaya mahsus olarak mesele-i kanuniyi halleder. Eğer bir taraftan talep vuku' bulmazsa meseleyi tetkik ve halledemez. Kanunun bir yerinde 72. maddede şöyle demiştir: “Hâkim iki taraftan birinin talebi olmaksızın re'sen bir davayı tetkik ve halledemez.”*

Madde 73'e göre: Kanunun gösterdiği istisnalar haricinde hâkim her iki tarafı istimâ veyahut iddia ve müdafaaalarını beyan etmeleri için kanunî şekillere tevfikân davet etmedikçe hükmünü veremez.

Kanunun gösterdiği istisnalar yani müstacel ahvâlde ez-cümle hacz-i ihtiyatî kararlar gibi kanunda sûret-i mahsusa tarafeyne tebligat yapılmadan dahi ittihaz olunabileceği beyan olunan ahvâlde hasmeyn istimâ edilmeksizin dahi karar verilebilir.

Madde 74'e göre: Kanun-ı Medenî ile muayyen hükümler mahfuz olmak üzere hâkim her iki tarafın iddia ve müdafaalarıyla mukayyet olup ondan fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez. Tahakkuk edecek hale göre talepten noksan ile hüküm caizdir.

Kanun-ı Medenî'de musarrah olan ahvâlde hâkim talebe mukayyet değildir. Mesela: Boşanma talep edilmiş iken mahkeme ayrılığa hükmedebilir. MK. 138. Binâenaleyh müstesna olan ahvâl hâricinde hâkim tarafeynin talebi ile mukayyettir. Ez-cümle bir taraf borcun [aynen] ifasını talep etmiş iken bunun bedeline hükmedemez. Binâenaleyh tarafeynin birinin talebi kanuna muvafik değilse bunu tashih ile hükmetmeyip davasını reddetmek lazım gelir.

Madde 75'e göre: Kanunun tayin eylediği istisnalardan başka hallerde hâkim iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya iddia sebeplerini re'sen nazarı dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz.

Ez-cümle hâkim, kanaatince davanın tenvirine medâr olsa bile tarafeyni mevzubahis etmediği bir vakia hakkında isticvap edemez. Mesela müruruzaman def'ini dermeyan etmesini teklif edemez. Ancak müphem ve mütenakıs beyanat hakkında hâkim izahat isteyebilir ve noksan görülen cihetler hakkında mühim izahat isteyebilir. Serdedilen iddia ve müdafaayı tahkik dermeyan eden tarafın doğruluğunu anlamak için kendisine münasip sualler sorabilir. Bunları re'sen sorabilir. Mesela iddia olunan [s.1-8] hadisenin zaman ve mekân ve şekli ve vukuu hakkında tarafeynden tefferuata dair izahat isteyebilir.

Madde 76'e göre: Hâkim re'sen Türk kanunları mucibince hüküm verir. Ancak bir ecnebi hukukunun tatbiki lazım olan hallerde, buna istinat eden taraf o kanun hükmünü ispatla mükelleftir. İspat olunmazsa Türk kanunları mucibince hükmolunur.

Madde 77'e göre: Hâkim tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu derecede sürat ve intizam dairesinde cereyanına ve beyhude masrafı meydan verilmemesine dikkatle mükelleftir.

Hâkim, re'sen tarafların itiraz ve iddiaları bulunmasa bile davanın uzamasına lüzumsuz masrafla yapılmamasına nezaret eder. Mesela: Davanın ispatına [esasına] müessir olmayacak bir hadiseyi taraflardan birinin ispat etmesine müsaade etmez. Veyahut 40-50 şahit göstermiş ise yalnız bunlardan birkaçının isti'mâ'ıyla iktifâ edebileceğini beyan edebilir. Hülâsa: Tarafeyn muhakemenin idaresinde serbest olmakla beraber hâkim tahkikatın [...] ve [...] olmasını temin için bir idareye müdahale edebilir.

Gösterilen tanıkların bir kısmının dinlenmesi ile olayın aydınlandığı hallerde hâkimin diğer tanıkların dinlenmemesine karar verebileceği hakkındaki örnek HMK'da kanun hükmü (m. 241) haline gelmiştir.

Madde 78'e göre: Hâkim muhakeme adabı haricine çıkan tarafı meneder. Okunamayan veya münasebetsiz olan evrak iade edilir. Ve yeniden tanzim için münasip bir mühlet verilir. Bu mühlet zarfında tanzim olunmazsa yeniden mühlet verilemez.

Madde 79'a göre: Kanunen sarahat olmadıkça hiç kimse kendi lehine olan davayı ikameye veya hakkını talebe icbar olunamaz.

Kanunda sarahat olan haller MK. 839 [...] bir kimse mahkemeye müracaat ederek müddeiyi muayyen bir zamanında ikame-i davaya icbar edebilir. Keza KM. 559 ve müteakip [maddeler] mucibince mirası reddetmek hakkını haiz olan mirasçı defter tutulması ve kendisini

müteveffanın alacaklısı addeden kimsenin kendisini kaydettirmesine ve kaydettirmese hakk-ı davanın s k tunu talep edebilir. Bu hallerde m ddeialeyh m ddeiyi ikame-i dava hususunda tahrik salahiyetine haizdir.¹¹

Diğer taraftan bir kimse, diğ er bir kimsenin bir hususta hakkı olmadığını ispat için bu bâbda menfa ‘at varsa dava edebilir. Mesela: KM. 618, fıkra II. Mülk sahibi m l k ne karşı vak  her nevi müdahaleyi men edebilir. Binâenaleyh bir kimse diğ erinin malında hakkı olduğunu kavlen veya bu gibi [...] suretiyle mealen iddia etmiş ise onun hakkı olmadığına dair ‘‘Men-i Müdahale’’ davası kezalik bir kimse bir senedin kalb veya sahte olduğunu tayin ve tespit ettirmekte alaka ve menfaat varsa bunu tayin ve tespit için derhâl ikame-i dava edebilir.

Yukarıdaki açıklamalarda ‘‘tespit davası’’ ve ‘‘menfî tespit davası’’ terimleri kullanılmadan ‘‘menfî tespit davası’’ hakkında bilgi verilmekte; tespit davaları bakımından özellik gösteren menfaat şartına vurgu yapılmaktadır. Hukuk dilimizde ‘‘menfî tespit davası’’ teriminin yaygın şekilde kullanılması 1965 yılından, 538 sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu’nun 72. maddesinde yapılan değişiklikten sonra olmuřtur¹².

Madde 80’e göre: İki tarafın veya hâkimin, zahir ve açık olan yazı ve hesap hataları daima tashih olunabilir. Bu tashih neticesinde bir m nazaa, mahiyetini değiştirir veya halledilmiş bulunursa masarifi muhakemeyi tayinde bu cihet nazarı dikkate alınır.

Bu tashihat, hükme kadar yapılabilir. Hükümden sonra 459 tavzih tarihiyle tashihat yapılmalıdır. Eğer hata, müphem veya sadece cem, taksim gibi bir hesap hatasından ibaret değilse tashihat yapılamaz. Ancak, hata tarafeynden biri canibinden sâdır olmuş ise ıslahla (m.83 ve müteakip) hâkimden sâdır olmuş ise tavzih (m. 459) yoluna müracaat olunabilir. Yapılan tashihat hükme tesir ettiği takdirde masarifi muhakeme hata yapan tarafa tahmil olunmak icap eder.

Madde 81’e göre: Günlük muhakeme listesinde yazılı işlerle keşif ve delillerin tespiti gibi yapılması zaruri veya müstacel görülen işler müstesna olmak üzere mahkemeler, resmi çalışma saati dışında ve resm  ve adl  tatil günlerinde, hiç bir adl  muamele yapamazlar.

[s. I-8] Evvel  kanunen veya teamülen tatil olunan günlerde, s niyyen mahkeme vakti ne mahkeme ve ne de mahkeme k tibi tarafından davanın tahkikine dair hiçbir muameleler yapılamaz. Fakat bu günlerde ve saatlerde tarafların muamele yapması caiz olmadığı gibi tarafların müdahalesine hiçbir lüzum olmadan [...] yapılacak muameleler dahi caizdir. Mesela: Mahkeme bu saatlerde m z kere yapabilir, kâtip ilâm müsveddesini kaleme alabilir.

¹¹ Tahrik davası hakkında bkz, Baki Kuru ve Ali Cem Budak, *Tespit Davaları* (2. Bası, On İki Levha 2010) 271-277.

¹² 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun, Kanun Numarası: 538, Kabul Tarihi: 18.2.1965, RG 6.3.1965/11946; Düzeltme: RG 3.4.1965/11970.

- a) *Taraflar muvafakat ederlerse, mahkeme veya baş kâtip veya icra memuru tarafından icrası memnu olan gün veya saatte muamele yapabilir.*
- b) *Mahkeme memnu olan saat ve günlerde muamele yapılmadığı takdirde bir hakkın zayi '[ni] muhakkak addederse, bu kanaati husûle getiren esbabı mucibeyi izahen kararında göstermek şartıyla bu zamanlarda muamele-i usuliye veya icra yapılmasına karar verebilir.*
- c) *Tebliğat işleri de bu kaideden müstağnidir. Binâenaleyh bu gibi evrak kendisine tebliğ olunacak şahıs kapıyı mübaşire açmaktan imtina ederse cebrî tebliğat ifası mümkündür.*

Kanunumuz muhakeme vaktini tayin etmiştir. Bu müddet güneş[in] gurûbundan tûl'una kadar olan zamana ihtiva eder. Bu esas yaz mevsimi için makul ise de kış mevsimi için makul değildir.

Madde 82'e göre: Esaslı merasime riayet edilmeksizin yapılan usule müteallik muameleler bu bâbda menfaati bulunan kimsenin davayı takipten evvel talebi sebk ederse iptal olunur. Umumî intizamı veya muamele-i usuliyenin istihdaf ettiği maksadı temin mülâhazasıyla vazolunan ahkâm esaslı merasimden addolunur. Esaslı olmayan merasime riayet edilmezse bu babta menfaati olan kimsenin davayı takipten evvel talebi sebk ederse tashih veya ikmâl olunur.

Bu hususta "butlan" a müracaat [ediniz].

C. İkrar Hakkındaki Takrir

Ders notlarında yer alan ikrar başlıklı metnin transkripsiyonu aşağıda italik harflerle verilmiş; bu kısım ilgilili yorum ve açıklamalarımız normal harflerle yazılmıştır.

[s. II-39] **İkrar**

HUMK m. 236'ya göre "dava evrakında veya hâkim huzurunda iki taraftan birinin veya vekilinin sebk eden ikrarı muteberdir. Ve mukir olan taraf 'aleyhine delil teşkil eder. Maddî bir hatadan neşet ettiği sabit olmadıkça ikrardan rücu' olunamaz. Sulh müzâkeresi esnasında sebk eden ikrar muteber değildir. Mahkeme hâricinde ikrarı teyit edecek delâil ve emare mevcut ise hâkim buna binaen hüküm verebilir".

Bu maddede ikrarın hüküm ve kudretini tayin ediyoruz.

İkrar Ne Demektir? *Bunu gösteriyoruz. İkrar mahiyeti itibariyle hukukî bir muameledir. Hukukî muameleler ise hukukî netice tevliğine matufirade beyanlarından ibaret olduklarından şu hâlde ikrar kendi aleyhine hukukî neticeler husûle getirebilecek bir vakianın doğruluğunu beyan ve kabul etmesidir ["etmektir" olmalı]. Başka sözle ikrar: Bir kimsenin hasmının iddiasını sabit farz [metinde "fark" yazılmış] edilmesini arzu ederek vaki olan beyanıdır.*

Bu tarifi tahlil edersek ikrarın şartlarını bulmuş oluruz.

a) *Arzunun izharı (beyan)*

b) *Bunun bir netice-i hukukiye tevliidi için vücuda getirilmiş olması.*

İkrar daima bir beyandır. Sükût, ikrar sayılmaz. Hukukî muamelelerde arzu izharının muhakkak sarîh olması icap etmez. Şu hâlde bir kimsenin ikrar ettiği hâl ve vaziyetten de anlaşılabilir. Mesela hâkimin sarîh bir sualine cevap vermeyen taraf zımnen ikrar etmiş addolunur. İkrar her nevi mevâdda [...] olmakla beraber tarafeynin bil-ittifak yapamayacakları bir muamelede ikrarları nazarı itibara alınamaz. Ezcümle MK. 150 sarahaten boşanma sebeplerinin ispatında ikrar kanunî bir delil teşkil etmez. Kezalik kanunen intizamı umumî icabı, şekli mahsusla tevfiikan yapılması lazım olan muamelatta ikrar delil teşkil etmez. Mesela evlenme akıtları, evlatlık alma, emvali gayrimenkulün âhare temlikî gibi.

Acaba İkrar İki Taraflı mı? Yoksa Bir Taraflı Bir Hukukî Muamele midir? İkrarın bu kısmı müellifler arasında münakaşalı ise de bizde ikrarın muteber olması için hasmın kabulü şart değildir. Taraflar [arasındaki] ikrarın zapta geçirilmesi ve hasmı tarafından imza edilmesi lazımdır ["lazım değildir" olması gerekir]¹³. İkrar bir taraflı hukukî muameledir. Çünkü bunda mukarr (ikrar eden) hasmını ispat külfetinden müstağni kılar. Yani ikrar eden taraf ikrar ettiği meselenin sabit addolunmasına ve bu bâbda münakaşa cereyan etmemesine muvafakat etmiştir.

Ders notlarında ikrarın hukukî mahiyeti konusunda yapılan (ikrarın bir hukukî işlem olduğu; hukukî işlemler içinde tek taraflı hukukî işlemler arasında bulunduğu ve bu sebeple hasmın kabulüne ihtiyaç duymaksızın sonuç doğurduğu şeklindeki) açıklamalar¹⁴ kısmen yirminci yüzyılın başındaki ilmî içtihatları kısmen de ikrar hakkındaki Mecelle hükümlerini hatıra getirecek ifadeler içermektedir.

Gerçekten Post klasik Devir Roma hukukunda ve Müşterek Hukukta bir delil kabul edilen ikrarın niteliği 19. yüzyıl sonları ve 20. yüzyılın başlarında tartışmalı idi ve ikrarın bir hukukî muamele, özellikle de tek taraflı bir tasarruf işlemi olduğu görüşü savunulmaktaydı¹⁵. Bu görüşler Mecelle’de kabul edilen esaslarla da benzerlik göstermektedir. Gerçekten Mecelle’nin 1572. ve 1573. maddesine göre “ikrar bir kimse diğer kimsenin kendisinden olan hakkını haber vermektir” ve “ikrarda mukirrin rızası şarttır”. Yine Mecelle’nin 1580. maddesinin 1. cümlesine göre “İkrar, mukarrun-leh’in kabulüne tevakkuf etmez” ve 1584. maddesinin 1. cümlesine göre de “Şarta talik olunan ikrar batıldır.” Nihayet 1588. maddenin 1. cümlesine göre de “Hukuk-i ibadda ikrardan rücu’ sahih olmaz.” Bu hükümler dikkate alındığında Mecelle’de tanımlanan ikrarın Kıta Avrupası hukukunun terimleriyle “tek taraflı bir hukukî işlem” kavramına yaklaştığı söylenebilir.

¹³ Öğrenci derste ifade edilen yanlış anlamış veya dikkatsizlik sonucu yanlış yazmış olmalıdır. İkrarın duruşma tutanağına geçirilmesi hakkındaki kanun hükmü HUMK’nın 151. maddesi (HMK m. 154) olup, bu hükme göre tutanaktaki ikrar beyanının sadece ikrarda bulunan tarafından imza edilmesi yeterlidir. Belgesay *HUMK Şerhi* (n 4) Cilt 2, 1. Kısım, 38’deki bilgi de bu şekildedir.

¹⁴ Benzer şekilde bkz, Belgesay *HUMK Şerhi* (n 4) Cilt 2, 1. Kısım, 31.

¹⁵ Bkz, Taylan Özgür Kiraz, *Medenî Yargılama Hukukunda İkrar* (2. Bası, Bilge 2013) 64-76.

Bir beyanda bulunmayan kimsenin kural olarak ikrarda bulunmuş sayılmayacağına fakat durumun gereklerine göre, mesela kendisine hâkim tarafından yöneltilen soruya cevap vermeyen tarafın ikrarda bulunmuş addedilebileceği şeklindeki açıklamalar da hukukî muamele (zımnî irade beyanı) görüşüne uygun bulunmakta ve Mecelle'nin susmanın kural olarak beyan sayılmayacağı hakkındaki 67. maddesini hatıra getirmektedir. Nitekim aynı bahis Belgesay'ın *Mufasssal Amelî ve Nazarî Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye* kitabında Mecelle hükümleri bağlamında incelenmiştir¹⁶.

Mamafih ikrarın sadece mevcut olan hakkı ispata yarayan açıklayıcı (“ihbar” niteliğinde) bir beyan mı yoksa kurucu (“inşa” niteliğinde) bir beyan mı olduğu eski hukukta da tartışmalı olup; Belgesay'a göre ikrar ihbar niteliğinde idi¹⁷. Ali Haydar Efendi'ye göre ise ikrar bazı yönleriyle “ihbar” bazı yönleriyle “inşa” niteliğindedir. Mesela bir kimse “bu mal falanıdır” şeklinde beyanda bulunsa bundan o malın önceden beri falan şahsın mülkü olduğu anlaşılır. Yoksa söz konusu mal ikrar ile o şahsın mülkü haline getirilmiş demek değildir. Öte taraftan mesela bir kimse elindeki kısrığı diğeri için ikrar ettiğinde yalnız o hayvan lehine ikrarda bulunulan kişiye verilir. Ancak bu kişi hayvanın yavrularını alamaz. İkrar ihbardan ibaret olsa idi lehine ihbarda bulunulan kişinin yavruları da alabilmesi gerekirdi¹⁸.

Bugünkü anlayışımıza göre de ikrar, eski hukuktaki kavramlarla ifade edilecek olursa, ihbar mahiyetindedir. Ancak günümüz ilmî içtihatlarında, bazı tartışmalar bulunmakla birlikte, ikrarın irade beyanı (hukukî muamele) teşkil etmeyip bir bilgi açıklamasından ibaret olduğu ve başlı başına delil olmayıp sadece ikrar edilen vakıayı ihtilafı olmaktan çıkarttığı görüşü ağırlık kazanmış görünmektedir¹⁹.

Bu temel farklılığa rağmen, yukarıda görüldüğü üzere Mecelle'deki ikrar müessesesi ile bugünkü hukukumuzdaki ikrar müessesesi arasında benzerlikler vardır. Ayrıca yeni hukukumuzdaki (HUMK m. 236/3, HMK m. 188/3) mahkeme içi sulh müzakereleri sırasında yapılan beyanların ikrar sayılmayacağı kuralı da Mecelle'de mevcuttur (m. 1582)²⁰.

¹⁶ Belgesay *Mufasssal Amelî ve Nazarî Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye* (n 5) 244-245.

¹⁷ ibid 246.

¹⁸ Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm Fi Şerhi Mecellet'il-Ahkâm Cilt 4* (Hukuk Matbaası 1330 (1914)) 61-63.

¹⁹ İkrarın vakıayı çekşmeli olmaktan çıkarttığı yönündeki görüşler için bakınız: Kiraz (n 15) 72, 75, 293; Süha Tanrıver, ‘Türk Medenî Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu’ (1993/2) TBBD 219; Süha Tanrıver, *Medenî Usul Hukuku Cilt I* (2. Bası, Yetkin 2018) 767-768; Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman ve Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usul Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2019) 458; İlhan Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medenî Usul Hukuku Dersleri* (7. Bası, Vedat 2015) 595, 604; Oğuz Atalay, ‘İspat’ iç Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (edt.), *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku C. II* (15. Bası, On İki Levha 2017) 1633-1634; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usul Hukuku* (Yetkin 2018) 468, 470; Bilge Umar, ‘Muhtevası ve Hukukî Mahiyeti Bakımından İkrar Kavramı’ (1964) (30/1-2) İÜHF 244-246; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku* (4. Bası, Adalet 2020) 238 (§15, kenar no 3). İkrarın kesin delil olduğu yönündeki görüşler için bakınız: Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü C. 2* (6. Baskı, Demir 2001) 2049; Baki Kuru, *İstinâf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı* (2. Baskı, Yetkin 2018) 250; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2018) 393; Timuçin Muşul, *Medenî Usul Hukuku* (3. Baskı, Adalet 2012) 368; Baki Kuru, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı C. I* (Yetkin 2020) 651.

²⁰ Bkz., Belgesay *Mufasssal Amelî ve Nazarî Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye* (n 5) 246.

İkrara Ehliyet: İkrar eden taraf bizzarure ilzam ettiği ve hâkim ikrar edebilmesi hususu hakikate mutabık olmasa bile mukarr aleyhine farz etmeye mecbur olduğu için ikrar eden kimse bunu lehine ikrar ettiği kimseye bilâbedel temlik etmiş hükmünde addolunmalıdır. Binâenaleyh ikrar eden kimsenin ikrar ettiği hususatta tasarrufa iktidar ve ehliyeti olması şarttır. Bunun için küçük veya mahcur olanların veya temyiz kudreti olmayanların ikrarı hükümsüzdür. Kezalik mahcur veya mümeyyiz olmayanların namına veli veya vasilerinin de ikrarı ancak velayetleri veya vesayetleri icabı yapmak iktidarına malik oldukları bir hususa dair ise muteberdir.

Ders notlarında “İkrara Ehliyet” başlığı altında yapılan yukarıdaki açıklamalar ikrarın hukukî muamele teşkil ettiği görüşüyle uyumlu olarak ancak tam ehliyetliler tarafından yapılırsa muteber olacağını; veli veya vasilerinin ikrarının ancak velayetleri veya vesayetleri icabı yapmak yetkisine sahip oldukları bir işleme ilişkin ise geçerli sayılacağını ifade etmektedir. Bu açıklama Mecelle’de yer alan esaslarla (m. 1574, m. 1634) uyumludur. Belgesay’ın HUMK Şerhinde Mecelle ile olan benzerlik daha da ileri götürülerek ikrarın “bedelsiz tasarrufta bulunmak” anlamına geldiği ve bu sebeple kanunî temsilcinin küçük veya kısıtlı aleyhine olacak şekilde ikrarda bulunamayacağı ifade olunmuştur ki *Amelî ve Nazarî Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye* kitabından yeni kanuna uyarlanarak nakledilmiş olduğu anlaşılan²¹ bu açıklama da HUMK’dan ziyade Mecelle’nin 1573. maddesine uygundur²².

Nihayet ders notlarında davaya vekâlette vekilin özel olarak yetkilendirilmedikçe müvekkili aleyhine ikrarda bulunamayacağı ve hâkim huzurunda yapılan ikrarın bunun istisnasını teşkil ettiği şeklindeki açıklamalar da HUMK’nın m. 236/1 (HMK m. 188/1) hükmünden ziyade Mecelle’nin “husumete vekil olan kimsenin müvekkili aleyhine ikrarı eğer huzur-ı hâkimde ise muteber olur. Huzur-ı hâkimde değilse muteber olmaz ve kendisi vekâletten mün’azil olur” şeklindeki 1517. maddesine uygundur²³. Ders notlarının ilgili kısmı aşağıdaki gibidir:

[s. II-40] Aynı sebebe binaen bir vekilin vekâlet-i mahsusası bulunmadıkça müvekkili namına ikrarı muteber değildir. Müvekkili ilzam etmez. Meğer ki vekilin vekâleti bâkî iken yapması ve salâhiyeti dâhilinde ettiği muameleye müteessir bir karar olsun. Şu kadar ki bu maddenin sarahati icabı avukatların huzur-ı mahkemede ikrarı muteberdir.

Ders notlarında ikrar, bugünkü ilmî içtihatlarda yaygın şekilde yapıldığı üzere “çeşitler”e ayrılmaktadır²⁴:

²¹ Karş. ibid 247.

²² Mecelle m. 1573: “Mükirrin akıl balığ olması şarttır. Binaenaleyh sagir ve sagire ve mecnun ve mecnune ve matuh ve matuhenin ikrarı sahih değildir. Ve bunların aleyhine veli ve vasilerinin ikrarı dahi sahih olmaz. Fakat sagir-i mümeyyiz-i me’zun kendisinin mezuniyyeti sahih olan hususlarda balığ hükmündedir.”, m. 1574: “Mukarr-un-lehin âkil olması şart değildir. Binaenaleyh bir kimse bir sagir-i gayri mümeyyiz için mal ikrar eylese sahih olur ve ol malı vermesi lâzım gelir.”, m. 1575: “İkrarda mukirrin rızası şarttır. Binaenaleyh cebir ve ikrah ile vaki olan ikrar sahih olmaz.”, m. 1576: “Mukirrin mahcur olmaması şarttır. [...]”.

²³ Karş. Belgesay *Mufassal Amelî ve Nazarî Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye* (n 5) 247. (Burada avukatların ikrarda bulunmak yetkisi hakkındaki Fransız usul hükümlerine de değinilmektedir).

²⁴ Karş. Budak ve Karaaslan (n. 19) 239-242 (§15, kenar no 7-13).

İkrarın ispat kabiliyetine [...] için ikrarın kısımlarını bulmalıdır.

I. Adli ikrar

II. Mahkeme haricî ikrar

Bu her iki ikrarın netâyici de muhtelifdir ve hükmen de aralarında ehemmiyetli bir fark vardır.

A. Birincisi dava esnasında yapılan ikrarlardır. Bir ikrarın adli olabilmesi için dava evrakında veya hâkim huzurunda yapılması şarttır. Başka tabirle bu nevi ikrarlar muhakeme içindeki ikrarlardır. Muhakeme içindeki ikrarlar şifahî veya tahrirî olsun adli ikrardır. Binâenaleyh gerek tahkikat hâli ve gerek mahkeme huzurunda sebk eden ikrar arzuhâl ve layiha gibi davayı huzur-ı hâkime sevk için kanunen tarafeynin yek-diğerine tebliğ ettiği evraktaki tahrirî ikrarlar adlidir.

B. Davanın içinde olmayan yani davanın rüyeti esnasında veya rüyetinin temini için resmen tebliğ edilen evrakta bulunmayan ikrarlar mahkeme haricî addolunur. Ezcümle maddede tasrih edildiği veçhile [cümlelerin bir kısmı eksik not edilmiştir] dava haricî ikrardır. Kezalik taraflardan birinin dava münasebetiyle yazdığı mektuptaki ikrarları mahkeme haricî bir ikrardır. Mahkeme haricî ikrarlar hâkime katıyyen takyit etmez. Yalnız bunu teyit edecek emare ve delâil varsa o zaman bununla hâkim hükmedebilir. Fakat bu hâlde de bir noktaya dikkat etmek lâzımdır. Eğer mahkeme haricî ikrar edilen hususun vâkî olduğuna hâkim kanaat getirirse o zaman ki ikrara [göre] hâkim kanaat edebilir [karar verebilir].

Ders notlarında ikrarın kesin delil olduğu vurgulanarak hatta ikrarın yalan beyan teşkil ettiğinin anlaşılması halinde de hâkimin ikrarla bağlı olduğu ifade edilmektedir ki bu açıklamalar Belgesay'ın şerhindeki açıklamalar ile de uyumludur²⁵. Ders notlarının ilgili kısmı şöyledir:

Tarafların serbestçe halledebilecekleri ahvâlde adli ikrar kati bir delildir. Adli ikrar bir davada şifahen edilen ikrar mukarr aleyhine kati bir delil teşkil eder. Hâkimin bu hususta hakkı takdiri yoktur. İkrar edilen hususun yalan olduğunu bilse bile hâkim ikrar mucibince hükmetmek mecburiyetinde kalır. Hâlbuki yukarıda da söylediğimiz gibi [...]lerdeki adli ikrara birer delil teşkil etmez. Mesela KM. 150 ye boşanma sebepleri mücerret bir tarafın ikrarı ile sabit olmaz. Hâkim bu ikrarı takdir eder. Yalnız bu maddeye tatbikatta yanlış mana verilmiştir. Bunun bir adi delil olarak kabulü doğrudur.

Ders notları ikrarın bölünmesinin caiz olup olmadığına ilişkin tartışmalara genişçe yer vermektedir. Bu konuda ikrarın bölünebileceği görüşünün kabul edildiği ve kuvvetle savunulduğu görülmektedir:

İkrarın Kabil-i Taksim Olup Olmadığı: *Bizim kanunumuz ikrarı hukuk işlerinde muksim kabul eder. Yani ikrarın bir kısmı doğru bir kısmı yalan diye hükmedilebilir. Hâlbuki Ticaret Kanunu'nun 683. maddesine göre: gayr-i kabil-i taksimdir. Bu madde diyor ki: Müddeialehyhin mahkeme hâricinde huzur-ı hâkimde vaki olan ve ikrarı tazammun eden*

²⁵ Belgesay HUMK Şerhi (n 4) Cilt 2, 1. Kısım 34.

ifadesinin heyet-i umumîyesinden birini teşkil eder [“heyet-i umumîyesi bir bütün teşkil eder” şeklinde olmalıdır]. *Ya tamamen ret ya tamamen kabulü lazımdır*²⁶.

*Hâlbuki Mahkeme-i Temyiz 1932 [1931] yılında aldığı bir tevhit-i içtihat kararında hukuk işlerinde ikrarın Tecezzi kabul edebileceğini kabul etmiştir*²⁷. *Bu bizce doğru değildir. Ticaret sahasındaki delâilin çokluğu buna lüzum bırakmaz. Ticarete bir davasını herhangi bir vâsıta ile ispat edebilir. Hâlbuki nispeten delâili mahdut olan hukuk sahasında bunun kabul edilmesi mantıksızdır.*

Bu içtihadı birleştirme kararına rağmen dönemin bağlantılı ve bağlantısız birleşik ikrar arasında bir ayırım yapan Yargıtay kararları, bağlantısız birleşik ikrarın ticarî davalarda da bölünebileceği yönündedir²⁸. Mesela Yargıtay Ticaret Dairesinin 13.5.1943 tarihli 941 sayılı kararında davalının “malları satın aldığını fakat kendisinin de davacıdan başka bir sebeple alacağı olduğunu ve kendi alacağını takas etmek suretiyle sadece 80 lira 20 kuruş borcu kaldığını” beyan etmesi halinde ikrarın bölünebileceği kabul edilmiştir. Buna karşılık birleşik ikrarın bağlantılı mı yoksa bağlantısız mı olduğunun tartışmalı olacağı hallerde ikrarın bölünmediği görülmektedir. Mesela Yargıtay Ticaret Dairesi 26.10.1945 tarihli 2114 sayılı kararında davacı ile aynı şirketin ortakları olan ve dava konusu 1.700 lirayı davacıdan aldığı ertesi günü mal satın almak için davacıya geri vermiş olduğunu ikrar eden davalının ikrarının bölünemeyeceğine karar vermiştir²⁹.

Sonra diğer kanunî deliller kabil-i taksim olmuyor da neden ikrar kabil-i taksim oluyor? Mesela noterden musaddak senedin bir kısmının doğru bir kısmının yanlış olduğunu kabul etmek ne kadar mantıksız ise bu da o kadar mantıksızdır.

[s. II-41] *Kanunî delilleri bir küll teşkil eder. Sonra hukukî muamele olan ikrar nasıl taksim kabul eder? Hukukî muamelede yapanın bir arzusu vardır ki netice buna göre taayyün edecektir. Bir ifadede ikrar kastı yoksa bundan ikrar manası çıkarmak doğru olmaz. İkrar eden ya doğru ya yalan söylüyordur. Fransa’da ikrarın tecezzi kabul etmeyeceği Kanun-ı Medenî ile [m.1356/3] kabul edilmiştir.*

Alman Usul-i Muhakeme Kanunu [m. 289] bunu hâkimin takdirine bırakıyor. Binâenaleyh hâkim muvafık bulursa bir ikrara ya doğru veya yanlış der.

Ders notlarında taraflara ait bir ifadenin ancak “*ikrar kastı*” varsa ikrar sayılabileceği hakkındaki bu açıklama da ikrarın bir hukukî işlem olduğu görüşünün yansımaları olup ikrarın mahiyeti konusunda bugün hâkim olan görüşle bağdaşmamaktadır. İkrarın

²⁶ 1926 tarihli Türk Ticaret Kanununun 683. maddesi şöyledir: “İkrar tecezzi kabul etmez. Binaenaleyh müddei aleyhin gerek mahkeme haricinde gerek huzur-ı hâkimde vuku bulan ve ikrarı tazammum eden ifadesinin heyet-i umumîyesi tamamen kabul veya reddedilmek lâzımdır”.

²⁷ Temyiz Mahkemesi Tevhidi İçtihat Kararı, 18/45, 9.12.1931 (RG 9.4.1932/2072).

²⁸ İlmi içtihatlarda anılan 1931 tarihli içtihadı birleştirme kararının davalı tarafın ikrar mahiyetindeki ifadesinden bir süre sonra ödeme savunmasında bulunması haliyle ilgili olduğu; söz konusu içtihadı birleştirme kararını ödeme savunmasının borcun ikrarı ile eş zamanlı olarak vuku bulduğu hallerde uygulama alanı bulmayacağı dahi ifade edilmiş ise de [Şahap Arıç, *Ticaret Kanunu* (Pulhan 1946) 352] kararın metni böyle bir yorum yapmaya elverişli değildir. Dersi veren öğretim üyesinin de içtihadı birleştirme kararı hakkındaki bu yorum şekline katılmadığı anlaşılmaktadır.

²⁹ Bkz, Arıç (n 28) 354-355.

geçerliliği için “*ikrar kastı*”nı arayan bu görüş Belgesay’ın *Mufassal Amelî ve Nazarî Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye* kitabında daha ayrıntılı olarak işlenmiştir³⁰. Belgesay bu eserinde Mecelle’nin 2. maddesinde yer alan “Bir işten maksat neyse hüküm ona göredir.” kuralına da atıfla, özellikle savunma maksadıyla yapılan beyanlar arasında karşı tarafın bazı iddialarının “ima yoluyla” doğru sayılmasını ikrar için yeterli görmemekte ve bu hususta yeterli titizliği göstermediği için o günkü uygulamayı eleştirmektedir.

İkrarın Tecezzi Kabul Etmemesi Ne Demektir? İkrar iki halde gayri kabil-i taksimdir:

- a) *Doğru olmak üzere ikrar olunan fiilin hukukî netice tevhit edecek bazı şerâiti ve evsafı haiz olduğunu mukırr beyan etmiş [...]. Bu nevi ikrarlara (Mevsûf ikrarlar) denir. Ez-cümle bir kimse iddia olunan meblağ muayyen bir vade ile istikraz ettiğini ikrar ederse [durum böyledir]. [Bu kısımda cümleler eksik not edilmiş olup, ifadenin anlaşılmayan bir kısmı buraya alınmamıştır].*
- b) *İkrar eden tarafın ikrar ettiği fiilden başka olan bir fiili ikrarına murtabit olarak iddia etmesi hâlinde ikrarın taksim edilip edilmeyeceğini tayin için tefrik yapılmak zarurîdir.*
- α: *İkrar eden tarafın ikrar ettiği hususa bizzarure murtabit olan hususat hakkındaki beyanati ispata muhtaç değildir. Mesela: Müddei 1.000 iddia edip müddeialeh de aksini [“ödediğini”] ederse tediyatını [“tediyatını” kelimesi “alacağını” olmalıdır] ispatla mükellef olur.*
- β: *İkrar edilen husus ile murtabit olmayan yani mevcudiyetleri ikrar edilen hususa tâbi olmayan [...] vâki hakkında delil teşkil etmez. Ancak bu hususları ispat mukırra aittir. Mesela meblağ müddei aleyh ikrar ile beraber müddei diğer bir cihetten alacağı olduğunu iddia ederse [takas savunulmasında bulunursa] bunu ispata mecburdur.*

Ders notlarının ikrarın bölünüp bölünemeyeceği meselesi hakkındaki bu bölüm ilmî ve kazaî içtihatlarda bugüne kadar da hâkim olan görüşü yansıtmaktadır³¹. Bu konunun Belgesay’ın 1879 tarihli medenî usul kanunu döneminde kaleme aldığı *Mufassal Amelî ve Nazarî Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye* kitabında Mecelle’ye ve Fransız hukukuna da atıflarla daha ayrıntılı olarak tartışıldığı görülmektedir. Müellif Mecelle’ye göre bileşik ikrarın bölünebileceği, vasıflı ikrarın ise -muayyen bir vadeye tabi olarak yapılan ikrarın lehine ikrarda bulunulan kişiye ancak vadenin gelmesi üzerine talep hakkı vereceği hakkındaki 1584. maddeye kıyasen- bölünemeyeceği

³⁰ Belgesay *Mufassal Amelî ve Nazarî Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye* (n 5) 245-246.

³¹ Bkz, Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri* (7. Baskı, AÜHF 1960) 258-261; Necmeddin M. Berkin, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (Hamle 1969) 189-191; Necip Bilge ve Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukuku* (3. Baskı, Sevinç 1978) 517-519; Saim Üstündağ, *Medenî Yargılama Hukuku Cilt I-II* (7. Baskı, Filiz 2000) 631-634; Yavuz Alangoya, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (7. Baskı, Beta 2009) 323-325; Ömer Ulukapı, *Medenî Usul Hukuku* (Mimoza 2014) 341-343; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku* (Legal 2016) 339-340; Muşul (n 19) 370-372; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 19) 394-396; Atalay (n 19) 1642-1649; Tanrıver *Medenî Usul* (n 19) 777-778, 780; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 19) 461-463.

görüşünde olup, bu son hususta hâkim görüşün aksi yönde olduğu da ifade edilmiştir. Ancak Belgesay'ın o dönemde ikrarın bölünmesine *de lege feranda* karşı olduğu, isticvap icra edilirken dikkat edilmesi gereken hususlar hakkındaki şu açıklamalarından anlaşılmaktadır: “*Mecelle mucibince ikrar kabil-i tecezzi olduğundan yani sebebi davayı ikrar ile beraber def' dermeyan eden taraf def'ini ispat edemediği takdirde ikrar ile ilzam olunmak lazım geldiğinden, sebebi dava beyyine-i tahririye veya şahitle ispat olunamadığı takdirde isticvap olunan şahsın vaziyet-i hukukîyesini tehlikeye ilkâ edebilecek sualler iradından ihtiraz edilmesi muvafık olur*”³².”

Adli İkrarla Mahkeme Harici İkrarlar Arasındaki Fark: Bir davada şifahen edilen ikrar mukarr aleyhine katî bir delil teşkil eder. Hâkimin bu hususta takdir hakkı yoktur. İkrar edilen hususun yalan olduğu muhakkak bile olsa hâkim ikrar mucibince hükmetmeye mecburdur.

Mahkeme harici ikrarlar ise adli ikrarlar gibi katîyet gösteremez. Vukuu muhakkak olsa bile hâkim mucibince hükme mecbur değildir. Filhakika ikrarlar hususi şekiller dâhilinde vukuu bulmadığından [...] cebrî olmayabilir.

Bu hükümden şu netice doğar

- 1- *Madde-i mezkûr ifadesine göre müddeialeyh mahkeme haricinde ikrarını sebk etmesi başlı başına esbâb-ı hükümden değildir*³³. *Müddeialeyh haricen ikrar etmiş olduğunu kabul etse bile ikrar esbâb-ı hükümden değildir. Belki mahkeme haricindeki ikrarı teyit edilen delâili mevcut ise buna binaen hüküm verilebilir*³⁴. *Mahkeme hâricinde vukuu iddia olunan ikrarı kuvvetlendirecek delâil ve emare bu ikrardan başka olmak lâzımdır. Mamefih hâkim ikrarın müterafik olduğunu [“beyanı” kelimesi sehven atlanmış] her hâl ve vaziyette ikrarın ciddiyetini temin eden bir karine addedebilir. Mesela: Borçlu borcunu tediye etmek için veznedarına emir verip fakat o gün kasada kâfi para olmadığından gönderememiş, bu cihetin ispatı ikrarın ciddiyetine delâlet eder.*

³² Belgesay *Mufassal Ameli ve Nazari Usul-i Muhakeme-i Hukukîyye* (n 5) 257.

³³ Bugünkü ilmi ve kazai içtihatlarda terk edilmiş olan “esbâb-ı hüküm” terimi “delil” anlamındadır. Bu terim HUMK'nın 367. maddesinde de kullanılmış idi.

³⁴ Belgesay'ın bu konudaki görüşünü ders notlarının ait olduğu 1937-1938 döneminden hemen sonra (1939 yılında yayımlanan şerhinin ikinci cildinde) değiştirdiği görülmektedir. Şerhte yer alan açıklama şöyledir: “Kanuna göre, muhakeme harici ikrarın muteberliği için başka deliller de bulunmak lazım gelir. Kitabımızın ilk tabında bu noktaya nazarı müdafaa ettik. Fakat bütün takdiri deliller hâkimin kanaatine tesir eden beyan ve vakialardan ibaret olduğundan, hâkim ciddiyetinden şüphe etmediği muhakeme harici ikrarı bir delil olarak kabul edebilir.”

Belirtelim ki ikrar, takririn verildiği dönemde mülga HUMK'nın 236. maddesiyle düzenlenmişti. Bu kanun hükmüne HMK'da karşılık gelen hüküm 188. maddedir. HMK m. 188 hükmünün gerekçesinde bu maddenin HUMK'nın 236. maddesi ile aynı içerikte olduğu; yeni kanun hazırlanırken maddenin dilinin sadeleştirilmesiyle yetinildiği ifade edilmektedir. Ancak kendisi de bir önceki usul kanununun sisteminden önemli ölçüde ayrılmış olan HUMK m. 236 ile HMK m. 188 arasında farklılıklar vardır³⁵. HUMK m. 236 aşağıdaki gibidir:

“Dava evrakında veya hâkim huzurunda iki taraftan birinin veya vekilinin sebk eden ikrarı muteberdir. Ve mukir olan taraf aleyhine delil teşkil eder. - Maddi bir hatadan neşet ettiği sabit olmadıkça ikrardan rücu olunamaz. - Sulh müzakeresi esnasında sebk eden ikrar muteber değildir. - Mahkeme haricindeki ikrarı teyit edecek delâil ve emare mevcut ise hâkim buna binaen hüküm verebilir.”

HMK m. 188 ise

“(1) Tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez.- (2) Maddi bir hatadan kaynaklanmadıkça ikrardan dönülemez.- (3) Sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrar tarafları bağlamaz.”

hükümlerini içermektedir.

Buna göre HUMK metninde yer almasına rağmen HMK'ya intikal etmeyen hükümler şunlardır:

- İkrarın delil teşkil ettiği görüşü;
- İkrarın sözlü olarak da yazılı olarak da yapılabileceği;
- Vekil tarafından yapılan mahkeme huzurundaki ikrarın geçerli olduğu (vekilin bu hususta özel olarak yetkilendirilmiş olmasının gerekmediği);
- Vekil tarafından mahkemeye sunulan dilekçelerde yer alan (yazılı olarak yapılan) ikrarın geçerli olduğu;
- Mahkeme dışında yapılan ikrarın, bu ikrarı teyit edecek delil ve emareler varsa delil olarak kabul edilebileceği (mahkeme dışındaki ikrarın tanıkla ispatına cevaz vermeyen 1879 tarihli Usul Kanunundaki eski usulün terkedildiği).

³⁵ 1879 tarihli usul kanunumuzda yer alan ikrar hakkındaki hükümler şunlar idi: “Madde 68: Her müddei davasını isbata mecburdur. Fakat Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyenin 1817. maddesi mucibince müddeialehyh ikrar eder ise ikrarıyla ilzam olunur. Ve isbattan âciz kalan taraf hasmına yemin verdirebilir. - Madde 69: Gerek müddeialehyhin ve gerek vekilinin huzur-u hâkimde ikrarı muteberdir. Ama huzur-ı hâkimden başka bir mahalde müddeialehyhin ikrar etmiş olduğu hakkında dermiyan olunan iddianın ikame-i şühud ile isbatı mesmu' olmaz. Fakat ol ikrarın sıhhatine delalet eder emarat bulunur ise mesmu' olur. Huzur-ı hâkimin gayri mahalde vekilin ikrar etmiş olduğu iddiası mesmu' olmaz. - Madde 70: İkrarın şerait ve ahkâmı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyede 1572. maddesinden 1612. maddesine kadar munderiç olan ahkâma tevfiğ olunur. - Madde 71: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyenin Kitab-ı İkrarında muharrer olduğu üzere müddeialehyhin imzasıyla mümzi veya mührüyle mahtum olan senedat ile tüccarın mu'teddu'n-bih olan defterlerindeki kuyud ikrar-ı bil-kitabe olup şifahi hükmündedir.

- 2- *Mahkeme haricî ikrardan rücu için ikrarın maddi bir hataya istinat ettiği ispat mecburiyeti yoktur. Mukırr, mahkeme hâricinde ikrar ettiği şeyi dalgınlıkla söylediğini veya yalan söylediğini ve [s. II-42] zuhûl ettiğini iddia eder. Eğer bu iddiasını teyit edecek karâin gösterirse hâkim ikrarın ne dereceye muteber olacağını tayin eder.*

İkrardan Rücu: Bir kimse yaptığı ikrardan vazgeçebilir mi? İkrar hukukî muameledir. Hukukî muamelelerden rücu kabil değilse de ikrah, cebir, [“iradeyi”] ifsat eden sebeplerle yapılan hukukî muamelelerden dönülebilir. Fakat madde bir netice ikrarın maddî bir hadiseden neşet ettiği sabit olmadıkça mukırr tekavvül [yalan beyanda bulunduğu beyan] edemez. Yani mukırr istinat ettiği maddî hadisenin yanlışlığını ispat suretiyle ikrarında tekavvül edebilir. Bu hâlde ikrar hükme esas olamaz. Ancak bu hatanın maddî olması şarttır. Yoksa hukukî hata olamaz. Hukukî hata: bir kimsenin ettiği ikrarın ahkâm-ı netâyicinde hataya düşmesi değildir [“demektir”]. Mesela: Bir vâris, verasetin kabulünün kendisine tahmil edeceği mesuliyetleri bilmiyorken, mirası kabul ettiğini mutazammın muamele yaptığını ikrar ederse bundan dönemez.

Fakat hesap hatasından bir kalemin mükerrer yazılmasından bazı rakamların hesaba unutulmasından buna mütehammil olarak ikrar eden kimseyi hataya sevk eden sebeplerin tahakkunda[n] rücu edebilir.

D. Kesin Hüküm Hakkındaki Takrir

Ders notlarında yer alan kaziyye-i muhkeme başlıklı metnin transkripsiyonu aşağıda italik harflerle verilmiş; bu kısım ile ilgili yorum ve açıklamalarımız normal harflerle yazılmıştır.

Kaziyye-i Muhkeme [s. II-42]. M. 237: *Kaziyye-i muhkeme ancak mevzuunu teşkil eden husus hakkında muteberdir. Kaziyye-i muhkeme mevcuttur diyebilmek için iki tarafın ve müddeabihin ve isnat olunan sebebin müttehit olması lazımdır.*

Mahkemeden verilen kararlar birer kaziyye-i muhkeme teşkil eder. Tatbikat esnasında kaziyye-i muhkeme demek katiyet kesbetmiş olan mahkeme kararları demektir. Kaziyye-i muhkeme kati ve kanunî bir delildir ve bunlar hâkimi bağlar. Hükmedilen meselelerin yeniden mevzubahis edilmemesi için bu zaruret kabul olunmuştur. Çünkü cemiyette nizaların kati bir şekilde halledilmemesi kararsızlığı ve intizamsızlığı mucip olur. Fakat kaziyye-i muhkemede de bir hata olması muhtemeldir. Böyle olmakla beraber kanun, hükümlerde hata ihtimallerini en asgarîye tenzil için tedbir ittihaz etmiştir.

Kaziyye-i muhkeme mahkemeden bir dava hakkında sâdir olan kararın hakikat farz edilmesinden ileri gelir. Bu kararın yanlış olması da mümkündür. Fakat bu yanlışlık kanunî yollara müracaat suretiyle ıslah edilebilir. Eğer kanunî yollar kapanmış ise artık o karar suret-i kat’iyyede hakikat farz olunur. Bu halde kaziyye-i muhkeme istinat ettiği vakta hakkında kati ve kanunî bir delil mesabesindedir. Fransız Kanun-ı Medenîsinde kaziyye-i muhkeme şöyle tarif olunur: “Kaziyye-i muhkeme lâhik olacak davayı kati suretle ispat eden ve hilafî ispat olunamayan kanunî bir kaziyye-i kat’iyyedir.”

Kaziyye-i muhkeme kati bir delildir. Fakat mutlak bir delil değildir. Çünkü kaziyye-i muhkeme kanunda zikredildiği vechile ancak mevzuunu teşkil eden husus hakkında muteberdir. Mevzu teşkil etmeyen işlerde kati bir delil teşkil etmez.

A. Tarafın aynı olması ne demektir? Kaziyye-i muhkemenin mevcudiyeti için sonradan mevzubahis edilen davanın tarafeyni öteki davanın tarafeyni [ile] aynı olmalıdır. Tarafeynin aynı olması demek davayı takip eden şahısların aynı olması demek değildir. İki davayı takip eden şahıs olmuşsa [s. II-43] tarafeyn ayrı olabilir. Mesela bir kimse bir davayı bilveköle takip ettikten sonra ikinci davayı da veli sıfatıyla takip etmiş ise tarafeyn aynı olmaz. Yalnız bir kimse bizzat davasını takip ettikten sonra onun namına bir vekil tarafından yeniden takip olunur ise tarafeyn aynı olur.

Bir tarafın lehine ve aleyhine verilen kararlar varis olan, bir tarafın yerine kaim olanlar³⁶ hakkında da kaziyye-i muhkeme teşkil eder.

Fakat bir kimsenin dava edilen hakkı veya malı başkasına devir ve temlik ettiği takdirde malı veya hakkı devren alan kimseye karşı kaziyye-i muhkeme var mı yok mu? meselesi münakaşalıdır. Bence mesele ayrılmalıdır. Eğer başkasına bir hak devreden kimsenin bu hakkı, hakkı devir ve temlik ettiği şahsa karşı muteberse devren alan kimse kendisine devir edenle müterafik olunur.

Mesela A, B'ye senin işgal ettiğin mülk benimdir diye dava açıyor ve davayı kazanıyor. Fakat bu esnada henüz hüküm tapuda tescil edilmeden B, mülkü başka birisine satıyor. B'nin III. şahsa karşı temlik muteber olmadığından ["olduğundan" denmeli idi] burada kaziyye-i muhkeme delili serd olunamaz. Çünkü III. şahıs bunu bilmiyordu.

Mesela müşterek mallarda hissedarlardan her biri menfaatlar için diğerlerini temsil edebilir. KM. 625 şu hâlde bir hissedar tarafından diğer hissedarlarla müştereken akdedilmiş ve icar mukavelesinin hitâmiyle müstecirin tahliyesi dava edilip iddia reddedilmiş ise bu hüküm diğeri hakkında da kaziyye-i muhkeme teşkil eder.

BK 145: Müteselsil borçlulardan biri hakkında tediye sebebiyle borcun sükûtuna dair verilen hükümden sair borçlular istifade eder³⁷.

Keza davada dahil olmayan kimse tarafından alınacak veya buna karşı sâdir olacak hükümden diğeri birinin istifade etmesi veya mutazarrır olması zaruri ise ona karşı da kaziyye-i muhkeme dermeyan olunabilir.

Ez-cümle bizim icra kanunumuz mucibince borcunu ihbarname müddeti zarfında ödemeyen her alacaklı borcunun III. şahıstaki alacağını hacizden [...] borcu olduğunun ispatı mütalaasıyla mahkemeye müracaat edebilir³⁸. Fakat müddeiaaleyh olarak mahkemeye çağrılan III. şahıs kendi alacaklısı olduğu iddia edilen borçlu ile arasındaki meselede mahkeme kararı mevcut olduğunu iddia ederse bu hükmü takip eden asıl alacaklıya karşı kaziyye-i muhkeme teşkil eder. [Derste söylenen cümlelerin eksik not edildiği anlaşılmaktadır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesinin bugünkü içerikte olmadığı o dönemde bahsi geçen hüküm İcra ve İflâs Kanunu'nun 120. maddesi olmalıdır.]

³⁶ "Yerine kaim olanlar" ifadesi "halefleri" anlamındadır. Terim bu şekliyle HUMK m. 446'da kullanılmış ve HMK'nın 376. maddesine de "yerine geçenler" şeklinde intikal etmiştir.

³⁷ Karş HMK m. 303/5.

³⁸ Ders notlarının aslında da "üçüncü şahıs" ibaresi yazılırken Roma rakamlarıyla (III) rakamı kullanılmaktadır.

B- Müddeabihin Aynı Olması: Kazıyye-i muhkeme itirazının dermeyan edilebilmesi için [...] her iki davada talep edilmiş olan şeyler aynı olmalıdır. Başka tabirle her iki dava da aynı şey üzerinde aynı hakkın iddiası için ikame edilmiş olmalıdır.

Mesela gayrimenkul mülkü olmak üzere iddia ve dava eden müddei davasını kaybettiğinde bu gayrimenkul üzerinde mülkiyetinden gayri bir aynı hak olduğunu iddia edebilir. Ancak birinci davadaki kazıyye-i muhkeme burada serd edilemez.

İddia olunan şeyler evvelce iddia edilen şeylere dâhil ise müddeabihler aynı sayılmak lazımdır. Birçok hallerde iki davanın mevzuunun ayrı veya aynı olduğu anlaşılır. Fakat bir [...] evvelce talep edilmiş olan müddeabihde dâhil olup olmadığını tayinde müşkülât vardır. En doğru tarz-i hâl şudur: İkinci iddia birincinin bizzarûr şümülünde dâhil ise kazıyye-i muhkeme mevcuttur. Mesela bir kimse diğerinden 1928 senesi kirasını talep ederek davası reddolunduktan sonra 1929 senesi kirasını dava edebilir. Fakat dava icar mukavelesinin [s. II-44] adem-i mevcudiyeti sebebiyle reddedilmiş ise aynı mukaveleye istinat etmekte ise ikinci davanın da reddi lazım gelecektir. Keza bir kimse bir meblağın faizini iddia ettikten ve iddiası reddolunduktan sonra ikinci davada da o şeyin sermayesini iddia edebilir. Fakat sermaye iddia edilip reddolunduktan sonra bunun faizi olmak üzere bir iddia dermeyan olunamaz.

C- Sebeplerin aynı olması: Her iki dava mevzuu ve tarafeyn itibariyle aynı olsa bile ve eğer muhtelif sebeplere istinat etmekte ise kazıyye-i muhkeme itirazı serd olunamaz. Sebep demek iddia veya müdafaaaya esas ittihaz edilmiş olan fiili veya hukukî vakıalardır. Bir dava nereden çıkmış nereye istinaden ediliyor? İşte bu isnat edilen şey sebeptir: İddia olunan aynı veya şahsî hak, (borç) tevlit ettiği beyan olunan fiil o davada sebep teşkil eder.

Mesela bir kimse diğerinden satın aldığı [...] bir gayrimenkulü mülkü olmak üzere iddia ediyorsa bu davada şira (bey ü şira [...]) sebeptir. Ve davayı kayıp ettikten sonra bu gayrimenkulün kendisine hibe edildiğine istinat ile yeni bir dava yapabilir. Kezalik bir kimse diğerine şu şartta [bilinçli olarak birkaç kelimelik yer boş bırakılmış] ikame ettiğini beyan ile muayyen bir meblağı dava ediyor sonra diğer bir tarihte [bilinçli olarak birkaç kelimelik yer boş bırakılmış] ikame ettiğini beyan ile yeni bir dava ikame edebilir.

Fransa Mahkeme-i Temyizinin bir kararına göre: [Davacının] mahkemede iddia ve hükme raptedilmiş olan vakayı tebdil ettiği [hallerde] veya yeni bir sebep hâdis olursa sebebin değiştirdiğini kabul ediyor.

Alman Kanununa göre: Muayyen vakitte tediyeye edilmek üzere bir meblağ mahkûm edildikten sonra evvelce hüküm esnasında mevcut olmayan yeni sebeplerin tahaddüsü hâlinde davanın yeniden ikamesi câizdir.

KM 149. muza göre bir boşanma sebebi ile açılan davada verilen kararla çocuklar ana ve babadan birine verilmiş iken sonra taraflardan birinde hâsıl olan bir sebeple hükümün yeniden tetkiki caizdir.

Keza 145 KM'ye göre nafakaya hükmedildikten sonra mahkûm-i aleyhin varidatı azalır ve mahkûm-i aleyhin çoğalır veya [...] azalır ise kazıyye-i muhkeme mevcut olan nafakaya yeniden hüküm verebilir.

Hata sebebiyle butlan iddiasını kaybetmişse hile veya cebir ve ikrah sebebiyle yeni bir dava yapabilir.

Burada ihtilaflı bir mesele var: Birinci davada taraflardan biri iddia etmediği ve iddia etmediği için mahkûm olduğu bir sebep sonradan mevzubahis edilebilir mi? Bence edilebilir. Birisi diğerini 500 lira borçtan dolayı mahkemeye veriyor. Müddeialehy mahkemeye çıkıyor ve kendisini müdafaa etmiyor. Müddei davayı kazanıyor. Bence bu kararın icra edilmesinde mâni yoktur. Bu karar icra edilmiş fakat bilâhare mahkemeden evvel dermeyeran edilmemesi bir hadisenin dermeyeran edilmesi hakkında kanunda sarahat yoktur. Yani dermeyeran edilmesi sebebiyle tekrar dava açılabilir.

Mesela: Mahkeme [kararı] adamın diğerine 500 lira verdiği hakkında kati bir delildir. Fakat paranın ödenmiş olacağına ait karar yoktur.

Ders notlarının bu kısmındaki açıklama ilmi ve kazaî içtihatlarda 1960'lı yıllardan beri hâkim olan kesin hüküm anlayışına uzaktır³⁹. Belgesay ders notlarının tutulduğu yılı takip eden sene içinde yayımladığı şerhinin ikinci cildinde de Fransız müellif Tissier'ye atıfla bir kimsenin mahkûm olduğu bir davada ileri sürmediği savunma sebeplerine dayanarak dava sonunda vermek mecburiyetinde kaldığı şeyin iadesi için ikinci bir dava açılabileceğini ifade etmektedir. Çünkü Belgesay'a göre mesela: "Evvelki davada hâkim yalnız davacının iddiasını varit görerek müddeialehyi mahkûm etmiş, müdafaa sebeplerini tetkik etmemiştir. Binaenaleyh ilk davada müruzuramana istinaden iddianın reddi istenmiş olan [reddini istemiş olan] müddeialehyhin hükümden sonra borcun ödenmesine binaen alacağına düşüğü hakkında dava açmasına bir mani yoktur"⁴⁰.

Acaba Ahkâm-ı Şahsiyeye Dair Mahkeme Kararları Mutlak Bir Nüfuzu Haiz midir?
Mesela X'in filancanın oğlu olduğuna dair mahkeme kararı var. Bu herkese karşı hüküm ifade etmez. Ahkâm-ı şahsiyeye müteallik hükümlerin mutlak olup olmadığı meselesi ihtilaflıdır. Son müellifler bunların mutlak bir nüfuzu olacağını kabul etmekte ve esbâb-ı mücib olarak şöyle demektedirler: Kazıyye-i muhkemenin mutlak veya nispi olduğunu Tay'ın için kazayı enfûsî ve afaki olarak ayırmalıdır. Hâkimin bir kimsenin diğerindeki hakkını tespit ettiği kazadaki kaza, (subjektif) kazadır. Hâlbuki (objektif) kazada kaza ise hâkim mevcut herhangi bir vaziyeti umuma karşı tespit eder.[Objektif ve subjektif kelimeleri metinde Latin harfleriyle yazılmıştır.] İdarede umumiyetle objektif kaza caridir. Bu noktaya kanunumuzun ulâkına nazaran bu nazariye kabul edilemez.

[s. II-45] *Hâkimin her [...] nüfuza maliktir. Ahkâm-ı şahsiyeye dair verilen kararlarda da hüküm böyledir. Şüphesiz ki iki kimsenin kardeş, "usul ve fîru", karı ve koca olması gibi ahvâl-i şahsiyeye dair olan kararların [...] olması ve bir kimsenin hâl-i şahsiyeye münasebetiyle bulunduğu kimseye göre değişmesi büyük bir mahzurdur. Fakat bu hâlde bile nüfuz mutlak esas kabul olunursa hayli vaziyetlerin ihdasıyla murafaalarla diğerlerinin ikrarı imkân dâhiline girer. Esas şu olmalıdır: Usul-i şahsiyeye meselesinde husumet muayyen kimselere karşı müteveccihdir. Bu itibarla bir hükümün diğerleri tarafından kabulü hususunda mecburiyet vardır. KM'ye göre muayyen şahısların muayyen şahıslara karşı husumeti [...] ise bunlar arasında verilen hüküm bi'z-zarûr diğerlerine müessir olur. Ezcümle nesebi ret*

³⁹ Burhan Gürdoğan, *Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı* (Ayyıldız 1960) 75-82; Hayri Domaniç, *Hukukta Kazıyyei Muhkeme ve Nisbi Kuvveti* (İÜHF 1964) 75-92; Kuru *El Kitabı C. 2* (n 19) 1488-1493. "Kesin hüküm" teriminin ait olduğu kavramı karşılamaya uygun olup olmadığı hakkında bkz. Kemal Gözler, "Res *Iudicata*'nın Türkçesi Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 56, Sayı 2, 2007, s.45-61.

⁴⁰ Belgesay *HUMK Şerhi* (n 4) Cilt 2, 1. Kısım 58-59.

davası yalnız kocaya aittir. Koca bu davayı ikame edip hüküm sâdır olmuş ise bu hüküm herkese karşı müessirdir. Kezalik bir kimsenin hâl-i şahsiyesine dair diğerine karşı aldığı ilâm herkese karşı muteberdir. Keza KM. 529: Gaiplik kararı herkese karşı muteberdir. Bu karar esasen idarî mahiyettedir. Bu istisna, bu suretle kabil-i izahırdır⁴¹.

Hülasa: Mahkeme kararıyla müddei veya müddeialehy için yeni bir hukukî vaziyet ihdas etmişse bu hüküm herkese karşı muteberdir. Mesela hâkim bir kimseyi mahcur eder, boşanmaya karar verir. Evlatlık mütalebelerini tasdik eder, velayeti iskat ederse bununla bir kimsenin hukukî vaziyeti değiştiği için diğerleri bu muameleyi hâkim kararıyla olduğu için herkese karşı muteberdir. Kanun-ı Medenîmiz yeni vaziyetler doğuran kararların ilan edilmesini emretmiştir. Bunların umuma müessir olduğuna delâlet eder.

Ders notlarındaki bu açıklamalar ilmî ve kazaî içtihatlarda bugün hâkim olan görüşe uygundur⁴². Ancak bugün Belgesay'ın 1937-1938 yıllarında varmış olduğu sonuçları yenilik doğuran (inşai) dava, yenilik doğuran karar ve çekişmesiz yargı kavramlarına başvurarak açıklayabiliyoruz. Gerçekten gerek dava gerekse (Belgesay'ın verdiği gaiplik kararı ve evlat edinmeye izin örneklerinde olduğu gibi) çekişmesiz yargı kararlarının yenilik doğuran etkileri üçüncü kişiler bakımından, deyim yerindeyse üçüncü kişilere karşı da geçerlidir. Bugün hâkim olan görüşe göre kesin hükümden ayrı fakat yenilik doğuran davalar bakımından kesin hükümle birlikte mevcut olan, başka bir deyişle kesin hüküm etkisine eklenen yenilik doğuran etki üçüncü kişiler bakımından da geçerlidir⁴³. Belgesay kesin hüküm için yaptığı “objektif kaza-subjektif kaza” ayırımını ve çekişmesiz yargıyı ifade etmek için kullandığı “mahkemelerin verdiği idarî kararlar” kavramını kullanarak aynı sonuçlara varmaktadır. Müellifin *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi* 'nde de sağlam bir hukukî muhakemenin neticesi olan şu veciz ifadeye tesadüf ediliyor: “Mahkemenin bir hâl ve vaziyeti ihdas eden kararları herkes hakkında muteber bir kazıyye-i muhkeme teşkil eder. Ezcümle ayrılma, boşanma, mal ayrılığı, velayetin ıskatı, hacir kararları herkes hakkında hukukî netice husule getirir⁴⁴.”

Kazıyye-i muhkeme söyledığımız şartlar olmadıkça mevcut olmaz. Fakat bir mahkemede sâdır olan kararlar diğer davalarda kazıyye-i muhkeme teşkil etmese bile adi bir delil olmak üzere dermeyan olunabilir. Bu kazıyyedeki izahattan anlaşılacağı vechile tarafeyn, sebep, müddeabih aynı iddia olmadığı takdirde kazıyye-i muhkeme itirazı dermeyan edilemez.

Belgesay'ın kesin hükme ilişkin takrirlerinde nispeten ihtiyatlı bir üslup benimsediği ve öğrenciye konunun ana hatlarını anlatmakla yetindiği anlaşılmaktadır. 1939 yılında yayımlanacak olan şerhinde ise yine ilmî ve kazaî içtihatlarda bugün hâkim olan görüşten farklı olan başka görüşler de yer almaktadır. Mesela kesin hüküm

⁴¹ Benzer şekilde bkz, Belgesay *HUMK Şerhi* (n 4) Cilt 2, 1. Kısım 50.

⁴² Mesela bkz, Tanrıver, *Medenî Usul* (n 19) 586-587; Hakan Pekcanitez (n 19) 987-988; Kuru, *El Kitabı C. I* (n 19) 413; Budak ve Karaaslan (n 19) 351 (§ 21, kenar no 8); Ergun Önen, *İnşai Dava* (AÜHF 1981) 173 vd. ayrıca karşılaştırmız, Domaniç (n 39) 73-75.

⁴³ Mesela bkz, Kuru ve Budak (n 11) 48-60.

⁴⁴ Belgesay *HUMK Şerhi* (n 4) 2. Cilt, 1. Kısım, 51.

itirazının re'sen dikkate alınıp alınamayacağı konusu tartışmalı şekilde bırakılmıştır.⁴⁵ İlk itirazlar, üçüncü kişilerin fer'i müdahale talepleri, mühlet istenmesi gibi hadiseler hakkında verilen kararların (bugün yaygın şekilde kullandığımız terimle “ara kararları”nın) yalnız o davaya mahsus olmak üzere kesin hüküm teşkil edeceği yani bu ara kararlarından dönülemeyeceği ifade edilmiştir⁴⁶. Buna karşılık Belgesay tarafından “mahkemenin davanın tahkikine müteallik kararları” şeklinde ayrı bir kategori olarak ele alınan (mesela bir vakıanın tanıkla ispat edilip edilemeyeceği hakkındaki) ara kararlar bakımından kesin hükmün ortaya çıkmayacağı, bu ara kararlardan dönülebileceği belirtilmiştir⁴⁷. Keza müellif “muvakkat kararlar” şeklinde isimlendirdiği geçici hukukî koruma önlemleri hakkındaki kararlardan da değişen şartlar dolayısıyla veya “hâkimin açıkça kanaatinde yanıldığını” anlaması üzerine dönülebileceğini kabul etmektedir⁴⁸.

Belirtelim ki Belgesay, ders notlarında yer alan ve *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*'nde daha ayrıntılı olarak incelediği kesin hüküm konusunu daha evvel 1879 tarihli Usul Kanunu hakkında yazmış olduğu sistematik eserde de ayrıntılı şekilde ele almıştı. Müellifin usule ilişkin ara kararları ve geçici hukukî koruma önlemleri hakkındaki kararlar bakımından kesin hükmün ortaya çıkmayacağı şeklindeki görüşü daha evvel anılan eserinde ifade edilmiş idi⁴⁹. Kaziyye-i muhkeme 1086 sayılı Kanunda çok kısa ve genel bir hükümlerle düzenlenmiş olmasına rağmen Belgesay'ın bu yeni kanunla ilgili derslerinde ve şerhini kaleme alırken konuyu yeni baştan inceleme külfetinden kaçınmadığı görülmektedir.

V. Sonuç

Hukuk dili yani hukukta kullanılan kavram ve terimler zaman içinde değişip çeşitlenmektedir. Toplumsal gelişmelerin tabii bir yansıması olan bu hadise bizim ülkemizde, geçtiğimiz yüzyıl içinde yaşanan yeni Avrupa kanunlarının iktibas ve Türkçenin sadeleştirilmesi hareketlerinin etkisiyle diğer Avrupa ülkelerinde görüldüğünden daha hızlı ve kapsamlı olmuştur. 1920'li ve 1930'lu yıllar ülkemizde hukuk dili ve hukuk kavramlarındaki değişimin en hızlı yaşandığı tarihsel döneme tekabül etmektedir. Bu dönemde hukuk fakültelerinde ders veren öğretim üyeleri, yeni hukukun iyi öğrenilmesi ve iyi uygulanması için çaba göstermişlerdir.

Belirtelim ki o zamanın hukukçuları bu çabayı gösterirken ihtiyaç duydukları bilgi birikiminden mahrum değildiler. Yarım asır kadar sürmüş Mecelle deneyimi ayrı tutulacak olursa Cumhuriyet'in kurulduğu zamandaki özel hukukumuz ve

⁴⁵ ibid 44.

⁴⁶ ibid 46.

⁴⁷ ibid 47.

⁴⁸ ibid 47.

⁴⁹ Belgesay *Mufassal Amelî ve Nazarî Usul-i Muhakeme-i Hukukîyye* (n. 5) 412-419.

kamu hukukumuz Batı Hukukunun bir parçası idi. Tarihsel bakımdan Avrupa'daki kodifikasyon hareketinin gerisinde kalmayan Türkiye -başka bazı Avrupa ülkelerinin yaptığı gibi- Fransız hukukundan iktibas ettiği Ticaret Kanununu 1850, Medenî Usul Kanununu ise 1879 yılından beri uygulamaktaydı. Temel kanunların uygulanmasıyla ilgili ilmî ve kazaî içtihatlar da teşekkül etmişti. Türk ilmî ve kazaî içtihatlarının Medenî Usul Hukuku bakımından 20. yüzyıl başındaki durumunu değerlendirmek için Mustafa Reşit (Belgesay) ve Ahmed Ziya Beylerin 1879 tarihli medenî usul kanunu hakkındaki sistematik eser ve şerhlerini incelemek yeterli olur.

İşte bu birikimden yararlanarak yeni kanunları yorumlayan Türk hukukçuları başarılı eserler vermişlerdir. Ancak yukarıda değindiğimiz dilde sadeleşme hareketi ve II. Dünya Savaşı sırasında Türkiye'ye sığınan Alman üniversite hocalarının öncülüğünü takip ederek 1960'lı ve 1970'li yıllarda daha kapsamlı eserlerle gelişmiş olan Türk hukuk literatürü, bilhassa Cumhuriyetin ilk yirmi yılında yazılan Türkçe şerhlere ve sistematik eserlere olan ilgiyi deyim yerindeyse yok etmiştir.

Oysa 1930'lu yılların ilmî içtihatlarını oluşturan, yer yer eski hukukun izlerini taşıyan kitaplar Cumhuriyeti kuran kuşağın mirası içinde yer alan ve bugün de yararlanılabilecek nitelikte olan eserlerdir.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 1937-1938 ders yılında Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay'ın kürsüsü tarafından verilen Medenî Usul Hukuku derslerinde bir öğrenci tarafından tutulan not defteri bu konuda güzel bir örnek oluşturmaktadır. Defter, öncelikle yeni temel kanunları öğrenmeye ve öğretmeye istekli öğretim üyesi ve öğrencilerin gösterdiği çabayı belgelemektedir.

Gerçekten de 1937-1938 ders yılına ait Medenî Usul Hukuku takrirlerine öğretim üyesi gözüyle bakacak olursak, derslerin yüksek nitelikte olduğu, her bir ders için ayrı ayrı hazırlanıldığı, Belgesay'a ait olanlar da dahil olmak üzere belirli bir ders kitabına bağlı kalınarak ders anlatma kolaylığına başvurulmadığı, öğrencilere anlatılan medenî usul konularının daima maddî hukuk hükümleriyle birlikte ele alındığı, derslerde karşılaştırmalı hukuk da dahil olmak üzere ilmî ve kazaî içtihatlardaki tartışmalara ve eski hukuka ilişkin kısa karşılaştırma bilgilerine de yer verildiği görülmektedir⁵⁰. Dersleri veren öğretim üyeleri zaman zaman bugün kullandığımız yerleşik kavram ve terimler yerine maksadı anlatmaya elverişli başka ifade şekillerine başvurmaktadır. Mesela ders notlarının giriş kısmı ile ikrar ve kesin hüküm bahisleri incelendiğinde çekişmesiz yargı için "*mahkemelerin idarî kararları*", usul hukuku ilkeleri veya yargılamaya hâkim olan ilkeler yerine " *tarafların hâkim ile münasebeti*", yenilik doğuran (inşai) etki yerine "*kaziye-i muhkemenin üçüncü şahıslara nüfuzu*" ibarelerinin kullanıldığını görmek mümkündür⁵¹.

⁵⁰ Bkz, yukarıda IV. A.

⁵¹ Bkz, yukarıda IV. B, C, D.

Not defteri o dönemdeki öğrenci profiline örnek teşkil etmesi bakımından olumlu özellikleriyle dikkati çekmektedir. Özenle, mürekkekli kalemle tutulmuş ders notları açıklayıcı şemalar, derkenarlar, satır aralarına ilave edilmiş başlıklar hatta muhteviyatı özetleyen bir cetveli de ihtiva etmekte; neredeyse üzerinde birkaç gün çalışılarak “ders notu” başlığı altında yayımlanabilecek nitelikte bulunmaktadır⁵².

Bu defterde yazılanların Belgesay’ın aynı dönemde -1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden hemen önce ve sonra- yazdığı eserlerle karşılaştırılması da ilgi çekici tartışma noktaları ortaya çıkarmaktadır. O yıl Medenî Usul Hukuku dersini veren hoca veya hocaların, bu alanın en çetin konularından olan ikrar ve kesin hüküm bahislerindeki takrirleri, bu eserlerle karşılaştırılarak incelendiğinde, her iki konuda da bugün ilmî ve kazaî içtihatlarla hâkim olan görüşlerimizin bazılarını gözden geçirmemize vesile olabilecek ayrıntılar göze çarpmaktadır. Bu meyanda ikrar ile ilgili takrirlerde yer verilen ve eski hukukun (ikrar konusuna ayrı bir kitap ayıran Mecelle’nin) izlerini de taşıyan tartışma noktaları, ikrarın mahiyeti (hukuki muamele teşkil edip etmediği); tek taraflı mı yoksa iki taraflı bir muamele mi olduğu; açıklayıcı mı yoksa kurucu mu sayılması gerektiği; zımnen beyan edilmiş sayılıp sayılmayacağı; vekilin ve kanunî temsilcinin ikrarda bulunmasının hangi hallerde geçerli sayılacağı; ticarî davaların özellikleri de ayrıca gözetilmek üzere ikrarın bölünüp bölünemeyeceği; mahkeme dışı ikrarın sonuçları; ikrardan dönmenin hangi şartlara tabi olduğu hususları da dâhil olmak üzere birçok önemli meseleyi kapsamaktadır⁵³.

Keza kesin hüküm hakkındaki takrirlerde de kesin hükmün mahiyeti ve amacı; tarafların dava sebebinin ve talebin aynı olmasından maksadın ne olduğu; kişi hallerine ilişkin kararların kesin hüküm kuvveti gibi temel konular ele alınmıştır. Kesin hüküm hakkındaki derslerin, Belgesay’ın eserlerindeki kesin hüküm bahisleriyle karşılaştırıldığında, ihtiyatla hazırlandığı ve nispeten kısa tutulduğu görülmektedir. Derste anlatılanların müellifin kitaplarıyla mukayesesi bizi bugünkü kesin hüküm anlayışımıza uzak ama bu sebeple de müessesenin bütününe uzaktan bakmak fırsatını veren görüşlerle karşı karşıya bırakmaktadır.

Belgesay mesela bir kimsenin, haklı savunma sebepleri mevcut olmakla birlikte bunları ileri sürmemesinden ötürü mahkûm olması halinde, dava sonunda vermek mecburiyetinde kaldığı şeyin iadesi için, ilk davada ileri sürmediği savunma sebeplerine dayanarak ikinci bir dava açabileceği; “ancak mevzuunu teşkil eden husus hakkında muteber” olan kesin hükmün buna engel teşkil etmeyeceği görüşündedir. Yine ara kararlarının kesin hüküm teşkil edip etmeyeceği meselesini inceleyen müellif ara kararlarını “hadiseler (ön sorunlar) hakkında verilen kararlar”, “muvakkat kararlar (geçici hukuki koruma önlemleri)” ve “mahkemenin davayı

⁵² Bkz, yukarıda I ve II.

⁵³ Bkz, yukarıda IV. C.

tahkikine müteallik kararlar” şeklinde üç gruba ayırmakta, her üç tür ara kararını da kesin hüküm nokta-i nazarından incelemekte ve ilk gruba giren kararlar bakımından sadece görülmekte olan dava bakımından olmak üzere kesin hüküm ortaya çıkacağını yani mahkemenin verdiği ara kararından dönemeyeceğini ifade etmektedir. Bu görüşler, kesin hükmü çok genel bir ifadeyle düzenleyen zamanın Neuchâtel ve Türk medenî usul kanunları için kabil-i müdafaa olduğu gibi, bugün artık federal düzeyde birleştirilmiş olan ve kesin hükmü kanunî düzenleme konusu yapmayarak tamamen ilmi ve kazaî içtihatlarla bırakan bugünkü İsviçre medenî usul kanunu bakımından da savunulabilecek görüşlerdir⁵⁴.

Hukuk tarihimizde çok değil biraz geriye bakınca ister istemez şu düşünce akla geliyor: Keşke bugünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz hazırlanırken mesela ikrar ve kesin hüküm müesseseleri Belgesay’ın yaptığı gibi genel bir bakış açısıyla tartışılabilseydi. Öyle yapılıyorsa HUMK m. 236 hükmünden farklı içerikte olan HMK m. 188 hükmünün gerekçesinde HUMK m. 236 hükmünün HMK’ya nakledilirken içeriğinin hiç değişmediği şeklinde bir ifadeyle karşılaşmazdık⁵⁵. Kesin hüküm konusunda da ara kararlardan serbestçe dönülebileceği peşin kabulünden hiç değilse bazı ara kararları bakımından vazgeçebilir; bu tercihin gerektirdiği bir ilave değişiklik olarak da ara kararlarının davanın derdestliği sırasında -mesela yan denetim usulüyle denetlenmesine kapı açacak bir sonuca ulaşabilirdik. Tâ ki senelerce süren davalarda verilen kararların, usul ekonomisiyle bağdaşmayacak şekilde, kanun yolu aşamasında usulî sebeplerle kaldırılmasına ve bozulmasına daha az tesadüf edilsin.

Türk hukuk doktrini olarak son elli yıldır Medenî Hukuk ve Ticaret Hukuku alanında olduğu gibi Medenî Usul Hukuku alanında da Avrupa hukuk literatüründen yararlanılarak meydana getirilen eserlerle yol alıyor. Muktebes kanunları muktebes doktrine göre yorumlamak ve uygulamak artık Türk hukukunu yormuştur⁵⁶.

Bu yazıyı yine İstanbul Hukuk Fakültesi’nin Roma Hukuku hocalarından Schwarz’ın Türk Borçlar Kanunu için söylenmiş fakat iktibas edilmiş bütün temel kanunlarımız için geçerli sözleriyle tamamlamak isteriz:

*Türkiye, İsviçre kodifikasyonunu kabul etmiş olmakla beraber, bittabi İsviçre hukuk tarihini ve İsviçre tefekkür tarzını devralmış değildir. Türkiye kabul ettiği bu kanunu Türk ruhuna göre tatbik ve tefsir edecektir.*⁵⁷

⁵⁴ Bkz, Ali Cem Budak, *Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu* (13. Baskı, Adalet 2020) 409.

⁵⁵ Bkz, yukarıda dipnot 35 civarı.

⁵⁶ “Alman hukukuna ait teorik tartışmaların ve bu tartışmalar kapsamında ileri sürülen görüşlerin Türk hukukunun gündemi ve meseleleri bakımından da aynen geçerli ve aynı önemde konular olduğu peşin kabulüyle, bu tartışmaların Alman hukukuna mahsus olduğuna dahi değinilmeden, sanki evrensel hukuk meseleleri imiş gibi, çoğu zaman yazar isimleri ve ‘görüş özeti’ denebilecek açıklamalar arka arkaya sıralanmak suretiyle Türk hukuk literatürüne nakledilmesinin yararlı görülemeyeceği” yönündeki görüş ve “somutlaştırma yükü” kavramı etrafında ortaya çıkan kavram ve terim yaratma çabası ile “dava konusu” hakkında yapılan tartışmalar bağlamındaki örnekler için bkz, Budak ve Karaaslan (n 19) 180-182 (§ 10, kenar no 1d) ve 246-247 (§ 15, kenar no 24-26).

⁵⁷ Andreas B. Schwarz (çeviren: Bülel Davran), ‘Andreas von Tuhr ve Zamanın Medeni Hukuk İlimi’ (1939) 5 İÜHF 97.

İşte artık bize ait olan iktibas edilmiş kanunlarımızı Türk ruhuna göre uygulamanın, yorumlamanın ve zamana uygun değişiklerle geliştirmenin yolu o kanunları ilk ödünç aldığımız günde yazılanlardan başlayarak eski hukuk literatürümüzü okuyup hatırlamaktan başlamalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Ahmed Ziya, *Yeni ve Mufassal Usul-i Muhakeme-i Hukukîye Kanunu Şerhi* (3. Bası, Cihan Matbaası 1339 - 1341 (1925)).
- Alangoya Y, Yıldırım MK ve Deren Yıldırım N, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (7. Baskı, Beta 2009).
- Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm Fi Şerhi Mecellet 'il-Ahkâm Cilt 4* (Hukuk Matbaası 1330 (1914)).
- Ali Haydar, *Kitabü'l-mübâhisü'l-mühimmete fi't-tatbikati's-şer'iyeti ve l'hukukîyyeti* (Şirket-i Mürettebiyye Matbaası 1340 (1924)).
- Ansay SŞ, *Hukuk Yargılama Usulleri* (2. Bası, Milli Eğitim 1947).
- Ansay SŞ, *Hukuk Yargılama Usulleri* (7. Baskı, AÜHF 1960).
- Arıç Ş, *Ticaret Kanunu* (Pulhan 1946).
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2018).
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku* (Yetkin 2018).
- Belgesay MR, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 2* (İstanbul Üniversitesi Yayınları Hukuk Fakültesi: 97, Tan Basımevi 1939).
- Belgesay, MR, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Yeni Matbaa 1928).
- (Belgesay) MR, *Mufassal Amelî ve Nazarî Usul-i Muhakeme-i Hukukîyye* (Kader Matbaası 1338 (1922)).
- Berkin NM, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (Hamle 1969).
- Bilge N ve Önen E, *Medenî Yargılama Hukuku* (3. Baskı, Sevinç 1978).
- Budak AC ve Karaaslan V, *Medenî Usul Hukuku* (4. Bası, Adalet 2020).
- Budak AC, *Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu* (13. Baskı, Adalet 2020).
- Domanıç H, *Hukukta Kazıyyei Muhkeme ve Nisbi Kuvveti* (İÜHF 1964).
- Görgün Ş, Börü L, Toraman B ve Kodakoğlu M, *Medenî Usûl Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2019).
- Gözler K, 'Res Judicata'nın Türkçesi Üzerine', *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 56, Sayı 2, 2007, s.45-61.
- Gürdoğan B, *Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı* (Ayyıldız 1960).
- Kiraz TÖ, *Medenî Yargılama Hukukunda İkrar* (2. Bası, Bilge 2013).
- Kuru B ve Budak AC, *Tespit Davaları* (2. Bası, On İki Levha 2010).
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü C. 2* (6. Baskı, Demir 2001).
- Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku* (Legal 2016).
- Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı* (2. Baskı, Yetkin 2018).
- Kuru B, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı C. 1-2* (Yetkin 2020).
- Kuru B, *Nizasız Kaza* (AÜHF 1961).
- Mustafa Reşid, *Bkz. (Belgesay) MR*.
- Muşul T, *Medenî Usul Hukuku* (3. Baskı, Adalet 2012).
- Önen E, *İnşai Dava* (AÜHF 1981).
- Pekcanitez H, Özekes M, Akkan M ve Taş Korkmaz H (edr), *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. II* (15. Bası, On İki Levha 2017).
- Postacıoğlu İ ve Altay S, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri* (7. Bası, Vedat 2015).

- Schwarz AB, (çeviren: Bülend Davran), 'Andreas von Tuhr ve Zamanının Medeni Hukuk İlmî' (1939) 5 İÜHFİM 63-106.
- Tanrıver S, 'Türk Medenî Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu' (1993/2) TBBĐ 212-243.
- Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku Cilt I* (2. Bası, Yetkin 2018).
- Ulukapı Ö, *Medenî Usul Hukuku* (Mimoza 2014).
- Umar B, 'Muhtevası ve Hukukî Mahiyeti Bakımından İkrar Kavramı' (1964) 30(1-2) İÜHFİM 244-263.
- Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II* (7. Baskı, Filiz 2000).
- Yorgaki, *Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu Şerhi*, (Matbaa-i Hukukiyye 1329 (1923)).
- *Adli Kanunlar* (Adliye Vekâleti İhsaiyat ve Müdevvenat-ı Kanuniye Müdüriyeti Yayını, Vatan Matbaası 1340 (1924)).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 26.04.2020
Revizyon Talebi: 30.05.2020
Son Revizyon Tarihi: 12.06.2020
Kabul: 24.10.2020

Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği-Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukuki İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Dilek Dulay Yangın*

Öz

Çağımızın dördüncü sanayi devrimi de olarak adlandırılan ve ilk kez 2011 yılında Almanya Hannover Fuarı'nda kullanılan, geleneksel sanayiye bilgisayarlaşma yönünde teşvik etme ve ileri teknoloji ile donatma projesi olan Endüstri 4.0 işçi kontrolünden makine kontrolüne geçen sistemler ile üretimin sağlanmasını öngörmektedir Dördüncü sanayi devriminin bir unsuru olarak dijitalleşmenin beraberinde getirdiği önemli dönüşüm alanlarından biri "Gig- Ekonomi" (gig economy-collaborative economy-platform economy) adı verilen hizmeti sağlayan (sunan) ve kullanıcıları bir araya getiren platformlardır. Dijital ekonominin doğumuna kaynaklık ettiği iki çalışma şekli mevcut olup bunlardan birincisine "kitle çalışma" yahut "crowdworking"; diğerine ise "aplikasyonlar aracılığıyla talep üzerine yapılan çalışmalar"- "work on demand via apps" adı verilmektedir. Günümüzde "Amazon Mechanical Turk", "Clickworker", "Taskrabbit", "Uber", "Helpling" gibi platformlarda hizmet sunanların yahut iş görenlerin ve bu hizmetin sunulmasına olanak tanıyan platformun hukuki niteliklerinin tespiti iş hukukunun geleneksel kavramları çerçevesinde güçlükler arz etmektedir. İfa edilen edimin iş ilişkisinin süreklilik ve bağımlılık unsurlarının geleneksel tanımları ile bağdaşmaması bu tanımların yeniden gözden geçirilmesine yol açmakta ve işçi, işveren ve işyeri kavramlarının sınırlarını belirsizleştirerek yeni kavram arayışlarını da beraberinde getirmektedir.

Anahtar Kelimeler

Endüstri 4.0, Kitle çalışma, İşçi benzeri, Dijitalleşme, Dijital platformlar

Industry 4.0, Digitalization and Future of Labor Law-Evaluation in the Framework of Legal Relations Revealed by Digital Platforms

Abstract

Industry 4.0, also called the fourth industrial revolution of our era and used for the first time at the Hannover Fair in Germany in 2011, envisages the production of systems with the systems that have passed from worker control to machine control as a part of the fourth industrial revolution. One of the important transformation fields brought by digitalization is the platforms that provide (offer) service and bring together users called "Gig-Economy" (gig economy-collaborative economy-platform economy). Two ways of working that led to the birth of the digital economy are "crowdworking" through digital platforms and "work on demand via apps." Currently, determining the legal qualifications of those who provide services on platforms such as "Amazon Mechanical Turk," "Clickworker," "Taskrabbit," "Uber," and "Helpling" or those who work and the platform that allows these services to be offered presents difficulties within the framework of the traditional concepts of labor law. Failure to comply with the traditional definitions of the continuity and dependency elements of act performance leads to a revision of these definitions and then to a search for new concepts by obscuring the boundaries of the concepts of worker, employer, and workplace.

Keywords

Industry 4.0, Crowdworking, Employee-like, Digitalization, Digital platforms

* Sorumlu Yazar: Dilek Dulay Yangın (Dr. Öğr. Üyesi), Manisa Celal Bayar Üniversitesi, İİBF, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Manisa Türkiye. E-Posta: dilek.yangin@cbu.edu.tr ORCID:0000-0003-4702-5371

Atf: Dulay-Yangın D, "Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği-Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukuki İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi" (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1209. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.3.0003>



Extended Summary

Industry 4.0, also called the fourth industrial revolution of our era and used for the first time at the Hannover Fair in Germany in 2011, envisages the production of systems with the systems that have passed from worker control to machine control as a part of the fourth industrial revolution. This system, which brings advantages such as globalization and cost reduction for businesses, creates an excess workforce due to automation and unmanned production, as well as takes occupational health and safety measures and responsibilities in many areas such as responsibilities arising from work accidents, protection of data, determination of intellectual property rights capable of giving birth. In some European countries, especially in Germany (“Arbeiten 4.0”), reports were prepared on the effects of the fourth industrial revolution on the working life and protection of workers, and road maps were drawn for both unions and employers. As a result of the digitalization brought by the fourth industrial revolution, the flexibility associated with determining the employer to work with working hours is profitable for workers as well as provides any time accessibility, interference between private and business lives, isolation from workers’ community, and difficulties arising from the determination of working hours and rest. It is emphasized that it also brings with it many disadvantages in terms of securing its rights.

Another transformation that digitalization brings to platforms that provide (offer) services and bring users together is called “Gig- Economy” (gig economy-collaborative economy-platform economy). Today, determining legal qualifications of those who provide services on platforms such as “Amazon Mechanical Turk,” “Clickworker,” and “Taskrabit” or those who work and the platform that provides these services presents difficulties within the framework of the traditional concepts of labor law. In this system, which is also called “crowdworking,” the platform with the user (“crowdsourcer”); platform (employee) (crowdworker) provide the service, a triple structure is emerging in the form of offering the service with the user. Failure to comply with the traditional definitions of the continuity and dependency elements of act performance leads to a revision of these definitions and then to a search for new concepts by obscuring the boundaries of the concepts of workers, employers, and workplaces. We present to the community or customers (“crowdsourcers”), service providers or employees (“crowdworkers”) and digital platforms that mediate their confrontations.

Those who present the business to the community through the digital environment of the platform present only the task, and it does not matter who is doing it and where it is being done. In this system, the employees are almost invisible to the employers per the algorithm created by the platform. Unlike the social communication platforms or the digital market, this relationship is mediated by the platform; there is more

control than communication and information transfer. Users who present the user to the community through the platform reach the people who want to work directly through an algorithm on this platform. The micro tasks, which are atomized into small and simple parts such as tagging photos, completing questionnaires, and writing text on computers, are presented to the employees registered on the platforms; and the tasks performed by the employees are combined again. Performing work in this way provides benefits such as realizing large volumes of work in a short time for businesses and transferring the risk to those who see the work through the platform, as well as saving costs. For non-atomized tasks, another way is used, which is defined as the competitive platform work. An idea, concept, or design is presented on the platform; those who work on the platform act with the expectation of obtaining all the work and the fee. Few employees, the fastest or the most successful, are entitled to wages, while others are unable to earn wages, even if they have the ability to perform it. Digital platforms such as Uber, Amazon Mechanical Turk, and Upwork and the increase in the mass work done through these platforms results in atomization of the workforce and emergence of precarious work areas called “digital sweatshop.”

Although the employees are not dependent on a single employer and they can work on more than one digital platforms at the same time, this factor can make it difficult for an organization be organized. However, employees are able to remain organized, communicate with various websites or social media groups such as WhatsApp, Facebook, and join forces. Also, employees in the groups established on social media or websites share their experiences and coordinate well to keep themselves updated and prevent any deterioration of working conditions.

Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği- Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukuki İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Giriş

Sanayi Devrimi, 18. Yüzyılın ikinci ve 19. Yüzyılın ilk yarısında İngiltere’de buharlı makinelerin ve kömür kullanılarak demir cevherini eritme yönteminin bulunmasıyla sanayi alanında başlayarak Avrupa’ya yayılan, kırsal, tarımcı bir toplumdan ve küçük ölçekli üretim yöntemlerinden teknolojiye dayalı üretim ve sanayiye dayalı kentsel topluma geçiş ile bağlantılı hızlı toplumsal ekonomik değişiklikler olarak tanımlanmaktadır¹. Küçük çaplı el sanatlarına dayalı üretim şekline makinaya dayalı üretime geçildiği, kitle iletişim ve ulaşımın araçlarının gelişerek okuryazarlığın arttığı devrim sürecinde en önemli dalgayı birinci dönemin oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Tekstil sektöründe başlayan birinci sanayi devrimine ilerleyen yıllarda kimya sanayii de katılmış, daha sonra da petrole dayalı olarak motor sanayii devrim hareketinin tetikleyicisi olmuştur². Fabrika tipi üretimin ortaya çıktığı, evler yerine makinelerin bulunduğu fabrikaları esas alan üretim sistemi yalnızca ekonomik yapıda değil istihdamda da önemli sonuçlar doğurarak işçi sınıfının ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Çocukların dahi istihdam edildiği bu üretim biçiminde 20 saati geçen çalışmalar karşılığında düşük ücretler edinilmekte; işçilerin fiziksel yapılarına uygun olmayan işlerde hijyenik olmayan şartlarda çalıştırılması söz konusu olmakta idi³.

II. Sanayi Devrimi ise 1870 yılından sonra kimya alanındaki gelişmelere bağlı olarak içten patlamalı motorların bulunması ve sanayiye uygulanmasıyla başlayan, çelik, elektrik ve petrol sanayileri ile haberleşme, ulaştırma ve tıp alanında yaşanan köklü değişimlerin sonucudur. Birinci Devrimdeki basit makineler yerini daha karmaşık yapılara bırakmış; kimya ve teknoloji alanında gerçekleşen yenilikler üretim şekillerine de yansıtılmış; elektriğin makinelerde kullanılması ile seri üretime geçilmiştir. ABD’nin başını çektiği bu devrimde karşımıza çıkan en önemli durum adını Henry Ford’dan alan fordist üretime geçilmiş olmasıdır. Ford otomobil fabrikasında ilk seri üretim bandı ile kitleselel üretimin gerçekleştirilmiş olması fordist çalışma modelinin doğumuna zemin hazırlamıştır⁴.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında elektronik, bilgi ve iletişim teknolojilerinin gelişimi ile birlikte otomasyon sağlanmış; bilgisayar, mikroelektronik, fiber optik,

¹ Türkiye Bilimler Akademisi, Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü, 2020, <http://www.tubaterim.gov.tr/> Erişim:30.05.2020.

² Mesut Küçükkalay, “Endüstri Devrimi ve İktisadi Sonuçlarının Analizi”, (1997) 2 Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 61.

³ Adnan Mahiroğulları, “Endüstri Devrimi Sonrasında Emeğin İstismarını Belgeleyen İki Eser: Germinal ve Dokumacılar”, (2011) 32 Sosyoloji Konferansları 45 vd.

⁴ Fordist çalışma modelinin temel özellikleri üretimin standartlaştırılması, otomasyon yöntemiyle kitleselel üretim yapılması, refah devletinin düzenleyici ve kontrol edici rolü, üretimde merkezi örgütlenme, niteliksiz kalifiye düzeyi, düşük işçilerin büyük ölçekli işletmelerde yoğunlaşması olarak sıralanabilir. Fatma Kahraman (Yüksek Lisans Tezi) (2017) Çalışma İlişkileri Bakımından Dördüncü Sanayi Devrimi ve Sivas İlinde Farkındalık Üzerine Alan Araştırması Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 56-57.

lazer gibi teknolojilerin, telekomünikasyon, nükleer, biyotarımlar ve biyogenetik gibi bilimlerin gelişimi üretimin yönünü ve biçimini etkilemiştir. Anılan bu durumlar 1960 lardan itibaren bilgisayar devrimi olarak da nitelendirilen Üçüncü Sanayi Devriminin doğumuna zemin hazırlamıştır. Bundan sonraki süreçte girişimciler doğal kaynakların tükenebileceğini, pazarların geleneksel yöntemlerle daha fazla idare edilemeyecek sınıra ulaştığını fark etmeye başlamış ve bu bilinçle yeşil ekonomi, yenilenebilir enerjiler, elektrikli taşıtlar, internet kullanımı gibi daha efektif ve alanında verimliliğin yanı sıra; sürdürülebilir kaynakların üretilmesi ivme kazanmıştır⁵. Kar maksimizasyonunu hedefleyen ticaret ve sanayi bir sonraki aşamada, maliyetleri minimuma indirmeyi amaçlayarak binlerce işçi tarafından üretilen hammadde ve metanın daha az sayıda işçi ile bilgi ve iletişim teknolojilerinin başını çektiği yöntemlerle üretilmesini sağlamaya çalışmaktadır. Üçüncü Sanayi Devriminin etkisi altındaki dünyada tüketimin hızla artması, kaynakların hızla tükeniyor olması ve çevresel kaygıların artması ülkeleri sürdürülebilir, verimli ve etkin çalışma yöntemleri aramaya yöneltmektedir. Anılan tüm bu dinamikler siber fiziksel sistemler, internet kullanımı ve nesnelerin interneti (IoT – Internet of Things) kavramlarının sıklıkla kullanılmaya başlandığı Dördüncü Sanayi Devrimini başlatmıştır. Endüstri 4.0 kavramı ilk kez 2011 yılında Almanya’da Hannover fuarında kullanılmış olup Almanya’da sektörün önde gelen isimlerinden Bosch, Siemens ve BMW üretim akışlarında uyguladıkları değişiklikler ve stratejilerle Dördüncü Sanayi Devrimine öncülük etmektedir. Dördüncü sanayi devriminin katalizörü olarak sayılabilecek unsurların şu şekilde sıralanması mümkündür: Büyük Veri ve Analiz (Big Data), Akıllı Robotlar, Simülasyon, Nesnelerin İnterneti, Bulut Bilişim, Siber Güvenlik, 3D Yazıcılar, Akıllı Fabrikalar (Smart Factory), Siber Fiziksel Sistemler, Zenginleştirilmiş Gerçeklik, Dikey ve Yatay Sistem Entegrasyonu, Yapay Zeka, Dijital Platformlar, Dijital Ekonomi⁶.

I. Dördüncü Sanayi Devriminin Çalışma Hayatına Etkileri

Kendiliğinden yapılandırma, kendi kendini denetleme ve iyileştirme gibi otonom özelliklere sahip akıllı sistemlerle üretimin gerçekleştirdiği Endüstri 4.0, “Akıllı Fabrikalar” olarak adlandırılan insan emeğinin minimize edildiği işyerlerini ortaya çıkarmaktadır. Tüm nesnelerin internet aracılığıyla birbiri ile etkileşim içerisinde olduğu dijital iş ortamı ile hata payının düşürülmesi ve verimliliğin artırılması hedeflenmektedir⁷. İnternet vasıtası ile iletişimde bulunan nesnelere tarafından üretimin gerçekleştiği bu fabrikalar hiçbir insanın bulunmaması sebebiyle “Karanlık fabrikalar” (“Lights out manufacturing”)

⁵ ibid 57.

⁶ Klaus Schwab The Fourth Industrial Revolution (2016 World Economic Forum) 19 vd; Kahraman (n 5) 75-95; Kübra Doğan Yenisey “Endüstri 4.0, Üretimin Değişen Yapısı ve İş Hukuku” (2019) Toprak İşveren (120) 3 vd.

⁷ İbid 100; TOBB, “Akıllı Fabrikalar Geliyor” (2016) Ekonomik Forum Dergisi 259.

olarak da adlandırılmaktadır. Endüstri 4.0'ın akıllı fabrikaları iş ihtiyacını sensörlerle algılayan, uzaktaki diğer üretim araçları ile internet vasıtasıyla iletişim kurup, ihtiyaç duydukları üretim bilgisini bulut sistemler (Cloud) içerisindeki “Büyük Veri” den (Big Data) çeken akıllı makineler ve sistemleri içermektedir. Akıllı fabrikanın önde gelen örneklerinden birini Siemens'in Amberg'de yer alan üretim tesisi oluşturmaktadır ve fabrikadaki üretimin %75'i makineler tarafından sağlanmakta, insan emeği yalnızca sürecin başında hammaddenin üretim bandına yerleştirilmesinde rol oynamaktadır⁸. Akıllı fabrikaların diğer örneğini ise Japonya'da ki yangın söndürme fabrikası FANUC oluşturmaktadır. Robotların insan emeğine ihtiyaç duyulmaksızın diğer robotları dahi üretebildiği bu fabrikada yalnızca aydınlatma değil, iklimlendirme sisteminin dahi devre dışı bırakılması mümkün olup 7 gün 24 saat üretim yapılabilir⁹.

İnsan emeğinin yerini endüstriyel robotlar ve yapay zekanın aldığı Dördüncü Sanayi Devriminden mavi yakalılar ile birlikte beyaz yakalı çalışan grubunun da etkilenmesi beklenmekte olup, günümüzde varlığını sürdüren birçok meslek grubunun ortadan kalkması ve veri bilimcisi (“data scientist”), dijital platformlar üzerinden iş alanlar gibi yeni meslek gruplarının ortaya çıkması öngörülmektedir. Dünya genelinde endüstriyel robotların sayısının 2019 yılına kadar 2.6 milyona ulaşacağı öngörülmekte olup doktorluk, avukatlık, hakimlik gibi meslek grupları dahil bir çok sektörde insan emeğinin yerini robotların ve yapay zekanın alacağı ifade edilmektedir¹⁰. Yapay zeka ve öğrenen makinelerin ortaya çıkmasıyla birlikte ikame edilmesi düşünülmeyen işlerin dahi ortadan kalkması beklenmektedir¹¹. NAFTA bölgesi olarak adlandırılan ABD, Kanada ve Meksika'da endüstriyel robotların sayısı 2016 yılı itibarıyla toplamda %17 artış gösterirken, Pekin'in 2020 yılı itibarıyla 150 birimlik robot yoğunluğu hedefine ulaşmak için Çin'in her bölgesine 650.000'e ulaşan robot göndermesi hedeflenmektedir¹². Dördüncü sanayi devriminde robotların kendi ortamını algılayabilecekleri, uzaktan çalıştırılabileceği ve izlenebileceği bir ağ oluşturulmaktadır. Robotların bu şekilde çalışanlar ve işveren tarafından uzaktan

⁸ “Digital Factories: The End of Defects”, <https://www.siemens.com/innovation/en/home/pictures-of-the-future/industry-and-automation/digital-factories-defects-a-vanishing-species.html>. Erişim: 19.08.2019.

⁹ Sistemin ilk örneğini Çin'de kurulan cep telefon modülleri üreten bir fabrika oluşturmaktadır. Fabrikada kullanılan bir robot kolun 6-8 işçinin yapabileceği işi tek başına yaptığı ve sistem kurulmadan önce fabrikada çalışan işçi sayısının 650 olduğu ve sistemle birlikte bu sayının 60'a indiği fabrikanın genel müdürü tarafından açıklanmıştır. “Karanlık Fabrikalar ile İnsansız Üretim”, Türkiye'nin Endüstri 4.0 Platformu, <https://www.endustri40.com/karanlik-fabrikalar-ile-insansiz-uretim/> Erişim: 12.11.2019; “Factory Automation for Industry 4.0”, <https://www.fanuc.eu/es/en/who-we-are/news/en-news-factory-automation-for-industry-4>. Erişim: 19.11.2019; “Karanlık Fabrikalar ile Karanlık Üretim”, <https://otomasyonadair.com/2017/09/06/karanlik-fabrikalar-ile-karanlik-uretim/> Erişim: 12.11.2019.

¹⁰ International Federation of Robotics (IFR), “World Robotics Report 2016”. <https://ifr.org/ifr-press-releases/news/world-robotics-report-2016>, Erişim: 19.11.2019.

¹¹ Martin Heinrich “INDUSTRY 4.0 : How It Will Affect Employment And What Skills Will Be Required to Match The Requirements of The Market” (2018) Aarhus Business Academy.

¹² International Federation of Robotics (IFR), “World Robotics Report 2016”. <https://ifr.org/ifr-press-releases/news/world-robotics-report-2016>, Erişim: 19.11.2019.

evde, konserde yahut bir kafede dahi takibinin yapılabiliyor olması iş-yaşam dengesi konusunun önem kazanması sonucunu doğuracaktır¹³.

İnsan emeğinin minimize edilmesi işletmeler bakımından verimliliğin artması ve maliyetlerin düşmesi gibi olumlu sonuçları doğurmakla birlikte iş gücü fazlalığının ortaya çıkması sonucu işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerin gündeme gelmesi, dezavantajlı gruplar başta olmak üzere niteliksiz işçilerin iş bulma olanağının ortadan kalkması ve beyaz yakalı işçilerin de endüstriyel dönüşüme adaptasyon ve eğitim süreçleri gibi birçok sorunu doğurmaya elverişlidir. Örneğin Çin’de Foxconn firmasında 2016 yılında maliyetleri düşürmek ve verimliliği artırmak amacıyla robot kullanımına geçilmesine sonucunda 60 binden fazla çalışan işsiz kalmıştır. Gelecek 5-10 yıl içerisinde rutin ve vasıfsız işlerin yerini robotların alması sonucu işsizliğin önemli ölçüde artacağı öngörülmektedir¹⁴. 2030 yılına dek 375 milyona ulaşan sayıda işçinin teknolojik gelişmeler sebebiyle işini değiştirmek zorunda kalacağı ifade edilirken gelişmekte olan ülkelerde mevcut işlerin yaklaşık %66 sının işlevsiz hale geleceği ve ortadan kalkacağı öngörülmektedir¹⁵. Katja Grace’in Oxford Üniversitesi “Future of Humanity Institute” ekibi tarafından, 1634 akademisyen ve endüstri uzmanlarına, insanlar tarafından yapılan çeşitli işlerin makine ve robotlar tarafından ne zaman daha iyi yapılacağı konusunda sorular sorulmuş ve toplam 352 uzman ve araştırmacının tahminleri esas alınarak medyan tarihleri hesaplanmıştır. Buna göre 2024 yılına dek tercüme işi, 2027 yılına dek şöförlük, 2049 yılına dek yazarlık, 2053 yılına kadar ise cerrah olarak robotların insanlardan daha iyi performans gösterileceği sonucuna ulaşılmıştır¹⁶. Teknolojik gelişmeler sebebiyle ortaya çıkan işsizlik ve bu durumun yarattığı toplumsal huzursuzluğun, 1700’lü yıllarda ortaya çıkan ve makine yıkma girişimi olan ludizmin gelecekte robotlara karşı gerçekleşme ihtimalini beraberinde getireceği öngörülmektedir¹⁷.

¹³ Barış Öztuna Endüstri 4.0 (Dördüncü Sanayi Devrimi) ile Çalışma Yaşamının Geleceği (Gece Kitaplığı 2017) 53.

¹⁴ Türkiye’nin Küresel Rekabetçiliği İçin Bir Gereklik Olarak Sanayi 4.0 (2016) TÜSİAD <http://www.tusiad.org/indir/2016/sanayi-40.pdf> Erişim: 17.04.2020.

¹⁵ Yenisey (n 7) 4.

¹⁶ Öztuna (n 14) 93.

¹⁷ ibid 104.

Şekil 1: Dört İşlemde Endüstri 4.0¹⁸

Çalışmamızın konusunu oluşturan ve ileride ele alınacak olan Uber, Amazon Mechanical Turk, Upwork gibi dijital platformlar ve bunlar üzerinden yapılan çalışmaların artması ise iş gücünün atomize olması ve “*digital sweatshop*” yahut “*dijital kötü çalışma alanları*” adını verdiğimiz güvencesiz çalışma alanlarının ortaya çıkması ile sonuçlanmaktadır¹⁹. Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından hazırlanan raporlarda da 2017 yılı itibarıyla bir platform çalışanının sadece ödenen ücretler göz önünde tutulduğunda saatlik ortalama 4.43 USD kazandığını, ücret ödenen ve ödenmeyen saatler bütün olarak dikkate alındığında ise bu miktarın 3.31 USD’ye kadar düştüğünü belirtmektedir. Amazon Mechanical Turk Amerika’da saat ücretinin 7.25 USD olduğu, ücret ödenen ve ödenmeyen saatler bütün olarak göz önünde tutulduğunda Clickworker Almanya’da ise saat ücretinin 8.84 Euro olduğu belirtilmektedir. Düşük ücret ve sosyal sigorta güvencelerinin olmaması gibi sakıncaları olan bu sistemin, işsiz, engelli yahut kadınlara çalışma saatlerinin esnekliği sebebiyle avantajlar sağlaması, asıl iş yanında ek iş olarak da yürütülebilmesi şeklinde faydaları olduğu da söylenebilir²⁰. Bu tip çalışma yoluyla basit ve vasıfsız ev işleri ile kişisel nitelikteki hizmetler yanında programlama yahut tasarım gibi karmaşık işler de görülebilmektedir²¹

Endüstri 4.0’ın çalışma hayatı üzerindeki etkileri ve izlenmesi gereken politikalara ilişkin başta Almanya olmak üzere bir çok Avrupa ülkesinde çalışmalar yapılmış ve işçi, işveren, hükümet ve sendikalar için çözüm önerileri geliştirilmeye

¹⁸ Semih Şener and Birol Elevli “Endüstri 4.0’da Yeni İşkolları ve Yüksek Öğrenim” Mühendis Beyinler Dergisi (2) (1) 27.

¹⁹ Martin Risak “Fair Working Conditions for Platform Workers” Possible Regulatory Approaches at the EU Level (2017 Friedrich- Ebert- Stiftung) 5.

²⁰ “Digital Labour Platforms and Future of Work”, Towards Decent Work in the Online World” (2018) ILO Geneva, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_645337.pdf Erişim: 3.03.2020.

²¹ Eva Kocher and Isabell Hensell “Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit” (2016) NZA 984; Wolfgang Däubler and Thomas Klebe “Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?”, (2015) NZA 1033.

çalışılmıştır. Endüstri 4.0 kavramının doğumuna öncülük eden Almanya’da Federal Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde “*Arbeiten 4.0- Work 4.0*” başlığı altında yapılan bu çalışmalar 2015 ve 2017 yıllarında raporlar halinde yayınlanmıştır. 2015 yılında “*Grünbuch Arbeiten 4.0- Green Paper Work 4.0*”²², 2017 yılında ise “*Weissbuch Arbeiten 4.0- White Paper Work 4.0*”²³ adı altında yapılan çalışmalarda değinilen başlıklar şu şekilde özetlenebilir: Tipik iş ilişkilerinin dijitalleşme bağlamında dönüşümü ve buna bağlı olarak ortaya çıkan yeni istihdam modelleri, iş ve özel hayat arasındaki çizginin belirsizleşmesi sonucunda ortaya çıkan riskler, nitelsiz iş gücünün istihdam edilme olanağının ortadan kalkması, adem-i merkezileşme, işgücünün atomize olması, işçilerin örgütlenme imkanının güçleşmesi, veri güvenliğinin sağlanması, işletmelerin yapısal olarak geçirdiği değişim, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinde 4.0 , esnekliğin işçiler üzerinde yarattığı stres ve 4.0 a bağlı olarak ortaya çıkması muhtemel risklerin tespiti ve önlenmesi için geliştirilmesi gereken politikalar (“*Gemeinsame Deutsche Arbeitsschutzstrategie*”- “*Occupational Safety and Health 4.0 Strategy*”)şeklinde sıralanmaktadır²⁴. Anılan bu raporlar, Endüstri 4.0 kavramını yalnızca hukuki yönleri ile değil, eğitim düzeyi, demografik yapı, dezavantajlı gruplar, kadın ve göçmen işçiler gibi sosyal politikaya ilişkin yönleri ile de irdeleyerek işgücünün 4.0’a entegrasyonunun ne şekilde sağlanacağı konusunda çözüm önerileri getirmektedir. «*Uygun iş (Decent work)*» kavramının dijitalleşmeye bağlı olarak geçirdiği dönüşümüne vurgu yapılması raporların bir diğer dikkat çekici özelliğini oluşturmaktadır²⁵.

Dijitalleşmenin çalışma hayatı üzerindeki etkileri sendikalar düzeyinde de tartışılmış olup, 2015 yılında Avrupa İşçi Sendikaları Konfederasyonunun (ETUC) yapmış olduğu toplantı sonucunda “*Avrupa Komisyonu Dijital Gündemi: ETUC Ön Değerlendirmesi*” başlığı altında bazı tespitlerde bulunmuştur. Anılan bu raporda dijitalleşmenin sadece bir teknolojik dönüşüm olmadığı, istihdam modelleri üzerinde de doğrudan etki eden bir faktör olduğu vurgulanarak sendikaların toplu işten çıkarmalar, veri güvenliği, özel hayat ile çalışma hayatı arasındaki çizginin belirsizleşmesi, teknoloji vasıtasıyla yaratılan yeni denetim olanaklarının ortaya çıkardığı tehlikeler, sosyal diyalog ve işçilerin yönetime katılmasının temini gibi konularda çalışmalar yapması gerekliliği ifade edilmektedir. Dijital platformların yarattığı “*crowdworking*” ve olumsuz çalışma koşullarına vurgu yapılan raporda sendikaların web tabanlı platformlar kurma ve platform çalışanlarını kapsayacak biçimde Avrupa düzeyinde bir çerçeve sözleşme hazırlanmasına öncülük etmeleri gerekliliği ortaya koyulmaktadır. Konfederasyon, Endüstri 4.0 ve otomasyona

²² Green Paper Work 4.0 https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen-DinA4/gruenbuch-arbeiten-vier-null.pdf?__blob=publicationFile. Erişim: 19.11.2019.

²³ White Paper Work 4.0 https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a883-weissbuch.pdf?__blob=publicationFile. Erişim: 19.11.2019.

²⁴ ibid 135 vd.

²⁵ ibid 92.

geçişte, sendikalar ve işçi temsilcileri ile istişarede bulunulması, işçilerin yönetime katılmasının temin edilmesi, çalışma saatlerinin önceden saptanması yahut belirli bir saatten sonra veri akışının kesilmesi gibi yöntemlerle işçilerin özel hayatının ve dinlenme hakkının güvence altına alınması, işverenlerin ve hükümetlerin işçilerin becerilerinin ve dijital dönüşüme entegrasyonunun sağlanması için gerekli olanakları sağlaması gerekliliğini ifade etmektedir²⁶.

Hükümetler ve işçi kuruluşları nezdinde yayınlanan raporlardan, işçilerin entegrasyonun sağlanması, iş hayatı ve özel hayatın iç içe geçmesi ve iş-yaşam dengesinin bozulmasının doğuracağı psiko sosyal riskler ve işverenin gözetim borcu çerçevesinde alması gereken önlemler, iş gücünün atomizasyonu sonucu kolektif örgütlenme ve işyerinde sosyal diyalogun zayıflaması, veri güvenliğinin temini, dijital platformlar üzerinden yapılan çalışmaların yarattığı yeni güvencesiz çalışma modellerinin Endüstri 4.0 ve dijitalleşmenin çalışma hayatı üzerinde sorun yaratması muhtemel başlıkları altında sıralanması mümkündür. Anılan bu başlıklardan her biri ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturacak boyutta çok yönlü hukuki meseleler olup, biz bu çalışmamızda dijital platformlar ve bunların yarattığı yeni işgücü piyasasını irdeleyerek işçi kavramının geleceğine yönelik tespitlerde bulunmaya çalışacağız.

II. Konunun Dijital Platformlar Çerçevesinde Değerlendirilmesi

A. GIG Ekonomi yahut İşbirliği Ekonomisi ve Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Üçlü İlişki

Dijitalleşmenin sosyal ve ekonomik hayatı belirleyici bir aktör olarak karşımıza çıktığı dördüncü sanayi devriminin en önemli sonuçlarından biri, ekonomik faaliyetlerin de bilgi ve iletişim teknolojisi temelli yürütümü ve buna bağlı olarak iş gücünün dijital platformlar aracılığıyla arz edilmesidir. Avrupa Komisyonu tarafından 2016 yılında hazırlanan raporda dijital platformlar, özel kişiler tarafından sağlanan malların veya hizmetlerin geçici kullanımı için açık bir piyasa oluşturan, çevrimiçi platformlar tarafından faaliyetlerin kolaylaştırıldığı iş modelleri olarak tanımlanmakta olup; “işbirliği ekonomisi” (“*collaborative economy*”) “gig-ekonomi” (“*gig-economy*”) yahut “platform ekonomisi” (“*platform economy*”) olarak da adlandırılan bu sistemde üç aktörün rol oynadığı ifade edilmektedir²⁷:

²⁶ “The digital agenda of the European Commission: Preliminary ETUC assessment” Endorsed by the Executive Committee at its meeting on 17-18 June 2015 <https://www.etuc.org/sites/default/files/document/files/en-digital-agenda-of-the-ec-preliminary-etuc-assessment.pdf>. Erişim: 20.11.2019.

²⁷ “The Situation of Workers in the Collaborative Economy” European Parliament (October 2016) [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/587316/IPOL_IDA\(2016\)587316_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/587316/IPOL_IDA(2016)587316_EN.pdf) Erişim:10.10.2019 (European Parliament); Adrian Signes-Todoli “The End of Subordinate Worker ? The On-Demand Economy, the Gig Economy and the Need for Protection for Crowdworkers” (2017) 33 No.2 International Journal Of Comparative Labour Law and Industrial Relations 244.

- Zaman, beceri yahut kaynaklarını sunan hizmet sağlayıcıları yahut işgörenler (“*Professional services providers*”)
- Kullanıcılar yahut işi platform üzerinden topluluğa sunanlar
- Çevrimiçi bir dijital platform aracılığıyla kullanıcı ve işgörenleri bir araya getiren işbirliği platformları (“*collaborative platforms*”)

Amazon Mechanical Turk, TaskRabbit, Upwork, Uber gibi dijital platformların öncülük ettiği işbirliği ekonomisi yahut gig ekonomi, birçok sektörde pazar payını giderek artırmaktadır. 2017 yılı itibarıyla dünya genelinde yaklaşık 2.300 adet dijital platformun yer aldığı tespit edilmiş olup Dünya Bankası tarafından 2020 yılı itibarıyla platform çalışanlarının sayısının 112 milyonu aşacağı ifade edilmektedir. 2016 yılı itibarıyla ABD’de 8 milyon civarında platform çalışanının bulunduğu, Almanya’da ise bu sayının bir milyona eriştiği ortaya konulmuştur²⁸. ABD’de JP Morgan Chase Institute tarafından yapılan araştırmaya göre 2015 yılının sonu itibarıyla banka müşterilerinin %1 lik kısmının gelirlerini düzenli ücret yerine gig ekonomi sisteminden elde ettikleri gelirden sağladıkları ortaya konulmuştur²⁹.

Dördüncü Sanayi Devriminin çalışma hayatına etkilerine ilişkin olarak Almanya tarafından hazırlanan “*White Paper Work 4.0*” da dijital ortamda ortaya çıkan yeni çalışma ilişkileri üst başlık olarak platform kavramı ile karşılanmakta olup bahsi geçen dijital platformlar dört kategoride toplanmaktadır. Facebook, Youtube yahut Twitter gibi platformlar sosyal iletişim platformu; eBay MyHammer gibi platformlar dijital pazar; Uber, Airbnb, Helpling aracı platform; UpWork, Amazon Mechanical Turk ise crowdworking olarak nitelendirilmektedir³⁰.

Dijital ekonominin doğumuna kaynaklık ettiği iki çalışma şekli mevcut olup bunlardan birincisine “*kitle çalışması*”- “*crowdworking*”; diğetine ise “*aplikasyonlar aracılığıyla talep üzerine yapılan çalışmalar*”- “*work on demand via apps*” adı verilmektedir³¹. Kitle çalışmasında Amazon Mechanical Turk, UpWork çevrimiçi platformlar aracılığıyla belirsiz sayıda kişiler ya da organizasyonlarla iletişime geçerek bir dizi görevin tamamlanması söz konusu iken; aplikasyonlar aracılığıyla yapılan çalışmalarda temizlik, ulaşım, büro yönetimi gibi geleneksel hizmetlerin, Uber, Lyft, Sidecar, Handy gibi standart ve işin yürütümü konusunda denetim yetkisine sahip olan aplikasyonlar vasıtası ile gördürülmesi söz konusu olmaktadır. İş ilişkilerini karakterize eden denetleme, emir ve talimatlar verme yetkisi bu platformlarda yerini kullanıcıların görüş ve değerlendirmelerine bırakmakta, diğer

²⁸ Thomas Klebe and Manfred Weiss “Workers’ Participation 4.0 - Digital and Global” (2019) 40 COMP LAB L & POL’Y J 267.

²⁹ Öztuna (n 14) 93.

³⁰ White Paper Work 4.0 (n 23) 55.

³¹ Valerio De Stefano “The rise of the “just-in-time workforce” : on-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”” (2016 Geneva: ILO Conditions of work and employment series No. 71) 1 vd.

bir deyimle işin yürütümü ve performans üzerindeki değerlendirmede “*dijital itibar*” mekanizması önemli bir işlev görmektedir³².

“*Crowdworking*” olarak adlandırılan kitle çalışmalarında, kullanıcılar, işi platform üzerinden topluluğa sunanlar yahut müşteriler (“*crowdsourcer*”), hizmeti sunan yahut iş görenler (“*crowdworker*”) ve bunların karşı karşıya gelmesine aracılık eden dijital platformlar olarak üçlü bir yapı karşımıza çıkmaktadır³³. Platform üzerinden işi topluluğa sunanlar dijital ortamda yalnızca verileri sunarlar ve işin kim tarafından, nerede, nasıl yerine getirildiğinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. İş görenler bu sistem içerisinde platformun oluşturduğu algorithmada işverenler tarafından adeta görünmez durumdadırlar³⁴.

Sosyal iletişim platformları yahut dijital pazardan farklı olarak bu ilişkide platformun ilişkiye müdahalesi ile hizmet edimine aracılık edilmekte; iletişim ve bilgi aktarımından daha ileri düzeyde kontrol söz konusu olmaktadır³⁵. Kullanıcı yahut işi platform üzerinden topluluğa sunanlar bu platform vasıtasıyla bir algoritma sayesinde doğrudan iş görmek isteyen kişilere ulaşmaktadır³⁶. Fotoğrafların etiketlenmesi, anketlerin tamamlanması, bir metnin bilgisayarda yazılması gibi küçük ve basit parçalara ayrılarak atomize edilen mikro görevler platformlarda kayıtlı olan işgörelere sunulmakta, işgörelere tarafından yerine getirilen işler ise tekrar birleştirilmektedir. İşin bu şekilde gördürülmesi işletmeler bakımından büyük hacimde işlerin kısa sürede gördürülmesi ve rizikonun platform aracılığıyla işi görelere aktarılması, maliyet tasarrufu gibi yararlar sağlamaktadır³⁷. Atomize edilemeyen işler için ise rekabete dayalı kitle çalışma olarak da nitelendirilen bir çalışma biçimi söz konusu olup bir fikir, kavram yahut tasarım platformda sunulmakta, platform üzerinde iş görenler tüm işi ve ücreti elde etme beklentisi ile hareket etmektedir. En hızlı yahut en başarılı olan az sayıda işgören ücrete hak kazanırken, diğerleri edimin tamamını yerine getirmelerine rağmen ücret elde edememektedir³⁸.

Dijital platformların kullanım koşullarını kabul ederek sisteme dahil olan iş görenler işi kabul etmeme imkanına sahip olmakla birlikte, görülen işlerin puanlandırılması ve bu puanlama neticesinde potansiyel iş olanakları ile elde edilen gelirin artışı bir baskı unsuru oluşturmaktadır. Platformların birçoğunda kullanıcılara tamamlanmış olan işi

³² Jeremias Prassl and Martin Risak “Uber, Taskrabbit, & Co: Platforms As Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork” (2016) Vol 37 Comp. Labor Law & Policy Journal 626.

³³ Kilian Wolfgang and Benno Heussen Computerrechts Handbuch: Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis (34.Auflage 2018) Rn.25; İrem Yayvak Namlı “Dijital Çağda Yeni Bir Çalışma İlişkisi Modeli: Crowdworking” (2019) Sicil İş Hukuku Dergisi (42) 129 vd.

³⁴ Däubler and Klebe (n 21) 1033.

³⁵ White Paper Work 4.0 (n 23) 55-56.

³⁶ Kocher and Hensel (n 21) 985; Däubler and Klebe (n 21) 1033.

³⁷ Katharina Uffmann Möglichkeiten und Grenzen erfolgsabhängiger Vergütung. In Richard Giesen and Abbo Junker and Volker Rieble (eds) *Industrie 4.0 als Herausforderung des Arbeitsrechts* (Zaar Verlag München 2015) 38.

³⁸ Konstantina Bourazeri “Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft am Beispiel soloselbstständiger Crowdworker” (2019) NZA 743.

sebepler göstermeksizin ve ödeme yapmaksızın reddetme imkanı tanınmaktadır. Teklifte bulunanlar ve işgörenleri (“*Turkers*”) bir araya getirerek mikro parçalara ayrılmış işlerin (“*human intelligence tasks*”) gördürülmesine imkan sağlayan Amazon Mechanical Turk kullanım koşullarında sorumsuzluk kaydına yer vermekte, teklifte bulunanın ödeme gücünü yahut sunulan hizmetin kalitesini taahhüt etmemektedir. Teklifte bulunanın ödeme yapmaksızın sunulan hizmeti reddetme hakkı, hizmetin teminine yönelik anlaşmanın yalnızca platform aracılığıyla yapılması, fikri mülkiyet hakkı dahil üstlenilen hizmete ilişkin her türlü hakkın ödeme yapıp yapılmadığı dikkate alınmaksızın teklifte bulunana ait olması platform diğer dikkat çekici koşulları arasında yer almaktadır. Teklifte bulunanlarca tamamlanmış kabul edilen işlerin payının değerlendirmede önemli bir kriter olduğu bu platform, yaptığı denetim sonucunda işin belirlenen zamanda yapılmadığı, tekliflerin sürekli reddedildiği yahut yapılan işin sık sık düzeltilmeye ihtiyacı olduğunu tespit ederse iş görenin puanını düşürebilir yahut platformdan tamamen çıkartabilir. Teklifte bulunanların sunulan edimi sebep göstermeksizin red etme hakları var olup, sürekli olarak sunulan işi reddetmeye herhangi bir yaptırım uygulanmamaktadır. Edimi reddeden teklifte bulunan ücret ödemek zorunda olmadığı gibi, esaslı bir red gerekçesi sunması da kendisinden beklenmemektedir. İşgörenin ise reddedilen işten tamamlanmasına rağmen ücret alamaması ve ileride daha iyi ücret elde edebileceği potansiyel işlere erişmesinin engellenmesi şeklinde rizikoyu üstlenmesi durumu ortaya çıkmaktadır³⁹.

Amazon Mechanical Turk’e kıyasla daha geniş bir kullanım alanına sahip olan ve bilgisayar programlama, asistanlık, sekreterlik, web tasarımı, programlama gibi hizmetlerin sunulduğu UpWork, ücret konusunda teklifte bulunma ve pazarlık etme, işin görüldüğü sürenin teknik yollarla takip edilmesi, çevrim dışı olunan saatlerin tespiti ve daha da ileri gidilerek verimliliğin teknik yazılımlarla tespit edilmesi imkanını sağlamaktadır. Beceri ve geçmişte görülen işleri göz önünde tutarak sınıflandırma yapan platform, şirketlere işçi temin eden profesyonel bir istihdam bürosu şeklinde hareket etmektedir ve Amazon Mechanical Turk’den farklı olarak eksik ödeme yapılması durumunda bu ödemeyi telafi etmeyi taahhüt etmektedir. İşin mikro parçalara ayrılarak dijital platformlar aracılığıyla geniş bir kitleye teklifte bulunarak gördürülmesi şeklinde işleyen bu model InnoCentive, Taskrabbıt, Topcoder gibi çeşitli uygulamalarla karşımıza çıkmakta olup “*cognitive piecework*” olarak nitelendirilmektedir⁴⁰.

Ulaşım, ev hizmetleri, hayvan bakımı, gıda dağıtımı, bahçe işleri, bebek bakımı gibi hizmetlerin, asgari kalite standartları ile işgücünün seçimi ve organizasyonu konusunda yetkili olan dijital platformlar aracılığıyla yürütüldüğü çalışma şekilleri uygulamalar aracılığıyla talep üzerine yapılan çalışmalar- “*work on demand via*

³⁹ Kocher and Hensell (n 21) 986; Alek Felstiner “Working the Crowd: Employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry” (2011) V.32:1 Berkeley Journal Of Employment&Labor Law 148.

⁴⁰ Felstiner (n 39) 147; Prassl and Risak (n 32) 6.

apps” olarak nitelendirilmektedir⁴¹. Taşımacılık alanında faaliyet gösteren “Uber” uygulamasında kullanıcılar aplikasyon vasıtasıyla belirli bir istikamette seyahat etmek için talepte bulunurlar, bu talep sürücülerden biri tarafından kabul edilir ve ulaşım hizmeti sağlanır. Ücret aplikasyon tarafından kullanıcıdan tahsil edilir; önceden belirlenmiş olan komisyon kesintisi yapıldıktan sonra sürücünün hesabına aktarılır. “Crowdworking” çalışma modeline benzer bir biçimde “*dijital itibar*” mekanizması bu çalışma biçiminde de önemli bir işlev görmekte olup, kullanıcılar ve sürücüler birbirini uygulama üzerinden puanlamakta ve puanlamaya ilişkin sonuçlar bir sonraki seyahat organizasyonunda kullanılmak üzere sürücüler ve kullanıcılarla anonim olarak paylaşılmaktadır. 2015 yılında sözleşme koşullarında yapılan önemli değişikliklerden biri de sürücüler için getirilen asgari puantaj (“*minimum averagerating*”) olup anılan bu durum taraflar arası pazarlık gücünde eşitsizlik doğurmaktadır. Sürücüler her ne kadar kullanıcılardan gelen çağrılarını kabul edip etmemekte serbest olsa da çağrı reddi sürücünün puanında düşüşe sebep olmakta ve bu durum sistem dışında kalmaya uzanan sonuçlar yaratmaktadır. Sürücülerin gelen çağrılarının en az %80’lik kısmını kabul etmeleri tavsiye edilmektedir. “*Helpling*” uygulaması da benzer bir biçimde temizlik işlerinin yürütülmesine aracılık etmekte olup bu hizmetten yararlanmak isteyen kullanıcılar posta kodunu ve hizmetin görüleceği zamanı sisteme girerek uygun sağlayıcılara ulaşmakta ve talepte bulunmaktadır. Ücret platform tarafından tahsil edilmekte, aracılık için yapılan kesintiden sonra kalan miktar sağlayıcıya ödenmekte ve sonraki kullanıcılara referans olması amacıyla sağlayıcılara ilişkin yapılan derecelendirmeler sistem üzerinde paylaşılmaktadır⁴².

B. Platform Çalışanların Hukuki Statüsüne İlişkin Değerlendirmeler-İşçi ile Bağımsız Çalışan Dışında Yeni Kavram Arayışları

Dijital ekonominin sektör bazında giderek yaygınlaşması yeni iş olanakları yaratmakta, zaman ve mekan kavramlarının klasik anlamını yitirmesine yol açarak esnekliği en üst düzeye çıkarmaktadır. İşbirliği ekonomisi yahut gig ekonomi olarak adlandırılan sistem serbest çalışan ile bağımlı çalışan arasındaki çizgiyi bulanıklaştırdığından hukuki vasıflandırmayı güçleştirmektedir. Bu durum işyeri kavramının geleneksel anlamı yitirerek yerini “*siber gerçeklik işyeri(cyberspace workplace)*” yahut “*sanal işyeri (virtual workplace)*” adını verdiğimiz dijital yahut sanal platformlara bırakması sonucunu doğurduğu gibi işçi ve işveren tanımlarında da yeniden gözden geçirmeyi zorunlu kılmaktadır⁴³.

⁴¹ De Stefano (n 31) 1 vd.

⁴² Prassl and Risak (n 32) 6 vd.

⁴³ A. Miriam Cherry and R. Poster Winifred “Crowdwork, Corporate Social Responsibility, and Fair Labor Practices” (2016) Chapter 14 Research Handbook on Digital Transformations Saint Louis U. Legal Studies Research Paper No.2016-8 5; Felstiner (n 39)169.

Dijital platformlar kendilerini işgücü piyasasında işlem kolaylığı sağlayan ve işlem ücretlerini düşüren bir hizmet aracı olarak gördüğünden işgörenler de bağımsız çalıştıkları, sosyal koruma ve sigorta bakımından sorumluluğun kendilerine ait olduğu düşünmektedir. Benzer bir biçimde platform üzerinden kitleye teklifte bulunanlar da kendilerini bir işveren olarak değil, yenilikçi teknolojinin kullanıcısı olarak kabul etmektedir⁴⁴. Bununla birlikte platform aracılığı ile çalışmada tek tip uygulama söz konusu olmayıp her bir dijital platform farklı kullanım koşulları getirdiğinden hukuki vasıflandırma yapılırken her somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirmek uygun bir yaklaşım olacaktır.

Yeni üretim ve iş organizasyonu teknikleri atipik iş ilişkilerinin ortaya çıkmasına ve bağımlılık ilişkisinin zayıflamasına neden olmakla birlikte iş sözleşmesini konusu iş görme olan diğer sözleşmelerden ayıran karakteristik unsur olması özelliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bağımsız çalışan ile işçi arasındaki ayrımın saptanmasında bağlama noktası oluşturan hukuki ve kişisel bağımlılık unsuru işverenin yönetim, denetim ve gözetiminde iş görmeyi ifade etmekle birlikte sınırları işveren tarafından çizilen ve organize edilen bir işi yaparak onun organizasyonu içerisinde iş görmek bağımlı çalışmanın kabulü için yeterli görülmektedir⁴⁵. Dijital platform ile işgören arasındaki hukuki ilişkinin iş ilişkisi olarak nitelendirilebilmesi de sağlayıcının yahut işgörenin platformun emir ve talimatları doğrultusunda iş görme borcunu yerine getirmesine ve platformun iş organizasyonun bir parçası olarak kabul edilmesini sağlayacak düzeyde denetleme olgusunun var olmasına bağlıdır. Fotoğrafların etiketlenmesi, anketlerin tamamlanması, bir sitenin yahut metnin uygunluğunun kontrol edilmesi gibi mikro parçalara ayrılarak atomize edilmiş olan işler çevrimiçi platformlar vasıtasıyla belirsiz sayıda kişi yahut kitleye teklif edilerek gördürülmektedir. İş kabul edip etmeme konusunda serbestiye sahip olan işgören ile kullanıcı arasında sürekli bir hukuki ilişki kurulmadığı gibi, iş ilişkisini ortaya çıkaracak biçimde hukuki ve kişisel bağımlılık vücut bulmamakta; iş gören yahut hizmet sağlayıcısı kullanıcının iş organizasyona dahil olmamaktadır. Evvelce de açıklandığı üzere her bir platformun kullanım koşulları farklıdır ve işgörenin sisteme dahil olarak aplikasyondan faydalanması bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Platform ile işgören arasında sürekli bir ilişkinin kurulduğu, işin görüldüğü sürenin teknik yollarla takip edildiği, verimlilik ve performansın ölçüldüğü, platform yahut işverenin ekran görüntüsü alma yahut geri bildirimler yoluyla işin yürütümüne ilişkin tespitlerde bulunduğu⁴⁶, platformun profesyonel bir dijital istihdam bürosu şeklinde hareket ettiği durumlarda taraflar arasındaki hukuki ilişkinin iş ilişkisi olarak nitelendirilebilmesi olanaklı iken; hangi işin ne zaman görüleceği ve hatta

⁴⁴ Kocher and Hensel (n 21) 985.

⁴⁵ Sarper Süzek, İş Hukuku (18th edition, Beta 2019) 234 vd; Nuri Çelik, Nürşen Caniklioğlu and Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri (32st edition, Beta 2019) 172 vd.

⁴⁶ Sağlayıcının platform üzerinde daha önce platform için yaptığı işlerin bir sıralaması bulunur ve bu veriler daha iyi ücret ödenen işleri almasına olanak sağlar. Thomas Klebe, "Arbeitsrecht 4.0: Faire Bedingungen für Plattformarbeit" (2017) Friedrich Ebert Stiftung: Wirtschafts- und Sozialpolitik 2.

işin görülüp görülmeyeceği konusunda serbestinin bulunduğu ve taraflar arasındaki ilişkinin geçici bir nitelik taşıdığı hallerde iş ilişkisinden söz edilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

İşçi sıfatına sahip olmayan ve fakat ekonomik olarak bağımlı olan bu kesimin bağımsız çalışan olarak nitelendirilmesi ise işgücü piyasasında, iş hukukunun sağladığı güvencelerden yoksun, adeta birer dijital köleye dönüştürülmüş çalışan grubunun ortaya çıkmasına zemin hazırlayacaktır. İşverenin emir ve talimatları ile onun denetim ve gözetimi altında sürekli bir biçimde iş görme esasına dayanan iş ilişkisinin geleneksel tanımları ile bağdaşmayan bu hukuki ilişkiler serbest çalışan ile bağımlı çalışan arasındaki çizgiyi bulanıklaştırmaktadır. Fordist çalışma düzenine göre biçimlendirilmiş iş hukuku kuralları, bu ilişkilerin hukuki vasıflandırmasını güçleştirmekte ve bu durum yeni kavram arayışlarını da beraberinde getirmektedir. Alman doktrininde *Däubler/Klebe* tarafından da belirtildiği üzere “*crowdworking*” gibi yeni iş modellerinin dayandığı istihdam biçimleri gelecekte “*bağımsız çalışan*” ile “*işveren*” kavramlarını ön plana çıkaracak olup, iş ilişkisinin sorgulanan ve adeta geçmişe ilişkin bir kavram olarak ele alınması sonucunu doğuracaktır⁴⁷.

Avrupa Komisyonun 21. yüzyılın gereklerinin karşılanması amacıyla iş hukukunun modernleşmesi başlığı altında Kasım 2006 tarihinde yayınladığı raporda (“*Green Paper*”), bağımlı ve bağımsız çalışan arasında kalan ve fakat ekonomik olarak bağımlı olan çalışan kesiminden bahsedilerek gri alanda bulunan bu kesimin korunmaya muhtaç olduğu ve güvence sağlanması amacıyla üye ülkeler nezdinde çeşitli yasal girişimlerde bulunulduğu ifade edilmektedir⁴⁸. Alman hukukunda “*işçi benzeri (arbeitnehmerähnliche personen)*”, İspanyol hukukunda “*ekonomik olarak bağımlı bağımsız çalışan (economically dependent self-employed workers)*”, İtalyan hukukunda yarı-bağımlı çalışan (“*quasi-subordinate worker*”) gri alanda bulunan çalışan kesimine örnek olarak gösterilebilir⁴⁹.

⁴⁷ Däubler and Klebe (n 21) 1031-1032.

⁴⁸ Green Paper (2006) “Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century” European Commission 8 https://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/answers/documents/4_93_en.pdf Erişim:16.04.2020.

⁴⁹ İtalya’da ekonomik bağımlılığının pozitif bir zemine kavuşması 2012 yılında kabul edilen “*Fornero Yasası*” ile gerçekleşmiş ve sadece ekonomik bağımlılık esasına dayanan “*yarı bağımlı çalışan*” kavramı getirilmiştir. Buna göre bir kimsenin yarı bağımlı çalışan olarak kabul edilebilmesi için gösterilen özel sözleşme formatı ile çalışması ve belirtilen üç şarttan en az ikisini sağlamış olması gerekmektedir: (1) En az 8 aylık sözleşme süresi öngörülmüş olmalıdır. (2) Profesyonel olarak kazancının %75’i işveren ya da müşterilerden sağlanmalıdır (3) İşyerinde sabit bir pozisyonda çalışmalıdır. Bu düzenleme ile birlikte ekonomik olarak bağımlı çalışanlar haksız fеше karşı korunma, asgari ücret ve iş yargılamasına tabi olma gibi güvencelerden faydalanacaktır. 2003 yılında yapılan değişiklikte birlikte yarı bağımlı çalışanlar proje çalışanları (“*project workers*”) olarak nitelendirilmiş ve müşterilerden emir ve talimatlar alabileceği göz önünde tutularak bağımsız çalışanlara kıyasla daha bağımlı olduğu ileri sürülmüştür. Proje çalışanlarının 2007 yılından itibaren yasanın belirlenen periyotlar çerçevesinde hastalık iznine sahip olacağı; hastalık, kaza, gebelik gibi durumlarda da işçilerle eşit sosyal güvencelerinin bulunduğu hükme bağlanmıştır. İspanya’da 2007 yılında yapılan yasal değişiklikte işçi ve bağımsız çalışan arasındaki gri alanı ifade etmek üzere “*ekonomik olarak bağımlı bağımsız çalışan (economically dependent self-employed workers)*” kavramı geliştirilmiştir. Mesleki yahut ekonomik bir faaliyeti müşteri olarak nitelendirilen kişi ya da kuruluş için yerine getirme ve gelirin en az %75 ini bu faaliyet neticesinde elde etme bu çalışma şeklini ana unsurlarını oluşturmaktadır Bu çalışan kesimi yıllık 18 gün işe ara verme hakkına sahiptir. Carmen Agut Garcia and Cayetano Núñez González “The Regulation of Economically Dependent Self-employed Work in Spain: A Critical Analysis and a Comparison with Italy” (2012) E-Journal of International and Comparative Labour Studies ADAPT 118 vd.

ILO 2017 yılında yayınladığı bir raporda “*bağımlı serbest çalışan (dependent self employment)*” kavramını kullanmış ve birden fazla müşterinin olması, işçi işe alma yetkisinin olması ve işin yürütümü ile ilgili kararlar alma yetkisi ölçütlerinden biri yahut birkaçını karşılamayan kişileri tanımlamak için kullanmıştır⁵⁰. Raporda ayrıca platform ekonomisinin bu nitelendirme sürecini hızlandığı ve esasen işçi olarak nitelendirilebilecek kişilerin bağımsız çalışan olarak değerlendirildiğini ortaya koymuştur⁵¹.

Alman hukukunda işçi ile bağımsız çalışan arasında üçüncü bir kesimi oluşturan ve işverene ekonomik olarak bağımlı olan işçi benzeri olarak nitelendirilen çalışanlar, 1974 tarihli Toplu İş Sözleşmelerine İlişkin Yasa’da (§12a TVG) tanımlanmıştır. Buna göre işçi benzeri ekonomik olarak bağımlı olan, sosyal olarak korunma ihtiyacı içerisinde bulunan ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerini herhangi bir işçi çalıştırmaksızın tek başına yerine getiren kimsedir. Ayrıca anılan hükme göre, çalışmanın ağırlıklı olarak bir iş sahibi ile olduğu, çalışanın toplam kazancının büyük bir kısmının bir iş sahibinden elde ettiği gelirden oluştuğu hallerde ekonomik bağımlılık karine olarak kabul edilecektir⁵². Alman doktrininde, kitle çalışmalarında iş görenlerin birden fazla platformdan gelir elde etmeleri durumunda ekonomik bağımlılığın gelirin yarısından fazlasını elde ettiği platform ile kurulacağı ifade edilmektedir⁵³.

İş ilişkisi ve dolayısıyla kişisel bağımlılığının ortaya çıkıp çıkmadığı noktasında ise dijital platformlar ile işgörenler arasındaki denetleme, emir ve talimatlar verme olgusunun varlığına odaklanılmakta ve platformların işgörenin performansını ve kimliğini denetlemek ve diğer sağlayıcılarla kıyaslamak üzere teknik mekanizmaları kullandığına dikkat çekilmektedir. İşin görülmesinden sonra işin yürütümü ve performans üzerindeki değerlendirmelerin ise iş ilişkisinin ortaya çıkmasına sebep olacak düzeyde bir yaptırım yetkisini içermediği ve kişisel bağımlılığı ortaya çıkarmayacağı ileri sürülmektedir⁵⁴. Doktrinde *Waas* kitle çalışmasının süreklilik unsurundan yoksun olduğuna dikkat çekmiş ve işin mikro parçalara ayrılıp bölümlenmesinin birkaç saat ve hatta birkaç dakika içerisinde görülmesine sebep olduğunu, bu durumun ise iş organizasyonuna dahil olacak düzeyde bağımlılığı ortaya çıkarmadığını ifade etmiştir⁵⁵. Özellikle rekabete dayalı olan kitle çalışmasında işi

⁵⁰ Colin Williams and Frédéric Lapeyre Dependent self-employment: Trends, challenges and policy responses in the EU (ILO 2017) 15-16.

⁵¹ ibid 5, 7.

⁵² Bernd Waas “The Legal Definition of Employment Relationship” (2010) V.1, N.1 European Labour Law Journal 54.

⁵³ Bernd Waas in Crowdwork — A comparative law perspective (Bund-Verlag Frankfurt am Main Germany 2017) 162; Däubler and Klebe (n 21) 1036.

⁵⁴ Ulrich Preis Erfürter Kommentar zum Arbeitsrecht (19. Auflage 2019) BGB § 611a Rn. 59; Hans Joachim “Arbeitsrecht 4.0 – Eine kurze Bestandsaufnahme aus aktuellem Anlass” (2016) öAT 226; Nitekim doktrinde *Schubert* platform çalışmasında bir iş sözleşmesi imzalanmadığını, bazı durumlarda eser sözleşmesinin ortaya çıkabileceğini ifade etmektedir. Claudia Schubert “Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft – Rückzug des Arbeitsrechts” (2018) RdA 204.

⁵⁵ Waas (n 52) 162-163.

görenlerden yalnızca birinin ücret alıp, diğerlerinin ücret alamama ihtimali yahut işin kabul edilmesi veya reddedilmesi bakımından çalışanın kendi iradesi ile karar alması bağımsız çalışmanın unsurlarını akla getirmektedir. Bununla birlikte doktrinde bağımsız çalışan olarak kabul edilse dahi işverenin geçerli bir gerekçe ileri sürmeden edimi kabulden kaçınması ve ücret ödemeyi reddetmesine yönelik sözleşme kayıtlarının genel işlem koşulu addedilerek içerik denetimine tabi tutulabileceği ve fikri haklara ilişkin bazı hükümlerin de uygulanması yoluyla bu kesimin belirli ölçüde korunabileceği ileri sürülmektedir⁵⁶.

Alman hukukunda kitle çalışanların statüsü bakımından ele alınması gereken diğer mesele bu kişilerin “evde çalışan” (“*heimarbeiter*”) olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Evde çalışanları kapsamına alan ve bu çalışan kesimine ilişkin olarak özel düzenlemeler getiren Alman Evde Çalışma Yasasına göre tek başına yahut aile üyeleri ile birlikte işveren veya aracıdan almış olduğu işi kendi evinde veya seçmiş olduğu başka bir yerde ifa eden ve ürettiği ürünlerin kullanımını ve pazarlamasını işverene bırakan kişi evde çalışan olarak nitelendirilecektir. Alman Federal Mahkemesi 14 Nisan 2016 tarihli kararında evde çalışma yasasının sınıai faaliyetler dışında bilgisayar programlama gibi faaliyetleri de kapsayabileceğini ortaya koymuştur⁵⁷. “Çalışma 4.0” başlığı altında 2017 yılında hazırlanan beyaz kitapta kitle çalışanların sosyal olarak korunmasına gerekliliğine vurgu yapılmış ve evde çalışanlara yönelik getirilen düzenlemelerin bu çalışan kesimini kapsayacak şekilde değerlendirilmesi gerekliliği ortaya konulmuştur⁵⁸.

Doktrinde **Krause**, evde çalışan kavramının yeniden yorumlanması gerekliliğine işaret etmiş ve daha da ileri giderek ABD yargı mercileri tarafından Uber sürücülerinin işçi kabul edilmesine vurgu yaparak somut olayın özellikleri çerçevesinde işçi statüsünün dahi söz konusu olabileceğini ifade etmiştir⁵⁹. **Deinert** ise evde çalışanların özel bir yasa ile güvence altına alınmasının ekonomik olarak bağımlı olmalarından kaynaklandığını; birden fazla platformdan gelir elde eden çalışanların gelirlerini tespit etmenin evde çalışan olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığını tayini bakımından güç olduğuna işaret etmiştir. Yazara göre kitle çalışanlarının gelirlerinin her durumda Evde Çalışma Yasası kapsamına girmeyi gerektirecek düzeyde düşük olmayacağı da gözden uzak tutulmamalıdır⁶⁰. Dijitalleşmenin getirdiği gelişmeler göz önünde tutularak Evde Çalışma Yasasında revizyona gidilmesi ve kitle çalışanları için özel hükümler getirilmesi de bir çözüm tarzı olarak benimsenebilecektir⁶¹. Bununla birlikte Alman Federal Meclisi 2017 yılında hazırladığı raporda kitle

⁵⁶ Däubler and Klebe (n 21) 1036-1037.

⁵⁷ BAG 14.6.2016 – 9 AZR 305/15, NZA 2016, 1453.

⁵⁸ White Paper 4.0 (n 23) 176; Peter Hanau “Arbeits- und Sozialversicherungsrecht 4.0 im Weißbuch des BMAS” (2017) RdA 214.

⁵⁹ Rüdiger Krause “Herausforderung Digitalisierung der Arbeitswelt und Arbeiten 4.0” (2017) NZA-Beilage 59.

⁶⁰ Olaf Deinert “Die heutige Bedeutung des Heimarbeitsgesetzes” (2018) RdA 366.

⁶¹ Klebe (n 45) 3.

çalışmaya ilişkin özel düzenlemeler içermese dahi bazı hükümlerin gerekli koşulların sağlanması halinde bu çalışanlara da uygulanabileceği görülmüştür⁶².

Platform ekonomisi çerçevesinde yapılan “*crowdworking*” modelinde işgörenler çoğunlukla birden çok platforma dahil olmakta ve farklı platformlardan değişik miktarlarda gelir elde etmektedir. İşçi ile bağımsız çalışan arasındaki gri alana dahil edilen ve işçi benzeri statüsünde değerlendirilen çalışanların ekonomik bağımlılıklarına vurgu yapılmakta ve birden fazla platformdan iş alan çalışanların elde ettikleri gelirin tespitinin güçlüğü karşısında kitle çalışanlarının işçi benzeri yahut evde çalışan olarak nitelendirilmesi güç görünmektedir. Kaldı ki doktrinde **Schubert** tarafından belirtildiği üzere kitle çalışmasında çalışanlar diğerleri ile rekabet halinde iş görürken, evde çalışanlar düzenli şekilde tek bir işveren için çalışmaktadır⁶³. Bu durum kitle çalışmalarında işgöreni, işçi ile bağımsız çalışan arasında kalan gri alana dahil etmek yerine bağımlılık unsuru aranmaksızın işçi olduklarına ilişkin bir varsayım yaratılmasının mümkün olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir. Doktrinde **Joachim** ve **Däubler/Klebe**, işçi sıfatını taşımayan bu çalışan kesiminin sosyal olarak koruma gerekliliği göz önünde tutularak işçi kavramının kapsamına dahil olduğu yönünde bir faraziye yaratılabileceğini ifade etmektedir⁶⁴.

Bu çalışan kesiminin doğrudan işçi benzeri statüsüne dahil oldukları yönünde genel bir sonuca ulaşılması güçtür zira işçi benzeri olarak kabul edilmesi yasa aranan koşulların varlığına bağlı olup bu sonuç nadiren ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple her somut olay kendi özellikleri çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulmalıdır⁶⁵. **Waas**'a göre kitle çalışanlarının iş hukukunun sağladığı sosyal güvencelerin kapsamına dahil edilmesi, bu kesimin yasa koyucu tarafından başkaca şartlar aranmaksızın işçi olarak kabul edilmesi diğer bir deyimle işçi kavramı içerisinde eritilmesi ile mümkün olacaktır⁶⁶. Doktrinde **Klebe** hem ulusal hem de AB düzeyinde işçi kavramının kapsamının genişletilmesinin de kitle çalışanların koruma altına alınması bakımından yararlı olacağını ifade etmektedir⁶⁷.

Alman Federal Meclisi de 2017 yılında yayınladığı raporda iş kanunu kapsamında olmayan bu çalışan kesimi için bazı iş hukuku normlarının uygulama alanının genişletilebileceğini ifade etmiştir⁶⁸. İşçi, işçi benzeri yahut bağımsız çalışan olarak nitelendirmeye, diğer bir deyimle hukuki vasıflandırmaya bağlı kalınmaksızın iş hukukunun koruyucu şemsiyesinin ve özellikle asgari ücrete ilişkin hükümlerin bu

⁶² “Arbeits- und Sozial Rechtliche Aspekte der Plattformökonomie” (26.10.2017) Sachstand WD 6 - 3000 - 058/17 6 <https://www.bundestag.de/resource/blob/532608/.../wd-6-058-17-pdf-data.pdf> (Deutscher Bundestag) Erişim:9.03.2020.

⁶³ Schubert (n 53) 204-205.

⁶⁴ Joachim (n 53) 227; Däubler and Klebe (n 21) 1041.

⁶⁵ Däubler and Klebe (n 21) 1036-1037.

⁶⁶ Waas (n 52) 165.

⁶⁷ Klebe (n 45)2 vd.

⁶⁸ Deutscher Bundestag (n 61) 5.

kesimi kapsayacak biçimde genişletilmesi de sosyal olarak korunmanın sağlanması bakımından akla gelebilecek diğer çözüm tarzıdır⁶⁹.

Avrupa Adalet Divanı konuyu Uber sürücülerini bakımından 2017 yılında verdiği *Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL* kararında değerlendirmiş ve Uber'in sürücüler tarafından sunulacak olan taşımacılık hizmetine ilişkin şartlar üzerinde belirleyici etkisi olduğunu belirtmiştir. Kararda uygulama üzerinden sağlanan taşımacılık hizmetinin bedelinin Uber tarafından belirlendiği ayrıca Uber'in taşımacılık hizmetinin gerçekleştirileceği araçların nitelikleri, sürücüler ve onların davranışları üzerinde sürücülerini sistem dışına atacak kadar geniş yetkisinin ve hakimiyetinin olduğu ifade edilmiştir⁷⁰. Divan 2020 yılında verdiği *B v Yodel* kararında gig-ekonomi kapsamında işçi statüsünün belirlenmesinde verilen görevleri kabul edip etmeme konusundaki serbesti, hizmetin sunulacağı kişinin kullanıcılar ile rekabet halinde olanlar da dahil olmak üzere serbestçe belirlenebilmesi, çalışma saatlerinin tayininde sahip olunan serbesti, üstlenilen görevin serbestçe üçüncü kişilere devredilebilmesi gibi unsurların göz önünde tutulacağını ifade etmiştir⁷¹.

İngiltere'de 2016 yılında, sürücüler ile Uber arasındaki hukuki ilişkinin değerlendirildiği davada da bir dijital platform olarak Uber üzerinden yürütülen taşımacılık faaliyetinde sürücüler ile platform arasında istihdam ilişkisi olduğuna yönelik karar verilirken⁷²; 2015 yılında ABD California'da, Uber sürücüsünün alacaklarına yönelik açtığı davada taraflar arasındaki hukuki ilişkinin iş ilişkisi olduğu mahkemece tespit edilmiştir⁷³. Bununla birlikte 2018 yılında Amerikan Bölge Eyalet Mahkemesi *Razak v Uber Techs., Inc* kararında UberBLACK şoförlerinin işçi statüsünde kabul edilemeyeceğini ve bağımsız çalışan olduğunu belirtmiş ve işin ne derecede kontrol edildiği, çalışanın yetenekleri çerçevesinde kar ve zarara ilişkin sahip olduğu fırsatlar, sunulan hizmetin özel bir yetkinlik gerektirip gerektirmediği, taraflar arasındaki ilişkinin sürekliliğinin derecesi, çalışanın kendi yardımcı elemanlarının istihdam edip etmemesi ve işin ifası için gerekli araç, malzeme ve donanımına ne ölçüde yatırım yaptığı hususların göz önünde tutulacağını ifade etmiştir⁷⁴.

⁶⁹ Schubert (n 53) 206.

⁷⁰ C-434/15, Kararın metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CJ0434&from=EN> Erişim: 14.04.2020.

⁷¹ C-692/19, Kararın metni için bkz. http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=225922&text=&dir=&doclang=EN&part=1&occ=first&mode=lst&pageIndex=0&cid=8111564 Erişim:30.05.2020.

⁷² Aslam & Farrar v. Uber, No. 2202550/2015, Employment Tribunal, 28.10.2016 <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-reasons-20161028.pdf> Erişim: 30.05.2020; İngiltere'de Temyiz Mahkemesi 13.06.2018 tarihli *Pimlico Plumbers* kararında da anılan dijital platformdaki tesisatçıların Pimlico Şirketi'nin işçileri olduğuna karar vermiştir. *Pimlico Plumbers Ltd and Another v Smith*, 2018 UKSC 29, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2018/29.html> Erişim:30.05.2020.

⁷³ Order of California Labor Commission, Uber Technologies, Inc. v Barbara Berwick (Case No. 11-46739-Docket No. CGC15546378), 03.06.2015. <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=historical> Erişim:30.05.2020.

⁷⁴ Alı Razak; Kenan Sabanı; Khaldoun Cherdoud v Uber Technologies, Inc <https://www2.ca3.uscourts.gov/opinarch/181944p.pdf> Erişim: 30.05.2020.

İngiltere’de Temyiz Mahkemesi’nin 19 Aralık 2018 tarihinde verdiği *Aslam & Farrar v. Uber* onama kararında⁷⁵ yaptığı değerlendirmeler özellikle “*work on demand via apps*” -aplikasyonlar aracılığıyla talep üzerine yapılan çalışmalar- bakımından dikkat çekici niteliktedir. Davada her ne kadar Uber yalnızca sürücülerin temsilcisi olduğunu ve aralarındaki ilişkinin aracılık faaliyeti olduğunu ileri sürse de Mahkeme, yolcu ve yolculuk bilgilerinin Uber’in hakimiyetinde ve kontrolünde olduğu, rotanın GPS ve uydu sistemlerine bağlı yazılımlarla Uber tarafından belirlendiği, sürücülerle Uber tarafından başlangıçta işe alım süreci sayılabilecek görüşmeler yapıldığı, Uber sürücülerini kullanıcılardan gelen çağrılarını kabul edip etmemekte serbest olsa da çağrılarının reddedilmesi sürücü puanlarında düşüşe ve nihai olarak sistem dışı kalmaya sebep olduğundan tam bir irade serbestisinden söz edilmesinin mümkün olmadığı, yolculuk tarifesinin Uber tarafından belirlendiği, yolcular ile sürücüler arasında pazarlık imkanı olmadığı, yolculuk nedeniyle doğabilecek zarar riskinin Uber tarafından üstlenildiği, Uber’in sürücülerle aralarındaki ilişkileri düzenleyen kuralları tek taraflı değiştirme yetkisine sahip olduğu gerekçeleri bağımsız bir çalışmadan söz edilemeyeceği ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin iş ilişkisi olduğunu belirtmiştir. Benzer bir çalışma şeklini içeren Deliveroo platformu bakımından da Madrid İş Mahkemesi bu platforma bağlı kuryelerin emir ve talimatlara bağlı olarak hareket ettiğini ve işçi statüsünde olduğunu, bağımsız çalışmayı ortaya çıkaracak düzeyde özerkliğe sahip olmadığını kabul etmiştir⁷⁶.

İtalya’da Kasım 2019’da Parlamento 101/2019 no.lu yasayı kabul etmiş olup anılan yasa teslimat için bisiklet ve motorlu araç kullanan dijital platform çalışanlarına yönelik olarak çeşitli güvenceler içermektedir. Yazılı bir sözleşme ile çalışma koşullarının düzenlenmesi, ücrete ilişkin hükümler, ayrımcılığın önlenmesi, hastalık, doğum gibi çeşitli riskleri içerisine alacak sosyal güvencenin sağlanması, kişisel verilerin korunması, sosyal taraflara toplu sözleşmelerle çalışma şartlarını düzenleme imkanının tanınması bu güvenceler arasındadır. Anılan yasada bu çalışan kesimi için serbest çalışan nitelendirilmesi tercih edilmiş olması dikkat çekicidir. Fransa’da da 2016-1088 sayılı yasa ile dijital platformlara ekonomik ve teknik anlamda bağımlılığı bulunan ve serbest çalışan olarak nitelendirilen kesimin kazalara karşı güvence altına alınmaları, platform tarafından sağlanacak eğitim hakkından faydalanacağı, sendikalara üye olabilecekleri ve toplu eylemlerde bulunabilecekleri yönünde hükümler getirilmiştir. Belirtilen güvencelerin sağlanmaması halinde çalışanlar platformdan çıkarılma yahut sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukların gündeme gelmesi gibi herhangi bir yaptırımla karşılaşmaksızın talep edilen hizmetin ifadan kaçınma yetkisine sahip olacaklardır⁷⁷.

⁷⁵ 2018 EWCA Civ 2748, Case No: A2/2017/3467, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2018/2748.html> Erişim:30.05.2020.

⁷⁶ <https://www.reuters.com/article/us-spain-deliveroo/madrid-court-rules-deliveroo-couriers-are-employees-not-freelancers-idUSKCN1U1170> Erişim: 12.04.2020.

⁷⁷ “Platform Economy Initiatives”, Eurofound Publications Office of the European Union, 6 September 2018 <https://www.eurofound.europa.eu/data/platform-economy/initiatives#RidersUnionBologna> (Eurofound 2018a) Erişim:03.04.2020; Gaye Burcu Yıldız “Atipik Çalışma Kavramı Çerçevesinde Bağımlılık İlişkinin Değerlendirilmesi” (2019) Prof.Dr.Savaş Taşkent’e Armağan (On İki Levha Yayıncılık 2019) 789,790.

C. Platform Çalışanlarının Örgütlenme Eğilimleri ve Toplu Sözleşmelerle Güvence Altına Alınması

Tek ve belirli bir işverene bağımlılığının olmaması ve aynı anda birden fazla dijital platformda işgörebilmeleri bu çalışan kesiminin örgütlenmesini güçleştirici bir faktör olarak karşımıza çıkmakla birlikte çalışanların, örgütlenerek çeşitli web siteleri yahut WhatsApp, Facebook gibi sosyal medya grupları ile iletişime geçtikleri, bilgi alışverişinde buldukları ve güçlerini birleştirdikleri görülmektedir⁷⁸.

Sosyal medya araçları ile kurulan gruplarda yahut web sitelerinde çalışanlar deneyimlerini paylaşmakta ve çalışma koşullarının kötüleşmesini önlemek amacıyla çeşitli eylemler koordine etmektedir. 2016 yılında Belçika’da “*Take Eat Easy*” platformunun iflasından sonra yiyecek dağıtım platformu çalışanları tarafından “*Collectif des coursier-e-s/KoeriersKollektief*” adı altında bir grup kurulmuştur. UberEats, Deliveroo ve Takeaway gibi çeşitli platformlarda çalışan bisikletli kuryelerden oluşan grubun 2018 yılı itibarıyla 1700 takipçisi olup üyeler çoğunlukla Deliveroo’ya ilişkin sorunlara yönelik protestolar ve grevler organize etmektedir. Grup üyeleri tarafından 2017 yılında 3, 2018 yılında 4 protesto ve 2 grev organize edilmiş olup 2018 yılında grevci çalışanları desteklemek amacıyla grev sepeti oluşturulmuş ve bu sepette 1.300 Euro para toplanmıştır⁷⁹. Benzer bir biçimde “*We Are Dynamo*” adlı web sitesi ile de Amazon Mechanical Turk platformuna bağlı olarak iş görenlerin örgütlenmesi ve ortaya çıkan sorunlara ilişkin farkındalık yaratılması amaçlanmaktadır⁸⁰.

Amerika’da Amazon Mechanical Turk platformu vasıtasıyla işgörenler “*turkopticon*” adıyla bir web sitesi oluşturmuşlar ve ödemeyi zamanında yapan ve ücreti diğerlerine kıyasla yüksek olan kullanıcılar ile ödemeleri gecikerek yapan ve düşük ücret vermeyi tercih edenler konusunda bu web sitesinde bilgilendirmeler yapmışlardır. Almanya’da da platform çalışanlarının bir araya gelmesini, çalışma koşulları ile haklarına ilişkin bilgi edinmesini sağlamak ve izole olmalarını önlemek amacıyla IG Metal sendikasının öncülüğünde “*www.faircrowdwork.com*” adresi ile bir web sitesi oluşturulmuştur⁸¹. IG Metall öncülüğünde başlayan bu hareket, Avusturya İşçi Örgütü, Avusturya Sendikalar Konfederasyonu ve İsveç sendikası Onionen’ in ortak projesine dönüşmüş olup birçok diğer çalışma örgütüyle işbirliği içinde anılan bu örgütler “*Platform Çalışma Hakkında Frankfurt Bildirgesi*”ni hazırlayıp imzalamışlardır. Bahsi geçen bu bildirme adil platform çalışması için

⁷⁸ “Employment and Working Conditions of Selected Types of Platform Work” Eurofound, Publications Office of the European Union, 2018 Luxembourg, 55, https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef18001en.pdf (Eurofound 2018) Erişim:03.04.2020.

⁷⁹ Eurofound 2018 (n 73) 55;

⁸⁰ Hannah Johnston and Chris Land Kazlauskas Organizing on-demand: Representation,voice, and collective bargaining in the gig economy (ILO Conditions of Work and Employment Series No.94 2019) 14.

⁸¹ Wolfgang Däubler “Challenges to Labor Law” (2016) No.1 Journal Of the Higher School of Economics 201.

gerekli olan asgari ücret, çalışma saatleri ve sosyal güvenlik konularını içermektedir⁸². İtalya’da da benzer bir biçimde 2018 yılında “*Riders Union Bologna*” öncülüğünde yerel gıda dağıtım platformları ile platform çalışanlara asgari güvenceler sağlanması amacıyla bir çerçeve sözleşme yahut şart imzalanması hareketi başlatılmıştır. Bu hareket sonucunda üç büyük konfederasyon olan “*Confederazione Generale Italiana del Lavoro*”, “*Confederazione Italiana Sindacati Lavoratori*” ve “*Unione Italiana del Lavoro*” ile Bologna’da faaliyet gösteren iki büyük dijital platform olan Sgnam ve Mymenu arasında platform çalışanların çalışma koşulları ve haklarını içeren bir şart imzalanmıştır (“*Charter of fundamental digital workers’ rights within an urban setting*”). Bu sözleşme yahut şartın içeriğine platform çalışanlarına asgari bir düzeyde ücret sağlanması, fazla çalışma ücreti, kötü hava koşullarında ödenecek ek tazminatlar, platform tarafından yapılacak sigorta, dağıtım esnasında meydana gelecek kazalardan dolayı sorumluluk, bisikletlerin bakımı için ödenecek tazminat, dinlenme süreleri, örgütlenme özgürlüğü ve eylem hakkı gibi güvenceler girmektedir. Deliveroo, Foodora ve JustEat platformları ise bu şartı imzalamaktan kaçınmış olup bu durum sosyal medya ve internet siteleri aracılığıyla kamuoyuna duyurularak boykot çağrısı yapılmıştır⁸³.

İşçi sendikalarına üye olma bakımından bu çalışan kesiminin hukuki vasıflandırması önem arz etmekte olup, çeşitli ülkeler bakımından farklılıklar göze çarpmaktadır. Platform çalışanlarının serbest çalışan olarak vasıflandırıldığı Danimarka’da, bu çalışan kesiminin işçi sendikalarına üye olması ulusal rekabet yasalarınca yasaklanırken, Polonya’da yalnızca serbest çalışanların üye olduğu sendikalara katılma hakkına sahiptirler. Almanya’da, Ver.di ve IG Metall sendikaları tüzüklerini bağımsız çalışanların da üye olmalarına imkan tanıyacak biçimde değiştirdiklerinden platform çalışanlarının bu sendikalara üye olması mümkün hale gelmektedir⁸⁴.

Bu çalışan kesiminin toplu sözleşmelerle korunması ve kapsam dahiline alınması bakımından Avrupa Adalet Divanı’nın 4 Aralık 2014 tarihli kararı dikkat çekicidir. Karara konu olan olayda davanın tarafları *FNV Kunsten Informatie en Media* adlı işçi sendikaları konfederasyonu ile Hollanda devleti olup, Hollanda mevzuatı çerçevesinde bağımsız hizmet sağlayıcılarının sendikalara üye olma hakkı bulunmaktadır. 2006 ve 2007 yıllarında FNV Sendikası ile Hollanda Müzisyenler Sendikası ve işveren kuruluşu arasında toplu sözleşme imzalanmış olup anılan sözleşme ile sadece işçi statüsünde olanlar değil serbest çalışan müzisyenler bakımından da asgari ücrete ilişkin düzenlemeler getirmektedir. Hollanda Rekabet Kurumu bağımsız çalışanlar bakımından getirilen bu düzenlemeyi rekabet

⁸² Eurofound 2018 (n 73) 54

⁸³ Kurt Vandaele Will trade unions survive in the platform economy? Emerging patterns of platform workers’ collective voice and representation in Europe (Working Paper ETUI 2018) 17.

⁸⁴ Eurofound 2018 (n 73) 53.

hükümlerine aykırı olarak nitelendirmiştir. Avrupa Adalet Divanı Birinci Dairesi önüne gelen bu konuda dairenin tespitleri dikkat çekici olup serbest çalışan olarak nitelendirilse dahi platform çalışanlarının toplu sözleşmelerle güvence altına alınmasını sağlayabilecek niteliktedir. Divana göre işverene iş sözleşmesi ile bağlı olan işçiler ile iş sözleşmesine bağlı olmaksızın dışarıdan servis sağlayanlar hakkında toplu sözleşmelere hükümler konulması AB Kurucu Anlaşması md.101/1 kapsamında rekabet hükümlerine aykırılık teşkil etmeyecektir⁸⁵. Almanya’da Ver.di, IG BAU ve Free Workers Union ile Food, Beverages and Catering Union sendikası arasında yürütülen toplu görüşmelerde platform çalışanlarının koşulları da pazarlık konusu yapılmış ve görüşmeler sonucunda bu çalışanları da kapsayıcı bir dizi toplu sözleşme imzalanmıştır⁸⁶. İtalya’da da benzer bir biçimde özellikle lojistik ve taşıma sektöründe platform çalışanlarının toplu sözleşmelerle güvence altına alındığı görülmektedir. Aralık 2017’de lojistik işkolunda Confetra, Anita, Conftrasporo, Can-Fita, Transport Confartigianato, Sna-Casartigiani sendikaları ile işveren örgütü olan Claa ve Filt Cgil arasında imzalanan ve gıda dağıtım sektöründe çalışan dijital çalışanları da kapsayan toplu sözleşme buna örnek olarak gösterilebilir. Sözleşmenin imzalanmasından sonra Cgil sendikası, gıda dağıtım platformlarının algoritmalarına yönelik düzenlemeler yapmak üzere görüşme yapılması teklifinde bulunmuştur⁸⁷.

Sonuç ve Değerlendirme

İlk kez 2011 yılında Almanya Hannover fuarında ileri sürülen ve kendiliğinden yapılandırma, kendi kendini denetleme ve iyileştirme gibi otonom özelliklere sahip akıllı sistemlerle üretimin gerçekleştirdiği bu süreç çalışma hayatını doğrudan etkilemektedir. Bu sürecin önemli bileşenlerinden biri olan gig- ekonomi ve bu bağlamda ortaya çıkan dijital platformlar işletmelerin talep ettikleri anda ve diledikleri beceri düzeyindeki işgücüne kolaylıkla erişme ve maliyetleri düşürme gibi olanakları sağlamakla birlikte iş ilişkisinin içerdiği güvencelerden yoksun, düşük ücret düzeyinde, üst düzeyde esnek bir biçimde çalışan dijital işgörenlerin diğer bir deyimle güvencesiz dijital emeğin ortaya çıkmasına zemin hazırlamaktadır. Dijital platformlar kendi içerisinde kontrol düzeyi, pazarlık gücü, ücret gibi koşullar bakımından heterojen bir yapıya sahip olmakla birlikte bu platformların kaynaklık ettiği iki çalışma şekli mevcut olup bunlardan birincisine “*kitle çalışması*”- “*crowdworking*”; diğerine ise “*aplikasyonlar aracılığıyla talep üzerine yapılan çalışmalar*”- “*work on demand via apps*” adı verilmektedir. Platform aracılığı ile çalışmada tek tip uygulama söz konusu olmayıp her bir dijital platform farklı

⁸⁵ C-413/2013, Kararın metni için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=895B81523B27A2FB25D480D698B7AC14?text=&docid=160305&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&id=185028>.

⁸⁶ Eurofound 2018 (n 73) 54; Alman doktrininde crowdworking çalışma modeli çerçevesinde iş görenlerin işçi benzeri olarak kabul edilmesi durumunda örgütlenecek asgari şartları güvence altına almak üzere toplu sözleşme imzalayabilecekleri ileri sürülmektedir. Däubler and Klebe (n 21) 1041.

⁸⁷ Eurofound 2018 (n 73) 43; Eurofound 2018a (n 72).

kullanım koşulları getirdiğinden hukuki vasıflandırma yapılırken her somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirme yapılmasının ve işin ifasında platformun ne ölçüde söz sahibi ve kontrol yetkisine sahip olduğu, platformda işgörenlerin elde ettikleri gelirin yegane geçim kaynağı olup olmadığı, işin görüldüğü sürenin teknik yollarla takip edilip edilmediği, ekran görüntüsü alma yahut geri bildirimler yoluyla işin yürütümüne ilişkin tespitlerde bulunulup bulunulmaması gibi ölçütlerden faydalanılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

Uber, Deliveroo, Lyft, Sidecar, Handy gibi standart ve işin yürütümü konusunda denetim yetkisine sahip olan uygulamalar vasıtası ile işin gördürüldüğü “*work on demand via apps*” çalışma modelinde uygulamalar yahut platformların işgörenler üzerinde iş ilişkisini ortaya çıkaracak düzeyde denetleme ve kontrol etme yetkisinin mevcut olduğunu söylemek mümkün olmakla birlikte Amazon Mechanical Turk, UpWork gibi çevrimiçi platformlar aracılığıyla belirsiz sayıda kişiler ya da organizasyonlarla iletişime geçerek bir dizi görevin tamamlanmasının söz konusu olduğu “*crowdworking*” çalışma modelinde ise iş ilişkisini doğuracak düzeyde emir ve talimat verme olgusunun ortaya çıktığını söylemek güç görünmektedir. İş ilişkisinin koruyucu şemsiyesi altında bulunmayan fakat ekonomik olarak bağımlı olan bu kesimin serbest çalışan olarak nitelendirilmesi ise tamamen güvencesiz adeta birer dijital köleye dönüştürülmüş çalışan grubunun ortaya çıkmasına zemin hazırlayacaktır. Tipik ve geleneksel çalışma düzenine göre biçimlendirilmiş iş hukuku kuralları bu kesimin hukuki vasıflandırmasını güçleştirmekte ve yeni kavram arayışlarını da beraberinde getirmektedir. Bu kesimin işçi olduklarına yönelik bir faraziye yaratılması, işçi benzeri yahut evde çalışan olarak nitelendirilmesi veya bağımlılık unsuru aranmaksızın iş hukukuna ilişkin güvencelerin uygulanması bu arayışlar arasında sıralanabilir. Henüz yaygınlık kazanmamakla birlikte dijital platformlar, Türk iş hukuku bakımından da konuya geniş bir perspektiften bakılması ve işçi ile bağımsız çalışan dışında yeni kategorilerin yaratılmasının mümkün olup olmayacağı sorusunu beraberinde getirebilecektir.

Atomize olan ve parçalanmış dijital emek piyasası sendikal örgütlenmeyi zayıflatıcı olmakla birlikte çalışanların, çeşitli web siteleri yahut WhatsApp, Facebook gibi sosyal medya grupları ile iletişime geçtikleri ve toplu sözleşmelerin kapsamına dahil edilmek suretiyle bu kesimin güvence altına alınmaya çalışıldığı görülmektedir. Gerek hükümetlerin gerekse sendikaların günümüzde sayıları giderek artan ve geleceğin çalışma şekline kaynaklık eden dijital platformlar ve gig ekonomiye ayak uyduracak politikalar geliştirmesi, geleneksel yahut tipik iş ilişkilerinin kavramlarını hızla gelişen teknolojik koşulları dikkate alarak yeniden gözden geçirmesinin zaruri olduğu kanaatindeyiz.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Bu makale TÜBİTAK 2219 programı kapsamında Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu tarafından sağlanan yurtdışı doktora sonrası araştırma bursu ile Göttingen Üniversitesi İş Hukuku Enstitüsünde yapılan araştırma neticesinde elde edilen verilerle yazılmıştır.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: This article TUBITAK under the program in 2219 after Turkey Scientific and Technological Research doctorate overseas research grant provided by the Agency and it was written with the data obtained as a result of the research conducted at the Institute of Labor Law at Göttingen University.

Bibliyografya/Bibliography

- “Arbeits- und Sozial Rechtliche Aspekte der Plattformökonomie” (26.10.2017) Sachstand Deutscher Bundestag WD 6 - 3000 - 058/17 <https://www.bundestag.de/resource/blob/532608/.../wd-6-058-17-pdf-data.pdf> (Deutscher Bundestag) Erişim:9.03.2020.
- Bourazeri K, “Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft am Beispiel solosebstständiger Crowdworker” (2019) NZA 741-746.
- Cherry A M, and Winifred R, “Crowdwork, Corporate Social Responsibility, and Fair Labor Practices” (2016) Chapter 14 Research Handbook on Digital Transformations, Saint Louis U. Legal Studies Research Paper No.2016-8.
- Çelik N, Caniklioğlu N and Canbolat T, İş Hukuku Dersleri, (32st edition, Beta 2019).
- De Stefano V, “The rise of the “just-in-time workforce” : on-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”” (2016 Geneva ILO Conditions of work and employment series No. 71).
- Deinert O, “Die heutige Bedeutung des Heimarbeitsgesetzes” (2018) RdA 359-369
- “Digital Factories: The End of Defects”, <https://www.siemens.com/innovation/en/home/pictures-of-the-future/industry-and-automation/digital-factories-defects-a-vanishing-species.html>. Erişim: 19.02.2020.
- “Digital Labour Platforms and Future of Work”, Towards Decent Work in the Online World” (2018) ILO Geneva, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_645337.pdf Erişim: 3.03.2020.
- Däubler W, “Challenges to Labor Law” (2016) No.1 Journal Of the Higher School of Economics 189-203.
- Däubler W, and Klebe T, “Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?”, (2015) NZA 1032-1041
- “Employment and Working Conditions of Selected Types of Platform Work” Eurofound, Publications Office of the European Union, 2018 Luxembourg, 55, https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef18001en.pdf (Eurofound 2018) Erişim:03.04.2020.
- “Factory Automation for Industry 4.0”, <https://www.fanuc.eu/es/en/who-we-are/news/en-news-factory-automation-for-industry-4>. Erişim: 19.11.2019.
- Felstiner A, “Working the Crowd: Employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry” (2011) V.32:1 Berkeley Journal Of Employment&Labor Law 143-203.
- García C A, and González C N, “The Regulation of Economically Dependent Self-employed Work in Spain: A Critical Analysis and a Comparison with Italy” (2012) E-Journal of International and Comparative Labour Studies ADAPT 117-133.
- Green Paper (2006) “Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century” European Commission 8 https://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/answers/documents/4_93_en.pdf Erişim:16.04.2020.
- Green Paper Work 4.0 https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen-DinA4/gruenbuch-arbeiten-vier-null.pdf?__blob=publicationFile. Erişim: 19.11.2019
- Hanau P, “Arbeits- und Sozialversicherungsrecht 4.0 im Weißbuch des BMAS” (2017) RdA 213-217

- Heinrich M, “INDUSTRY 4.0 : How It Will Affect Employment And What Skills Will Be Required to Match The Requirements of The Market” 2018 Aarhus Business Academy International Federation of Robotics (IFR) “World Robotics Report 2016”. <https://ifr.org/ifr-press-releases/news/world-robotics-report-2016>, Erişim: 19.11.2019.
- Joachim H, “Arbeitsrecht 4.0 – Eine kurze Bestandsaufnahme aus aktuellem Anlass” (2016) Öta 225-229.
- Johnston H, and Kazlauskas C L, Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy (2019 Geneva ILO Conditions of Work and Employment Series No.94)
- Kahraman F, Çalışma İlişkileri Bakımından Dördüncü Sanayi Devrimi ve Sivas İlinde Farkındalık Üzerine Alan Araştırması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- “Karanlık Fabrikalar ile İnsansız Üretim”, Türkiye’nin Endüstri 4.0 Platformu, <ps://www.endustri40.com/karanlik-fabrikalar-ile-insansiz-uretim> Erişim: 12.11.2019.
- “Karanlık Fabrikalar ile Karanlık Üretim”, <https://otomasyonadair.com/2017/09/06/karanlik-fabrikalar-ile-karanlik-uretim/> Erişim: 12.11.2019.
- Klebe T, “Arbeitsrecht 4.0: Faire Bedingungen für Plattformarbeit” (2017) Friedrich Ebert Stiftung: Wirtschafts- und Sozialpolitik.
- Klebe T, and Weiss M, “Workers’ Participation 4.0 - Digital and Global” (2019) 40 COMP LAB L & POL’Y J 263-283.
- Kocher E, and Hensell I, “Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit” (2016) NZA 984-990.
- Krause R, “Herausforderung Digitalisierung der Arbeitswelt und Arbeiten 4.0” (2017) NZA-Beilage 53-60.
- Küçükkalay M, “Endüstri Devrimi ve İktisadi Sonuçlarının Analizi”, (1997) 2 Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 51-68.
- Mahiroğulları A, “Endüstri Devrimi Sonrasında Emeğin İstismarını Belgeleyen İki Eser: Germinal ve Dokumacılar”, (2011) 32 Sosyoloji Konferansları 41-53.
- Öztuna B, Endüstri 4.0 (Dördüncü Sanayi Devrimi) ile Çalışma Yaşamının Geleceği (Gece Kitaplığı 2017)
- “Platform Economy Initiatives”, Eurofound Publications Office of the European Union, 6 September 2018 <https://www.eurofound.europa.eu/data/platform-economy/initiatives#RidersUnionBologna> (Eurofound 2018a) Erişim:03.04.2020.
- Prassl J, and Risak M, “Uber, Taskrabbit, & Co: Platforms As Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork” (2016) Vol 37 Comp. Labor Law & Policy Journal 619–651.
- Preis U, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (19. Auflage 2019)
- Risak M, “Fair Working Conditions for Platform Workers” Possible Regulatory Approaches at the EU Level (2017 Friedrich- Ebert- Stiftung)
- Schubert C, “Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft – Rückzug des Arbeitsrechts” (2018) RdA 200-206.
- Schwab K, The Fourth Industrial Revolution (2016 World Economic Forum).
- Signes-Todoli A, “The End of Subordinate Worker ? The On-Demand Economy, the Gig Economy and the Need for Protection for Crowdworkers” (2017) 33 No.2 International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 241-268.

Sarper S, İş Hukuku (18th edition, Beta 2019).

Şener S, and Elevli B, “Endüstri 4.0’da Yeni İşkolları ve Yüksek Öğrenim” Mühendis Beyinler Dergisi (2017) 2 (1) 25-37.

“The digital agenda of the European Commission: Preliminary ETUC assessment” Endorsed by the Executive Committee at its meeting on 17-18 June 2015 <https://www.etuc.org/sites/default/files/document/files/en-digital-agenda-of-the-ec-preliminary-etuc-assessment.pdf>. Erişim: 20.11.2019.

“The Situation of Workers in the Collaborative Economy” European Parliament (October 2016) [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/587316/IPOL_IDA\(2016\)587316_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/587316/IPOL_IDA(2016)587316_EN.pdf) Erişim:10.10.2019 (European Parliament).

Türkiye’nin Küresel Rekabetçiliği İçin Bir Gereklik Olarak Sanayi 4.0 (2016) TÜSİAD <http://www.tusiad.org/indir/2016/sanayi-40.pdf> Erişim: 17.04.2020.

Uffmann K, Möglichkeiten und Grenzen erfolgsabhängiger Vergütung. In Richard Giesen and Abbo Junker and Volker Rieble (eds) *Industrie 4.0 als Herausforderung des Arbeitsrechts* (Zaar Verlag München 2015).

Vandaele K, Will trade unions survive in the platform economy? Emerging patterns of platform workers’ collective voice and representation in Europe (Working Paper ETUI 2018).

Yayvak Namlı İ, “Dijital Çağda Yeni Bir Çalışma İlişkisi Modeli: Crowdfunding” (2019) Sicil İş Hukuku Dergisi (42) 128-143.

Yenisey Doğan K, “Endüstri 4.0, Üretimin Değişen Yapısı ve İş Hukuku” (2019) Toprak İşveren (120) 1-7.

Yıldız G, B, “Atipik Çalışma Kavramı Çerçevesinde Bağımlılık İlişkisinin Değerlendirilmesi” (2019) Prof.Dr.Savaş Taşkent’e Armağan (On İki Levha Yayıncılık 2019) 781-810.

Waas B, “The Legal Definition of Employment Relationship” (2010) V.1, N.1 European Labour Law Journal 45-57.

Waas B, and Liebman W, and Lyubarsky, A., and Kezuka K, Crowdwork — A comparative law perspective, (Bund-Verlag Frankfurt am Main Germany 2017).

White Paper Work 4.0 https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a883-weissbuch.pdf?__blob=publicationFile. Erişim: 19.11.2019.

Williams C, and Lapeyre F, Dependent self-employment: Trends, challenges and policy responses in the EU (ILO 2017)

Wolfgang K, and Heussen B, Computerrechts Handbuch: Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis (34.Auflage 2018).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 02.06.2020
Revizyon Talebi: 25.07.2020
Son Revizyon: 09.08.2020
Kabul: 25.10.2020

Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri

Levent Börü* , Şafak Parlak Börü** 

Öz

Konkordato, borçlarını vadesi geldiği halde ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan bir borçlunun borçlarını proje ile belirli bir vade veya indirim yoluyla yeniden yapılandırabileceği bir hukuki imkandır. Konkordato geçici mühletli sonunda konkordatonun başarıya ulaşma ihtimalinin olması durumunda borçluya bir yıllık kesin mühlet verilir. Konkordatonun borçlu ve alacaklıları üzerinde takip hukuku ve maddi hukuk ile ilgili önemli sonuçları bulunmaktadır. Ayrıca asıl borç için kefalet sözleşmesi yapılması durumunda konkordatonun kefalete etkileri ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda konkordatonun ilgi alanına alacaklıların ve borçlunun dışında, alacaklıya karşı borçtan birlikte sorumlu olan kefil de dahil olmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nda hükme bağlanan kefalete, borçlunun konkordato sürecine girmesi ile birlikte İcra İflas Kanunu hükümlerinin de uygulanması gerekir. Zira, İİK'nun konkordato ile ilgili düzenlendiği bölümde kefalete ilişkin hükümler bulunduğu gibi, TBK'nun kefalete ilişkin düzenlendiği bölümde konkordatoya ilişkin hükümler bulunmaktadır. Her ne kadar kefalet bakımından İİK hükümlerinin TBK hükümlerine göre özel hükümler olduğu kabul edilse de konkordatonun kefalete olan etkileri bu hükümlerin birlikte uygulanmasını zorunlu kılar.

Anahtar Kelimeler

Konkordato, Kefalet, Birlikte borçluluk, Konkordato mühletli, Konkordatonun tasdiki

Effects of Concordat on the Suretyship

Abstract

Concordat is a legal opportunity for reorganizing the debts of any debtor, who cannot pay his debts or who is in danger of failing to pay at a maturity date, with a project via a certain maturity date or discount. The debtor will be given 1-year definitive period if the concordat is likely to be successful at the end of the provisional period. Concordat has important consequences related to procedural law and substantive law on debtors and creditors. Furthermore, the effects of concordat on the suretyship arise in the case of signing a suretyship contract for the original debt. Hence, the surety who is jointly liable to the creditor with the debt is also included in the interest of the concordat apart from the creditors and the debtor. The provisions of the Enforcement and Bankruptcy Code (EBC) must also be applied to the suretyship stipulated in the Turkish Code of Obligations (TCO) after the debtor enters the concordat process as there are provisions regarding suretyship in the section where Enforcement and Bankruptcy Code is organized on concordat, and there are provisions on concordat in the section where TCO is organized on suretyship. The effects of concordat on the suretyship require that these provisions be applied together although it is accepted that the provisions of the EBC regarding suretyship are special provisions according to the provisions of the TCO.

Keywords

Concordat, Suretyship, Joint indebtedness, Concordat period, Approval of the concordat

* Sorumlu Yazar: Levent Börü (Doç. Dr.), Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul-İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: leventboru@hacettepe.edu.tr ORCID: 0000-0003-3043-3467

** Şafak Parlak Börü (Dr. Öğr. Üyesi), Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: sparlak@law.ankara.edu.tr. ORCID:0000-0002-9843-6034

Atf: Boru L, Parlak-Boru S, "Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri" (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1239.

<https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.3.0004>



Extended Summary

A debtor who is unable to pay his debts due to deterioration of his financial situation or is in danger of failing to pay at a maturity date can restructure his debts via a certain maturity date or discount by the concordat institution settled in the law as a result of acceptance by the qualified majority creditors stipulated in the Enforcement and Bankruptcy Code and approval by the court. For creditors who can take their receivables in a suspended or reduced form, concordat requires self-sacrifice because, from the concordat period to the validation of the concordat, creditors cannot claim their receivables from the debtor in principle. The creditors who secure their receivables with suretyship will attempt to get the receivables after that, which they could not collect from the debtor, from the surety this time. This is because the consequences of the concordat period are valid only for the creditor and debtor and not for the sureties who are responsible for the debt jointly. Moreover, in the process from the decision of provisional period to approval of the concordat, the creditors have the right to apply for the entire receivable against the sureties who are responsible for the debt. In this process, the creditor can initiate execution proceedings against the surety or continue the execution proceedings that have started.

The surety, who is jointly responsible with the debt to the creditor, is also included in the area of interest of the concordat besides the creditor and the debtor if the creditor in the concordat uses his right to apply to the surety. Therefore, the concordat provisions, which only result in terms of creditors and debtors, are now associated with the surety because with the suretyship contract, a unique tripartite legal relationship is created on the creditor, the surety and the debtor. The fact that this tripartite legal relationship is related to concordat raises some problems that are difficult to comprehend. Hence, special provisions have been provided to TCO and EBC regarding the effects of concordat on suretyship. These provisions clarify the conditions of the creditor, the debtor, and the surety associated with the suretyship in the concordat. According to the provisions in the TCO (*lex specialis*), the concordat provisions regarding the suretyship foreseen in the EBC are special provisions, and they should be applied first. However, the fact that the provisions of the concordat in the EBC related to suretyship are special provisions in comparison with the provisions of the TCO does not mean that the concordat-related provisions in the TCO cannot be applied. At this point, the provisions of the concordat regarding the suretyship in the TCO will complete the provisions of the EBC to the extent they comply with its nature, whereas the provisions of the concordat in the EBC regarding suretyship are applied primarily.

Only the concepts of concordat or concordat period are involved in the provisions of the TCO regarding suretyship. However, the concordat, which is stipulated by the EBC, consists of three stages: the concordat application, the decision of the

concordat provisional and definitive period, and the approval of the concordat. The concordat process can continue for approximately 2 years from the decision of the concordat period to the approval of the concordat. In our study, it was aimed to reach the conclusions by examining the effects of the non-bankruptcy ordinary concordat application, period, and approval on suretyship by considering the provisions of the concordat as regards the suretyship in TCO and EBC.

The main features of suretyship are briefly explained in the first part of our study to solve the problems related to the effects of concordat on suretyship because these basic features related to suretyship may present some exceptional cases regarding the concordat institution. For example, on ordinary suretyship unless the creditor applies to the debtor, he cannot follow the surety. Otherwise, the surety may argue that the original debtor should be applied first (discussion plea) if the creditor applies directly to the surety before applying to the debtor. However, the creditor will gain the right to apply to the surety directly after the concordat provisional period is given (TCO art 585/I-b. 4).

The debtor should indicate the information and documents showing his financial status in the concordat application and the suretyship relations in the concordat application (EBC art 286, I-b). In practice, it is accepted that the liabilities arising from the suretyship should be shown in the debtor's balance sheet as liabilities that are likely to be paid by determining the burden they can bring with a realistic assessment because if the surety pays the debt arising from the suretyship, the main debtor has the right to recourse. The financial position of the debtor may be affected by taking part in the active part of the balance sheet if the surety can obtain this receivable. Accordingly, the court will freely evaluate the effect of the debts arising from the suretyship on the concordat application.

Article 300 of EBC has been introduced in order to reveal the conclusions regarding the rights to the surety belonging to the period after the approval of the concordat. After the approval of the concordat, the creditor firstly must perform the conditions stipulated in article 303 of EBC in order to use the right of application against the surety who is jointly responsible for the original debt. In addition, the creditor should also meet the conditions stipulated in the concordat related provisions in the TCO, which is pointed out by article 303 of EBC. In order to take full advantage of the opportunity to apply against the surety in article 303 of EBC, the creditor must register his receivable. After the creditor has registered his receivable, benefitting from the opportunity foreseen in article 303 of EBC requires that the creditor act within the numerous possibilities in the provision. Accordingly, the creditor who rejects the concordat maintains all his rights against those who are jointly responsible for the debt, and the creditor has the right to request the entire debt from the surety

as if there was no concordat. The creditor who accepts the concordat will be able to request his own rights from the surety, on condition that he will transfer his rights to the individuals responsible for debt in exchange for payment and inform them at least ten days before the meeting date.

It is important to explain what is necessary for the protection of the creditor's rights against the surety, which is not envisaged in the EBC but envisaged in the TCO. For example, although there is no provision for informing the surety in article 300 of EBC, the creditor is obliged to inform the surety when he learns that the debtor is given a concordat period.

Consequently, the effects of concordat on suretyship necessitates that special provisions in TCO and EBC be applied together. In this study, it was aimed to develop common solutions on the effects of concordat on suretyship by evaluating the mentioned provisions in substantive and procedural law together.

Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri

Giriş

Mali durumunun bozulması sebebiyle vadesi geldiği halde borçlarını ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan bir borçlu, Kanun'da öngörülen nitelikli çoğunlukta alacaklıları tarafından kabul edilmesi ve mahkemece tasdik edilmesi sonucu borçlarını vadelerlendirme veya indirim yapılmak şekliyle İİK'nda düzenlenen konkordato¹ kurumu ile yeniden yapılandırabilmektedir². Bu bakımdan konkordatonun borçlunun mali durumunu yeniden yapılandıran karakteristik bir özelliği bulunmaktadır³. Borçlunun konkordatodan yararlanabilmesi için onun iflâsa tabi kişilerden olması şart değildir⁴; bununla birlikte iflâsa tabi olmayan borçlu için de gerek konkordato başvurusunda gerek konkordatonun tasdikinde konkordato projesinde yer alan teklife göre alacaklıların eline geçmesi öngörülen miktar ile borçlunun iflâsı halinde alacaklıların eline geçebilecek muhtemel miktarın varsayımsal olarak tespit edilmesi gerekmektedir (İİK m 286,I-d; 305, I-a)⁵. Burada egemen olan düşünce borçlunun mali durumunun mümkün ise tasfiyeden, iflâstan ve iflâsın yıkıcı etkilerinden korunarak yeniden yapılandırılmasıdır⁶. Konkordato kurumu ile iflâsa tabi olmayan borçlu için borçlunun malvarlığının icra yoluyla paraya çevrilmesine kıyasla daha iyi değerlendirilmesi amaçlanırken⁷; iflâsa tabi kimse için ise alacaklılara iflâs tasfiyesine kıyasla daha avantajlı bir öneri getirilen toplu bir borç tasfiyesi amaçlanır⁸. Borçluya ise borçlarını ödeyebilmek konusunda belirli süre tanınarak onun malvarlığına karşı icra takibi yapılmasının önüne geçilir; bu bakımdan konkordato ile, esas itibarıyla borçlunun menfaatleri ön planda tutulmuştur⁹.

İcra İflâs Kanunu'nda konkordato, iflâs dışı (adi) konkordato, iflâs içi konkordato (iflâstan sonra konkordato) ve malvarlığının terki suretiyle konkordato olarak hükme bağlanmıştır. İflâs dışı konkordato, iflâsa tabi olmayan borçlularla henüz

¹ Konkordato, kelime anlamıyla sözleşme, anlaşma anlamına gelen "concordat", "konkordat", "concordato" kelimesinin karşılığıdır. Ejder Yılmaz, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi* (Yetkin 2016), 1256.

² Bkz ve karşı Daniel Hunkeler, *Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands* (Universitätsverlag Freiburg 1996) 5 ff; Selçuk Özbek, 'İİK m 285'in Selçuk Özbek (ed) *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Adalet 2019), 134 ff; Sümer Altay ve Ali Eskioçak, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku* (4. Bası, Vedat 2018) 16 ff; Timuçin Muşul T, *İflâs ve Konkordato Hukuku* (Adalet 2018) 347 ff; Hakan Pekcanitez ve Güray Erdönmez, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Vedat 2018) 4 ff.

³ Hans Hurter, *Der Nachlassvertrag mit Gesellschaftsgründung* (Keller & Co AG 1988) 34 ff.

⁴ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası E, *İcra ve İflâs Hukuku* (5. Bası, Yetkin 2019) 544.

⁵ Bu hükümlerin iflâs dışı konkordatonun niteliği ile bağdaşmadığı için Kanundan kaldırılması gerektiği görüşü için bkz Oğuz Atalay, 'Konkordato Projesinin Hazırlanması' iç *MHBİR XVI 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı 2019) 99.

⁶ Sema Taşpınar, 'Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler' (2003) 27 (2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 52.

⁷ Jolanta Kren Kostkiewicz, *Schuldbeitreibungs- & Konkursrecht* (3. Auflage, Schulthess 2018) 481.

⁸ Hunkeler (n 2) 14.

⁹ Süha Tanrıver, *Konkordato Komiseri* (Yetkin 1993) 4.

iflâs etmemiş olan borçluların teklif ettiği konkordato türüne verilen isimdir¹⁰. Bu çalışmamızda uygulamada da esas olarak ortaya çıkan konkordato türü olan iflâs dışı konkordatonun¹¹ kefalete etkileri irdelenecektir.

Alacaklarını vadelenendirilmiş veya indirilmiş şekilde alabilecek olan alacaklılar için konkordato özverili olmayı gerektirmektedir¹². Zira, konkordato mühleti verilmesinden konkordatonun tasdikine kadar alacaklılar alacaklarını borçludan kural olarak talep edemezler. Bunun üzerine alacaklıları kefalet ile güvence altına alan alacaklılar, borçludan tahsil edemedikleri alacaklarını bu kez kefilen almaya çalışacaklardır. İşte bu noktada konkordatonun ilgi alanına alacaklıların ve borçlunun dışında, alacaklıya karşı borçtan birlikte sorumlu olan kefil de dahil olmaktadır¹³. Böyle bir durumda sadece alacaklı ve borçlu bakımından sonuç doğuran konkordato hükümlerinin artık kefil ile de ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, konkordatonun kefalete etkileri konusunda TBK'na ve İİK'na özel hükümler konulmuştur. Çalışmamızda bu Kanunların ilgili hükümleri dikkate alınarak borçluya tanınmış iflâs dışı adi konkordato başvurusunun, mühletinin ve tasdikinin kefalet sözleşmesine etkileri incelenecektir. Çalışmamızın ilk bölümünde konkordatonun kefalet sözleşmesine etkilerine ilişkin sorunların çözülebilmesi için kefalete ilişkin temel özellikler kısaca açıklanacaktır.

I. Kefaletin Tanımı, Tarafları, Temel Özellikleri Ve Türleri

A. Tanımı, Tarafları ve Temel Özellikleri

Kefalet sözleşmesi, TBK m 581'de tanımlanmıştır. Buna göre, kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir¹⁴. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere kefalet sözleşmesi, alacaklıya kişisel teminat sağlanması amacıyla yapılarak üçlü bir ilişkiyi zorunlu kılar ve bu kişisel teminat fonksiyonu, kefalet sözleşmesinin asıl amacını ve hukuki sebebinin oluşturur¹⁵. Bu bakımdan kefaletin amacı, asıl borcun

¹⁰ Serdar Kale, *Sorularla Konkordato* (On İki Levha 2017) 4; Süha Tanrıver ve Adnan Deyneki, *Konkordatonun Tasdiki* (Yetkin 1996) 42.

¹¹ Yılmaz (n 1) 1257.

¹² İhsan Erdoğan, 'Konkordatonun Müşterek Borçlulara ve Kefillere Etkisi' (1984) 10 (1-2) *Yargıtay Dergisi* 158.

¹³ ibid 158.

¹⁴ Bu konuyla ilgili doktrin tarafından yapılan çalışmalara da bakıldığında yürürlükten kaldırılan 818 sayılı eski BK m 483 ile karşılaştırıldığında, 6098 sayılı TBK m 581'de hükme bağlanan kefalet sözleşmesine ilişkin tanımın yeterli olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple kefalet sözleşmesine ilişkin ayrıca kanun metni dışında bir tanımlama yapılması gerekmediği belirtilmiştir. Bkz Serkan Ayan, *Kefalet Sözleşmesi* (Adalet 2018) 15; Burak Özen, *6098 Sayılı TBK Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi* (4. Bası, Vedat 2017) 57; Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku* (2. Bası, Cem Web Ofset 2013) 20; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (9. Bası, Beta 2014) 1361; Kasım Buluş, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Birlikte Kefaletin Türleri ve Hükümleri* (Seçkin 2017) 23; Ömer Çınar, *Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi* (On İki Levha 2013) 1; Nami Barlas, 'Yeni Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler' iç Çiğdem Karca (ed), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* (Vedat 2013) 213.

¹⁵ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (7. Bası, Yetkin 2019) 771; Reisoğlu (n 14) 20.

alacaklısını güvence altına almaktır¹⁶. Buna göre, kefil, borçlunun borcunu ifa etmeyi sağlamaktan ziyade onun borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi durumunda bunu kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenir¹⁷. Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için mevcut ve geçerli aslı bir borcun varlığı, kefilin kefalet ehliyetine sahip olması (TBK m 582), kefalet sözleşmesinin yazılı olması ve kefilin garanti ettiği miktarın açıkça belirtilmiş olması (TBK m 583) gerekir¹⁸.

Kefalet sözleşmesinin tarafları alacaklı ile kefiledir. Başka bir deyişle, kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefil arasında yapılmasına rağmen, alacaklı, kefil ve borçlu arasında doğan üçlü ilişkiden kaynaklanan hukuki sonuçları ortaya çıkarır; dolayısıyla kefaletle temin edilen asıl borcun borçlusu kefalet sözleşmesinin tarafı değildir¹⁹. O halde kefalet sözleşmesinin yapılmasıyla, kefil ile borçlu arasında bir sözleşme ilişkisi ortaya çıkmaz; sadece kefil, belli özellikleri olan borçlunun borcu için, örneğin arkadaşı, ortak olduğu şirket veya ticari ilişkisi sebepleriyle kefil olmak isteyecektir²⁰.

Alacaklı, kefil ve borçlu üzerinde üçlü bir hukuki ilişki yaratan kefalet sözleşmesinin kendine özgü bazı temel özellikleri bulunmaktadır. Söz konusu bu temel özellikler onun diğer benzer hukuki kurumlardan²¹ ayırt edilmesini sağlamaktadır. Doktrinde kefalet sözleşmesinden doğan temel özellikler kısaca şu başlıklar altında belirtilmiştir²²:

-Kefalet borcu, fer’i bir borç ilişkisi doğurur: Kefalet sözleşmesi, kefil tarafından güvence altına alınan asıl bir borcun varlığını gerektirir ve bu borç, asıl borca bağlı hüküm doğurur²³. Buna göre, asıl borcun sona ermesi durumunda kefalet borcu da sona erecektir (TBK m 131,I). Asıl borç kısmen sona erdiği takdirde, kefilin sorumluluktan kurtulması da kısmen gerçekleşir²⁴. Kefalet sözleşmesinin fer’i özelliği sebebiyle, kefaletin varlığı, devamı ve sona ermesi de asıl borca bağlıdır²⁵. Bu sebeple kefalet borcu, asıl borç miktarıyla sınırlıdır ve kefile asıl borçtan fazla bir sorumluluk yüklenemez²⁶; yine alacak asıl borçluya karşı muaccel olmadan

¹⁶ Reisoğlu (n 14) 24; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri C 2* (4. Bası, Vedat 2008) 701.

¹⁷ Gülçin Elçin Grassinger, *Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları* (Alfa 1996) 13; Yavuz (n 14) 1363; Tandoğan (n 16) 696-697.

¹⁸ Reisoğlu (n 14) 43 ff; Ayan, 81 ff.

¹⁹ Reisoğlu (n 14) 20; Ayan, 15.

²⁰ Ayan (n 14) 16; Reisoğlu (n 14) 20.

²¹ Kefalet sözleşmesinin benzer olan garanti sözleşmesinden, rehin sözleşmesinden, müteselsil borçluluktan, borca katılmadan, avalden ayırt edilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Reisoğlu (n 14) 107 vd; Özen (n 14) 7 ff; Özlem Acar, *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi* (On İki Levha 2015) 19 ff.

²² Bkz ve karşı. Özen (n 14) 72 ff; Ayan (n 14) 18 ff; Reisoğlu (n 14) 22 ff; Acar (n 21) 9 ff; Eren (n 15) 774 ff; Barlas, (n 14) 213 ff.

²³ Reisoğlu (n 14) 22; Buluş (n 14) 25.

²⁴ Çınar (n 14) 6; Gizem Özkan Şahin, *'Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi' (2019) 25 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi (Prof.Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı) 1301.*

²⁵ Elçin Grassinger (n 17) 13.

²⁶ Bu kuralın istisnası alacaklının konkordatoyu reddi durumundadır. Bkz aşağı III, C, b, aa.

kefile karşı da muaccel olmaz²⁷. Ayrıca kefilin sorumluluğu kural olarak ikincil (tali) niteliktedir; bu sebeple, asıl borcun muaccel olması ile birlikte, yani borçlunun borcunu ifa etmemesinden sonra kefile başvurulabilir²⁸.

- Kefalet sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen ivazsız bir sözleşmedir: Kefalet sözleşmesi ile yalnızca kefil, alacaklıya karşı borç altına girmektedir²⁹. Başka bir deyişle, bu sözleşme ile alacaklı herhangi bir borç altına girmez ve kefilin kendisine karşı borç edimini yüklediği kimse borçlu olmayıp, alacaklıdır. Ayrıca, kefil, borçlanmış olduğu edime karşı alacaklıdan herhangi bir ivaz elde edemez³⁰.

- Kefalet sözleşmesinin hukuki sebebi alacaklıya kişisel teminat sağlamaktır: Kefalet sözleşmesi, kefil ile alacaklı arasında yapılması sebebiyle, kefil alacaklıya karşı kişisel güvence vermektedir³¹. Burada dikkat edilmesi gereken husus, asıl borç ile kefalet borcunun hukuki sebeplerinin birbirinden farklı olmasıdır; asıl borç, bir satış veya kira sözleşmesine dayanırken, kefalette daima kişisel teminat sebebine dayanılması gerekecektir³².

-Kefilin borcu, asıl borçtan ayrı bağımsız bir borçtur: Kefalet sözleşmesi ile kefil alacaklıya borçlunun edimini değil, kendi üstlendiği edimi borçlanır; böylelikle kefilin borcu, içerik ve şekil bakımından asıl borçtan bağımsızlaştırılır³³. Başka bir deyişle, kefalet sözleşmesinin geçerliliği, temel ilişkideki asıl bir borcun varlık ve geçerliliğine bağlı olmasına rağmen, kefalet sözleşmesi, alacaklı ile borçlu arasında yapılan temel borç ilişkisinden ayrı hüküm ve sonuç doğurur³⁴. Bu sebeple, kefilin alacaklıya yapacağı ifa ile asıl borç sona ermez; söz konusu ifayla kefalet borcu ortadan kalkar ve kefil alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde onun haklarına halef olur (TBK m 596).

B. Türleri

Konkordato ile ilgili kefaletin türlerine göre TBK’nda ayrıksı hükümler düzenlenmiştir; bu sebeple, çalışmada konuyla ilgisi olduğu ölçüde kefaletin türlerine kısaca değinilmesinde yarar vardır. Ayrıca diğer bölümde kefaletin konkordato karşısındaki sonuçlarına değinilecektir³⁵. Kefalet, adi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte (toplu) kefalet, kefile kefalet ve rücu kefalet olmak üzere çeşitli türlere ayrılır:

²⁷ Eren (n 15) 776; Reisoğlu (n 14) 22-23.

²⁸ Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (12. Bası, Yetkin 2019) 468; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler C II* (3. Bası, Vedat 2014) 288.

²⁹ Ayan (n 14) 18-19.

³⁰ Eren (n 15) 772-773.

³¹ Ayan (n 14) 18.

³² Eren (n 15) 777.

³³ Özen (n 14) 24; Eren (n 15) 774.

³⁴ Ayan (n 14) 46.

³⁵ Bkz aşağı B, 3.

- 1- Adi Kefalet: Borçlunun borcunu yerine getirmemesi durumunda alacaklının kefile başvurabildiği kefalet türüne ‘adi kefalet’ denir (TBK m 585). Bu kefalet, kefalet sözleşmesinin asıl olan türüdür³⁶. Adi kefalette kefilin borcu, tam anlamıyla ikincil bir borçtur; bu sebeple, alacaklının alacağını önce asıl borçludan talep ederek başvuruda bulunması gerekir³⁷. Kefile başvuru ile icra takibinin yapılması veya davanın açılması anlaşılmalıdır³⁸. Alacaklı borçluya başvurmadan, doğrudan doğruya kefile başvurursa, kefil, alacaklıdan önce borçluyu takip etmesi defini ileri sürebilir; doktrinde buna “tartışma def’i” adı verilmektedir³⁹. TBK m 585,II’e göre, alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle güvence altına alınmışsa, adi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan rehnin paraya çevrilmesi yolu ile alınmasını talep edebilir. Doktrinde buna “rehnin paraya çevrilmesi def’i” adı verilmektedir⁴⁰. Tartışma ve rehnin paraya çevrilmesi defileri kefile tanınmış iki savunma vasıtası olup, bu iki savunma birbirinden bağımsızdır. Dolayısıyla, kefil, öncelikle tartışma defini, bunun gereği yerine getirilip kendisine tekrar başvurulması durumunda ise, şartları var ise rehnin paraya çevrilmesi defini ileri sürebilecektir⁴¹.
- 2- Müteselsil Kefalet: Kefilin, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiği kefalete, ‘müteselsil kefalet’⁴² denir (TBK m 586). Bu tür kefalette alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden doğrudan kefilin takip edebilir; ancak bunun için borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir (TBK m 586). Müteselsil kefaleti diğer türlerinden farklı kılan, alacaklının asıl borçluyu takip etmesine gerek kalmadan müteselsil kefile başvurabilmesidir⁴³. Buna göre, alacaklı, borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda asıl borçluyu takip edebileceği gibi, bu hükümdeki şartlar gerçekleştiğinde müteselsil kefilin veya her ikisini de aynı anda takip edebilir⁴⁴. Başka bir deyişle, müteselsil kefalette kefilin, tartışma defini ileri sürme hakkı bulunmamaktadır; buna karşın rehin bakımından kefil, sadece taşınmaz rehninde rehnin paraya çevrilmesi defini ileri süremezken, alacak ve taşınır rehinlerinde bu defiyi ileri sürebilir⁴⁵. Müteselsil kefalette, asıl borçlu takip edilmeden ve

³⁶ Ayan (n 14) 291.

³⁷ Eren (n 15) 786.

³⁸ Ayan (n 14) 293.

³⁹ Aral ve Ayrancı (n 28) 480; Eren (n 15) 786; Ayan (n 14) 293.

⁴⁰ Ayan (n 14) 293; Elçin Grassinger (n 17) 214; Aral ve Ayrancı (n 28) 482; Eren (n 15) 787; Ali Cem Budak, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip* (Yeditepe Üniversitesi 2008) 27.

⁴¹ Özen (n 14) 260; Gümüş (n 28) 331; Ayan (n 14) 293.

⁴² Müteselsil kefaletin, müteselsil borçluluktan ayırt edilmesi gerektiği konusunda bkz Fulya Ertütle, ‘Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması’ (2003) 7 (1-2) *Atatürk Üniversitesi Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 632; Acar (n 21) 28; Nurchan Dalcı Özdoğan, *Müteselsil Sorumluluk* (Seçkin 2015) 73.

⁴³ Acar (n 21) 7.

⁴⁴ Nahide Siller, *Müteselsil Kefalet* (Seçkin 2019) 20; Acar (n 21) 7.

⁴⁵ Eren (n 15) 788.

taşınmaz rehni paraya çevrilmeden doğrudan kefile başvurabildiği için, kefaletin ikincilliği burada önemini yitirmiştir⁴⁶.

- 3- Birlikte Kefalet⁴⁷: Birden fazla kişinin, her biri kendi payı için adi kefil gibi, diğerlerinin payı için kefile kefil gibi sorumlu olmak üzere aynı borca birlikte kefil olmaları durumunda ortaya çıkan kefalet türüne ‘birlikte kefalet’ denir (TBK m 587). TBK m 587,II’e göre, borçluyla birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri, borcun tamamından sorumlu olur. Ancak, bir kefil, kendisiyle birlikte daha önce veya aynı zamanda müteselsilen yükümlü bulunan ve Türkiye’de takip edilebilen bütün kefillere karşı takibe girişilmiş olmadıkça, kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilir. Bu tür kefalet için kefillerin aynı anda kefil olmaları şartı aranmamakla birlikte, her bir kefilin başka kişilerin de kefalet sorumluluğu olduğunu bilmesi gerekmektedir⁴⁸.
- 4- Kefile Kefalet: ‘Kefile kefalet’, alacaklıya karşı, daha önce kefil olmuş veya olacak kimselerin borcunun üstlenilmesi durumunda ortaya çıkan kefalet türüdür (TBK m 588); adi veya müteselsil şekilde kefile kefalet ilişkisi kurulabilir⁴⁹. Bu tür kefalette kefil, alacaklıya karşı, borçluya kefil olmuş kişiye kefil olmakta ve böylece borçlunun ödemediği borcu kefilin de ödememesinin sorumluluğunu üstlenmektedir⁵⁰. Bu sözleşmenin tarafları, asıl borç ilişkisinde alacaklı ile kefile kefilidir⁵¹. TBK m 588,I’e göre, kefile kefil, alacaklıya karşı tartışma defini ve rehnin paraya çevrilmesi defini ileri sürebilir⁵².
- 5- Rücua Kefalet: Asıl borçluyla rücu eden kefile karşı, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumluluk üstlenilmesinde ortaya çıkan kefalet türüne rücua kefalet (TBK m 588,II) denir⁵³. Bu sözleşme, rücua kefil ile kefil arasında yapılır ve rücua kefil, alacaklıya ödemediği kefilin rücu alacağını teminat altına alır⁵⁴. TBK m 588, II’e göre, borcu ödemek zorunda kalan kefil, ödemediği borcu rücu eder ve ondan ödemiş olduğu borcu ister⁵⁵.

⁴⁶ Ayan (n 14) 85.

⁴⁷ Doktrinde birlikte kefalet için ‘toplu kefalet’ adı da kullanılmaktadır. Bkz Özen (n 14) 330 vd; Eren (n 15) 789; Buluş (n 14) 109.

⁴⁸ Buluş (n 14) 110.

⁴⁹ Reisoğlu (n 14) 201; Ayan (n 14) 107.

⁵⁰ Eren (n 15) 791.

⁵¹ Ayan (n 14) 108.

⁵² Eren (n 15) 791.

⁵³ Ayan (n 14) 108.

⁵⁴ Aral ve Ayrancı (n 28) 488.

⁵⁵ Eren (n 15) 792.

II. Konkordatonun Kefaleti Etkileyen TBK ve İİK Hükümlerinin Birbiri ile İlişkisi

TBK ve İİK’nda konkordatonun kefaleti etkileyen hükümleri bulunmaktadır. Söz konusu hükümler konkordatoda kefaletle ilişkili olan alacaklı, borçlu ve kefilin durumlarını açıklamaktadır. İİK’nda düzenlenen kefalete ilişkin konkordato hükümleri, TBK’nda yer alan hükümlere göre özel hükümlerdir (lex specialis) ve bunların öncelikle uygulanması gerekir⁵⁶. Ancak İİK’nda yer alan konkordatonun kefalete ilişkin hükümlerinin TBK’nda yer alan hükümlerine göre özel hükümler olması, TBK’nda düzenlenen konkordatonun kefalete ilişkin hükümlerinin uygulanamayacağı anlamına gelmez; burada öncelikle İİK’ndaki konkordatonun kefalete ilişkin hükümleri uygulama alanı bulurken, TBK’nda düzenlenen konkordatonun kefaletle ilişkin hükümleri ise niteliğine uygun düştüğü ölçüde İİK hükümlerini tamamlayacaktır. İİK m 297,II ve 300’de konkordatonun kefalet ile ilişkisi; TBK m 585, I-4, 585,III, 586,II, 590,II, 594,II-III’de ise kefaletin konkordato ile ilişkisi düzenlenmiştir. Bu hükümlerin birbirleriyle ilişkilerine ise aşağıdaki bölümlerde değinilecektir⁵⁷.

III. Kefalet Sözleşmesinin Konkordatonun Aşamalarında Değerlendirilmesi

A. Kefalet Sözleşmesinin Konkordato Başvurusuna Etkisi

İİK m 285 hükmüne göre, herhangi bir borçlu, konkordato başvurusunu yapabilir. Borçlunun konkordato başvurusu yapabilmesi için borcun kaynağının bir önemi yoktur; örneğin, borçlunun finans kuruluşlarına kredi kartı sözleşmesinden doğan borcu olabileceği gibi, başka diğer alacaklılara özel hukuk sözleşmeleri olan satım veya kiradan doğan borcu da olabilir⁵⁸. İşte bu noktada kefalet sözleşmesinin konkordato başvurusuna etkisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Borçlunun kendi mali durumunu gösteren bilgi ve belgelerle birlikte kefalet ilişkilerini de konkordato başvurusunda belirtmesi gerekir (İİK m 286, I-b). Uygulamada kefaletten doğan yükümlülüklerin borçlunun bilançosunda, gerçekçi bir değerlendirme ile getirebileceği yükü tespit edilerek ödenmesi muhtemel gerçek borçlar olarak pasifte gösterilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁹. Zira, kefil kefalet borcunu öderse, asıl borçluya rücu hakkına sahiptir; kefilin bu alacağı tahsil imkânı varsa, bilançonun aktif kısmında yer alması ile borçlunun mali durumu

⁵⁶ Brigitte Umbach Spahn, Stephan Kesselbach, Christian Exner, ‘Art 303 SchKG’ in Kren Kostkiwicz J, Vock D (eds) Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (4. Auflage Schulthess 2017) Art 303 N 1; Alexander Vollmar, ‘Art 303’ in SchKG’ in Adrian Staehelin, Thomas Bauer, Daniel Staehelin (eds) *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (2 Auflage Helbing Lichtenhahn, 2010) Art 303 N 2.

⁵⁷ Bkz aşağı III, B ve C.

⁵⁸ Pekcanitez ve Erdönmez (n 2) 7; Serhat Sarısözen, *Konkordato* (Yetkin 2020) 102.

⁵⁹ Mahmut Bilgen, *İflâs İflâsın Ertelenmesi, Konkordato Yargılama Usulü* (Adalet 2012) 735; Bkz Yargıtay 19 HD, 10197/11933, 17.12.2009; Yargıtay 11 HD, 6992/5896, 08.11.1991 (www.kazancı.com.tr) (erişim tarihi: 01.05.2020).

etkilenebilecektir⁶⁰. Buna göre, kefaletten doğan borçların konkordato başvurusuna etkisini mahkeme serbestçe değerlendirecektir⁶¹.

Uygulamada özellikle ticari şirket ortaklarının, bankadan alınan şirkete ait kredi borçları için aynı zamanda müteselsil kefil oldukları; hatta aynı ticari şirket ortaklarının farklı bir tüzel kişilik adı altında kurdukları şirketin borçlarına da müteselsil kefil oldukları sıklıkla görülmektedir⁶². Doktrinde, borçlu ve borca kefil olan diğer tüzel kişiliklerin TTK m 195'e göre grup şirket (şirketler topluluğu) olarak değerlendirilmemesi ve tek şirketmiş gibi konkordato başvurusunda bulunamaması gerektiği kabul edilmektedir; bununla birlikte şirketler topluluğunu oluşturan her bir şirket kendi adına ayrı ayrı projeler hazırlayarak ayrı ayrı dilekçelerle konkordato talebinde bulunabilirler⁶³. Bunun dışında borçlu ile kefilin aynı dilekçe ile konkordato başvurusunda bulunmasının mümkün olup olmadığı doktrinde tartışma konusu olmuştur:

Doktrindeki bir görüşe⁶⁴ göre, her gerçek veya tüzel kişi, yalnız kendisi için konkordato talep edebilecek olup, birden fazla gerçek veya tüzel kişinin birlikte aynı konkordato usulü içinde konkordato başvurusu yapması mümkün değildir; çünkü aynı dilekçeyle başvuru durumunda, her bir borçlunun farklı alacaklı gruplarının yapacakları oylamada karışıklıklar ortaya çıkabilecektir.

Doktrindeki diğer bir görüşe⁶⁵ göre ise, birbirlerine uyumlu projeler sunulması şartıyla tüzel kişi ve kefillerin aynı dilekçeyle konkordato başvurusunda bulunmaları mümkündür; bu durumda her bir borçlu için şartların ayrı ayrı değerlendirilmesi ve mahkemece ayrı ayrı karar verilmesi gerekir.

Yargıtay kararlarına⁶⁶ bakıldığında, genel olarak grup şirketlerinin her birinin birlikte konkordato talebinde bulunabileceği; fakat konkordato mühleti ve konkordato tasdiki için gerekli şartların her bir şirket için ayrı ayrı gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Kararına göre⁶⁷, şirket ortakları veya kefilleri tarafından sunulan konkordato projesinin sadece bir borçlu şirketin projesine dayanması durumunda, kefil için sunulan bu proje uygulanabilir değildir.

⁶⁰ Bilgen (n 59) 736.

⁶¹ Bkz Yargıtay 23 HD, 7489/4706, 13.11.2019 (www.kazancı.com.tr) (erişim tarihi: 01.05.2020).

⁶² Bkz ve karşı. Müjgan Tunç Yücel, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları* (On İki Levha 2020) 51.

⁶³ Öztekin (n 2) 146; Sarısözen (n 58) 113.

⁶⁴ Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku C 4* (3. Bası, Alfa 1997) 3595; Sarısözen (n 58) 113.

⁶⁵ Öztekin (n 2) 146; Muhammet Özkes, 'Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı' in Muhammet Özkes (ed), *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler* (2018) 55.

⁶⁶ "...Ltd Şti, Turcihan ve ...Turcihan birlikte konkordato teklifinde bulunmuşlardır. Konkordato tasdik talebinin birlikte istenmesine engel yoksa da konkordatonun tasdiki için gerekli koşulların her bir borçlunun şahsında gerçekleşmesi gerekir. Bu durumda konkordato teklif eden borçluların ayrı ayrı borç ve alacakları üzerinde durularak, tasdik koşullarının incelenmesi, bilanço ile bildirilen borç arasındaki farkın nedeninin açıklattırılması ve varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekir." Yargıtay 23 HD, 3457/701, 05.02.2020; Yargıtay 19 HD, 7121/10981, 23.11.2016; aynı yönde bkz Yargıtay 19 HD, 8721/564, 25.01.2001 (www.kazancı.com.tr) (erişim tarihi: 01.05.2020).

⁶⁷ İstanbul 17 BAM, 3202/2239, 20.12.2018 (app.e-uyar.com) (erişim tarihi: 01.05.2020).

Kanaatimizce, her bir şirketin ve kefilin aynı dilekçeyle konkordato başvurusu yapabilmesinden ziyade, her birinin kendine ait ayrı ayrı projeler hazırlaması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Zira şirketin ve kefilin birbirleri ile hukuki ilişkisi olsa dahi her birinin birbirlerinden farklı alacak grupları bulunmaktadır; buna göre her birinin borçlarını hangi gelirlerle ödeyebileceklerini ayrı ayrı bağımsız projelerle somutlaştırmaları gerekmektedir.

B. Konkordato Mühletinin Kefalet Sözleşmesine Etkisi

1. Genel Olarak

Borçlunun konkordato talebi üzerine mahkemece konkordato için gerekli şartların oluştuğuna kanaat getirilmesi durumunda borçluya konkordato geçici mühleti verilecektir (İİK m 287). Konkordato geçici mühleti, kesin mühlete geçilebilmesi için gerekli olan zorunlu bir aşamadır⁶⁸. İİK, alacaklı ve borçlu bakımından konkordato (geçici ve kesin) mühleti verilmesine birtakım sonuçlar bağlamıştır. İİK m 288’de geçici mühletin, kesin mühletin sonuçlarını doğuracağı hükme bağlanmışsa da, ayrıca metinde geçici mühletin sonuçları tek tek sayılmamıştır. Buna göre, kesin mühletin sonuçlarının niteliğine uygun düştüğü ölçüde geçici mühlet için de uygulanması gerekir⁶⁹. Çalışmamızın bu bölümünde konkordato (geçici) mühletinin konkordatonun tasdik edilmesine kadarki süreçte kefalet sözleşmesi bağlamında asıl borçlu ve kefil bakımından ortaya çıkan etkileri değerlendirilecektir.

2. Borçlu Bakımından Etkisi

Konkordato mühleti kararının asıl borçlunun kefalet sözleşmesi yapabilmesine etkisi bulunmaktadır. İİK m 297, II’e göre borçlu, mahkemenin izni dışında geçici mühlet kararından itibaren kefil olamayacaktır. Mühlet dönemi içerisinde borçlunun kefalet sözleşmesi yapabilmesi mahkeme iznine bağlandığı için, doktrinde buna “yasak işlem” adı verilmiştir⁷⁰. Buna göre, borçlunun mühlet kararından itibaren adi kefalet, birlikte kefalet, rücu kefalet veya müteselsil kefalet⁷¹ vermesi yasaktır⁷². Bunun amacı ise borçlunun malvarlığının alacaklıların menfaati ölçüsünde

⁶⁸ Ali Cem Budak ve Müjgan Tunç-Yücel, ‘İİK m 289’ iç Selçuk Özbek (ed) *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Adalet 2019) 272; Hakan Albayrak, *İflâs Dışı Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları* (Yetkin 2020) 54.

⁶⁹ Alacaklılar kurulunun oluşturulması, alacaklıların alacaklarını bildirmeye davet edilmesi, alacaklılar toplantısının yapılması kesin mühlette söz konusu olup geçici mühlette yer almamaktadır. Bkz Pekcanitez ve Erdönmez (n 2) 30; Geçici mühlet kararının verilmesi dosya üzerinden yapılan incelemeye dayanması mümkün iken, kesin mühlet hakkındaki kararın mutlaka duruşmalı olarak yapılan inceleme sonucunda verilmesi gerekir. Bkz Atalı M, ‘Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları’ iç Muhammet Özkes (ed), *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler* (On İki Levha 2018) 89; Özkes (n 65) 71.

⁷⁰ Hunkeler (n 2) 206; İlhan Postacıoğlu, *Konkordato* (2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1965) 65; Tanrıver (n 9) 75; Atalı (n 69) 97.

⁷¹ Bkz kefalet türleri için yukarı I, B.

⁷² Tanrıver (n 9) 74; Bilgehan Yeşilova, ‘İİK m 297’ iç Selçuk Özbek (ed) *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Adalet 2019) 416.

korunmasıdır⁷³. Borçlunun bu yasağa rağmen yapmış olduğu kefalet sözleşmesi ise hükümsüzdür (İİK m 297, II). Kanun'da hükme bağlanan hükümsüzlük yaptırımının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır:

Doktrindeki birinci görüş⁷⁴ göre, Kanun'daki "hükümsüzlük" ile kastedilenin yürürlükten kaldırılan 818 sayılı BK m 20'e göre "mutlak butlan", yürürlükte olan 6098 sayılı TBK m 27'e göre ise "kesin hükümsüzlük (geçersizlik)" yaptırımı olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, yapılan işlem maddi hukuka göre geçersizdir ve hükümsüz olan bu işlemler sonradan geçerli duruma getirilemezler; hatta konkordato kalkmış veya tasdik edilmemiş olsa dahi kefalet sözleşmesi hükümsüz olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla işlem yapıldıktan sonra mahkemeden sonradan onay (icazet) alınması mümkün değildir. Yine komiserin işleme onay vermesine rağmen, mahkemece izin verilmeyen işlem de geçersizdir. Bu hükümsüzlüğü alacaklı, borçlu ve üçüncü kişiler ileri sürebilirler. Mahkeme de kendiliğinden bu hükümsüzlüğü dikkate alabilir. Başka bir deyişle, kesin hükümsüzlük, sadece taraflar yönünden değil, herkese karşı etkili olduğundan, menfaati olan herkes geçersizliği ileri sürebilir.

Doktrindeki ikinci görüş⁷⁵ göre ise kanun metnindeki hükümsüzlük tabiri esas olarak maddi hukuk anlamındaki kesin hükümsüzlüktür; fakat bu yaptırımın somut olaya göre TMK m 2'deki dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Nitekim şekle aykırı olarak yapılan bazı işlemlerin yaptırımı kesin hükümsüzlük olmasına rağmen, bazı durumlarda bu şekle aykırılığın ileri sürülmesi TMK m 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması yasağı olarak değerlendirilmektedir. Özellikle işlemin geçersiz sayılması adil olmayan sonuçlar doğuruyorsa, hakimin dürüstlük kuralına aykırılığı da kendiliğinden dikkate alınması gerekir. Bu hüküm ile borçlunun değil, alacaklıların korunması amaçlanmıştır; dolayısıyla bu çerçevede ve olayın özelliklerine göre, hukuki işlemin geçerli olarak kabul edilebileceği durumların olması halinde mahkemenin sonradan da gerekirse bu işlemlere icazet (onay) verebilmesi gerekir; mahkemenin icazet talebini reddetmesi durumunda ise bu işlem hükümsüz kalmaya devam etmelidir.

Doktrindeki üçüncü bir görüş⁷⁶ ise, İİK'daki "hükümsüzlük" tabirinin maddi hukuk anlamında mutlak veya nisbi butlan olarak değil; takip hukukuna göre hükümsüzlük olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Borçlunun bu tür işlemleri yapması durumunda mahkemenin vereceği sonradan icazet ile hükümsüzlük giderilebilir ve geçerli bir işlem haline getirilebilir; çünkü burada amaç, yargısal kontrol güvencesinin sağlanmasıdır. Mahkemenin izni olmadan bu işlemlerin yapılması, erteleyici şartta

⁷³ Alexander Vollmar, 'Art 298' in SchKG'in Adrian Staehelin, Thomas Bauer, Daniel Staehelin (eds) *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (2 Auflage Helbing Lichtenhahn, 2010 Art 298 N 1.

⁷⁴ Yeşilova (n 72) 413 ff; Sarısözen (n 58) 319-320; ayrıca 2003 tarihli 4949 sayılı Kanun değişikliği öncesi aynı yönde Tanrıver (n 9) 76; Postacıoğlu (n 70) 58-59; Saim Üstündağ, İflâs Hukuku, İflâs, Konkordato, İptal Davaları (8. Bası, Yaylacık 2009) 240.

⁷⁵ Albayrak (n 68) 124-127.

⁷⁶ Taşpınar (n 6) 69-70; Ahmet Başözen A, *Müflisin Tasarruf Yetkisi* (Turhan Kitabevi 2005) 112-114.

olduğu gibi düşünülmelidir ve izinsiz devredilen malvarlığı unsurları her zaman konkordato borçlusunun malvarlığına geri alınabilmelidir. Mühlet içinde bu izin alınmamışsa şart yerine gelmediğinden işlem geçersiz olmalıdır.

İİK m 297'nin mehzını İsviçre İİK m 298 hükmü teşkil etmektedir; bu hükme göre, mühlet döneminde mahkemenin izni dışında borçlu tarafından yapılan kefalet işlemi hukuken geçersizdir. Mehoz Kanun'da bizimkenden farklı olarak bir kesin hükümsüzlük yaptırımı öngörülmemiştir ve iyiniyetli kazanımların korunacağı hükme bağlanmıştır⁷⁷. İsviçre doktrininde eskiden mahkemenin izni alınmaksızın yapılan yasak işlemlerin yaptırımı mutlak butlan (hükümsüzlük) (Nichtigkeit) olarak kabul edilmekteydi; fakat günümüz doktrininde mahkemenin izni dışında yapılan yasak işlemlerin hükümsüzlükle geçersiz kılınması yaklaşımından vazgeçilmiştir ve mahkemenin daha sonra vereceği onayla bu işlemlerin geçerli hale gelebileceği kabul edilmiştir⁷⁸. Dolayısıyla İsviçre doktrininde, mahkemenin izni dışında borçlu tarafından yapılan kefalet işleminin maddi hukuk anlamında hükümsüz olarak değil, sadece icra hukuku anlamında alacaklılara karşı geçersiz olduğu kabul edilmektedir⁷⁹.

Kanaatimizce, Kanun'daki "hükümsüzlük" ile "askıda hükümsüzlük"⁸⁰ anlaşılmalıdır. Zira, hükümde açıkça bu işlemin geçerliliği mahkemenin iznine tabi kılınmıştır ve iznin zamanı konusunda bir açıklık getirilmemiştir. Buna göre, hukuki işlem, kurucu unsurları gerçekleştiği halde, bazı nedenlerle hükümlerini doğurmayıp, bir askı durumu içindedir; burada eksik olan unsur mahkemenin iznidir; eksik olan bu unsur gerçekleşirse, sözleşme kurulduğu andan itibaren hüküm ifade eder veya bu unsur gerçekleşmez ise, kefalet sözleşmesi kesin hükümsüz olarak kabul edilir⁸¹. Onay verilmediği dönem için bunu mahkeme kendiliğinden göz önüne almak zorundadır⁸². Mahkemenin izin vermediği durumda, işlemin takip hukukuna göre geçersiz olduğunu kabul etmek değil; maddi hukuka göre geçersiz olduğunu kabul etmek gerekir; aksi takdirde borçlu konkordato mühleti boyunca dürüstlük kuralına aykırı işlemlere girişebilir.

⁷⁷ İİK'da açıkça iyiniyet konusunda bir hüküm yoktur. Bununla birlikte doktrinde konkordato mühlet kararının verilmesiyle ilanı arasındaki zaman sürecinde yapılan iyiniyetli işlemlerin korunması gerektiği belirtilmiştir. Bkz Yeşilova (n 72) 419; Cenk Akil, *Sorularla Adı Konkordato* (Adalet 2019) 173.

⁷⁸ Bkz Hunkeler (n 2) 207; Vollmar (n 73) Art 298 N 14; Thomas Bauer, Daniel Staehelin, *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs Ergänzungsband* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2017), Art 298 N 23.

⁷⁹ Brigitte Umbach Spahn, Stephan Kesselbach, Stefan Bossart, 'Art 298 SchKG' in Kren Kostiwicz J, Vock D (eds) *Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (4. Auflage Schulthess 2017) Art 298 N 12,16; Vollmar (n 73) Art 298 N 14.

⁸⁰ Bkz Nagehan Kırkbeşoğlu, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük* (Vedat 2011) 76.

⁸¹ Kırkbeşoğlu (n 80) 76.

⁸² Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Vedat 2016) 179-180.

3. Kefil Bakımından Etkisi

Konkordato (geçici veya kesin) mühletinin sonuçları, yalnızca alacaklı ve borçlu bakımından geçerli olup, borçtan birlikte sorumlu olan kefiller bakımından geçerli değildir⁸³. Buna göre, konkordato geçici mühleti kararından konkordatonun tasdik edilmesine kadarki süreçte borçtan birlikte sorumlu olan kefillere karşı alacağın tamamı hakkında alacaklıların başvuru (müracaat) hakkı vardır; alacaklı bu süreç içerisinde kefile karşı icra takibi yapılmasını veya başlamış olan icra takibine devam edilmesini sağlayabilir⁸⁴. Ortağın şirkete kefil olması durumunda alacaklı ortağa karşı mühlet kararının bütün sınırlamalarından bağımsız hareket edebilir ve bunun sonucunda ortağın kâr payına haciz koydurtabilir veya ortağın payını paraya çevirtirebilir⁸⁵. Ancak konkordato alacaklısının, borçluya konkordato mühletinin verilmesi ile birlikte kefile karşı takip yapabilmesi için ayrıca bu borcun da muaccel olması gerekir; zira iflâstaki kuralın (İİK m 195) aksine borçluya konkordato mühleti verilmesi ile borç kendiliğinden muaccel hale gelmez⁸⁶ ve alacak asıl borçluya karşı muaccel olmadan da kefile karşı muaccel olamaz⁸⁷.

Konkordato borçlusu hakkında geçici mühlet kararı verilmesi durumunda asıl borca kefil olan kimseden borcun talep edilebilmesi imkânı İİK ve TBK hükümlerinin birlikte uygulanması sonucunu ortaya çıkarır.

Konkordato mühletinin kefalet sözleşmesine etkisi tespit edilirken, kefaletin türüne dikkat edilmelidir⁸⁸. Kefaletin türlerinden ve özelliklerinden yukarıda da bahsedildiği üzere⁸⁹, adi kefalette alacaklı borçluya başvurmadıkça kefil takip edemez; aksi durumda alacaklı borçluya başvurmadan önce doğrudan kefile başvurursa kefil önce asıl borçluya başvurulması gerektiğini (tartışma defini) ileri sürebilecektir; fakat borçluya konkordato geçici mühleti verilmesi ile birlikte alacaklı doğrudan doğruya kefile başvurabilme hakkına sahip olacaktır (TBK m 585/I-b 4). Yine, alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle güvence altına alınmışsa, adi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını talep edebilir (TBK m 585,II). Fakat, borçluya konkordato geçici mühleti verildiği andan itibaren artık alacaklı adi kefile karşı doğrudan doğruya icra takibi başlatabilir ve kefil de, İİK m 45’de öngörülen rehnin paraya çevrilmesi defini ileri süremez⁹⁰.

⁸³ Dilek Aydemir, ‘Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkisi’ (2019) 15 (43) *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 547; Erdoğan (n 12) 165; Tunç Yücel (n 62) 36-37.

⁸⁴ Tunç Yücel (n 62) 37; Mahmut Bilgen, *Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar* (2. Basi, Adalet 2017) 560.

⁸⁵ Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku* (2. Basi, Yetkin 2019) 672.

⁸⁶ Tunç Yücel (n 62) 42.

⁸⁷ Eren (n 15) 776; Reisoğlu (n 14) 22-23.

⁸⁸ Muşul (n 2) 379.

⁸⁹ Bkz yukarı I, A ve B.

⁹⁰ Tunç Yücel (n 62) 39; Budak (n 40) 29; Muşul (n 2) 381 ff.

Müteselsil kefalette alacaklı, konkordato mühletinin verilmesiyle birlikte borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden doğrudan kefil takip edebilir (TBK m 586, I). Bu hükme göre, asıl borçlu hakkında konkordato geçici mühleti kararı verilmişse, artık müteselsil kefile karşı alacaklının doğrudan başvuru hakkı doğmaktadır. Dikkat edilirse, konkordato mühleti boyunca asıl borçluya karşı herhangi bir icra takibi başlatılamıyorken, müteselsil kefile karşı icra takibi başlatılabilecektir⁹¹. Ayrıca asıl borçluya konkordato mühleti verilmesi durumunda, alacağın, ipotekle, teslimine bağlı taşınır rehniyle veya alacak rehni ile güvence altına alınmış olmasının herhangi bir etkisi olmaz ve doğrudan müteselsil kefile karşı başvuru (veya icra takibi) yapılabilir (TBK m 586,II) ; başka bir deyişle bu tür durumlarda İİK m 45,I deki def'i ileri sürülemez⁹².

Konkordato geçici veya kesin mühleti döneminde kefil, kendisine karşı icra takibi yapılmasını TBK m 590, II'de öngörülen hükmün yerine getirilmesi şartıyla önleyebilir. Buna göre, bütün kefalet türlerinde⁹³ kefil, aynı teminat (güvence) karşılığında hakimden, mevcut rehinler paraya çevrilmeye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini talep edebilecektir. Madde metnindeki “konkordato kararı” ifadesinin İİK’nda tam bir karşılığı olmadığı için doktrinde “konkordatonun tasdiki kararı” şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir⁹⁴. Bu hükme göre, konkordatonun tasdik edilmesine karar verilinceye kadar takibin her aşamasında kefaletin türü ne olursa olsun kefil, aynı güvence karşılığında hakimden kendisine karşı yöneltilen icra takibinin durdurulmasını isteyebilecektir⁹⁵. Doktrinde kefile tanınmış bu talep hakkına “takibin durdurulması def’i” adı verilmektedir⁹⁶. Kanun metninde sadece “takibin durdurulması” ifadesinin kullanılması sebebiyle, kefile karşı açılan alacağa ilişkin davalarda bu hüküm uygulama alanı bulamaz⁹⁷. Konkordato borçlusunun projesinde tasdik edilen konkordatonun, İİK m 308/c, I’e göre, tasdik kararının kesinleşmesiyle bağlayıcı hale geleceği kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir durumda ise “konkordato tasdik kararı” ifadesinin “konkordato tasdik kararının kesinleşmesi” şeklinde anlaşılması gerekir; çünkü, böyle bir durumda mühletin etkileri, kanunda öngörülen istisnalar saklı kalmak kaydıyla bağlayıcı hale geldiği tarihe kadar devam eder (İİK m 308/c, I).

⁹¹ Tunç Yücel (n 62) 41.

⁹² Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (2. Bası, Adalet 2013) (El Kitabı) 989; Tunç Yücel (n 62) 41.

⁹³ Bkz yukarı I, B.

⁹⁴ Aydemir (n 83) 551; Tunç Yücel (n 62) 41; Ayan, 507; Gümüş (n 28) 426.

⁹⁵ Bkz Özen (n 14) 84; Ayan (n 14) 488-489.

⁹⁶ Gülçin Elçin Grassinger, ‘Kefalet İşlemleri’, *Yeni Borçlar Kanunu’nun Değerlendirilmesi ve Değişikliklerin Uygulamaya Yansımaları* (İktisadi Araştırmalar Vakfı 2012) 53.

⁹⁷ Ayan (n 14) 488; Aydemir (n 83) 548.

TBK m 590, II'e göre takibin durdurulabilmesi için kefil tarafından aynı teminat gösterilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla kefilin şahsi teminat göstermesi, bu hükmeye göre takibin durdurulabilmesi için yeterli değildir. Aynı teminatlar olarak taşınmaz rehni, taşınır rehni, pay senedi rehni, ticari işletme rehni örnek verilebilir⁹⁸. Bu noktada teminatın türünü kefil belirlerken, teminatın miktarına ise hakim karar verecektir⁹⁹. Doktrinde teminatın miktarı konusunda bir tartışma bulunmaktadır:

Doktrindeki bir görüşe¹⁰⁰ göre, takibin durdurulması için gerekli teminat miktarı kefilin sorumlu olduğu en yüksek tutar kadar olmalıdır.

Doktrindeki diğer bir görüşe¹⁰¹ göre ise, kefil tarafından gösterilmesi gereken teminat miktarı, takibin durdurulmadan devam ettirilmesi durumunda alacaklının elde edeceği tutar kadar olmalıdır.

Kanaatimizce, TBK m 590, II ihtiyati tedbir türlerinden bir tanesidir ve bu sebeple teminat miktarı konusunda HMK m 392 hükmü dikkate alınmalıdır. Buna göre, kefil tarafından gösterilmesi gereken teminat miktarı, alacaklının muhtemel zarar miktarı kadar olmalıdır. Ayrıca, kefalet borcu, asıl borç miktarıyla sınırlıdır ve kefile asıl borçtan fazla bir sorumluluk yüklenemeyeceği için, teminatın miktarı kefilin sorumlu olduğu miktardan fazla olamamalıdır. Dolayısıyla, hakim, somut olayın niteliğine göre kefilin sorumlu olduğu miktarı aşmamak kaydıyla teminat miktarını hakkaniyete uygun bir oranda serbestçe belirleyebilmelidir.

Kefile karşı başlatılan takibin durdurulabilmesi için hangi mahkemenin görevli ve yetkili olduğuna ilişkin kanun metninde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple bu konu hakkında doktrinde bazı görüşler ileri sürülmüştür.

Bizim de katıldığımız doktrindeki birinci görüşe¹⁰² göre, kefile karşı başlatılmış icra takibinin durdurulması icra takibinin yapıldığı icra dairesinin bağlı olduğu yerdeki icra mahkemesinden, kefil hakkında iflâs takibi yapılıyorsa, iflâs davasına bakan asliye ticaret mahkemesinden talep edilmelidir. Bu görüşe göre, kefilin TBK m 590, II'ye dayanarak başvurusu konkordato sürecine dahil bir cebri icra organının yaptığı bir işlem aleyhine değildir; dolayısıyla alacaklının kefile karşı yaptığı takibin konkordato prosedüründen bağımsız olması sebebiyle konkordato mühletine karar veren asliye ticaret mahkemesi görevli olamaz. Bu görüşe göre, kefile karşı genel haciz yoluyla takipte takibin yapıldığı icra dairesinin bağlı olduğu yer icra mahkemesi veya iflâs takibi yapılması durumunda asliye ticaret mahkemesi yetkili ve görevli olmalıdır.

⁹⁸ Gümüş (n 28) 424; Özen (n 14) 84; bunların içerisinde banka teminat mektuplarının da sayılabileceği görüşü için bkz Ayan (n 14) 497.

⁹⁹ Ayan (n 14) 501.

¹⁰⁰ Ayan (n 14) 501; Gümüş (n 28) 424-425; Aydemir (n 83) 549.

¹⁰¹ Özen (n 14) 84-85.

¹⁰² Ayan (n 14) 435; Aydemir (n 83) 550.

Doktrinadaki ikinci görüşe¹⁰³ göre, konkordato mühleti içinde takibin durdurulması yönündeki talep, konkordato mühletini veren asliye ticaret mahkemesinden istenmelidir.

Kefil TBK m 590,II'e göre takibin durdurulmasını doktrinadaki bir görüşe¹⁰⁴ göre, sadece bir kez talep edebilir ve takip durduktan sonra alacaklı kefile karşı başlattığı takibe devam etme imkânını tekrar elde ederse, artık kefil, aynı hükme göre takibin yeniden durdurulmasını talep edemez. Kanaatimizce, TBK m 590'II hükmüne göre kefilin başvuru hakkı sınırlanmadığından, bu konuda kefil için bir sınırlama getirilmesi de yerinde değildir. Kefilin takibin durdurulmasına ilişkin talep hakkının sınırı, TMK m 2 ve HMK m 29'da düzenlenen dürüstlük kuralı ile serbestçe hakim tarafından belirlenmelidir.

Asıl borçluya (konkordato borçlusuna) kefil olan kimsenin aynı zamanda rehin veren üçüncü kişi olması da muhtemeldir. Zira uygulamada özellikle, ticaret şirket ortaklarının, şirketin banka kredi borçları için hem kendi malvarlığında rehin tesis etmesi hem de müteselsil kefil olduğu sıklıkla görülmektedir¹⁰⁵. Böylelikle bankalar kredi alacağını hem şahsi hem aynı teminatla güvence altına almaktadırlar. Böyle bir durumda TBK m 586'a göre borçluya konkordato mühleti verilmesi ile birlikte borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düştüğü kabul edilerek, aynı zamanda alacaklının tercihine göre müteselsil kefil olan üçüncü kişiye karşı tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla genel haciz yoluyla takip veya rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilecektir¹⁰⁶.

Sonuç olarak, konkordato geçici mühleti kararından itibaren alacaklı, kefile karşı icra takibi yapılmasını veya başlamış olan icra takibine devam edilmesini sağlayabilir. Böyle bir durumda kefil aleyhine yapılan takip sonucunda kefilin borcu ödemesi durumunda, alacaklının alacaklı sıfatı ortadan kalkar ve artık konkordato alacaklısı olamaz. Bu durumda ödeme yapan kefil, alacaklının haklarına TBK m 596, I'e göre kanunen halef olduğundan, konkordatoya alacaklı olarak kaydedilir¹⁰⁷ ve konkordatonun tasdik edilmesi durumunda konkordato borçlusuna karşı, ancak konkordato projesinde öngörülen şartlar ölçüsünde rücu hakkına sahip olur¹⁰⁸. Burada dikkat edilmesi gereken husus, konkordatonun tasdikinden sonra kefilin alacaklıya ödediği paranın kısmen veya tamamen iadesinin İİK m 303'e göre talep edilemeyeceğidir¹⁰⁹. Böyle bir durumda borçluya rücu hakkı olan kefilin halefiyet ilkesi gereği (TBK m 168) alacağını doğrudan konkordato komiserine kaydettirmesi gerekecektir¹¹⁰.

¹⁰³ Tunç Yücel (n 62) 41.

¹⁰⁴ Ayan (n 14) 495; Aydemir (n 83) 552.

¹⁰⁵ Tunç Yücel (n 62) 51.

¹⁰⁶ Bkz ve karşı Tunç Yücel (n 62) 51-52; Kuru, El Kitabı (n 92) 989.

¹⁰⁷ Erdoğan (n 12) 164.

¹⁰⁸ Altay ve Eskioçak (n 2) 324; Aydemir (n 83) 548; Kuru, El Kitabı (n 92) 1520; Tunç Yücel (n 62) 38.

¹⁰⁹ Kuru, El Kitabı (n 92) 1520; Tunç Yücel (n 62) 38.

¹¹⁰ Ayhan Akyürek ve Remziye Akyürek, *Konkordato Hukuku* (Yetkin 2019) 418; Tunç Yücel (n 62) 52-53.

C. Konkordatonun Tasdikinin Kefalet Sözleşmesine Etkisi

1. Genel Olarak

İİK m 303’de borçtan birlikte sorumlu olanlara karşı haklar üst başlığı ile bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre alacaklının konkordato projesini kabul veya reddetmesi durumunda birlikte borçlulara karşı sahip olduğu haklarını tam olarak koruyabilmesi için yapılması gerekenler hükme bağlanmıştır¹¹¹. 7101 sayılı Kanunla¹¹² 28.02.2018 tarihinde İİK m 295 yerine m 303 ile “müşterek borçlu, borçlunun kefilleri ve borcu tekeffül eden” kavramları yerine “borçtan birlikte sorumlu olanlar” ifadesi tercih edilmiştir¹¹³. Borç ilişkisinde borçlu tarafın birden fazla kişi olması durumu birlikte borçluluk olarak ifade edilebilir; bu durum taraf iradelerinden, kanun hükmünden veya borcun konusu olan edimin niteliğinden kaynaklanabilir¹¹⁴. Buna göre, aynı borç ilişkisinde sorumluluğun birden fazla kişi üzerinde toplanması gerekir. Borçtan birlikte sorumlu olanlar kavramı içerisine özel bir hukuki ilişki sebebiyle konkordato borçlusu ile birlikte borca taraf olan kefiller de dahildir¹¹⁵. Başka bir deyişle, borçtan birlikte sorumlu olan kavramı, kefil ve müteselsil borçluları da içine alan daha geniş bir kavramdır¹¹⁶. Nitekim, İİK m 303 hükmünün mehzazını İsviçre İİK m 303 teşkil etmektedir ve bu hükmün üst başlığı borçtan birlikte sorumlu olanlara karşı haklar (Rechte gegen Mitverpflichtete) olarak belirtildikten sonra madde metninde bu kavramın içerisine kefaletin (Bürgen) de dahil olduğu açıkça hükme bağlanmıştır¹¹⁷. Dolayısıyla birlikte borçlu kavramı içerisine, borçlu lehine müteselsil veya ikincil (tali) olarak yükümlülük altına girmiş olan herkes dahildir¹¹⁸; bu şekilde kanun maddesinde sınırlayıcı değil, örnekleyici bir düzenleme yapıldığını ifade edebiliriz¹¹⁹. Söz konusu madde ile alacaklının, asıl borçlunun ödeme güçlüğü (aciz hali) içerisinde olması durumunda borca taraf olan kimselere başvurabilmesi imkânı verilmiştir¹²⁰.

İİK m 303 hükmü, konkordato mühleti dönemini değil, aksine konkordatonun tasdik edilmesinden sonraki döneme ait olan kefile karşı haklar ile ilgili sonuçları

¹¹¹ Üstündağ (n 74); 248 dn 225a; Aydemir (n 83) 523.

¹¹² Kabul Tarihi: 28.02.2018, RG 15.03.2018/30361.

¹¹³ Bkz İİK m 303’ün mehzazını teşkil İsviçre İİK (SchKG art 303) m 303 başlığı da “borçtan birlikte sorumlu olanlar” olup, madde metni içerisinde açıkça kefillere de uygulanabileceği hükme bağlanmıştır. 7101 Sayılı Kanun öncesi İİK m 295’deki kurum, madde başlığı dışında esasına ilişkin bir değişiklik yapılmadan m 303 ile yeniden düzenlenmiştir. Bu durumda İİK m 295 için yapılan yorumlar aynen m 303 için de geçerliliğini korumaya devam etmektedir. Bkz Aydemir (n 83) 524; 2018 tarihli değişiklikle İİK m 303 hükmü yeniden düzenlenmekle birlikte, bu hükmün mehzazı olan İsviçre İİK m 303’si ise 21.06.2013 tarihli revizyonda değiştirilmemiştir. Bkz Bauer (n 78) Art 303 N 2a.

¹¹⁴ Dalcı Özdoğan (n 42) 50.

¹¹⁵ Selçuk Özteke ve Müjgan Tunç Yücel, ‘İİK m 303’ iç Selçuk Özteke (ed) *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Adalet 2019) 509.

¹¹⁶ Tunç Yücel (n 62) 38.

¹¹⁷ Bauer (n 78) Art 303 N 2a.

¹¹⁸ Bkz Vollmar (n 56) Art 303 N 7; BGE 121 III 191 E. 2.

¹¹⁹ ibid N 7.

¹²⁰ Erdoğan (n 12) 163.

ortaya koyar. Başka bir deyişle, bu hüküm uyarınca alacaklının borçtan birlikte sorumlu olan kefile karşı bütün haklarını koruyup koruyamayacağı yönündeki hukuki sonuçların doğabilmesi konkordatonun tasdikine bağlıdır¹²¹. Konkordatonun tasdikinden sonra alacaklının asıl borçtan birlikte sorumlu olan kefile karşı başvuru hakkını kullanabilmesi için öncelikle İİK m 303’de öngörülen şartları yerine getirmesi gerekir. Ayrıca, İİK m 303’ün işaret ettiği TBK’nda yer alan konkordato ile ilgili hükümlerinde öngörülen diğer şartlar da sağlanmalıdır. Buna göre, konkordatonun tasdikinden sonra, alacaklının kefile karşı haklarının korunabilmesi için konkordato mühleti sırasında İİK m 300 ve bunun işaret ettiği TBK’nun ilgili maddelerindeki şartlar yerine getirilmelidir¹²². Ancak, konkordato alacaklılar toplantısında oy hakkı bulunmayanlar (İİK m 302), örneğin rehinli alacaklılar bakımından İİK m 300 uygulama alanı bulamaz; çünkü bu kişiler toplantıda oy kullanma hakları bulunmadığından projenin kabulü konusunda etki edemezler ve dolayısıyla kefilin durumunu kötüleştiremezler¹²³. Bu sebeple, borçlunun bilançosunda veya alacaklı listesinde kayıtlı konkordatoda oy hakkı bulunmayan imtiyazlı alacaklılarının, rehinli alacaklılarının ve borçlunun yakınlarının kefile karşı alacakları tam olarak korunur¹²⁴.

Sonuç olarak alacaklının kefile karşı haklarını koruyabilmesi için öncelikle alacağını kaydettirmeli ve aynı zamanda haklarının korunması için gerekli diğer işlemleri yapmalıdır (TBK m 594, II).

2. Alacaklının Kefile Karşı Haklarının Korunması

a. Alacağın Kaydettirilmesi

Alacaklının kefile karşı İİK m 303’deki imkândan tam olarak faydalanabilmesi için onun alacağını kaydettirmesi gerektiği doktrin tarafından kabul edilmektedir¹²⁵. Her ne kadar İİK m 303’de alacaklının kefile karşı başvuru hakkını koruyabilmesinin bir şartı olarak alacaklının alacağını kaydettirmesi öngörülmüş olmasa da, TBK m 594’de açıkça alacaklının alacağını kaydettirmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Kanaatimizce alacaklının alacağını kaydettirmesi gerekliliğini İİK m 299 ile birlikte değerlendirmek gerekir. Zira bu hükme göre, kesin mühlet içerisinde komiser tarafından yapılacak olan ilandan itibaren on beş gün içinde alacaklıların alacaklarını bildirmeleri şarttır; bununla birlikte ilandan itibaren süresi içinde bildirilmeyen alacaklar açısından da borçlunun bilançosunda veya konkordato projesindeki alacaklılar listesinde yer alması durumunda alacaklının alacağını bildirdiği

¹²¹ Ömer Ulukapı, *Konkordatonun Feshi* (Mimoza 1998) 96 dn 692; Tunç Yücel (n 62) 37; Aydemir (n 83) 536.

¹²² Bkz Aydemir (n 83) 536 ff.

¹²³ Umbach-Spahn, Kesselbach, Exner (n 56) Art 303 N 2; Vollmar (n 56) Art 303 N 3; Öztekin ve Tunç Yücel (n 115) 511; Aydemir (n 83) 546.

¹²⁴ Bkz Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (6. Baskı, On İki Levha 2019) 509.

¹²⁵ Öztekin ve Tunç Yücel (n 115) 510, 511; Sarısözen (n 58) 368; Aydemir (n 83) 536; Kuru (n 64) 3815.

varsayılmalıdır¹²⁶. O halde, alacaklı alacağını kaydettirmemiş olsa dahi, borçlunun bilançosunda veya alacaklılar listesinde yer almış olması durumunda İİK m 300'deki imkândan faydalanabilmelidir¹²⁷.

Alacaklının alacağını konkordato komiserine ilandan itibaren belirli süre içerisinde bildirmesinden sonra, komiser bu alacak bildirimini üzerine borçlunun beyanını alır (İİK m 300). Eğer alacaklının alacağını veya alacağın miktarını borçlu kabul etmezse, alacak veya miktarı çekişmeli duruma gelir ve ilgili alacağın konkordato projesinin oylanmasında nisaba dahil edilip edilmeyeceğine mahkeme karar verir (İİK m 302,VI). Alacağı itiraza uğramış olan alacaklı, konkordatonun tasdiki durumunda tasdik kararının ilanından itibaren bir ay içinde dava açmalıdır (İİK m 308/b,I). Tasdik kararını veren mahkeme konkordato projesi uyarınca çekişmeli alacaklara isabet eden payın, kararın kesinleşmesine kadar borçlu tarafından mahkemece belirlenen bir bankaya yatırılmasına karar verebilir. Süresi içinde dava açmamış olan alacaklılar bu paydan ödeme yapılmasını talep edemezler; bu durumda yatırılan pay borçluya iade edilir (İİK m 308/b,II). İşte kefaletle güvence altına alınmış çekişmeli alacak sahibi söz konusu bu davayı açmazsa TBK m 594, II'deki hakların korunması için gerekeni yapmamış olur ve böylece kefil zarara uğramış olabilir; bu halde ise TBK m 594, III gereği, alacaklı kefilin uğradığı zarar miktarı ölçüsünde ona başvuru hakkını kaybeder¹²⁸. Dolayısıyla bu tür çekişmeli alacaklarda alacaklının alacağını sadece konkordatoya kaydettirmesi yeterli olmayıp, ayrıca kanunda hakkın korunması için gerekli diğer işlemlerin de yerine getirilmesi gerekir.

b. Alacaklılar Toplantısında Konkordato Projesinin Oylanması

Alacaklının alacağını kaydettirmesinden sonra, İİK m 303'deki imkânlardan ayrıca faydalanabilmesi çeşitli ihtimaller çerçevesinde hareket edilmesine bağlıdır:

aa. Alacaklının Konkordatoyu Reddi Durumunda

İİK m 303, I'e göre, konkordatoyu reddeden (muvafakat etmeyen) alacaklı borçtan birlikte sorumlu olanlara karşı bütün haklarını muhafaza eder ve alacaklı asıl borçluya kefil olan kimseden sanki konkordato yokmuş gibi alacağının tamamını talep etme hakkına sahip olur¹²⁹. Başka bir deyişle, konkordatonun tasdik edilmesi ile birlikte konkordato projesinde asıl borcun vade veya tenzilat ile ödenmesi öngörülmüş olsa dahi, alacaklı alacağını herhangi bir vadelenendirme veya tenzilat yapılmaksızın kefalet

¹²⁶ Bkz Levent Börü, 'Adi Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi' (2019) 10 (1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 178 ff.

¹²⁷ Bkz Kuru (n 64) 3815.

¹²⁸ Aydemir (n 83) 534, 539; Özen (n 14) 425.

¹²⁹ Kuru, El Kitabı (n 92) 1516.

borcunun normal vadesinde tam olarak kefilden talep edebilme hakkına sahip olur¹³⁰. Bu durum kefalet borcunun, asıl borç miktarıyla sınırlı olması gerektiği ve kefile asıl borçtan fazla bir sorumluluk yüklenemeyeceği kuralına istisna teşkil etmektedir; çünkü, borçlu konkordatoda projesinde kabul edilen miktarla yükümlü olurken, kefil, bu miktarı aşan nispete ödeme ile yükümlü olmaktadır¹³¹.

O halde, alacaklının, İİK m 303'e göre kefile karşı başvuru haklarını tam olarak koruyabilmesi için, İİK m 302'e göre yapılan alacaklılar toplantısında açıkça konkordato projesine red oyu vermesi gerekir. Bununla birlikte alacaklı, İİK m 302,VII'e göre, alacaklılar toplantısına katılmaz ve toplantının bitimini takip eden yedi gün içinde de herhangi bir oy kullanmazsa, yine onun oyunun red şeklinde değerlendirilmesi gerekir¹³². Ayrıca, alacaklılar toplantısında veya bu toplantının bitimini takip eden yedi gün içinde alacaklının avukatı tarafından kullanılan oy kabul yönünde olmuş olsa dahi, alacaklı vekilinin HMK m 74'e göre, konkordato projesine muvafakat etme veya sulh olma konusunda özel yetkisi yoksa, yine bu kabul yönündeki oy geçerli kabul edilmeyip, reddi yönünde değerlendirilmesi gerekir¹³³.

bb. Alacaklının Konkordatoyu Kabulü Durumunda

Alacaklının konkordato projesini kabul etmesi durumunda kefile karşı başvuru hakları İİK m 303,II'de hükme bağlanmıştır. Buna göre, konkordatoyu kabul (muvafakat) eden alacaklı kendi haklarını, borçtan sorumlu olan kişilere ödeme karşılığında devir teklif etmek ve onlara toplantıların¹³⁴ günü ile yerini en az on gün önce haber vermek şartıyla bu hükümden yararlanır. Bu hükümden hareket edilmesi durumunda, alacaklının konkordatoyu kabul etmesi durumunda iki durum ortaya çıkmaktadır:

1-Alacaklı, borçtan sorumlu olan kefile ödeme karşılığında devir teklif etme ve onlara alacaklılar toplantısının yerini en az on gün önceden haber verme şartını yerine getirmeden doğrudan konkordato projesini kabul edebilir. Alacaklı bu şartı yerine getirmeksizin konkordato projesini kabul etmiş olursa, yine de kefile karşı başvuru hakkını tamamiyle kaybetmez¹³⁵; sadece kefilden alacağını, konkordato projesinde öngörülen şartlar dahilinde talep etme hakkına sahip olur; örneğin, konkordato projesinde indirim öngörülmüşse artık, bu indirim oranı ayrıca kefilden talep edilemez¹³⁶.

¹³⁰ Öztekin ve Tunç Yücel (n 115) 511; Kuru (n 64) 3808; Aydemir (n 83) 540; Postacıoğlu (n 70) 138; Mustafa Saldırım, 'İflâstan Önce Konkordatonun Tasdikinin Hüküm ve Sonuçları' (2000) 4 *Ankara Barosu Dergisi* 246; Erdoğan (n 12) 169.

¹³¹ Reisoğlu (n 14) 24.

¹³² Kuru (n 64) 3807; Saldırım (n 130) 246; Kale (n 10) 72; Aydemir (n 83) 540.

¹³³ Bkz ve karşı Altay ve Eskiocak (n 2) 215.

¹³⁴ İİK m 303 metninde her ne kadar "toplantıların" kavramı kullanılmış olsa da, İİK m 302'e göre konkordatoda alacaklılar toplantısı bir kez yapılabilir. Bu sebeple İİK m 303'deki "toplantılar" kavramının "toplantı" şeklinde anlaşılması gerekir.

¹³⁵ Kuru (n 64) 3809; Doktrindeki diğer bir görüşe göre, konkordatoyu kabul eden alacaklı, müşterek borçlu veya kefile karşı başvuru hakkını mutlak olarak kaybeder. Bkz Enver Buruloğlu ve Yuda Reyna, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat* (Yörük Matbaası 1968) 88.

¹³⁶ Kuru (n 64) 3808; Postacıoğlu (n 70) 505; Aydemir (n 83) 540; Turgut Akıntürk, *Müteselsil Borçluluk* (Sevinç Matbaası 1971) 183.

TBK m 168,II'ye göre, alacaklı diğerlerinin zararına olarak borçlulardan birinin durumunu iyileştirirse, bunun sonuçlarına katlanması gerekir; şöyle ki kefile karşı başvuru hakkının korunması için gerekli şartların yerine getirilmemiş olmasından ötürü, kefil zarar görmüşse, kefilin sorumluluğu, alacaklının bu davranışından doğan zarar kadar azalır (TBK m 594, III); örneğin, %25 indirim öngörülen bir konkordatoda, %25 oranında alacaklı asıl borçluya karşı alacağından feragat ettiği için, kefilin de gördüğü zarar bu oran olarak kabul edilir ve kefile bu zarar miktarı için başvuru yapılamaz¹³⁷. Bu sonuca İİK m 303,II'deki hüküm ile de ulaşılmaktadır; çünkü, alacaklı kefile ödeme karşılığında devir teklif etme şartını yerine getirmemişse, kefile karşı haklarını tam olarak koruyamaz.

Doktrinde İİK m 303'deki imkândan yararlanılabilmesi için ayrıca konkordato projesini kabul eden alacaklının oyunun İİK m 302deki toplantı nisabına etkisi bakımından bir tartışma bulunmaktadır.

Doktrindeki bir görüşe¹³⁸ göre, konkordatoyu kabul eden alacaklının oyu dikkate alınmadan konkordato projesinin kabulü için gerekli nisabın sağlanması durumunda, alacaklının kefile karşı alacağının tamamı için başvuruda bulunabilmesi mümkündür.

Doktrindeki ikinci görüşe¹³⁹ göre ise, konkordatoyu kabul eden alacaklının oyu dikkate alınmadan konkordatonun üçte iki çoğunlukla kabul edilmiş olması durumunda, alacaklının kefile karşı bütün alacağı için başvurabilmesi mümkün olmalıdır.

Bizim de katıldığımız doktrindeki üçüncü bir görüşe¹⁴⁰ göre ise, kanunda konkordatonun tasdiki için gerekli çoğunluğun hangi alacaklının oyu ile sağlandığına ilişkin bir ayırım bulunmamaktadır; ayrıca bunun diğer alacaklıları etkileyip etkilemediğinin tespiti de çok zordur; bu sebeple bu konuda alacaklının oyunun etkili olup olmadığına göre değerlendirilme yapılması yerinde değildir.

2-Alacaklı, borçtan sorumlu olan kefile ödeme karşılığında devir teklif etme ve onlara alacaklılar toplantısının yerini ve zamanını en az on gün önceden haber verme şartını yerine getirerek konkordato projesini kabul edebilir. Böyle bir durumda alacaklı kefile karşı başvuru haklarını tam olarak koruyacaktır (İİK m 303, II). Burada hemen şunu belirtmek isteriz ki, hükümde belirtilen şart, her alacaklıya göre değişebilen bir şart değildir; alacaklı, kefile ödeme karşılığında kendi haklarını devir teklif etmelidir ve bu teklifin İİK m 302'de düzenlenen alacaklılar toplantısından en az on gün önce kefile haber verilmiş olmasını gerektirir. Şartın bu şekilde gerçekleşmesi durumunda alacaklı kefile karşı haklarını tam olarak korumuş olur¹⁴¹.

¹³⁷ Ayan (n 14) 694; Aydemir (n 83) 541.

¹³⁸ Kuru (n 64) 3810; Kale (n 10) 72; Saldırım (n 130) 248.

¹³⁹ Postacıoğlu (n 70) 142-143.

¹⁴⁰ Aydemir (n 83) 541.

¹⁴¹ Kale (n 10) 73; Umbach-Spahn, Kesselbach, Exner (n 56) Art 303 N 6.

Alacaklı, bu hüküm kapsamında kefile ödeme karşılığında devir teklif eder ve kefil de bu devir teklifini kabul ederse artık bu alacak kefile geçer¹⁴². Zira, alacaklı ile kefil arasında yapılan işlemin hukuki niteliğini TBK m 183 anlamında bir alacağın devri olarak kabul etmek gerekir¹⁴³. Alacaklının bir borç ilişkisinden doğan alacağını borçlunun rızasına gerek olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak üçüncü bir kişiye devretmesine alacağın devri adı verilir; alacağın devrinde borçlu, kendi rızası dışında gerçekleşen alacaklı değişimine katlanmak zorundadır¹⁴⁴. Alacaklının, alacaklılar toplantısından en az on gün önce devir teklif etmesinin hukuki niteliğini ise bir “devir vaadi” olarak nitelendirmek gerekir¹⁴⁵. Birlikte kefil olması durumunda, alacaklı bu teklifi kefillerden her birine sunma hakkına da sahiptir¹⁴⁶. O halde alacaklının ödeme teklifi kefil tarafından kabul edilirse, bunun geçerliliği TBK m 184 gereği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır ve bu geçerlilik şartıdır¹⁴⁷. Alacaklı tarafından kefile yapılan bu ödeme teklifinin geçerliliği ise herhangi bir şekle bağlı değildir (TBK m 184, II); fakat alacağın devrine ilişkin teklifin ispata ilişkin bir sorun olarak ortaya çıkması muhtemeldir. Bu sebeple ödeme teklifinin yazılı olarak belgelendirilmesi yerinde olur; örneğin taahhütlü mektupla veya noter ihtarnamesi ile ödeme teklifi kefile bildirilebilir¹⁴⁸.

Alacaklının kefile ödeme karşılığında devir teklif etmesinin zamanının, alacaklılar toplantısından en az on gün önce olması gerektiği kanunla açıkça hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla alacaklının devir karşılığında ödeme teklifini kefile bildirmesinde bu zaman sınırına uymaması ve kefilin de bu teklifi reddetmesi durumunda, alacaklı İİK m 303, II’e göre artık kefile karşı başvuru hakkını tam olarak kullanamaz; yani alacaklı ancak tasdik edilen konkordato projesine göre kefile başvurabilir¹⁴⁹. Fakat, alacaklı, alacaklılar toplantısında hatta teorik olarak konkordatonun tasdik edilmesine kadar bu teklifi kefile sunabilir. Zira, Kanunda teklifin sunulması bakımından zaman sınırlaması konulmasının amacı, kefile düşünmek ve belgeleri incelemek için süre tanımadır; ancak bu süreye uyulmaksızın alacaklı tarafından bildirilen teklif kefil tarafından kabul edilirse bu devir işlemi de geçerli saymak gerekir¹⁵⁰.

¹⁴² Ayan (n 14) 694.

¹⁴³ İhsan Erdoğan, ‘Konkordatonun Müşterek Borçlulara ve Kefillere Etkisi’ (1984) 10 (3) *Yargıtay Dergisi*, 318; Kale (n 10) 73; Sarısözen (n 58) 366.

¹⁴⁴ Arif Burhanettin Kocaman, *Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu* (2. Bası, Atilla Kitabevi 1992) 8, 103; Alacağın devri, kefalet, üçüncü şahıs yararına sözleşme, havale gibi üçlü bir ilişkiye dayanan bir hukuksal işlemidir; ancak bunlar arasında farklılıklar bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz Kocaman (n 144) 7 ff.

¹⁴⁵ Aydemir (n 83) 542.

¹⁴⁶ Umbach-Spahn, Kesselbach, Exner (n 56) Art 303 N 11.

¹⁴⁷ Erdoğan (n 143) 319; Aydemir (n 83) 543.

¹⁴⁸ Altay ve Eskiocak (n 2) 318; Erdoğan (n 143) 319; Kuru (n 64) 3813; Postacıoğlu (n 70) 138; Ulukapı (n 121) 98.

¹⁴⁹ Erdoğan (n 143) 319; Aydemir (n 83) 542; Doktrindeki bir görüşe göre, alacağın devri teklifi çok geç yapılır ya da hiç yapılmazsa ve fakat buna rağmen alacaklı konkordatoyu kabul ederse, alacaklının birlikte borçluya, yani kefile başvuru hakkı sona erer. Bkz Öztekin ve Tunç Üçel (n 115) 513; Sarısözen (n 58) 367.

¹⁵⁰ Kale (n 10) 74; Postacıoğlu (n 70) 139; Kuru (n 64) 3814.

İİK m 303, II'e göre, alacaklılar toplantısının günü ve yerinin de ödeme teklifinde belirtilmesi gerekir. Alacaklılar toplantısına davet ilanının, toplantıdan en az onbeş gün önce yapılması gerekir (İİK m 301). Dolayısıyla alacaklının ödeme teklifinde toplantının yerini ve zamanını kefile bildirebilmesi için ilanın yapılmış olması gerekir. Alacaklı kefile devir karşılığında ödeme teklifini toplantı gününün ilan edilmesinden önce bildirmişse, ayrıca sonradan ilan edilen alacaklılar toplantısı günü ve yerini de kefile yazılı olarak bildirmesi gerekir. Eğer alacaklı süresinde teklifi yapmış, fakat yeri ve zamanı kefile bildirmeyi ihmal etmişse, buna rağmen kefil zaten yeri ve zamanı biliyorsa, bu durumda teklifin yine de geçerli kabul edilmesi gerektiği doktrin tarafından benimsenmektedir¹⁵¹; aksi durumda kefilin toplantının yeri ve zamanı konusunda bilgi sahibi olmaması durumunda artık geçerli bir tekliften söz edilemez¹⁵². Kanaatimizce toplantının zamanı hakkında kefile herhangi bir bildirim yapılmamış olsa dahi, kefilin toplantının yeri ve zamanını biliyor olması bir ispat sorunudur ve bunun ispatına ilişkin yük alacaklının üzerindedir.

Kefil, kendi menfaatini ilgilendiriyorsa, yani kendisine herhangi bir zarar gelmeyeceğini düşünüyorsa alacaklının ödeme karşılığındaki bu devir teklifini kabul edebilir¹⁵³. Bu durumda kefil alacaklının haklarına halef olacağı için, alacaklının herhangi bir yetkisi kalmaz ve kefil alacaklılar toplantısına katılarak, konkordato projesine kabul veya ret oyu kullanabilir; konkordato tasdik edilerek kesinleşirse, kefil konkordato borçlusuna İİK m 308/c hükmü gereği konkordato projesi ölçüsünde başvurabilir¹⁵⁴. Eğer alacaklı tarafından yapılan bu teklif kefil tarafından reddedilirse, artık alacaklı konkordato projesini kabul etmiş olsa dahi kefile karşı haklarını tam olarak korumuş olacaktır¹⁵⁵.

cc. Kefile Müzakerelere Katılma Yetkisinin Verilmesi

İİK m 303, III'e göre, alacaklı başvuru (müracaat) hakkına zarar gelmeksizin borçtan birlikte sorumlu olan kefile konkordato müzakerelerine katılma yetkisini verebilir ve onun kararını kabul taahhüdünde bulunabilir. Doktrinde¹⁵⁶ alacaklı tarafından kefile konkordato müzakerelerine katılma yetkisinin verilmesinin hukuki niteliği, kefilin alacaklıyı temsil edebilme yetkisi şeklinde değerlendirilmektedir. Buna göre buradaki temsilin hukuki sonuçları konkordatonun niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK m 40 vd'a dayanmaktadır ve işin niteliği gereği burada verilen temsil yetkisi zaman ve konu bakımından sınırlı, özel bir temsil yetkisidir¹⁵⁷.

¹⁵¹ Erdoğan (n 143) 319; Kuru (n 64) 3814; Öztekin ve Tunç Yücel (n 115) 513; Kale (n 10) 74; Aydemir (n 83) 542-543.

¹⁵² Altay ve Eskiocak (n 2) 318; Kale (n 10) 74; Postacıoğlu (n 70) 138; Aydemir (n 83) 543.

¹⁵³ Kale (n 10) 74.

¹⁵⁴ Erdoğan (n 143) 320; Kale (n 10) 74; Saldırım (n 130) 248-249; Ulukapı (n 121) 98; Aydemir (n 83) 543.

¹⁵⁵ Altay ve Eskiocak, 317; Öztekin ve Tunç Yücel, 513; Aydemir, 543; Erdoğan, 319; Postacıoğlu, 138; Kale, 74; Sarsöz, 366.

¹⁵⁶ Erdoğan (n 143) 320; Ulukapı, 98; Aydemir (n 83) 544; Sarsöz (n 58) 367.

¹⁵⁷ Erdoğan (n 143) 320.

Temsil yetkisinin konu bakımından sınırlanması alacaklar toplantısında oyun kullanılmalıdır; bununla birlikte yetkinin zaman bakımından sınırlanmasında kanun metninde bir açıklık bulunmamaktadır¹⁵⁸:

Doktrindeki bir görüşe¹⁵⁹ göre, kanun metninde açıkça bir sınırlama olmadığından alacaklıya tanınan hakkın kullanılmasına dair bir zaman sınırlaması konulamaz; bu durumda alacaklı, kefile karşı temsil yetkisini toplantının (müzakerenin) başlayacağı ana kadar verebilmelidir.

Doktrindeki diğer bir görüşe¹⁶⁰ göre, kanun metninde bu süreç için belirli mühlet öngörülmemiştir; bu sebeple konkordatonun oylanmasından sonra tasdik yargılamasına kadar olan süre içinde olmak kaydıyla İİK m 303, II'deki on günlük sürenin burada da kıyas yoluyla uygulanması gerekir. Bu görüşten hareket edilmesi durumunda kefile verilebilecek temsil yetkisinin başlangıcı alacaklılar toplantısının yapılacağı on gün öncesine kadardır.

Doktrindeki üçüncü bir görüşe¹⁶¹ göre ise, alacaklılar toplantısından on gün önce toplantıdan sonraki yedinci günün sonuna kadar alacaklı tarafından kefile temsil yetkisi verilebilir.

Kanaatimizce, kanun metninde bu konuda bir açıklık getirilmesi son derece yerinde olur; çünkü, kefile bu teklif hakkında düşünme fırsatı tanınabilmesi gerekir. Dolayısıyla, İİK m 303, II'deki on günlük sürenin burada da kıyasen uygulanabilmesi yerinde olur. Buna göre, alacaklı temsil teklifini kefile bildirmesinde bu zaman sınırına uymazsa ve kefil de bu teklifi reddederse, alacaklı İİK m 303, III'e göre artık kefile karşı başvuru hakkını tam olarak kullanamaz; yani alacaklı ancak tasdik edilen konkordato projesine göre kefile başvurulabilme hakkına sahip olmalıdır. Fakat, alacaklı tarafından bildirilen teklif, kefil tarafından kabul edilirse, bu teklif işlemini İİK m 302 gereği alacaklılar toplantısının bitiminden itibaren yedi gün içinde yapılması şartıyla geçerli olarak kabul etmek gerekir.

TBK'nda temsil yetkisinin herhangi bir şekilde tabi olmadığı hükme bağlanmış olsa da, kefile verilen bu yetkinin İİK m 303'e dayanılarak yazılı şekilde yapılması gerekir¹⁶²; başka bir deyişle kefil, temsil yetkisini temsil belgesi ile ortaya koyabilmelidir¹⁶³; aksi takdirde kefil tarafından alacaklılar toplantısında kullanılan oy geçersiz sayılmalıdır. Başka bir deyişle temsil belgesinin yokluğu sebebiyle kefil

¹⁵⁸ Bu maddenin mehzazını teşkil eden İsviçre İİK (SchKG) m 303,III'de zaman bakımından bir sınırlama getirilmemiştir ve bu bakımdan İsviçre doktrininde de aynı yönde bir tartışma bulunmaktadır. Bkz Umbach-Spahn, Kesselbach, Exner (n 56) Art 303 N 17.

¹⁵⁹ Erdoğan (n 143) 320; Sarısözen (n 58) 367.

¹⁶⁰ Öztekin ve Tunç Yücel (n 115) 513; Umbach-Spahn, Kesselbach, Exner (n 56) Art 303 N 17.

¹⁶¹ Aydemir (n 83) 544.

¹⁶² Bkz Aydemir (n 83) 544.

¹⁶³ Erdoğan (n 143) 321.

bu yetkisini kullanamazsa sonuçlarına alacaklı katlanmalı ve İİK m 303,III'te verilen bu imkândan yararlanamamalıdır¹⁶⁴.

Alacaklının alacaklılar toplantısına katılma ve oy kullanma temsil yetkisi verme teklifinin kefil tarafından kabul edilmesi durumunda, alacaklı kefile karşı bütün haklarını İİK m 303, III gereği korumuş olacaktır¹⁶⁵. Kendisine yapılan teklifi kabul eden kefil, alacaklılar toplantısına katılabilir ve konkordatonun kabulü veya reddi yönünde oy kullanabilir¹⁶⁶; bu durumda kefilin hangi yönde oy kullandığının bir önemi olmaksızın, alacaklının kefile karşı başvuru hakkı tam olarak korunur¹⁶⁷. Asıl borç ilişkisinde birden çok kefil olması durumunda, birlikte kefalet ilişkisi ortaya çıkar¹⁶⁸ ve böyle bir durumda alacaklı her bir kefile kendi payı ölçüsünde temsil yetkisi verebilir¹⁶⁹.

Alacaklı, kefile temsil yetkisini verdikten sonra, alacaklılar toplantısında artık kendisinin oy kullanma hakkı olamaz¹⁷⁰; fakat buna rağmen böyle bir durumda alacaklı ve kefil aynı anda oy kullanmış olurlarsa, alacaklının TBK m 42'e göre temsil yetkisini kefiliden geri aldığı varsayıldığı için alacaklının İİK m 303, III'daki imkândan faydalandırılmaması gerekir; ayrıca bu durum konkordato komiseri tarafından İİK m 290 gereği tutanakla tespit edilmelidir¹⁷¹.

Alacaklının alacaklılar toplantısına katılma ve oy kullanabilme konusunda temsil yetkisi verme teklifinin kefil tarafından kabul edilmemesi durumunda, alacaklının kefile karşı bütün haklarını İİK m 303, III gereği korumuş olduğunun kabul edilmesi gerekir¹⁷²; çünkü, burada önemli olan alacaklının usulüne uygun olarak kefile toplantıya katılma ve oy kullanma konusunda temsil yetkisine ilişkin teklifin verilmesidir. Kefil bu yetkiyi kullansın veya kullanmasın alacaklı kefaletle temin edilen bütün asıl alacağı için alacağın vadesinde kefile başvurma hakkına sahip olacaktır¹⁷³.

¹⁶⁴ Aydemir (n 83) 544; Erdoğan (n 143) 320-321.

¹⁶⁵ Erdoğan (n 143) 321; Aydemir (n 83) 544.

¹⁶⁶ Alacaklı alternatif olarak kendi yerine birlikte borçluların konkordato müzakerelerine katılarak gerek tam yetki devriyle oy kullanmalarına gerekse kendi talimatı doğrultusunda oy kullanmalarına yetki verebilir. Öztekin ve Tunç Yücel (n 115) 513.

¹⁶⁷ Kuru (n 64) 3815; Erdoğan (n 143) 321; Aydemir (n 83) 545.

¹⁶⁸ Bkz yukarı I, B.

¹⁶⁹ Birden çok borçlu (kefil) olması durumunda, bunlar birlikte hareket etmek zorundadırlar Bir yada daha çok birlikte borçlu konkordatoyu kabul etmek istemez ve buna rağmen alacaklı konkordatoyu kabul ederse, bunlara başvuru hakkını kaybeder. Bkz Öztekin ve Tunç Yücel (n 115) 513; Aydemir (n 83) 545.

¹⁷⁰ Erdoğan (n 143) 322.

¹⁷¹ Erdoğan (n 143) 322; Aydemir (n 83) 545.

¹⁷² Kuru (n 64) 3815; Aydemir (n 83) 545.

¹⁷³ Ulukapı (n 121) 99; Saldırım (n 130) 249; Aydemir (n 83) 545.

c. Alacağı Kaydettirilmemesi

İİK m 303'e göre alacaklının kefile karşı başvuru hakkını kullanabilmesi için alacağını süresi içinde yazdırmış olması veya alacağını yazdırmamış olsa dahi borçlunun bilançosunda alacağının yer alması gerektiğini yukarıda belirtmiştik¹⁷⁴. Bununla birlikte alacaklının alacağını süresi içinde kaydettirmemesi ve bilançoda da yer almaması durumunda onun kefile karşı başvuru hakkının kapsamı ve sonucu bakımından doktrinde bir tartışma bulunmaktadır:

Doktrindeki bir görüşe¹⁷⁵ göre, alacağını süresi içinde konkordatoya kaydettirmemiş olan alacaklı, kefile (birlikte borçluya) karşı sahip olduğu başvuru (müracaat) hakkını tamamıyla kaybeder. Bu görüşte olanların gerekçesi 2018 tarihinde 7101 sayılı İİK'nun değiştirilmesinden önceki hükümlerine dayandırılmaktaydı. Zira, eski İİK m 298,III'e göre, konkordatonun tasdik şartlarından bir tanesi de kaydedilmiş alacaklar için teminatın gösterilmesi idi; çünkü, alacaklı alacağını konkordatoya kaydettirmese söz konusu bu alacak için teminattan yoksun kalacak ve dolayısıyla da kefil de bundan yararlanamayacaktı¹⁷⁶. Fakat, 7101 sayılı İİK'nda yapılan değişiklikte artık konkordatonun tasdiki için alacağını kaydettiren alacaklı için teminat gösterilmesi şartı kaldırılmıştır. İİK m 305,I-d'e göre, konkordatonun tasdiki için İİK m 206'nın birinci sırasındakiler ve mühlet içinde komiserin izniyle akdedilmiş borçların ifasının, alacaklı bundan açıkça vazgeçmedikçe yeterli teminata bağlanmış olması gerekir. Bu durumda alacağını süresinde kaydettirmemiş olan alacaklı, artık teminattan açıkça kanun gereği vazgeçmediği için tasdik edilen konkordato projesi şartlarına göre kefile başvurabilme hakkına sahip olmalıdır¹⁷⁷.

Doktrindeki diğer bir görüşe¹⁷⁸ göre, alacaklının alacağını TBK m 594,II ve m 592,I gereği süresi içinde kaydettirmesi yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda alacaklının bu davranışından ötürü kefile karşı bir zarar oluşması durumunda, alacaklı, artık kefile karşı başvuru hakkını bu zarar ölçüsünde kaybetmelidir. Dolayısıyla kefilin sorumluluğu tamamen ortadan kalkmaz, fakat alacaklının bu yükümlülüğü yerine getirmemesi sebebiyle kefilin uğradığı zarar miktarı kadar sorumluluğu azalmalıdır.

Doktrindeki üçüncü görüşe¹⁷⁹ göre ise, konkordatoya kayıt yaptırmayan alacaklının durumu, onun kefile karşı rücu hakkının olup olmamasına göre ayırım yapılarak değerlendirilmelidir. Buna göre konkordatoya kayıt yaptırmayan alacaklı,

¹⁷⁴ Bkz yukarı C, 2, a.

¹⁷⁵ Bkz ve karşı Burhan Gürdoğan, *İflâs Hukuku Dersleri, İflâs, Konkordato, İptal Davaları* (Ajans Türk Matbaası 1966) 204; Saldırım (n 130) 251.

¹⁷⁶ Bkz Erdoğan (n 143) 322; Gürdoğan (n 175) 195; Buruloğlu ve Reyna (n 135) 91.

¹⁷⁷ Aydemir (n 83) 538.

¹⁷⁸ Bkz ve karşı, Ayan (n 14) 694 ff; Gümüş (n 28) 377; Postacıoğlu (n 70) 139-141; Aydemir (n 83) 538; Akıntürk (n 136) 184.

¹⁷⁹ Bkz Altay ve Eskiocak (n 2) 320; Özbek ve Tunç Yücel (n 115) 511; Sarısözen (n 58) 368; Kuru (n 64) 3817; Kuru, El Kitabı (n 92) 1519; Ulukapı (n 121) 97.

birlikte borçlulara (kefile) karşı, ancak onların konkordato borçlusuna rücu hakkının olmadığı durumlarda tüm haklarını koruyabilir; başka bir deyişle kefil konkordato alacaklısına ödeme yaptığı takdirde, konkordato borçlusuna karşı rücu hakkına sahip değilse, alacaklı kefileden alacağının tamamını talep edebilecektir; çünkü, konkordato borçlusunu ile birlikte borçtan sorumlu olanların, rücu haklarının söz konusu olmadığı durumlarda, alacaklının İİK m 303'teki yükümlülüklerine uymaması kefilin zararına sebep olmamış ve onun teminatının kaybolmasına yol açmamış olduğundan, alacaklının birlikte borçlu kefile başvuru yapmasına da engel olmamalıdır. Buna karşılık, kefil konkordato alacaklısına ödemedede bulunarak rücu hakkına sahip olursa, alacaklı konkordato projesi ile ibra edilen kısım için kefile başvuru hakkını kaybeder.

Ayrıca az yukarıda belirtilen görüşlere ek olarak doktrindeki bir görüş¹⁸⁰, alacağın konkordatoya kaydettirmemiş olan alacaklının, birlikte borçlulara ve kefillere karşı sahip olduğu başvuru hakkını tamamen kaybetmesini alacaklının kusurlu olup olmamasına bağlamaktadır. Buna göre, alacağın kaydettirilmemesinde alacaklının hiçbir kusuru yoksa, örneğin borçlunun konkordato mühletini aldığından haberi yoksa, o zaman, alacaklı, konkordato müzakerelerine katılma imkânından da yoksun kaldığından, konkordato projesinin şartları ölçüsünde kefile karşı başvuru hakkı tanınabilmelidir. Nitekim sözleşme sorumluluğuna ilişkin ilkenin uygulanması ile alacaklının bu yükümlülüğe aykırı davranışında kusuru olmadığını ispat etmesi durumunda, kefile karşı olan haklarını aynen koruması gerekir. Doktrindeki bir başka görüşe göre¹⁸¹ ise, borçluya konkordato mühleti tanınmasının açıkça ilan edildiği ve ilan edilen bir hususun bilinmediğinin ispat olunamayacağı (İİK m 288) sebepleriyle, konkordatoyu öğrenememesi ihtimali düşüktür; dolayısıyla ilk görüş kabul edilmemelidir.

Kanaatimizce, İİK m 303'deki imkânlardan alacaklının tam olarak faydalanabilmesi TBK m 594, II ve m 592, I gereği onun alacağını kaydettirmesine veya alacağını kaydettirmemiş olsa da borçlunun bilançosunda veya projesinde yer almasına (İİK m 299) bağlıdır. Buna göre alacaklının bu yükümlülüğünü ihmal etmesi ve borçlunun bilançosunda da alacağının yer almaması durumunda, kefile başvuru hakkı tamamıyla değil, ona zarar verdiği ölçüde kaybedilmelidir; örneğin indirim konkordatosunda alacaklı asıl borçlunun ibra edildiği oranda kefile zarar vermiş olmasından ötürü artık bu ibra edilen alacak miktarı için kefile başvuru hakkını kullanamamalıdır¹⁸².

¹⁸⁰ Kuru (n 64) 3816; Erdoğan (n 143) 323; Ayan (n 14) 694 vd; Gümüş (n 28) 377.

¹⁸¹ Altay ve Eskiocak (n 2) 321; Saldırım (n 130) 251.

¹⁸² Akıntürk (n 136) 184; Aydemir (n 83) 538.

d. Kefilin Konkordato Mühleti Hakkında Bilgilendirilmesi

Alacaklının alacağını kaydettirmesinin dışında TBK m 594, II'e göre, alacaklı kendi haklarının korunabilmesi için gerekeni yapmakla yükümlüdür¹⁸³. Buna göre, her ne kadar İİK m 300'de kefilin bilgilendirilmesine ilişkin bir hüküm olmasa da, alacaklı, borçluya konkordato mühleti (mehli) verildiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmekle yükümlüdür¹⁸⁴. TBK'ndaki konkordato mühleti (mehli) kavramının içerisine konkordato geçici mühleti de dahildir; dolayısıyla konkordato geçici mühleti ve konkordato kesin mühleti kararlarının ayrı ayrı kefile bildirilmesi gerekir.

Birden fazla kefil olması durumunda, bilgilendirmenin bütün kefillere yapılması gerekir¹⁸⁵. Kefilin bilgilendirmesi herhangi bir şekle bağlı olmasa¹⁸⁶ da ispat kolaylığı için bilgilendirmenin yazılı şekilde yapılması yerinde olur¹⁸⁷; zira bu konuda ispat yükü alacaklının üzerindedir¹⁸⁸. Bununla birlikte borçluya konkordato mühleti verildiğini, kefil başka bir şekilde ve zamanda öğrenmişse, alacaklının ayrıca kefilin bilgilendirmesi gerekmez; örneğin, şirket yöneticisinin, şirketin borcuna kefil olması durumunda, kefile bildirimde bulunulmadığı iddiasıyla kefilin sorumluluğunun azaldığının ileri sürülebilmesi gerekir¹⁸⁹.

Alacaklının alacağını konkordato komiserine bildirmesi ile alacaklının kefile bu konuda bildirim yapma yükümlülüğü ortadan kaldırılmış olmaz; çünkü bunlar iki ayrı yükümlülüktür¹⁹⁰. Alacaklı tarafından borçluya konkordato mühleti verildiği bilgisinin kefile yazılı olarak bildirilmesi ile, kefil borçluya konkordato mühleti verildiğini öğrenecek ve kefil rücu hakkını elde edebilmesi için gerekli tedbirleri

¹⁸³ Yürürlükten kaldırılan 818 sayılı BK'da, sadece borçlunun iflas etmesi durumunda alacaklının alacağını iflas masasına kaydettirme zorunluluğu hüküm altına alınmıştı. 6098 sayılı yürürlükte olan TBK m 594,II'e göre ise alacaklı alacağını kaydettirmekle yetinmeyecek, aynı zamanda haklarının korunması için gerekeni yapmakla yükümlü olacaktır. Bkz Acar (n 21) 285; TBK m 594,II'e dayanılarak konkordato mühleti döneminde alacaklının haklarını korumak için yapabileceklerine konkordato komiserinin tasarruflarını gözetlemek, İİK m 288,II'e göre ilandan itibaren yedi günlük kesin süre içinde dilekçeyle itiraz ederek konkordato mühleti verilmesini gerektiren bir durum bulunmadığı delilleriyle birlikte ileri sürmek ve mahkemeden konkordatonun talebinin reddini istemek örnek olarak verilebilir. Bkz Aydemir (n 83) 534.

¹⁸⁴ Doktrinde bir görüş, TBK m 594'ün, İİK m 303'e paralel bir hüküm olmadığını; çünkü, bu hükmeye göre, borçtan birlikte sorumlu olan diğer kişiler ile ilgili durumdan farklı olarak alacaklının kefile karşı haklarının korunabilmesi için konkordatoyu kabul etmemesinin yeterli olmayacağını; ayrıca alacağın kaydedilmiş ve konkordato mehlinin (mühletini) kefile bildirilmiş olmasının da gerektiği belirtilmiştir. Bkz Öztekin ve Tunç Yücel (n 115) 510; Doktrindeki diğer bir görüş ise, TBK m 594 ile İİK m 303 hükmünün birbirleriyle uyumlu olduğu yönündedir. Bkz Aydemir (n 83) 536 dn 69.

¹⁸⁵ Ayan (n 14) 704; Özen (n 14) 375; Borçlunun değil de, birlikte kefillerden birinin konkordato talep etmesi durumunda, alacaklının, TBK m 594,II'e göre yükümlülükleri diğer kefillere karşı yerine getirip getirmeyeceği konusunda kanunda bir düzenleme bulunmadığı için bu konuda doktrinde tartışma bulunmaktadır. Doktrindeki birinci görüşe göre, birlikte kefillerden birinin konkordato talebinde kanunda bir düzenleme olmadığı için alacaklının herhangi bir yükümlülüğü bulunamaz; çünkü TBK m 594,II hükmü borçlunun konkordatosu ile ilgilidir (Bkz Reisoğlu (n 14) 157); Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, TBK m 592,I hükmünden hareketle, alacaklının TBK m 594, II anlamında birlikte kefillere karşı, kefillerden birisinin konkordato talebinden dolayı ihbar yükümlülüğü bulunmaktadır (Bkz Özen (n 14) 375; Acar (n 21) 285; Aydemir (n 83) 554).

¹⁸⁶ Özen (n 14) 376; Ayan (n 14) 705.

¹⁸⁷ Aydemir (n 83) 534.

¹⁸⁸ Reisoğlu (n 14) 157.

¹⁸⁹ Ayan (n 14) 704; Aydemir (n 83) 534.

¹⁹⁰ Gümüş (n 28) 431; Ayan (n 14) 704.

zamanında alabilecektir¹⁹¹. Bu şekilde kefile asıl borçlu hakkında alacağın kaydedilmesi işlemlerini takip edebilme ve gerekirse alacağın kaydedilmesinin bizzat kefil tarafından yapılabilmesine de fırsat verilmiş olur¹⁹². Aslında, alacaklının konkordato komiseri tarafından yapılacak ilandan itibaren alacağını bildirmesinden sonra, ayrıca kefilin alacak bildiriminde bir hukuki yararı yoktur; ancak, kefilin borcu ödemediği rücu hakkı doğmayacağından süresi içinde kayıt yaptırmama olasılığına karşı kefil, geciktirici koşula bağlı olarak kayıt yaptırabilir (İİK m 302/6); böyle bir durumda ise konkordatoya kayıt yaptıran kefilin, kefil olduğu borcu ödemesi durumunda, ilgili alacaklının artık oy kullanamaması gerekir; çünkü aynı alacak için sadece bir kez oy kullanılabilir¹⁹³.

Alacaklının kefilini bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranması sebebiyle kefilin uğradığı zarar miktarına alacaklı ona karşı haklarını kaybeder (TBK m 594,III).

IV. Konkordatonun Feshinin Kefalet Sözleşmesine Etkisi

Konkordatonun tasdikinden sonra alacaklılardan birine projede öngörülen vadede ödeme yapılmamasında veya konkordatonun kötü niyetle sakatlanmış olmasında konkordatonun feshi¹⁹⁴ talep edilebilir (İİK m 308/f-g). Konkordatonun fesih edilmesi kararı ile alacak hakkının konkordato sebebiyle ortaya çıkan kısıtlamaları ortadan kaldırılır¹⁹⁵. Konkordatonun feshinin kefalet sözleşmesi üzerindeki etkisinin ise konkordatonun kısmen ve tamamen feshi bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

Kendisine karşı konkordato projesi uyarınca ödemediği bulunmayan her alacaklı konkordato sebebiyle kazanmış olduğu haklar saklı kalmak şartıyla konkordatoyu tasdik eden mahkemeye başvurarak kendisi hakkında konkordatoyu kısmen feshedebilir (İİK m 308/e, I). Konkordatonun herhangi bir alacaklı bakımından feshine karar verilmesi durumunda, kefile karşı İİK m 303'den doğan hakları saklı kalır¹⁹⁶; çünkü böyle bir durumda, konkordato tümüyle feshedilmemiş olup, halen geçerliliğini devam ettirmektedir¹⁹⁷. Başka bir deyişle, konkordatonun kısmen fesih

¹⁹¹ Aydemir (n 83) 534; Gümüş (n 28) 485.

¹⁹² Ayan (n 14) 705.

¹⁹³ Börü (n 126) 184; Altay ve Eskiocak (n 2) 195-196; Reisoğlu (n 14) 149; Bilgen, Kefalet (n 84) 561; Kefilin henüz borcu alacaklıya ödemediği durumlarda henüz rücu hakkı da doğmadığından konkordatoya kayıt yönünden gerekli şartı sağlamadığı için oy hakkının tanınmaması gerektiği; aksi takdirde bu durumun uygulamada borçlu tarafından kötü niyetli bir şekilde kullanıldığı konusunda bkz Akyürek ve Akyürek (n 110) 418; Sarısözen (n 58) 369.

¹⁹⁴ Doktrinde fesih kavramının, konkordatonun hukuki niteliğine ilişkin yapısı ile bağdaşmadığı için Kanunda her ne kadar "fesih" kavramının kullanılmış olsa da bunun "iptal" şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür. Şöyle ki, fesih, sözleşmenin taraflarından birinin tek taraflı yöneltilmesi gerekli irade beyanı ile sürekli borç ilişkisini ileriye etkili olarak son erdirirken; iptal, hukuken daha baştan sakat bulunan sözleşmeyi tümüyle geçmişe yönelik geçersiz kılmaktadır. Dolayısıyla Kanunda "konkordatonun feshi" ile ifade edilen kavramın, "konkordatonun iptali" şeklinde kullanılması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz Ulukapı (n 121) 107-109.

¹⁹⁵ ibid, 264.

¹⁹⁶ Postacıoğlu (n 70) 146; Ulukapı (n 121) 264; Öztekin ve Tunç Yücel (n 115) 512; Altay ve Eskiocak (n 2) 323; Kale (n 10) 72-73; Saldırım (n 130) 248.

¹⁹⁷ Altay ve Eskiocak (n 2) 323.

kararı ile, sadece borçlunun, fesih talep eden alacaklıya karşı konkordatodan ötürü kazandığı hakları ortadan kalkar; borçlunun, fesih talebinde bulunmayan diğer alacaklılara karşı sorumluluğu konkordato şartlarına göre devam eder¹⁹⁸. Bu durum kefilin borcunun, asıl borçtan ayrı bağımsız bir borç olmasından da kaynaklanır; zira, kefalet sözleşmesi ile kefil alacaklıya borçlunun edimini değil, kendi üstlendiği edimi borçlanır; böylelikle kefilin borcu, içerik ve şekil bakımından asıl borçtan bağımsızlaştırılmıştır¹⁹⁹. Buna göre, konkordato bir alacaklı bakımından kısmen feshedilmişse, bununla alacaklı, alacağını konkordato borçlusundan tam olarak talep edebilir; ancak, kefiliden yine konkordato şartlarına göre talep edebilir²⁰⁰.

Her alacaklı, kötü niyetle sakatlanmış konkordatonun feshini tasdik kararını vermiş olan mahkemeden talep edebilir (İİK m 308/f). Konkordatonun tamamen feshi durumunda, bu fesih kararı konkordatoyu kapsayacak şekilde genel sonuçlar doğurur ve bütün alacaklılara ve borçluya karşı konkordato tamamen ortadan kaldırılır²⁰¹. Dolayısıyla, borçluya karşı konkordatonun tamamen feshedilmesi aynı zamanda kefile karşı da feshedilmiş sayılacaktır; böylelikle konkordato kapsamında kefil hakkında İİK m 303'den doğan yükümlülükler yerine getirilmemiş olduğundan, bundan doğan rücu ilişkisinin etkisi ortadan kalkar ve alacaklı söz konusu borçluya ve kefile karşı alacağının tamamı bakımından yeniden başvuru hakkına sahip olur²⁰². Buna göre, konkordatonun tamamen feshi durumunda, İİK m 303'e göre konkordatoyu kabul etmesinin hukuken bir önemi kalmayacağından, konkordato projesindeki şartlara göre kefilin de ibrasının bir önemi kalmaz ve alacaklı kefile karşı bütün alacağı için (dava veya takip yolu ile) başvurabilir²⁰³.

Sonuç

Konkordato, borçlarını vadesi geldiği halde ödeyemeyen mali durumu bozulan bir borçlunun borçlarını belirli bir proje ile vade veya indirim yoluyla yeniden yapılandırabilecekleri bir hukuki imkândır. Konkordatonun sonuçları borçlu ve onun alacaklıları arasında hüküm ve sonuç doğurur ve bu sebeple konkordato (geçici ve kesin mühletli) kararının verilmesinden konkordatonun tasdikine kadar alacaklılar alacaklarını borçludan kural olarak talep edemezler.

Alacaklılarını kefalet ile güvence altına alan alacaklılar, borçludan tahsil edemedikleri alacaklarını bu kez kefiliden almaya çalışacaklardır; çünkü, kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak

¹⁹⁸ Erdoğan (n 143) 327.

¹⁹⁹ Bkz yukarı I, B.

²⁰⁰ Ulukapı (n 121) 264; Postacıoğlu (n 70) 264.

²⁰¹ Postacıoğlu (n 70) 147; Erdoğan (n 143) 327; Ulukapı (n 121) 273.

²⁰² Ulukapı (n 121) 273; Altay ve Eskiocak (n 2) 323; Öztekin ve Tunç Yücel (n 115) 512; Saldırım (n 130) 248.

Ulukapı (n 121) 273; Aydemir (n 83) 547; Kale (n 10) 73; Pekcanitez ve Erdönmez (n 2) 174.

sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir. Kefalet, alacaklıya kişisel teminat sağlanması amacıyla yapılarak üçlü bir ilişkiyi zorunlu kılar ve bu kişisel teminat fonksiyonu, kefalet sözleşmesinin asıl amacını oluşturur. Böyle bir durumda konkordatonun kapsamına alacaklıların ve borçlunun dışında, alacaklıya karşı borçtan birlikte sorumlu olan kefil de dahil olmaktadır ve alacaklılarla borçlu arasında sonuç doğuran konkordato hükümlerinin artık kefil ile de ilişkisi ortaya çıkmaktadır.

Konkordatonun kefalete etkileri, TBK’nda ve İİK’nda özel hükümler ile hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükümler konkordatoda kefaletle ilişkili olan alacaklı, borçlu ve kefilin durumlarını açıklamaktadır. İİK’nda düzenlenen kefalete ilişkin konkordato hükümleri, TBK’nda yer alan hükümlere göre özel hükümlerdir ve öncelikle uygulanması gerekir. Ancak İİK’nda yer alan konkordatonun kefalete ilişkin hükümlerinin TBK’nda yer alan hükümlere göre özel hükümler olması, TBK’nda düzenlenen konkordatonun kefalete ilişkin hükümlerinin uygulanamayacağı anlamına gelmez; burada öncelikle İİK’ndaki konkordatonun kefalete ilişkin hükümleri uygulama alanı bulurken, TBK’nda düzenlenen konkordatonun kefalete ilişkin hükümleri ise uygun olduğu ölçüde İİK hükümlerini tamamlayacaktır. TBK’nda ve İİK’nda düzenlenen kefaletin konkordato ile ilgili maddeleri şunlardır: TBK m 585,I-4, 585, II, 586,II, 590,II, 594,II; İİK m 297,II, 303.

Konkordato geçici mühletli kararından itibaren alacaklı, kefile karşı icra takibinin yapılmasını veya başlamış olan icra takibine devam edilmesini sağlayabilir. Böyle bir durumda kefil aleyhine yapılan takip sonucunda kefilin borcu ödemesi durumunda, alacaklının alacaklı sıfatı ortadan kalkar ve artık konkordato alacaklısı olamaz. Bu durumda ödeme yapan kefil, alacaklının haklarına TBK m 596, I’e göre kanunen halef olduğundan, konkordatoya alacaklı olarak kaydedilir ve konkordatonun tasdik edilmesi durumunda konkordato borçlusuna karşı ancak konkordato projesinde öngörülen şartlar ölçüsünde rücu hakkına sahip olur. Burada dikkat edilmesi gereken husus, konkordatonun tasdikinden sonra kefilin alacaklıya ödediği paranın kısmen veya tamamen iadesinin İİK m 303’e göre talep edilemeyeceğidir. Böyle bir durumda borçluya rücu hakkı olan kefilin, halefiyet ilkesi gereği alacağını doğrudan konkordato komiserine bildirmesi gerekecektir.

İİK m 303’de borçtan birlikte sorumlu olanlar ile ilgili düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme, konkordato mühletli dönemi için değil, aksine konkordatonun tasdik edilmesinden sonraki döneme ait olan kefile karşı haklar ile ilgili hüküm ve sonuçları ortaya koyar. Konkordatonun tasdikinden sonra alacaklı, asıl borçtan birlikte sorumlu olan kefile karşı başvuru hakkını kullanabilmek için öncelikle İİK m 303’de öngörülen şartları yerine getirmelidir. Ayrıca, alacaklı İİK m 303’ün işaret ettiği TBK’nda yer alan konkordato ile ilgili hükümlerinde öngörülen şartları da sağlamalıdır.

İİK m 303'deki kefile karşı başvuru imkânından tam olarak faydalanabilmesi için alacaklının alacağını kaydettirmesi gerekmektedir. Alacaklının alacağını kaydettirmesinden sonra, İİK m 303'deki imkândan faydalanabilmesi onun hükümdeki çeşitli ihtimaller çerçevesinde hareket etmesine bağlıdır:

İİK m 303, I'e göre, konkordatoyu reddeden alacaklı borçtan birlikte sorumlu olanlara karşı bütün haklarını muhafaza eder ve alacaklı asıl borçluya kefil olan kimseden sanki konkordato yokmuş gibi alacağının tamamını talep etme hakkına sahip olur. Başka bir deyişle, konkordatonun tasdik edilmesi ile birlikte konkordato projesinde asıl borcun vade veya tenzilat ile ödenmesi öngörülmüş olsa dahi, alacaklı alacağını herhangi bir vade veya tenzilat yapılmaksızın (kefalet) borcunu normal vadesinde kefileden tam olarak talep edebilecektir.

Alacaklının konkordato projesini kabul etmesi durumunda ise kefile karşı başvuru hakları İİK m 303,II'de düzenlenmiştir. Buna göre, konkordatoyu kabul (ona muvafakat) eden alacaklı kendi haklarını, borçtan sorumlu olan kişilere ödeme karşılığında devir teklif etmek ve onlara toplantının günü ile yerini en az on gün önce haber vermek şartıyla bu hükümden yararlanır. Bu hükümden hareket edilmesi durumunda, alacaklının konkordatoyu kabul etmesi durumunda iki durum ortaya çıkmaktadır:

1-Alacaklı, borçtan sorumlu olan kefile ödeme karşılığında devir teklif etme ve ona alacaklılar toplantısının yerini en az on gün önceden haber verme şartını yerine getirilmeden doğrudan konkordato projesini kabul edebilir. Alacaklı bu şartı yerine getirmeksizin konkordato projesini kabul ederse, kefile karşı rücu hakkını tamamıyla kaybetmez; ancak kefileden alacağını, konkordato projesinde öngörülen şartlar dahilinde talep edebilir; örneğin, konkordato projesinde indirim öngörülmüşse artık, bu indirim oranı ayrıca kefileden talep edilemez.

Alacaklı, borçtan sorumlu olan kefile ödeme karşılığında devir teklif etme ve ona alacaklılar toplantısının yerini ve zamanını en az on gün önceden haber verme şartını yerine getirilerek konkordato projesini kabul edebilir. Böyle bir durumda alacaklı kefile karşı başvuru hakkını tam olarak koruyacaktır (İİK m 303,II). İİK m 303, III'e göre, alacaklı başvuru (müracaat) hakkına hanel gelmeksizin borçtan birlikte sorumlu olan kefile konkordato müzakerelerine katılma yetkisini verebilir ve onun kararını kabul taahhüdünde de bulunabilir.

Konkordatonun herhangi bir alacaklı bakımından feshine karar verilmesi durumunda, onun kefile karşı İİK m 303'den doğan hakları saklı kalır; çünkü böyle bir durumda, konkordato tümüyle feshedilmemiş olup, halen geçerliliğini devam ettirmektedir. Buna karşın, konkordatonun tamamen feshi durumunda İİK m 303'deki şartları yerine getirmemiş olan alacaklı, kefile karşı her türlü talep etme hakkına yeniden kavuşur; çünkü konkordatonun tamamen feshi durumunda, bu fesih

kararı konkordatoyu kapsayacak şekilde genel sonuçlar doğurur ve bütün alacaklılara ve borçluya karşı konkordato tamamen ortadan kaldırılır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Acar Ö, *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi* (On İki Levha 2015).
- Akıntürk T, *Müteselsil Borçluluk* (Sevinç Matbaası 1971).
- Akil C, *Sorularla Adi Konkordato* (Adalet 2019).
- Akyürek A, Akyürek R, *Konkordato Hukuku* (Yetkin 2019).
- Albayrak H, *İflâs Dışı Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları* (Yetkin 2020).
- Altay S, Eskiocak A, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku* (4. Bası, Vedat 2018).
- Aral F, Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (12. Bası, Yetkin 2019).
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S, Hanağası E, *İcra ve İflâs Hukuku* (5. Bası, Yetkin 2019).
- Atalay O, 'Konkordato Projesinin Hazırlanması' iç *MİHBİR XVI 7101 Sayılı Kanunu Çerçevesinde Konkordato* (Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı 2019) 93-105.
- Atalı M, 'Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları' iç Muhammet Özeker (ed), *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler* (On İki Levha 2018) 111-134.
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *İcra ve İflâs Hukuku* (2. Bası, Yetkin 2019).
- Ayan S, *Kefalet Sözleşmesi* (Adalet 2018).
- Aydemir D, 'Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkisi' (2019) 15 (43) *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 519-558.
- Barlas N, 'Yeni Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler' iç Çiğdem Kırca (ed), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* (Vedat 2013) 213-233.
- Başözen A, *Müflisin Tasarruf Yetkisi* (Turhan Kitabevi 2005).
- Bauer T, Staehelin D, *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs Ergänzungsband* (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2017) (Bearb: Bauer T).
- Bilgen M, *İflâs İflâsın Erteleme, Konkordato Yargılama Usulü* (Adalet 2012).
- Bilgen M, *Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar* (2. Bası, Adalet 2017) (Kefalet).
- Börü L, 'Adi Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi' (2019) 10 (1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 173-186.
- Budak A C, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip* (Yeditepe Üniversitesi 2008).
- Budak A C, Tunç Yücel M, 'İİK m 289' iç Öztekin S (ed) *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası 2019).
- Buluş K, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Birlikte Kefaletin Türleri ve Hükümleri* (Seçkin 2017).
- Buruloğlu E, Reyna Y, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat* (Yörük Matbaası 1968).
- Çınar Ö, *Türk Borçlar Kanununa Göre Keşilin Sorumluluğunun Sona Ermesi* (On İki Levha 2013).
- Dalcı Özdoğan N, *Müteselsil Sorumluluk* (Seçkin 2015).
- Elçin Grassinger G, *Borçlar Kanununa Göre Keşilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları* (Alfa 1996).
- 'Kefalet İşlemleri', *Yeni Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi ve Değişikliklerin Uygulamaya Yansımaları* (İktisadi Araştırmalar Vakfı 2012) 45-63 (Kefalet).

- Erdoğan İ, 'Konkordatonun Müşterek Borçlulara ve Kefillere Etkisi' (1984) 10 (1-2) *Yargıtay Dergisi* 158-169.
- 'Konkordatonun Müşterek Borçlulara ve Kefillere Etkisi' (1984) 10 (3) *Yargıtay Dergisi* 318-331.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (7. Bası, Yetkin 2019).
- Erlüle F, 'Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması' (2003) 7 (1-2) *Atatürk Üniversitesi Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 629-644.
- Gümüş M A, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler C II* (3. Bası, Vedat 2014).
- Gürdoğan B, *İflâs Hukuku Dersleri, İflâs, Konkordato, İptal Davaları* (Ajans Türk Matbaası 1966).
- Hunkeler D, *Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands* (Universitätsverlag Freiburg 1996).
- Hurter, H, *Der Nachlassvertrag mit Gesellschaftsgründung* (Keller & Co AG 1988).
- Kale S, *Sorularla Konkordato* (On İki Levha 2017).
- Kırkbeşoğlu N, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük* (Vedat 2011).
- Kocaman A B, *Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu* (2. Bası, Atilla Kitabevi1992).
- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku C 4* (3. Bası, Alfa 1997).
- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (2. Bası, Adalet 2013) (El Kitabı).
- Kren Kostkiewicz J, *Schuldbetreibungs- & Konkursrecht* (3. Auflage, Schulthess 2018).
- Muşul T, *İflâs ve Konkordato Hukuku* (Adalet 2018).
- Oğuzman K, Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Vedat 2016).
- Özekes M, 'Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı' in Özekes M (ed), *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler* (2018) 43-72.
- Özen B, *6098 Sayılı TBK Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi* (4. Bası, Vedat 2017).
- Özkan Şahin G, 'Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi' (2019) 25 (2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi (Prof.Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı)* 1288-1336.
- Öztek S, 'İİK m 285'' iç Öztek S (ed) *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Adalet 2019).
- Öztek S, Tunç Yücel, M, 'İİK m 303' iç Öztek S (ed) *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Adalet 2019).
- Pekcanitez H, Atalay O, Sungutekin Özkan M, Özekes M, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı* (6. Bası, On İki Levha 2019).
- Pekcanitez H, Erdönmez G, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato* (Vedat 2018).
- Postacıoğlu İ E, *Konkordato* (2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1965).
- Saldırım M, 'İflâstan Önce Konkordatonun Tasdikinin Hüküm ve Sonuçları' (2000) 4 *Ankara Barosu Dergisi* 229-271.
- Sarısozen S, *Konkordato* (Yetkin 2020).
- Siller N, *Müteselsil Kefalet* (Seçkin 2019).
- Reisoğlu S, *Türk Kefalet Hukuku* (2. Bası, Cem Web Ofset 2013).
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri C 2* (4. Bası, Vedat 2008).
- Tanrıver S, *Konkordato Komiseri* (Yetkin 1993).
- Tanrıver S, Deynekli A, *Konkordatonun Tasdiki* (Yetkin 1996).
- Taşpınar S, 'Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan Değişiklikler' (2003) 27 (2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 49-92.

- Tunç Yücel M, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları* (On İki Levha 2020).
- Ulukapı Ö, *Konkordatonun Feshi* (Mimoza 1998).
- Umbach Spahn B, Kesselbach S, Bossart S, 'Art 298 SchKG' in Kren Kostkiwicz J, Vock D (eds) *Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (4. Auflage Schulthess 2017).
- Umbach Spahn B, Kesselbach S, Exner C, 'Art 303 SchKG' in Kren Kostkiwicz J, Vock D (eds) *Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (4. Auflage Schulthess 2017).
- Üstündağ S, İflâs Hukuku, İflâs, Konkordato, İptal Davaları (8. Bası, Yaylacık 2009).
- Vollmar A, 'Art 303' in SchKG' in Staehelin A, Bauer T, Staehelin D (eds) *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (2 Auflage Helbing Lichtenhahn, 2010).
- 'Art 298 SchKG' in Staehelin A, Bauer T, Staehelin D (eds) *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (2 Auflage Helbing Lichtenhahn, 2010).
- Yavuz C, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (9. Bası, Beta 2014).
- Yeşilova B, 'İİK m 297' iç Öztekin S (ed) *Yeni Konkordato Hukuku* (2. Bası, Adalet 2019).
- Yılmaz E, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi* (Yetkin 2016).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 01.04.2020
Revizyon Talebi: 06.10.2020
Son Revizyon: 10.10.2020
Kabul: 24.10.2020

Manevî Hakların Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kullanılması: FSEK Madde 19 Üzerine Bir Tedkik

Mustafa Ateş*

Öz

Eser üzerinde onu meydana getiren kimseye tanınmış haklara telif hakları denir. Telif hakları, sahibine manevî ve malî yetkiler bahşeder. Manevî haklar eser sahibinin kişiliğiyle ilgili, malî haklar ise ekonomik menfaatleriyle ilgili yetkilerden oluşur. Malî haklar hak sahibince, başka kişilere devredilmek veya lisans tanınmak suretiyle kullanılabilir. Ancak, eser sahibi manevî hakları ya bizzat kullanır veya yetkilendirdiği başka bir kişi vasıtasıyla kullanır. Manevî hakların para karşılığı değerlendirilmesi mümkün değildir; yani eser sahibi bedeli karşılığında bu hakları bir başka kişiye devredemez. Malî haklar eser sahibi öldüğü zaman mirasçılara intikal eder. Ancak Türk telif hukukuna göre manevî hakların miras yoluyla intikali mümkün değildir. Bununla beraber manevî haklardan bazıları, eser sahibi öldükten sonra, kanunun öngördüğü belirli bir süreyle eser sahibinin bazı yakınları tarafından kullanılabilir. Manevî hakların eser sahibinin ölümünden sonra kimler tarafından hangi süre zarfında kullanılabileceği FSEK'in 19. maddesinde düzenlenmiştir. Bu makalede, eser üzerindeki malî hakların eser sahibinin ölümünden sonra kullanılmasını düzenleyen mezkûr Kanunun 19. maddesinin analizi yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Telif hakları, Manevî haklar, Manevî hakların kullanılması yetkisi, Eser sahibinin mirasçıları, Fsek madde 19

Exercise of Moral Rights in a Copyrighted Work of Author after His Death: An Examination on Article 19 of Turkish Copyright Code

Abstract

Copyright is a right granted to anyone who creates an original work. Copyright grants moral and economic benefit and authority to the author of an artistic and literary work. Economic rights provide economic benefits the author, whereas moral rights consist of powers related to his personality. Economic rights can be used by the owner himself, by transferring them to other persons, or by granting a license. However, the author uses the moral rights either through the powers that he has granted to another person or by himself. It is not possible to evaluate the moral rights for money, that is, the owner of the work cannot transfer these rights to another person for the price. When the owner of the work dies, economic rights are transferred to the heirs. It is not possible to transfer moral rights on the copyrighted work through inheritance according to Turkish Copyright Law. However, after the author dies, some of the moral rights can be used by some relatives of the author for a certain period prescribed by the law. It is regulated in the 19th article of Turkish Copyright Code (TCC) under Turkish Copyright Law. This essay analyses the article 19 of the TCC that regulates the use of economic rights on the work after the death of the author.

Keywords

Copyright, Moral rights on the copyrighted work, Heirs of the author, Power to exercise moral Rights, Article 19 of Turkish copyright code

* **Sorumlu Yazar:** Mustafa Ateş (Prof. Dr.), İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: mustafa.ates@izu.edu.tr ORCID: 0000-0002-2401-5384

Atf: Ates M, "Manevî Hakların Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kullanılması: FSEK Madde 19 Üzerine Bir Tedkik" (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1279. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.3.0005>



Extended Summary

In terms of their qualities, the content of rights on intellectual and artistic works consists of various powers entitled to the author: Some of them are moral, and the others are economic. Moral powers are more about the personality of the author. On the other hand, economic powers represent the possibility of monetary use of the work. To be subject to various legal transactions, the creator of the work obtains economic benefits from his work. That is why it is called economic or financial rights.

Economic rights are rights that can be transferred and as required by their nature and that can be transferred to the heirs after the owner dies. The author has authority to transfer and assign his economic rights to other people under the Article 48 of the Turkish Copyright Law. Economic rights of author can be bought, sold, licensed, loaned, donated, exchanged as well as any other property or right as movable and immovable material goods under Turkish Copyright Law. The Turkish Copyright Code (TCC) also allows the transfer of economic rights through inheritance (Article 63)

By nature, moral rights cannot be measured with money according to the Turkish Law. These are based on the personality of the creator of the work and the characteristics of his personality that reflect the work. These rights arise when the work is created, *ipso jure* is gained—whether they are used or not is applied to the will of the owner. The author requests these rights for himself. It can also be used by a third person; however, transfer and assignment of others are not possible. Likewise, when the author dies, the rights that are not necessary to be evaluated in the markets are not transferred to the heirs. Certain moral rights are examined by certain people after the author dies according to the Article 19 of the TCC. The death event cannot break the owner's personal and moral connection with the work because the existence of the work continues even after the death of the creator. Therefore, the economic rights of the author in the work do not expire and must be protected for 70 years from the date of death of the owner of the work. During this period, there is a need to continue the use of moral rights for the wedding of the work.

Hence, this period is not a final period for the consideration of their moral rights as moral rights do not end with the expiration of 70 years. There is no time limit for moral rights although a time limit is stipulated for economic rights under Articles 26 and 27. The period specified in Article 19 of the Law means the maximum period for which only those persons who have been granted the right to exercise their moral rights can exercise their moral rights.

It is no longer possible for them to exercise the rights mentioned in this article if there is an authorized person still alive after 70 years of time because his authorization from this article has expired in terms of duration. In this respect, the end of the 70-

year period does not necessitate the end of their moral rights, as opposed to economic rights. This is because their moral rights are not restricted.

Some moral rights, in which the personality of the author has come to an end, continue if the work of his work exists, not only that the economic rights are protected. Moreover, it is stated in the copyright legal doctrine that the moral aspect of the work that can be attributed to the one that created it will be protected as a property to society and humanity after the death of its and its heirs. For example, nobody can embrace the poems of Yunus Emre or publish them in the name of Mevlana's Mesnevi even if 700–800 years have passed. Depending on some of these and unexamined conditions, some are indicative. Therefore, the financial rights on the works that are important for the culture of the country can be used by the Ministry of Culture according to the last paragraph of the Article 19—no matter how long it passes.

The provisions of Article 19 of the TCC are as follows:

If an author has not determined the manner in which the authorities granted to him by the first paragraphs of Articles 14 and 15 are to be exercised or has not left this matter to another person, these rights shall be exercised after his death by the executor, or, if no executor has been appointed, successively by the surviving spouse, his children, his testamentary heirs, his parents, and his siblings.

After the death of the author, those persons set out in the preceding paragraph may exercise the rights granted to the author under the third paragraphs of Articles 14, 15 and 16, in their own name and for a period of 70 years after the death of the author. If the author or the persons authorized under the first and second paragraphs of the Article 19 do not exercise their authorities, any person who has acquired an economic right from the author or from his successor may, provided that he proves a legitimate interest, exercise in his own name the rights granted to the author under the third paragraphs of Articles 14, 15 and 16.

Where there is more than one authorized person who cannot agree on an action, the court shall settle the conflict in summary proceedings, according to the presumed intentions of the author.

If there are no authorized persons under Article 18 or the preceding paragraphs or if such persons exist but they do not exercise their rights or if the terms laid down in the second paragraph have expired, the Ministry of Culture and Tourism may exercise in its own name the rights granted to the author under the third paragraphs of Articles 14, 15 and 16 if the work is deemed to be important for national culture.

In this essay, it will be explained what are the moral rights which are subject to transfer, by whom, under what conditions and when they can be used. However, only

issues regarding the moral rights of the author will be included here; A separate title for linked rights will not be opened. Because, in Turkish law, non-moral rights are not granted to the related rights holders other than performers. The performers, on the other hand, have the right to demand that their performances be promoted as the owner of their performances and that their performances are falsified and prevented from deteriorating in accordance with the provisions of TCC 80 / A (1). As a result, the explanations regarding the transfer and transfer of the moral rights of the authors to be made below are valid for the transfer and transfer of the moral rights granted to the performers in Article 80 of TCC.

Manevî Hakların Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kullanılması: FSEK Madde 19 Üzerine Bir Tedkik

I. Genel Olarak

Eser üzerindeki manevî haklar, eseri meydana getiren ile eser arasındaki kişisel bağlantıyı kuran, sürdüren ve koruyan menfaat ve yetkilerden oluşur. Eser sahibi öldüğü zaman kişiliği sona erer. Çünkü ölüm kişiliği sona erdiren tabii ve hukukî bir olaydır (TMK 28/1). Ancak eserler, eser sahiplerine göre çok daha uzun ömürlüdür. Eser, onu meydana getiren kişinin ölümünden sonra dahi varlığını sürdürür. Sahipleri 2000-3000 yıl evvel ölen ama bugün hâlâ hayatini sürdüren eserler çoktur. Sözelimi MS 537 yılında inşa edilen ve bugün belki de mimarının kemikleri toprağa dönmüş olan Ayasofya, takriben 1500 yıldır mimari bir şaheser olarak ayaktadır. 1273 yılında ölen *Mevlana*'nın *Mesnevî*'si sekiz asırdan daha uzun süreden beri değerinden hiçbir şey kaybetmeden yaşamaktadır.

Şu hâlde eser, onu meydana getirenin ölümünden sonra dahi varlığını sürdürdüğü için, ölüm olayı eser sahibinin eser ile olan kişisel ve manevî bağı koparamaz. Bu nedenle hukuk düzeni, hiç değilse malî hakların devamı süresince manevî hakların da kullanılabilmesini öngörmüştür. Eser sahibinin ölümü veya ölüme eşdeğer sonuçlar doğuran gaiplik kararının kesinleşmesiyle birlikte, eser üzerindeki malî haklar sona ermemekte ve ölüm olayından itibaren 70 yıl korunmaktadır. Bu süre zarfında eser üzerindeki malî hakların korunmasının bir anlam ifade edebilmesi için, manevî hakların kullanımının devamına da ihtiyaç vardır. Nitekim kanun koyucu bu zarureti görmüş ve bazı manevî hakların eser sahibinin ölümünden sonra 70 yıl süreyle kullanılabilmesine imkân tanımıştır. Bu süre, malî hakların korunma süresine paralel olarak belirlenmiştir. Böylece eser sahibinin bazı yakınları veya malî hak sahipleri, eser sahipliğinin sona ermesinden sonra 70 yıl süreyle manevî hakları kullanılabilir.

Şu kadar ki; bu süre, manevî hakların korunması için öngörölmüş nihai bir süre değildir. Çünkü manevî haklar 70 yıllık sürenin dolmasıyla sona ermez. Malî haklar bakımından bir süre sınırlaması öngörölmüş ise de (FSEK 26, 27), manevî haklar için bir süre tahdidi sözkonusu değildir. FSEK'in 19. maddesinde belirtilen süre, sadece bu madde ile kendilerine manevî hakları kullanma salahiyeti tanınan kişilerin, yetkili kıldıkları manevî hakları kullanabilecekleri azami süreyi ifade eder. Dolayısıyla, bu kişiler arasında 70 yıllık süre dolduğu halde hâlâ hayatta bulunan yetkili biri varsa, o kişinin artık bu maddede sözü edilen hakları kullanması mümkün değildir. Çünkü onun bu maddeden kaynaklanan yetkileri süre yönünden sona ermiştir. Bu itibarla 70 yıllık sürenin bitmiş olması, malî haklarda olduğunun aksine, manevî hakların sona ermesini gerektirmez. Bunun nedeni manevî hakların herhangi bir süreyle sınırlandırılmamış olmasıdır.

Eser sahibinin kişiliğinin sona erdiği durumlarda manevî haklar, sadece malî hakların korunduğu sürece değil, ona ait eser varlığını sürdürdükçe devam eder. Nitekim öğretilerde eserin onu meydana getirene izafe olunabilecek manevî yönünün onun ve mirasçılarının ölümünden sonra topluma ve insanlığa mal olarak korunacağı ifade edilmektedir.¹ Sözelimi, hiç kimse üzerinden 700-800 yıllık süreler geçmiş olsa bile *Yunus Emre*'nin şiirlerini sahiplenemez veya *Mevlana*'nın *Mesnevi*'sini kendi adıyla yayımlayamaz. Bu gibi durumlarda ve muayyen şartlara bağlı olarak, bazı manevî hakların devlet tarafından süresiz olarak kullanılabilmesine imkân tanınması, manevî hakların çok daha uzun süre devam edebileceğinin bir göstergesidir.

Eser sahibinin ölümünün eser üzerindeki haklara etkisi ve manevî haklar bakımından ölüm olayına bağlanan hüküm ve sonuçlar FSEK'in 19. maddesinde düzenlenmiştir. Ölüm kişiliği sona erdiren bir olaydır. Kaybolan kişi hakkında mahkemece verilen gaiplik kararı da kişiliği sona erdirmesi yönüyle ölüme eşdeğer sonuçlar doğurur (TMK 35). Dolayısıyla, Kanunun ölüme herhangi bir sonuç bağladığı hükümler, hakkında ölüm karinesi düşülen ve mahkemece gaipliğine hükmedilen kişiler için de aynen geçerlidir.

Eser sahibinin ölümü veya gaipliğine hüküm verilmiş olması ona ait kişilik haklarını sona erdirir. Ancak eser sahibinin genel kişilik hakları olarak adlandırılan bu haklarının sona ermesine karşı, meydana getirmiş olduğu fikir ve sanat eserinden dolayı kişiliğine bağlanmış manevî haklarını sona erdirmez. Zira FSEK eser sahibinin ölümünden sonra ona ait manevî hakların kullanılmasına ilişkin hükümlere yer vermiştir. Buna göre Kanunun 19. maddesinde, manevî hakların özünün değil, bunların niteliğine uygun olarak, *kullanma yetkilerinin* intikali düzenlenmiştir.

Bu maddede, sırasıyla intikale konu olan manevî hakların neler olduğu, bu hakların kimler tarafından, hangi şartlar altında ve ne zamana kadar kullanılabileceğini açıklanacaktır. Ancak burada sadece eser sahibinin manevî haklarıyla ilgili hususlara yer verilecek olup; bağlantılı haklar için ayrı bir başlık açılmayacaktır. Zira Türk hukukunda icracılar dışındaki bağlantılı hak sahiplerine manevî haklar tanınmamıştır. İcracı sanatçılar ise, FSEK md. 80/A(1) hükmü uyarınca, “icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını ve icralarının kendi itibarlarını zedeleyecek şekilde tahrif edilmesini ve bozulmasının önlenmesini talep etme hakkına sahiptirler.” Sonuç olarak; aşağıda yapılacak eser sahiplerinin manevî haklarının devir ve intikaliyle ilgili açıklamalar, FSEK'in 80. maddesinde icracı sanatçılara tanınan manevî hakların devir ve intikali yönünden de aynen geçerlidir.

Hemen ifade edelim ki bu maddede Türk fikir ve sanat hukukunda manevî hakların eser sahibinin ölümünden sonra akıbeti ele alınmaktadır. Manevî hakların

¹ Hamide Topçuoğlu, *Fikri Haklar Ders Notları* (Ankara 1964) 35; N Şafak Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2008) 35.

neler olduğu ve bunların kapsamına ilişkin konulara çalışmanın hacmini aşmamak için bu makalede yer verilmemiştir.² Bu çerçevede konunun Kıta Avrupası'nın önde gelen Medeni Hukuk (*Civil Law*) ekolüne mensup ülkelerinden monist teorinin temsilcisi Alman ve düalist teorinin temsilcisi Fransız hukuklarında ele alınışı ile *Comon Law* siteminin cari olduğu Anglo-Amerikan hukuk sitemindeki yerine kısaca değinilecektir. Arkasından da Türk hukuku mevzuatı, uygulaması ve öğretisine göre konu hakkında ayrıntılı tespit ve değerlendirmelere yer verilecektir.

II. Mukayeseli Hukuktaki Durum

Fikir ve sanat hukukundaki manevî hak kavramı esas olarak Fransa'da doğmuş ve yayılmıştır.³ Ancak eser üzerinde onu meydana getiren kişinin, kişiliğine ait değerlerin esere yansıyan boyutunu ifade eden manevî hakkın hukukî mahiyeti konusundaki yaklaşım farklılıkları, bu hakların eser sahibi hayatta iken devredilip devredilemeyeceğine ve eser sahibi öldükten sonra da mirasçılara intikal edip etmeyeceğine ilişkin hukukî düzenlemelerin tasarımını da önemli ölçüde etkilemiştir. Bu hususta biri "monist teori" diğeri de "düalist teori" olarak nitelendirilen iki yaklaşım ön plana çıkmıştır. Burada önce monist teorin hâkim olduğu Alman hukukuna sonra da düalist teorinin hâkim olduğu Fransız hukuka kısaca temas olunacaktır.

Manevî hakların hukukî niteliği hakkında ileri sürülen monist teoriye göre malî ve manevî haklar tek bir haktan doğar. Eser üzerinde sözkonusu olan bu hak aslında kişilik hakkıdır. Teorinin mimarı *Gierke*'e göre, malî ve manevî menfaatler eser üzerinde bir "bütünlük" oluşturan hakka vücut verir. Eser, sahibinin şahsiyet hakları çevresine dâhil olup eserin hukuken korunmasının nedeni, sahibi ile eser arasındaki sıkı ilişki dolayısıyla kişiliğe dâhil menfaatlerin korunmasının gerekli olmasıdır.⁴ Monist teori olarak nitelendirilen bu yaklaşıma göre eser üzerindeki hakları malî ve manevî haklar şeklinde ayırmanın pratik bir yararı yoktur. *Ulmer*'in de ifade ettiği gibi, eser üzerindeki hak bir ağacın gövdesi, malî ve manevî hak olarak adlandırılan menfaatler de bu gövdeden çıkan dallar gibidir. Bu sebeple Alman Telif Hakları Kanuna göre malî ve manevî hakların terkiibinden oluşan ve bir bütünlük arzeden telif hakkı (*Urheberrechts*) devir ve temlik edilemez (*UrhG* 29).⁵

² Bu konuda ayrıntı için bkz Mustafa Ateş, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması* (1. Baskı, Seçkin 2003); Yalçın Tosun, *Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevî Haklar* (1. Baskı, Onikilevha 2016); Mustafa Aksu, 'Eser Yaratıcının Eseri Üzerindeki Manevî Hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik Hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı İlişkisi Üzerine Bir Deneme' *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan* (1. Baskı, Onikilevha 2010) C. I 121-158; Bella Karakis, 'Moral Rights, French, United States, Soviet Compliance Wiht Article 6bis of Bern Convention' (1994) 5 *Touro Int'l L Rev* 105; Ioannis Kikkis, 'Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Manevî Haklarının Geleceği' (Çev. Kelağa, Al) (2007) 12 *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi* 951-973; Rona Serozan, 'Mirasçıya Geçen ve Geçmeyen Haklar, Mirasçının Aslında Kazandığı Haklar ve Miras Bırakmanın Ölüm Sonrasına Uzanan Hakları' *Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan* (1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1999) 311-317; Elizabeth Adeney, *The Moral Rights of Authors and Performers, An International Comparative Analysis*, (New York 2006); Adolf Dietz, 'The Moral Right of the Author: Moral Rights and Civil Law Countries' (1994) 19 *VLA JL & Arts* 199.

³ Ateş (n 2) 126 vd; Tosun (n 2) 36 vd; Karakis (n. 2) 105;

⁴ Adeney (n 2) 28.

⁵ Ayrıntı için bkz Dreier/Schulze/Schulze, *Urheberrechtsgesetz-Kommentar*, (UrhG § 29 Rn 1-24) (6. Aufl, 2018).

Ancak kural olarak, üçüncü kişilere telif hakkının *kullanım yetkisi* tanınmasına cevaz verilmiştir. Burada teknik anlamda hakkın devir ve temlik değil tam ruhsata benzer bir kullanım imtiyazının tanınması sözkonusudur. Alman Kanununun 28. maddesine göre eser üzerindeki manevî ve malî yetkilerin terkiibinden oluşan telif hakkı, eser sahibi öldükten sonra miras yoluyla mirasçılara intikal ettiği gibi, bu hakkın ölüme bağlı tasarrufla bir kimseye bırakılması da mümkündür (*UrhG* 29).⁶ Buna karşın eser sahipliği genel kişilik hakları kapsamında olduğu için devredilemez ve miras yoluyla intikale de konu olmaz. Kural olarak telif hakkının miras ve ölüme bağlı tasarrufla intikalinin söz konusu olduğu hallerde malî hakları kullanım yetkisine sahip olanlar sınırlı ölçüde manevî yetkileri de kullanabilir. Bu hakların kullanımını 70 yıllık koruma süresiyle sınırlıdır.

Fransız hukukunda hâkim olan ve bu ülkenin pozitif hukukuna da yansıyan düalist teoriye göre, eser üzerinde eser sahibinin ekonomik değeri haiz haklarından önce gelen manevî hakları vardır.⁷ Eser üzerindeki manevî haklar, eser sahibinin eserdeki kişiliğinin görünümüdür. O nedenle kişilik sona erse bile eser sahibinin eser üzerindeki manevî hakları korunmaya devam eder. Öyle ki eser üzerindeki malî haklar 70 yıllık koruma süresine tabi olmasına rağmen, manevî haklar herhangi süreye tabi değildir.⁸ Monist teorinin aksine malî ve manevî haklar birbirinden bağımsız olarak gelişir ve varlığını sürdürür. Bunun sonucu olarak, Alman Hukukundakinin aksine, Fransız Hukukunda malî hakların devir ve intikali mümkün olduğu halde manevî hakların yalnızca kullanım yetkisi devredilebilmektedir. Hakkın özünün devri mümkün değildir.

Nitekim Fransız Fikri Mülkiyet Kanununun (CPI) L.121.1 maddesine göre manevî hakların mirasçılara geçeceği ve kullanım yetkilerinin de muayyen bir kişiye ölüme bağlı tasarrufla tanınabileceği hükme bağlanmıştır. Mirasçılar manevî hakları kullanırken eser sahibince ölmeden önce açıklanan iradeye sadakat göstermek zorundadırlar. Fransız hukukunda manevî haklardan özellikle eserin umuma arzına büyük önem atfedilmiştir. Fransız Kanununun mezkûr maddesinin 2. fıkrasında, eser sahibinin öldüğünde henüz umuma arzedilmemiş eserleri mevcutsa, eserin umuma arzı hakkının kullanımına vasiyetname ile tayin edilen kişiler karar verir. Eser sahibinin bu yönde açıklanmış bir iradesi yoksa umuma arz salahiyetini öncelikle eser sahibinin alt soy mirasçıları kullanır. Eser sahibinin alt soyundan sonra ikinci sırada evlenmemiş olmak veya mal ayrılığına karar verilmemiş olmak kaydıyla eser sahibinin eşi gelmektedir. Nihayet mirasın tamamı veya bir kısmı kendisine kalan alt soy dışındaki mirasçılar da anılan hüküm uyarınca eserin umuma arzı yetkisini

⁶ Dreier/Schulze/Schulze (n 5) *UrhG* § 28 Rn 1-10; Ahlberg/Götting, *BeckOK Urheberrecht*, (*UrhG* § 28 Rn 1-7) (28. Aufl, München 2020); Joachim Pierer, 'Die persönlichkeitsrechte Urhebers nach dem Tod' (2019) GRUR 476-483.

⁷ Ayrıntı için bkz. Alain Strowel, *Droit d'Auteur et Copyright, Divergences et Convergences* (Bruxelles 1993); Tosun (n 2) 36-40.

⁸ Strowel (n 7) 495-495.

kullanabileceklerdir. Fransız Hukukunda umuma arz yetkisi dışında kalan manevî haklar miras hukukunun genel hükümlerine tabidir.⁹

İngiliz kökenli *Common Law* hukuk ailesine mensup ülke hukuklarında hâkim *copyrights* sisteminde başlangıçta “manevî hak” şeklinde bir kavram rastlanmamaktadır.¹⁰ ABD ve İngiltere gibi ülkelerin 1980’li yılların sonuna kadar Bern Sözleşmesine katılma konusunda çekingen davranmalarının sebeplerinden biri de bu Sözleşmenin üyelerine manevî hakları da koruma yükümlülüğü getirmesidir. Bu ülkelerde son dönemde manevî haklar diye bir hak kategorisine yer verilmiş olmasa da, manevî haklara benzer bir koruma farklı hukuk temellere dayanarak korunmaya çalışılmaktadır.¹¹ İngiliz ve ABD hukuk sistemlerine göre manevî hak olarak nitelendirilen yetkiler bir yana eser sahipliğinin dahi devrine cevaz verildiği haller sözkonusudur.

III. FSEK Madde 19’a Göre Kullanılabilecek Manevî Haklar

A. Genel Olarak

Türk Fikir ve Sanat Hukukunda malî hakların Fransız Hukukunda olduğu üzere devir ve intikaline cevaz verildiği halde (FSEK 63), manevî hakların devir ve intikaline cevaz verilmemiştir.¹² Şu kadar ki, eser sahibi hayatta iken manevî hakların *kullanılması yetkisini* başka bir kimseye devredebilir. Ancak manevî haklar eser sahibinin esere yansıyan kişiliği olarak kabul edildiği için bu hakkın özünün başkasının uhdesine geçecek şekilde temlik mümkün değildir. Eser sahibinin ölümünden sonra manevî haklarının akıbetine ilişkin olarak FSEK’in 19. maddesinde özel hükümlere yer verilmiştir. Mezkûr maddede manevî hakların intikali yerine manevî yetkilerin kullanılmasından söz edilmiştir. Bu yönüyle konunun Türk hukukunda Alman ve Fransız hukuklarından çok daha farklı düzenlendiğini ifade etmek mümkündür.

Bu cümleden olarak eser sahipliğinin ölüm veya gaiplikle sona ermesinden sonra kullanma yetkisi üçüncü kişilere intikal edecek olan manevî hakların neler olduğu, FSEK’in 19. maddesinde sınırlı sayma esasına göre belirtildiğini ifade etmek gerekir. Maddenin ikinci fıkrasında; bu maddenin ilk fıkrasında sayılan kimselerin, eser sahibine 14 ve 15. maddelerin birinci fıkralarında tanınmış yetkiler ile, 14, 15 ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan yetkileri, eser sahibinin ölümünden sonra kullanabilecekleri hükme bağlanmıştır. Buna göre, mezkûr hüküm uyarınca eser sahibinin ölümünden sonra manevî hakları kullanma yetkisine halef olanların kullanabileceği başlıca yetkiler şunlardan ibarettir:

⁹ Ateş (n 2) sh. 116 ve özellikle 115-120 no.lu dipnotlara bkz. Ayrıca bkz Tosun (n 2) 334-338.

¹⁰ Ateş, (n 2) 129.

¹¹ Ateş (n 2) 113- 118; Tosun (n 2) 72 vd.

¹² Bu konuda bkz Halil Akkanat, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, (Filiz 2004) 129-133; Emre K Gökyayla, ‘Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Hakların Miras Yoluyla İntikali’ *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan* (Seçkin 2006) 526-557.

- (a) FSEK md. 14/1 uyarınca, bir eserin umuma arzedilip edilmemesine karar vermek, yayımlanma zamanını ve tarzını tâyin etmek,
- (b) FSEK md. 14/3 uyarınca, eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise gerek aslının gerek işlenmiş şeklinin umuma tanıtılması veya yayımlanmasını menetmek,
- (c) FSEK md. 15/1 uyarınca, eseri, sahibinin adı veya müstearıyla yahut adsız olarak umuma arzetmek veya yayımlama hususunda karar vermek,
- (d) FSEK md. 15/3 uyarınca, eser sahipliği üzerinde ihtilaf çıkması hâlinde hakikî eser sahibinin kim olduğunun tespiti davasını açmak,
- (e) FSEK md. 16/3 uyarınca, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirilmeleri menetmek.

Görüldüğü gibi, eser sahibinin ölümünden sonra kullanılabilir manevî hakların muhtevası, Kanunda eser sahibine tanınmış manevî haklara göre daha sınırlıdır. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, tarafından eser sahibine ait manevî yetkilerden yalnızca bazılarının kullanılması yetkisinin üçüncü kişilere intikaline açıkça izin verilmiştir.

Oysa eser sahibinin yukarıda sözü edilenlerden başka manevî hakları da vardır. Bu hakları şu şekilde sıralamak mümkündür:

- (a) FSEK md. 14/2 uyarınca, alenileşmemiş veya ana hatlarıyla umuma tanıtılmamış eserin muhtevası hakkında bilgi verilmesi,
- (b) FSEK md. md. 15/2 uyarınca, bir güzel sanat eserinden çoğaltma ile elde edilen kopyalarla bir işlenmenin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde asıl eser sahibinin ad veya alametinin, kararlaştırılan veya mütad olduğu şekilde belirtilmesi ve vücuda getirilen eserin bir kopya veya işlenme olduğunun açıkça gösterilmesi,
- (c) FSEK md. 15/4 uyarınca, eser niteliğindeki mimarî yapılarda, yazılı istem üzerine eserin görülen bir yerine eser sahibinin uygun göreceği malzeme ile silinmeyecek biçimde eser sahibinin adının yazılması,
- (d) FSEK md. 16/1 uyarınca, eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaması,

FSEK md. 17 uyarınca, eser sahibinin, eserin fizikî varlığı üzerinde zilyet ve malik olanlara karşı hâiz olduğu eserin aslına erişim yetkisi ile malik ve zilyedin eser üzerinde tasarruf ederken eseri bozmasını, yok etmesini ve eser sahibinin haklarına zarar vermesini menetme.

Yukarıda görüldüğü üzere manevî haklar, 19. maddede atıfta bulunulanlardan ibaret değildir. O nedenle gerek uygulamada ve gerekse öğretilerde 19. maddede sözü edilmeyen manevî haklara ilişkin kullanım yetkilerinin bu maddede belirtilen kişi ve kurumlara intikal edip etmeyeceği tartışmalıdır. Zira Kanunda, bahse konu manevî hakların âkıbetinin ne olacağına dair açık bir hükme yer verilmiş değildir.

Buna göre; acaba eser sahibi öldükten sonra bu manevî haklar sona ermiş mi sayılacaktır? Eğer bu hakların eser sahibinin ölümünden sonra da devam etmesi amaçlanmış ise, ihlali hâlinde bu hakların korunması için kim harekete geçecektir? Kanun koyucu, manevî hakların intikal edecek kullanma yetkilerini sınırlı saymayla belirlediğine göre, eser sahibinin ölümünden sonra kullanma yetkisine sahip kişi ve kurumlar sözkonusu manevî hakları da kullanabilecek midir?

Aşağıda önce 19. maddede açıkça zikredilmeyen manevî hakların eser sahibinin ölümünden sonra bu madde kapsamında kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin tartışmalara değinilecektir. Arkasından, manevî hakların kullanılmasında nelere dikkat edilmesi gerektiği, kullanma yetkilerinin manevî haklarla ilgili talep ve davaları kapsayıp kapsamadığı ve özellikle 19. maddede zikredilen kişilerin manevî zarar tazminatı talep edip edemeyeceklerine ilişkin tespit ve değerlendirmelere yer verilecektir.

B. Madde 19’da Belirtilmeyen Manevî Hakların Kullanılıp Kullanılmayacağı

Yukarıda da ifade edildiği gibi, 19. maddede sözü edilmeyen manevî haklara ilişkin kullanım yetkilerinin, bu maddede belirtilen kişi ve kurumlara intikal edip etmeyeceği tartışmalıdır. Bu konuda *Arslanlı*, bir kanun boşluğu bulunduğunu ve bunun FSEK md. 19/2 hükmünün kıyasen tatbiki suretiyle doldurulamayacağını, sözkonusu hakların ancak TMK’nun şahsiyetin himayesine dair hükümleri dairesinde korunabileceğini savunmaktadır.¹³ *Öztaş* da *Arslanlı*’ya atfen bu görüşe iştirak etmektedir.¹⁴ Buna mukabil *Ayiter* ve *Erel*, aksi görüşte olup, sözkonusu haklardan çoğunun 19. maddede kullanılabileceği belirtilen haklarla ilişkisi veya benzerliği sebebiyle, bu madde kapsamında kullanılmasının mümkün olduğu kanaatinde dirler. *Gökyayla* ve *Tosun* da bu yazarlara iştirak etmektedir.¹⁵ *Tekinalp*, sınırlı sayma tarzındaki düzenleme biçiminden hareketle, 19. maddenin geniş yorumunun kabul edilemeyeceği ve madde hükümlerinin zikredilenler dışındaki haklara uygulanamayacağı görüşünü savunmuştur.¹⁶ Ancak yazar, sözkonusu hakların akıbeti hakkında bir görüş belirtmemiştir.

¹³ Halil Arslanlı, *Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri* (Sulhi Garan Matbaası 1954) 168 ve 169.

¹⁴ Fırat Öztaş, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (1. Baskı, Turhan 2008) 544.

¹⁵ Ayrıntı için bkz Nüşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Eserleri* (S Yayınları 1981) 168 ve 169; Erel (n 1) 285 ve 286; Emre K Gökyayla, *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi* (Yetkin 2001) 55-56; Gökyayla (n 2), 528; Tosun (n 2), 328.

¹⁶ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2012) 179.

Bu konu üzerinde detaylı bir analizde bulunan *Merdivan* ise özetle,¹⁷ Kanunun 19. maddesiyle yetkili kılınan kişiler tarafından bu maddede atıf yapılmayan FSEK md. 14/2 kapsamındaki hakların, bu maddenin 1 ve 3 fıkrası hükümleriyle doğrudan ilgili bulunduğunu, o nedenle bu fıkralar çerçevesinde kullanılabilceğini ifade etmektedir. Aynı şekilde, FSEK'in 19. maddesinde atıfta bulunulmamış olan 14/1, 15/2 ve 15/4 hükümleri kapsamındaki hakların 15/1 hükmüyle ilgili olduklarını ve o nedenle de anılan fıkra çerçevesinde kullanılacaklarını savunmaktadır. Yazara göre, 19. maddede zikredilmeyen FSEK md. 17/2 kapsamındaki tasarruf hakkı, eserde değişiklik yapılmasını men yetkisini düzenleyen 16/3 hükmüyle ilişki kurulabilen bir haktır. O nedenle 17/2 hükmündeki manevî hakkın 16/3 kapsamında değerlendirilerek md. 19'da belirtilen kişilerce kullanılması mümkündür. Yazar, 19. maddede sözü edilmeyen haklar arasında yer alan 16/1 hükmündeki yetkinin, bu maddenin 16/3 hükmü delaletiyle 19. maddede belirtilen kişilerce ancak "yasaklama" yönüyle kullanılabilceğinin kabulü gerektiğini savunmaktadır. Buna mukabil, bunların zorunlu olanlar dışında eserde değişiklik yapma yetkisini kullanamayacaklarını, bu yetkiyi kullanmalarının "eser sahipliğinin ölümlü intikal etmeyeceği" prensibine aykırılık oluşturacağını ifade etmiştir. Yazar, Kanunun 17. maddesinin 1 ve 3. fıkralarıyla eser sahibine tanınan eserin aslına erişim hakkının *Tekinalp* ve *Öztan* tarafından da önerildiği gibi,¹⁸ eser sahibinin mirasçılara da tanınması gerektiği görüşünü dile getirmiştir.

Kanaatimizce *Ayiter* ve *Erel*'in kanaatleri ve özellikle *Merdivan* tarafından yapılan tespit ve değerlendirmeler, sorunun FSEK sistemi içinde kalarak çözümüne katkı sağlayacak niteliktedir. Filhakika, Kanunun manevî hakları düzenleyen 14, 15 ve 16. maddelerinin atıf yapılan hükümlerinin, esas itibarıyla atıfta bulunulmayan diğer manevî hakları dolaylı da olsa içerdiği; atıf yapılanlarla yapılmayan hükümlerin hiçbir şekilde birbiriyle bağdaştırılamayacak nitelikte olmadıkları açıktır. Kanunun 14, 15 ve 16. maddelerinde düzenlenmiş olup da, 19. maddede atıfta bulunulmayan manevî hakların çoğu, nitelikleri itibarıyla 19. maddenin zikredilen manevî haklarla ilişkisi olan haklardır. Örneğin FSEK md. 15/3 hükmünde belirtilen yetkileri, bu maddenin ilk fıkrasında belirtilenlerden ayrı düşünmek zordur. Zira 15. maddenin 3. fıkrası, bu maddenin 1. fıkrasında eser sahibine münhasıran tanınmış olan "adın belirtilmesi" yetkisinin uygulamada ne şekilde kullanılacağını göstermektedir. 15. maddenin 4. fıkrası da, bu maddenin ilk fıkrasında yer alan temel ilkenin mimarlık eserleri bakımından uygulanması niteliğindedir. Dolayısıyla bu yetkiler gereken hallerde 15/1. madde delaletiyle 19/1. maddede zikrolunan şahıslarla kullanılabilmelidir.

Aynı şekilde md.19'da eser sahibinin eserde değişiklik yapılmasına ilişkin münhasır haklarını düzenleyen md. 16/1'e atıfta bulunulmamış olmasına rağmen, eserde veya eser sahibinin adında onun şeref ve haysiyetini zedeleyecek mahiyetteki

¹⁷ Ayrıntı için bkz. Fethi Merdivan (Levent Yavuz ve Türkay Alica), *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Yorumu*, (C II, 1-47. Maddeler), (1. Baskı, Seçkin 2013) 678-681.

¹⁸ *Tekinalp* (n 16) 175; *Öztan* (n 14) 343.

değişikliklere karşı koyma yetkisinin, FSEK md. 19'un 2, 3 ve 4. fıkralarında belirtilen kişilerce kullanılmaması için bir sebep yoktur.¹⁹

Ancak md. 16/2 hükmü uyarınca, malî hak sahiplerinin eserde işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değişiklikleri eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın da yapabilmesine cevaz verildiği hâlde, eserde veya eser sahibinin adında burada belirtilenler dışındaki değişikliklerin, FSEK md. 19'da zikredilen diğer kişilerce yapılıp yapılamayacağı belli değildir.

Katıldığımız görüşe göre, FSEK md. 16/1 hükmü uyarınca, bu konuda eser sahibinin sarîh izni şart kılındığı dikkate alınır, sahibinin ölümünden sonra eserde zorunlu olanlar dışında değişiklik yapılamaz. Eserde değişiklik veya ekleme yahut çıkarma yapma yetkisinin de 19. maddede belirtilen kişilere intikal ettiği kabul edilirse, bu durum, bir manevî hakkı kullanmaya halef olmaktan ziyade, eser sahipliği statüsüne halefiyet anlamına gelir. Bu, FSEK'in dayanağı olan felsefeyle bağdaşmaz. Eserde ve eser sahibinin adında değişiklik yapılması yetkisinin 19. maddede sayılmamış olmasının gerekçesi de budur.²⁰ Gerçekten de eser sahibinin adında ve eserde, malî hakların kullanılması bakımından zaruri olanların dışında değişiklik yapılması hâlinde, eser ile onu vücuda getiren arasındaki bağ bütünüyle kopararak, eser sahipliğine bir üçüncü kişinin son vermesine kapı aralanmış olur. O nedenle 19. maddede sayılan kişilerin bu yetkiyi kullanamamaları gerekir.

Sonuç olarak; eser sahibinin ölümünden sonra FSEK'in 19. maddesi kapsamında kullanılabilecek manevî haklar, bu maddede atıfta bulunulan manevî haklarla sınırlı değildir. Kanunun 14, 15, 16 ve 17. maddelerinde düzenlenen manevî haklardan her biri birden fazla salâhiyeti ihtiva edecek şekilde düzenlenmiş olup, bunlar arasında zorunlu bağlantılar mevcuttur. Bu bağlantılar manevî hakların bölünmez, yani eskilerin deyimiyle "tecezzi kabul etmez" olduğunu göstermektedir. Bu itibarla, 19. maddede zikredilen yetkiler ile zikredilmeyenler arasında bir ayırım yaparak; kanunla yetkili kılınan kişi ve kurumların, eser sahibinin ölümünden sonra bu maddede sözü edilmeyen salâhiyetleri kullanamayacaklarını savunmanın uygun olamayacağı kanaatindeyiz.

IV. Manevî Hakları Kullanabilecek Kişiler

A. Genel Olarak

Eser sahibinin manevî hakları, onun mutlak ve münhasır nitelikte yetkilerinden oluşur. O nedenle bu hakların nasıl kullanılacağına dair her türlü kararı bizatihi kendisi verir. Bunun için herhangi bir kişinin izin ve icazetine, katılımına da muhtaç

¹⁹ Aynı yönde bkz Erel (n 1) 286; Merdivan (Yavuz ve Alica) (n 17) 680-681.

²⁰ Erel (n 1) 286.

değildir. Ayırt etme gücüne sahip olması kaydıyla küçük ve kısıtlılar dahi bu yetkiyi haizdir.

Eser sahibi, manevî haklarını bizzat kullanmak yerine başka bir kişiye de kullandırabilir. Bu durumda hakların kullanım tarzını bizzat belirleyip, kendi tespitlerine uygun olarak kullanılmasını başka bir kişiye bırakabilir. Hatta hakların ne şekilde kullanılacağını belirleme yetkisini dahi üçüncü kişiye verebilir.

Bu açıklamalardan hareketle manevî hakları kullanabilecek kişileri; (i) eser sahibi, (ii) eser sahibince yetkili kılınan kişiler ve (iii) kanundan dolayı kullanma yetkisine sahip kişiler olmak üzere üçe ayırmak mümkündür. Hakların eser sahibince kullanılması bu makalenin konusu değildir. O nedenle burada bu mevzu üzerinden durulmayacaktır.²¹

Bu çalışmanın konusunu manevî hakların 19. md. kapsamında kanundan dolayı kullanma yetkisi oluşturmakla birlikte, mezkûr maddenin birinci fıkrasında eser sahibinin “manevî hakları kullanma tarzını herhangi bir kişiye bırakmış olabileceğinden” söz edilmektedir. O nedenle kısaca manevî hakların eser sahibince yetkili kılınan kişilerce kullanılmasına değinmekte fayda vardır. Arkasından da, Kanunun 19. maddesine göre manevî hakların kimler tarafından kullanılabileceği ele alınacaktır.

B. Eser Sahibince Yetkili Kılınan Kişiler

Manevî haklar üzerinde mutlak ve münhasır yetkilere sahip olan eser sahibi, ölmeden önce bu hakların ne şekilde ve kimler tarafından kullanılacağını belirleyebilir. Mesela eserin kim tarafından ne zaman ve hangi tarzda umuma arz edileceğini; eserde adın belirtilmesi yetkisinin kim tarafından nasıl kullanılacağını, eserde değişiklik yapıp yapılmayacağını, yapılacaksa bunun mahiyeti gibi hususları tespit etmiş olabilir. Eser sahibinin manevî hakları kullanma yetkisini bıraktığı kimse, onun mirasçısı olabileceği gibi, malî hakları devralmış bir kişi, bir sanat ve edebiyat uzmanı, onun kendisine itimat ettiği “herhangi bir kişi” de olabilir.²²

²¹ Bu konuda ayrıntı için bkz Fethi Merdivan, ‘Manevi Hakların Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kullanılması ve Yakınların Dava Hakkı (Konuyla İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi)’ (2014) 1 FMR 103-107.

²² Ayıter (n 15) 202-203.

Eser sahibinin bu yöndeki irade beyanı şekil şartına tabi değildir. Bu irade; bir noter senedi ile açıklanmış olabileceği gibi adi yazılı şekilde kaleme alınmış bir beyannameyle, hatta sözlü olarak da açıklanmış olabilir. Çünkü Kanun manevî hakların kullanım yetkisinin tespiti ve devrine mahsus bir şekil şartı aramamıştır. Nitekim öğreti ve Yargıtay tarafından da eserde değişiklik yapılması dışındaki manevî hakların kullanılması hususundaki yetki devrinin şekle tabi olmadığı kabul edilmektedir.²³

Şu kadar ki, kendisine manevî hakları kullanma yetkisi verilen kişi, bu hakları devralmış olmaz. Yetkilendirilen kişi, sadece bu hakları eser sahibi namına kullanım yetkisini kazanmış olur. Bu hukukî ilişkinin konusu, eser sahibi namına bir işin görülmesi edimidir. O nedenle, kural olarak, taraflar arasındaki hukukî münasebet mahiyeti itibarıyla bir vekâlet ilişkisidir. Yetkili kılınan kişi, eser sahibinin vekili sıfatıyla bu hakları kullanır. Somut olayın özelliklerine göre bu hukukî ilişki hizmet, istisna veya yayım sözleşmesi gibi başka bir işgörme ilişkisi mahiyetinde de olabilir. Eser sahibi, hayatta olduğu sürece, bu konudaki tasarruflarını geri alabileceği gibi, sınırlandırabilir, genişletebilir veya bu türden tasarruflarında sair değişiklikleri de yapabilir.

Manevî hakları kullanma yetkisi verilen kişi, gerçek kişi olabileceği gibi şirket, vakıf, dernek, belediye veya bakanlık gibi özel ya da kamu hukuku tüzel kişisi de olabilir. Örneğin bir yazar eseriyle ilgili manevî hakların kullanım tarzını belirleme görevini bir yayınevine verebilir. Bir müzisyen bir yapımcıyı, bir ressam veya heykeltıraş da bir galeriyi yahut bir sanat müzesini yetkili kılabilir. Manevî hakların kullanılması yetkisi bir meslek birliğine de bırakılabilir.²⁴

Bütün bu hallerde devredilen, manevî hakkın kendisi değildir; sadece kullanım yetkileri devredilmiş olur. Yetkilendirilen kişi veya kurumun manevî hakları kullanma yetkisinin kaynağı, eser sahibinin iradesidir. Bu itibarla, yetkilerini kullanırken eser sahibinin arzu ve iradesine uygun hareket etmek ve bu yetkileri onun çizdiği sınırlar dahilinde kullanmak zorundadır. Örneğin eser sahibi, eserinin ne zaman ve hangi mecrada umuma arz edileceğini belirlemiş ise, eser bu tarihten evvel alenileştirilemez, yayımlanamaz. Eser sahibi eserin müstear adla veya anonim olarak umuma arzını istemiş ise, umuma arz yapılırken eser sahibinin müstear adının kullanılması veya eserin anonim olarak umuma arzı şarttır.

²³ Arslanlı (n 13) 71; Ayiter (n 15) 206; Tekinalp (n 16) 164. Yargıtay 11 HD 2008/7374, 04.06.2018. İşbu karar için bkz Merdivan (Yavuz ve Alica) (n 17) Karar no 14/77. Eserde değişiklik yapılması yetkisinin devri şekle tabi olduğuna ilişkin görüşler için bkz Erel (n 1) 146; Tekinalp (n 16) 162; Cahit Suluk ve Ali Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku - Genel Esaslar-Fikir ve Sanat Eserleri* (Arıkan 2005) 711 vd.

²⁴ Tekinalp (n 16) 178.

Eser sahibince yetkilendirilen kişinin görevi, FSEK md. 19/1’de atıfta bulunulan yetkileri kullandığında sona erer.²⁵ Ancak eser sahibinin aksini öngörmüş olması mümkündür. Yetkili kişi bir süre öngörülmüş ise yetkili kılındığı hakkı ancak o süre boyunca kullanabilir. Yetki süresiz olarak verilmiş olabilir. Diğer bir deyimle, eser sahibi manevî hakları kullanma yetkisini açıkça “süresiz” olarak bir kimseye bırakabilir. Bu durumda o kişi, yetkili kılındığı manevî hakları, en çok malî hakların korunma süresi doluncaya kadar eser sahibi namına kullanılabilir.

Eser sahibinin hakların kullanım tarzını belirlediği ve bu hususu bir kimseye süresiz olarak bıraktığı durumlarda, eser sahibinin mirasçılarının veya diğer üçüncü şahısların manevî haklar üzerine hiçbir tasarruf yetkisi kalmaz.²⁶ Zira eser sahibinin manevî hakların kullanılma tarzına ve kullanacak kişilerin tespitine yönelik talimatları, bütün mirasçıları ve vasiyeti tenfiz memuru da dâhil tüm ilgilileri bağlar. O nedenle md. 19/1’de zikredilen kişilerin eser sahibinin manevî yetkilerini kullanması söz konusu olamaz.²⁷

Eser sahibinin manevî haklarının kendisinin ölümünden sonra nasıl kullanılacağına ilişkin olarak açıkladığı irade, mahiyeti itibarıyla “ölüme bağlı tasarruf” niteliğinde bir işlemdir. Bir gerçek kişinin, hüküm ve sonuçlarını kendi ölümünden sonra meydana getirmek üzere, henüz hayatta iken yapmış olduğu hukukî muamelelere “ölüme bağlı tasarruf” denilir (TMK 502 vd.). Ölüme bağlı tasarruf, vasiyet veya miras sözleşmesi şeklinde yapılabilir (MK 514). Kullanım tarzı eser sahibi tarafından ölüme bağlı tasarrufla belirlenmiş manevî haklar, eser sahibinin mirasçıları veya üçüncü kişiler tarafından kullanılamaz. Bu durumda bahse konu hakların, mirasçı olup olmadığına bakılmaksızın sadece ölüme bağlı tasarrufla tayin edilen kişi veya kişilerce eser sahibinin son arzusuna uygun olarak kullanılması gerekir.²⁸

C. Madde 19/1 ile Yetkili Kılınan Kişiler

1. Genel Olarak

Eser sahibinin hayattayken manevî hakların kullanım tarzını bizzat belirlememiş ve bu konuda herhangi bir kişiyi de yetkili kılmamış olması ihtimaline binaen; bu haklardan hangilerinin kimlerce, ne zamana kadar ve nasıl kullanılacağı FSEK’in 19. maddesinde gösterilmiştir. O nedenle mezkûr madde, yalnızca eser sahibinin manevî haklarının kullanım tarzını bizzat belirlemeden veya bu işin yapılmasını bir başka şahsa bırakmadan ölmüş olması halinde uygulanabilir. Yukarıda da ifade olduğu üzere, anılan maddenin eser sahibi hayatta olduğu dönemde uygulanma kabiliyeti yoktur.

²⁵ Merdivan (Yavuz ve Alica) (n 17) 667.

²⁶ Erel (n 1) 284.

²⁷ Ayiter (n 15) 203.

²⁸ Arslanlı (n 13) 167; Erel (n 1) 284; Öztan (n 14) 542; Gökyayla (n 15) 54.

Mezkûr maddenin 1. fıkrasına göre eser sahibinin ölümünden sonra bu maddede atıfta bulunulan manevî hakları kanundan dolayı kullanabilecek sùjeler şunlardır:

- (i) Vasiyeti tenfiz memuru,
- (ii) Eser sahibinin bazı mirasçıları,
- (iii) Malî hak sahipleri,
- (iv) Kùltür ve Turizm Bakanlığı.

Hemen belirtelim ki, maddede zikredilen sùjelerden bazıları bu maddenin atıfta bulunduğu tüm manevî hakları kullanabilirken, bazıları sadece kanunun kendileriyle ilgili atıfta bulunduğu hakları kullanabilir. Örneğin 19. maddenin birinci fıkrasında zikredilen kişiler bütün manevî hakları kullanma yetkisine sahipken, maddenin sonraki fıkralarında belirtilen malî hak sahipleri ve Kùltür Bakanlığı anılan hakların tamamını kullanma yetkisine sahip değildir.

Bu kıstasa göre 19. maddeye çerçevesinde manevî hakları kullanabilecek olanları; (i) maddenin 1. fıkrasında zikredilenler, (ii) maddenin diğer fıkralarında zikredilenler şeklinde tasnif etmek mümkündür. Maddenin birinci fıkrasında, manevî hakları kullanabilecek olan birden fazla kişiden söz edilmiştir. Bunlar (i) vasiyeti tenfiz memuru, (ii) eser sahibinin sağ kalan eşi ve çocukları ile mansup mirasçıları; (ii) eser sahibinin ana-babası ve (iii) eser sahibinin kardeşleridir.

2. Vasiyeti Tenfiz Memuru

Vasiyeti tenfiz memuru; genel olarak, miras bırakanın bir ölüme bağlı tasarrufu ile açıkladığı son arzularını yerine getirmek üzere görevlendirilmiş kişidir. Esasen, miras bırakanın ölüme bağlı tasarruf yoluyla açıkladığı son arzularını yerine getirme görevi, onun yasal veya atanmış mirasçılara aittir. Bununla birlikte mirasçılar, mirasbırakanın kendi çıkarlarına aykırı gördükleri tasarruflarını yerine getirmek istemeyebilir, çeşitli sebeplerle bundan kaçınabilir veya bu işi yapabilecek ehliyete ve liyakate sahip olmayabilirler.²⁹ Bu gibi sebeplerden dolayı kanun koyucu miras bırakana, güvendiği bir kişiyi, vasiyetini kendi arzusuna uygun olarak yerine getirmek üzere, görevlendirme yetkisi tanımıştır (TMK 550-556).

TMK'da “vasiyeti gerçekteşirme görevlisi” denilen vasiyeti tenfiz memuru, 19. maddeye göre manevî hakları kullanabilecek kişilerin başında gelir. Bu maddenin birinci fıkrasında zikredilen kişiler eser sahibinin yasal mirasçıları olduğu halde, vasiyeti tenfiz memurunun böyle bir sıfatı yoktur. Vasiyeti tenfiz memuru olarak atanabilmek için, göreve başladığı anda fiil ehliyetine sahip olmak yeterlidir. Tüzel

²⁹ Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Miras Hukuku* (Filiz 2019) 185.

kişi de vasiyeti tenfiz memuru olarak atanabilir. Bir hukuk fakültesi dekanı veya noter de vasiyeti tenfiz memuru olarak görevlendirilebilir. Birden fazla vasiyeti tenfiz memuru görevlendirilmesi de mümkündür. Bu takdirde, tasarruftan veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, bunlar görevi birlikte yürütürler.³⁰

Vasiyeti tenfiz memurluğunun hukukî niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre vasiyeti tenfiz memurluğu *sui generis* bir kurumdur.³¹ Bazı yazarlar vasiyeti tenfiz memurluğunu temsil – vekâlet olarak izaha çalışmaktadır. Bunlardan bazıları mirasbırakanın; bazıları terekenin ve bazıları da mirasçılarının temsilcisi olduğu savunur. Vasiyeti tenfiz memurluğu konusunda Türk-İsviçre Hukukunda hâkim görüş, onu, tereke üzerinde mirasçılarının haklarını sınırlayan ve mirasçılarının talimatına uygun olarak kullanabileceği sınırlandırılmış bir ayni hakka sahip “güvenilir kişi” (*Teuhand*) olarak tanımlamaktadır.³²

Vasiyeti tenfiz memuru, kanun veya miras bırakanın iradesine uygun olarak mirasın tasfiyesi için, bizzat mirasbırakan tarafından ve yalnızca ölüme bağlı tasarruf yoluyla atanır (TMK 550-557). Ancak öğretilerde miras sözleşmesiyle atanabileceği de kabul edilmektedir.³³ Vasiyeti tenfiz memurunu atama yetkisi yalnızca mirasbırakana aittir. Kişilik hakkının bir parçası olması nedeniyle mirasbırakan bu yetkisini başka bir kimseye devredemez. Keza, tereke temsilcisi atayabilme yetkilerini haiz olmalarına rağmen mirasçılarının ve mahkemenin de vasiyeti tenfiz memuru tayin yetkisi yoktur.³⁴

Vasiyeti tenfiz memurunun görevleri TMK 552/2 belirtilmiştir. Buna göre, vasiyeti tenfiz memuru; göreve başladıktan sonra gecikmeksizin terekedeki malların, hakların ve borçların listesini düzenler. Liste düzenlenirken imkân varsa mirasçılar hazır bulundurulur. Temel görevi; terekeyi yönetmektir. Bu çerçevede, yönetimin gerektirdiği ölçüde tereke mallarının zilyetliğinin kendisine devrini isteyebilir. Tereke alacaklarını tahsil eder, borçlarını öder; vasiyetleri yerine getirir. Terekenin paylaşılması için plân hazırlar; tereke ile ilgili dava ve takiplerde miras ortaklığını temsil eder. Mirasçılar tarafından açılmış davalardan görevi ile ilgili olanlara müdahil olarak katılabilir. Açtığı veya aleyhine açılan davalar ile yapılan takipleri mirasçılara bildirir.

Vasiyeti tenfiz memurunun kanundan kaynaklanan bu görevlere dair yetkileri inhisarî olup; mirasçılarının bu konularla ilgili herhangi bir yetkiyi kullanması söz konusu olamaz. O sadece murisin arzularına göre hareket eder, mirasçılarının bu hususlarla ilgili talep ve talimatları onu bağlamaz.³⁵ Vasiyeti tenfiz memuru terekenin yönetimi

³⁰ ibid 187.

³¹ Bu görüşü savunanlar için bkz Dural ve Öz (n 29) 188'deki dipnot 526.

³² ibid 189.

³³ ibid 185.

³⁴ Yargıtay 2 HD, 4696/5208, 10.6.1982 (1982) 11 YKD 1522.

³⁵ Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku* (6. Baskı, İstanbul 1995) 160; Dural ve Öz (n 29) 189.

ve tasarruf yetkisinin gerektirdiği ölçüde tereke malları üzerinde zilyetliğe sahiptir. O nedenle, sözkonusu mallar üzerinde mirasçılar dolaylı ve asli zilyet, vasiyeti tenfiz memuru ise doğrudan ve fer'i zilyet sıfatını haizdir. Vasiyeti tenfiz memuru, görevi kabul ettiği andan itibaren ilgililere karşı vekil gibi sorumludur (TMK 556).

Manevî haklar miras yoluyla intikale elverişli olmamakla birlikte, vasiyeti tenfiz memuru atanmış ise ve eser sahibinin bu meyanda açıklanmış başkaca bir iradesi de yoksa, FSEK md. 19/1 uyarınca manevî hakları kullanma yetkisi, eser sahibinin diğer yakınlarından önce vasiyeti tenfiz memuruna aittir. Vasiyeti tenfiz memuru olarak birden fazla kişi atanmış ise, bunların manevî hakları birlikte kullanması gerekir. Nitekim TMK md. 551/1, birden çok vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmış olması halinde, tasarruftan veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, bunların görevi birlikte yürüteceği ifade edilmiştir. Manevî hakların kullanılması hususunda ihtilafa düştükleri takdirde, 19. maddenin 4. fıkrası hükümlerine göre hâkimin müdahalesini talep edebilirler.

Eser sahibince vasiyeti tenfiz memuruna bu hakları kullanabilmek için vasiyetnameyle özel olarak bir görev verilmiş olması şart değildir. Genel anlamda mirasın tasfiyesi için tâyin edilmiş bir vasiyeti tenfiz memuru, vasiyetnamede eser sahibine ait eserlerden hiçbir bahis olmasa dahi, eser sahibinin terekeye dâhil eserleri üzerindeki FSEK md. 19/1'de sözü edilen manevî hakları kullanır. Çünkü FSEK md. 19/1'de genel anlamda vasiyeti gerçekleştirme görevlisinden söz edilmiştir. Hükümde, vasiyeti gerçekleştirme görevlisinin münhasıran eser sahibinin eser üzerindeki haklara ilişkin son arzularını yerine getirmek üzere, özel olarak görevlendirilmesi gerektiğine dair bir kayıt ve şarta yer verilmiş değildir.

Eser sahibinin ölümünden sonra manevî hakları kullanabilecek kişiler arasında vasiyeti tenfiz memurunun ilk sıraya konulması; kanun koyucunun manevî haklar konusunda eser sahibinin iradesine verdiği önem ve önceliğin bir göstergesidir. Çünkü vasiyeti tenfiz memurunun işi, asli görevi, eser sahibinin ölümünden sora yapılmasını istediği şeyleri, onun arzusuna uygun bir şekilde yapmaktır. O nedenle, eser sahibinin vasiyeti tenfiz memuru olarak tayin ettiği kişi, kanunda belirtilen hakları eser sahibinin son arzuları istikametinde kullanır.

Vasiyeti tenfiz memuru atanmış ise, bu maddede zikredilen diğer kişiler, söz konusu hakları kullanma yetkisini haiz değildir. Çünkü kanun koyucu manevî hakları kullanma konusunda vasiyeti tenfiz memuruna bahsettiği yetkiler inhisarîdir ve bunlar doğrudan doğruya Kanundan (FSEK 19) doğar. Bu itibarla, mirasçıların ve malî hak sahiplerinin, onun FSEK md. 19'dan kaynaklanan yetkilerini kullanmasına itiraz hakları yoktur. Hatta atanmış olması halinde vasiyeti tenfiz memuru, eser sahibinin halen terekedeki malî haklarla ilgi yetkilerini de kullanır. Zira TMK 552/2 uyarınca terekenin tasfiyesine kadar, muristen geriye kalan malvarlığına dâhil malî

haklarla ilgi yetkilerin kullanımı münhasıran vasiyeti tenfiz memuruna aittir. Ancak mirasçılar, vasiyeti tenfiz memurunun yetkilerini kanuna, verilmiş amacına ve dürüstlük prensiplerine uygun kullanmadığını düşünüyorlarsa, her zaman sulh mahkemesine şikâyet ederek, görevden alınmasını talep edebilirler (TMK 555).

Vasiyeti tenfiz memurunun işlevi, görevin tamamlanmasıyla kendiliğinden sona erer. Onun en temel işi, terekenin tasfiyesi olup bu hususa dair işlemler tamamlandığında görevi kendiliğinden son bulur. Ancak mirasbırakan eser sahibi, yaptığı ölüme bağlı tasarrufunda, FSEK'in 19. maddesindeki hakların kullanılması yönünden farklı bir düzenleme öngörmüş olabilir. Örneğin, terekenin tasfiyesinden sonra dahi vasiyeti tenfiz memurunun 19. maddeden kaynaklanan manevî hakları kullanma yetkisinin devamını istemiş olması mümkündür. Muayyen bir kullanım süresi tespit edilmiş olabileceği gibi, manevî hakların vasiyeti tenfiz memurunca süresiz kullanılması yönünde irade beyanında bulunulmuş olabilir. Bu durumda vasiyeti tenfiz memurunun görev ve yetkileri, tasfiye işlemleri tamamlanmış olsa bile, sona ermez.

Vasiyeti tenfiz memurunun görevini sona erdiren diğer hallerin başında onun ölümü gelir. Bu görev, fiil ehliyeti yitirmesi veya göreve atanmasını geçersiz kılan bir halin vukuunda da sona erer (TMK 554). Ancak bu ikinci durumda, onun atanmasına dayanak teşkil eden ölüme bağlı tasarrufun mahkemece iptaline karar verilmiş olması gerekir. Uygun bir zamanda olması kaydıyla, istifası halinde de görev kendiliğinden sona erer. Bunların dışında TMK 555/3 hükmünde öngörülen sebeplerden biri mevcutsa, vasiyeti tenfiz memurunun görevine sulh hâkimince son verilebilir.

Vasiyeti tenfiz memuru 19. madde kapsamına giren kullanım yetkileriyle ilgili olduğu ölçüde ve bu hakları kullanma yetkisini haiz bulunduğu süre boyunca aktif ve pasif dava ehliyetine sahiptir. O nedenle yasal olarak kullanma yetkisini haiz olduğu eser sahibinin manevî haklarının korunmasına yönelik olarak tecavüzün ref'i (FSEK 66, 67), tecavüzün men'i (FSEK 69) ve tazminat davalarını (FSEK 70) açabilir. Hatta terekenin tasfiyesine kadar malî hakların yönetimi ve tasarrufu konusunda da yetkili olması nedeniyle, malî haklara tecavüzün ref'i (FSEK 68), tecavüzün men'i ve maddi ve manevî tazminat davalarını (FSEK 70) da açabilir. Vasiyeti tenfiz memuru, mezkûr madde kapsamında inhisarî yetkilerle donatıldığı için, mirasçılar, kural olarak aynı konuyla ilgili dava açamazlar. Ancak genel hükümlere göre fer'i müdahil sıfatıyla vasiyeti tenfiz memurunca açılan davaya katılabilirler (HMK 53).

Vasiyeti tenfiz memuru atanmamışsa veya atanmış memurun görevi bu hakları kullanmadan önce ölüm, gaiplik, ehliyet kaybı, istifa yahut başka bir sebeple sona ermişse, manevî hakları kullanma yetkisi sırasıyla, eser sahibinin sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup (atanmış) mirasçılarına, ana-babasına ve nihayet kardeşlerine intikal eder (FSEK 19/1).

3. Eser Sahibinin Bazı Mirasçuları

Kanununun 19/1. maddesinde, vasiyeti tenfiz memuru tayin edilmemiş ise, eser sahibine ait manevî hakların sırasıyla eser sahibinin sağ kalan eşi, çocukları, mansup mirasçuları, ana-babası ve kardeşleri tarafından kullanılması hükme bağlanmıştır. Madde 19/1’de belirtilen eser sahibinin yakınları aynı zamanda onun mirasçılardır. Şöyle ki; eser sahibinin eşi TMK md. 499 uyarınca onun yasal mirasçısıdır. Aynı şekilde eser sahibinin çocukları onun birinci dereceden (TMK 495) ve ana-babası ve ikinci dereceden yasal mirasçısı olarak kabul edilmiştir (TMK 496/1). Eser sahibinin kardeşleri ise ana-babadan sonra gelen ikinci derece kanuni mirasçılardır (TMK 496/2). Eser sahibinin üçüncü derece mirasçuları ise büyük ana ve büyükbabalarıyla onların alt soyudur (TMK 497).

Kanuni mirasçılık doğrudan doğruya kanundan doğmasına karşın, mansup mirasçılık mirasbırakanın iradesine dayanır. Mirasbırakan, vasiyetname veya miras sözleşmesi şeklinde yapacağı bir hukukî işlem ile tasarruf özgürlüğü kapsamında, terekenin tamamı veya belirli bir oranı (1/2, 2/3 1/4 gibi) için bir veya birden fazla kişiyi mirasçı tayin edebilir. Bir kişinin mirasın tamamını veya belli bir oranını almasını içeren her tasarruf, mirasçı ataması sayılır (TMK 516). Mirasçılık sıfatını bu şekilde kazanan kişiye “atanmış mirasçı” veya eski kanundaki ifadesiyle “mansup mirasçı” denilir. TMK 599/2 hükmü gereğince, mirasbırakanın ölümüyle birlikte atanmış mirasçılar da kanunî mirasçılar gibi terekenin küllî halefi olurlar. Dolayısıyla, taksime kadar kanunî mirasçılarla birlikte atanmış mirasçılar da miras ortaklığına dâhildir (TMK 640).

Vasiyeti tenfiz memurunun bulunmadığı durumda manevî hakları kullanma yetkisine sahip olabilecek kişiler birden fazla olduğu için, sözkonusu hakların bu kişilere hangi sıraya göre intikal edeceği ve birden çok kişinin aynı yetkilerle donatıldığı hallerde bu hakların nasıl kullanılacağına da değinmek gerekir.

Kanun, eser sahibine ait hakların adıgeçen mirasçılar tarafından “sırasıyla” kullanılacağını belirtmiştir. Yani hakların kullanılması salahiyeti kanunda belirtilen sıra dâhilinde mirasçılara intikal edecektir. Ancak buradaki sıra, mirasın intikali sırasından daha farklıdır. Örneğin eser sahibinin alt soyu olarak birinci derece mirasçısı olan tek çocuğu, kendisinden evvel ölmüş olsa ya da eser sahibi öldüğünde hayatta olmasına rağmen ona ait hakları kullanamadan ölmüş bulursa, eser sahibinin çocuğunun 19. maddeden kaynaklanan manevî hakları kullanma yetkisi, kendi çocuklarına (eser sahibinin torununa) geçmez.

Kanunda ismen zikredilen kişiler dışında kalan mirasçıların manevî hakları kullanma yetkisi yoktur. Mesela TMK 500/1 uyarınca, evlatlık ve evlatlığın altsoyu evlat edinene kan hısımları gibi mirasçı olduğu halde; eser sahibinin evlatlığının FSEK md. 19’dan kaynaklanan haklara halef olması ve bu hakları kullanabilmesi mümkün değildir. Kanun koyucu burada, adı geçen kişilere mirasçılık sıfatlarından bağımsız,

eser korumasıyla ilgili *nevi şahsına münhasır* bir kullanma hakkı tanımıştır. Onların bu haklarının mirasçılık sıfatlarından ziyade, kanundan kaynaklanan bir hak olduğunun kabulü gerekir.

O nedenle kanun koyucu 19. maddede eser sahibine ait manevî hakları kullanabilecek mirasçuları; (i) sağ kalan eş, çocuklar ve mansup mirasçı, (ii) ana-baba ve (iii) kardeşler şeklinde özel olarak tasnif etmiştir. Kanunda zikredilenler bir zincirin halkalarına benzetilecek olursa; zincirin vasiyeti tenfiz memurundan sonra gelen ikinci halkasını “sağ kalan eş, çocuklar ve mansup mirasçılar” oluşturur. Zira bunların üçü bir arada zikredilmiştir. Kanun metninin ifade biçiminden hareketle; öğretilerde bazı yazarlarca ileri sürüldüğünün aksine,³⁶ bunların manevî hakları birlikte kullanılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bu ibareler birbirinden “ile” veya “ve” bağlaçları yerine virgül (,) ile ayrılmış olsaydı; sıralama, önce eser sahibinin “sağ kalan eşi”, o da yoksa “çocukları”, onlar da yoksa “mansup mirasçıları” şeklinde anlaşılabilirdi.

Dolayısıyla bu yetkiler ilk önce sağ kalan eş, ikinci olarak çocuklar ve üçüncü olarak da mansup mirasçılar tarafından “sırasıyla” değil, bu kişilerin tamamının iştirakiyle “elbirliği halinde” kullanılmalıdır.³⁷ Elbirliğiyle kullanım, adigeçenlerin tamamının katılımı ve oybirliğini gerektirir. Bu kimseler hakların kullanılması hususunda birleşemezse mahkemeye müracaat olunabilir. İhtilaf mahkemece basit yargılama usulüne göre ve eser sahibinin muhtemel arzusuna en uygun şekilde çözülür (FSEK 19/4).

Sağ kalan eş ve çocuklar ile mansup mirasçıların da olmaması halinde, bu hakları kullanma yetkisi, eser sahibinin ana-babasına geçer. Onlar da yoksa, eser sahibinin kardeşlerine intikal eder. Eser sahibinin hem anası hem de babası varsa, bunlar manevî hakları elbirliği ile kullanırlar. Kardeşler birden fazlaysa kullanım yine elbirliğiyle olacaktır. Ana ile baba arasında veya birden fazla olmaları durumunda kardeşler arasında hakların kullanılmasıyla ilgili uyumsuzluk vukuunda FSEK md. 19/4 uyarınca mahkemeye müracaat edilebilir.

Görüldüğü gibi Kanunda manevî haklar bakımından, diğer hukukî varlık değerlerin intikaline nazaran farklı bir sıralama öngörülmüştür. Burada manevî hakların kullanılması salahiyetlerinin kimlere intikal edeceği tek tek gösterilmiştir. Miras hukukunda buna “sınıf sistemi” denilir.³⁸ Türk miras hukukunda mirasın intikalinde zümre (derece) sistemi kabul edilmiş olmasına rağmen, FSEK md. 19’da eser sahibinin manevî haklarının kullanım yetkisinin intikalinde sınıf sistemi benimsenmiştir.³⁹

³⁶ Bu görüşte olanlar için bkz. Tekinalp (n 16) 167; Cahit Suluk, Temel Nal ve Rauf Karasu, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2019) 124.

³⁷ Aynı görüş Öztan (n 14) 290.

³⁸ Ahmet M Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (1. Baskı, Turhan 2018) 28.

³⁹ TMK sistemine göre, birinci zümre mirasçılar murisin altsoyu, ikinci zümre ana-baba ve onların altsoyu, üçüncü zümre ise büyük ana ve büyük babayla bunların altsoyundan oluşur.

Buradason olarak; manevî hakların eser sahibinin bazı mirasçılarının kullanılabilmesinin hukukî niteliğine değinmek gerekir. Zira manevî haklarının kullanılması yetkisinin intikalinde mirasın intikalinden farklı bir sıra öngörülmüş olması, sözkonusu yetkilerin hukukî mahiyeti konusunda tartışmaları beraberinde getirmiştir.

Kanunun mimarı *Hirsch*'e göre bu hakları kullanma yetkisi olan kişiler, manevî yetkileri kendi adlarına ve fakat müteveffa eser sahibi menfaatine kullanan güvenilen (yed-i emin) kişi (*Teuhand*) durumundadırlar.⁴⁰ Fransız hukukunda geliştirilen ve “yakınların hakkı” (*droit des porches*) teorisi de denilen yaklaşıma göre ise, manevî hakların FSEK md. 19 kapsamında kullanılabilmesi, bu hakların malî haklar gibi mirasçılara tereke kapsamında intikal ediyor olmasından dolayı değildir. Bunlar, eser sahibinin bazı yakınlarına mirasçılık sıfatından bağımsız olarak tanınmış haklardır. Burada eser korunmasına bağlı, kanundan kaynaklanan bir yetkilendirme söz konusudur. Bu kişilere tanınan haklar miras hakkından bağımsız olduğu için, kanunen yetkilendirilmiş olan kişiler mirası reddetmiş olsalar bile, FSEK md. 19'dan kaynaklanan hakları kullanma yetkisine sahiptirler.⁴¹

Alman hukukunda ise, malî-manevî hak ayrımını reddeden monist teorinin etkili olduğu bir yaklaşım benimsenmiştir. Buna göre manevî haklar da malî haklar gibi ölenin mirasçılara istisnai olarak terekeyle birlikte intikal eder.⁴² Eser sahibine miras hukukuna göre mirasçı olan herkes kanundaki şartlar dâhilinde bu hakları da kullanabilir. *Arslanlı* bu görüşü kabul etmekte ve 19. maddedeki hakların mirasçılarca kullanılabilmesini, mirasın intikaliyle açıklamaktadır.⁴³ *Öztan* da benzeri bir fikrin taraftarı gözükmektedir. Yazar şahsiyet haklarıyla ilgili üçlü bir tasnif yaparak; şahsiyet haklarının üçüncü grubunu oluşturan fikri mülkiyet haklarının, Alman hukukunda olduğu gibi mirasçılara ve üçüncü kişilere intikal edebilir olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁴⁴

Serozan ise, eser sahibinin FSEK md. 19/1'de belirtilen yakınlarına tanınmış eser sahibine ait manevî hakları kullanma yetkisini, “mirasbırakanın ölümünden sonrasına sarkan hakları” olarak nitelendirmekte; eser sahibinin yakınlarının bu hakları kullanma yetkisinin kendi öz haklarına dayanmadığını, onların ölenin kişilik haklarına dayandıklarını, zira ölüye karşı her saldırının her zaman mirasçının öz kişilik haklarına saldırı oluşturmayabileceğini, o nedenle eser sahibinin sözkonusu hakları kanundan kaynaklanan kullanma yetkilerini de “kişilik hakkının ölüm sonrasındaki art etkisi” olarak nitelendirmektedir.⁴⁵

⁴⁰ Ayiter (n 15) 200'den naklen.

⁴¹ Tekinalp (n 16) 162. Aynı yönde Suluk/Orhan (n 23) 611. Öğretide sadece mirasın reddi değil, mirasçılığı bertaraf eden mirastan çıkarılma, feragat, ıskat ve yoksunluk gibi halleri için de bu yorumun yapılabilmesi ifade edilmektedir. Tosun (n 2) 322.

⁴² Dreier/Schulze/Schulze (n 5) UrhG § 28 Rn 1-10; Ahlberg/Götting (n 6) UrhG § 28 Rn 1-7; Pierer (n 6) 476-483.

⁴³ Arslanlı (n 13) 88 ve 171.

⁴⁴ Öztan (n 14) 539 vd.

⁴⁵ Serozan (n 2) 315.

Kanaatimize göre, FSEK md. 19'da zikredilen kişilere tanınan eser sahibinin manevî haklarının kullanılması yetkisi, kanundan kaynaklanan *sui generis* bir haktır. Kanun koyucu eser üzerindeki manevî hakların eser sahibinin kişiliğiyle ilgili boyutunu ve onun kişiliğine ilişkin bazı değerlerin o öldükten sonra bile eserle birlikte varlıklarını sürdürdükleri gerçeğinden hareketle, bu hakların korunması amacıyla kullanılabilmesini temin için, normal miras kuralları dışında, hususi bir intikal tarzı öngörmüştür. Dolayısıyla ölümünden sonra eser sahibinin manevî haklarının bazı üçüncü kişilerce kullanılabilmesini, onlar bakımından kanundan kaynaklanan *sui generis* bir manevî hak olarak değerlendirmek mümkündür.

Söz konusu haklar, yalnızca kanunda belirtilen kişilerce ve sadece kanunda belirtilen şartlar altında kullanılabilir. FSEK md. 19'da zikredilen kişiler için kanundan doğan bu yetkiler, kanunla yetkili kılınan kişilerce başka bir kimseye devredilemeyeceği gibi, onların ölümünden sonra da kendi mirasçılarına intikal etmez. Örneğin, eser sahibinin çocuğu bu hakkı kullanmadan ölürse, onu kullanma yetkisi halefiyet yoluyla ölenin çocuğuna (eser sahibinin torununa) geçmez. FSEK 19/1'de zikredilip de aynı zamanda eser sahibine mirasçı olabilecek durumda olanların, öğretide bazı yazarlarca savunulduğunun aksine, mirasın reddi veya çıkarılma ve ıskat sebebiyle mirastan yoksunluğu gerektiren diğer hallerin mevcudiyeti halinde eser sahibine ait manevî hakları kullanamaması gerektiği kanaatindeyiz. Madde 19'da tanınan kullanma yetkileri, bu kimselerin mirasçılık sıfatından bağımsız olsa da, burada müteveffa eser sahibinin muhtemel ve farazi iradesi dikkate alınmak lâzımdır. Olayların akışına ve hayat tecrübelerine göre eser sahibi hayatta olsaydı büyük ihtimalle kendisinden kalan borçları ödememek için mirası reddeden veya mirasçılıktan çıkarılmayı veya mahrumiyeti gerektiren mirasçılarına manevî hakları kullanırmak isteyeceğinin kabulü zordur. O nedenle eser sahibinin mirasını red yoluna giden veya mirastan mahrumiyeti gerektiren diğer fiilleri işleyen yakınlarının, ölümünden sonra ona ait manevî hakları kullanmasının doğru olmadığı kanaatindeyiz. Aksi halde eser sahibi artık hayatta olmasa bile onun farazî iradesine aykırı hareket edilmiş olacağı gibi, bu durum TMK 2 hükümleri çerçevesinde dürüstlük kuralına aykırılık ve hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecektir.

4. Madde 19/1'de Belirtilen Kişilerce Kullanılabilecek Manevî Haklar

Eser sahibin manevî haklarını kullanabilecek olan ve 19. maddenin birinci fıkrasıyla yetkilendirilen kişileri bu şekilde tespit ettikten sonra, bu maddeye göre bunlar tarafından kullanılacak hakların neler olduğunu da ortaya koymak gerekir. Madde 19'un birinci fıkrasında, mezkûr kişilerin kullanabileceği haklarla ilgili olarak 14 ve 15. maddelerin ilk fıkralarına atıfta bulunulmuştur. Buna göre söz konusu kişiler; (i) eseri umuma arz edip etmemeye karar verebilecek ve yayımlanma zamanı

ve tarzını tayin edebilecekler ve (ii) eseri sahibinin adı veya müstearıyla ya da adsız olarak umuma arz etme yetkisini kullanabileceklerdir.

Madde 19/2 fıkrasında bu kimselerin kullanabileceği başka haklardan da söz edilmiştir. Anılan fıkrada Kanunun 14, 15 ve 16. maddelerinin üçüncü fıkralarına atıfta bulunulmuş; mezkûr fıkralarda eser sahibine tanınan hakların, onun ölümünden itibaren 70 yıl süreyle bahse konu kimselerce kendi adlarına kullanılabilmesi hükmüne bağlanmıştır. Atıf yapılan madde hükümlerine bakıldığında bu kimselerin; (i) eserin, onu meydana getirenin şeref ve haysiyetini rencide edecek mahiyette ve tarzda umuma arzını, yayımlanmasını ve tanıtılmasını men yetkisini, (ii) eser sahipliğinin tespiti davası açma yetkisini ve (iii) eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetini bozan her türlü değişikliği men yetkilerini kullanabilecekleri görülmektedir.

Bu kimselerin 19. maddenin 1 ve 2. fıkralarında atıfta bulunulan haklar dışında kalan manevî hakları kullanıp kullanamayacakları öğretilmektedir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, biz eser sahibinin adına ve eserde değişiklik yapılması yetkisi (FSEK 16/1) ile eserin aslına erişim hakkına ilişkin 17. maddenin 1 ve 2. fıkralarındaki yetkiler dışındaki manevî hakların bu kimseler tarafından kullanılabilmesi kanaatindeyiz.

Bu kimseler, kullanabilecekleri manevî haklarla ilgili tecavüzün ref'i (FSEK 66 ve 67) ve tecavüzün men'i (FSEK 69) davalarıyla maddî tazminat davalarını (FSEK 70) da açabilirler. Ayrıca Yargıtay'ın aksi yönde içtihatlarına rağmen, eser sahibinin mirasçılarının md. 19'un hem birinci hem de ikinci fıkralarından kaynaklanan manevî tazminat davalarını açabileceği kanaatindeyiz.⁴⁶

D. Malî Hak Sahipleri

Malî hak sahipleri, eser sahibinden veya onun küllî veya cüz'î haleflerinden malî bir hakkı veya malî hakkın kullanılması yetkisini devralmış kişilerdir. Malî haklar eser sahibi veya haleflerince bir sözleşme ile devredilmiş olabileceği gibi, ölüme bağlı tasarruflarla da devredilmiş olabilir. Malî hakkın devri, bir hakkın eser sahibinin mal varlığından çıkarak, devralanın malvarlığına girmesi demektir. Eser sahibi hakkın özünü kendisinde saklı tutarak kullanma yetkisini de devredebilir. Buna da ruhsat denir. Ruhsat inhisarî nitelikte ise, ruhsata konu malî hak veya haklar sadece kullanma yetkisi verilen kişi (ruhsat sahibi) tarafından kullanılabilir. Bu durumdaki kişiyi de malî hak sahibi kişi gibi kabul etmek gerekir.

FSEK'in 19. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca "Eser sahibi veya birinci ve ikinci fıkralara göre salâhiyetli olanlar, salâhiyetlerini kullanmazlarsa; eser sahibinden

⁴⁶ Bu görüşün ayrıntılı müdafaası için bkz Merdivan (n 21) 120 vd.

veya halefinden malî bir hak iktisap eden kimse meşru bir menfaati bulunduğunu ispat şartıyla, eser sahibine 14, 15 ve 16 ncı maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları kendi namına kullanabilir.” Kanunda sadece 14, 15 ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarından söz edilmiş ise de bu durum, 14 ve 15. maddelerin ilk fıkrasındaki hakların malî hak sahibince kullanılmayacağı anlamına gelmez. Çünkü malî hakları devralmış olan kişilerin, devraldıkları haklardan amacına uygun olarak istifade edebilmeleri için 14 ve 15. maddelerin ilk fıkralarında belirtilen manevî hakları kullanması gerekebilir. O nedenle işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim haklarını devralmış malî hak sahibi, sözkonusu malî haklardan yararlanabilmesi için kullanılmaları zorunlu olduğu ölçüde, md. 14/1 ve 15/1. maddelerde anılan manevî hakları kullanılabilir.⁴⁷

Yukarıda belirtilen manevî hakların, malî hakları gerek eser sahibinden gerekse onun haleflerinden devralmış olan kimse tarafından kullanılabilmesi için, malî hakkın iktisap şeklinin önemi yoktur. Mezkûr manevî haklar, malî hakları kanundan dolayı iktisap edenlerce de, sağlararası veya ölüme bağlı bir tasarrufla iktisap edenlerce de kullanılabilir. Bu itibarla, FSEK md. 18/2 uyarınca işverenler ile tüzel kişiler, FSEK md. 10/4 uyarınca da birlikte eseri meydana getiren kişileri bir araya toplayan gerçek veya tüzel kişiler, malî hakkı eser sahibi veya onun halefinden sağlararası bir muamele veya miras hukuku hükümlerine göre devralmış malî hak sahipleri de sözkonusu hakları kullanabilir. TBK’nun 501. maddesi (eBK 385) hükümlerine göre meydana getirilen eser üzerindeki malî hakların sahibi durumundaki yayımcı da, şartlar oluştuğunda, FSEK md. 19’daki manevî hakları kullanır. Bu kimseler malî hakların kanundan kaynaklanan kullanım yetkisini başka bir kişiye devrettikleri takdirde, md. 19’dan kaynaklanan manevî hakları kullanma yetkileri sona erer. Bu takdirde manevî hakları kullanma yetkisi, malî hakları o kimselerden devralan kişilere geçer.⁴⁸

Kanunda belirtilen malî haklardan (işleme, çoğaltma, yayma, temsil, elektronik vasıtalarla umuma iletim) tamamına veya herhangi birine sahip olan herkes, şartları oluşmuş ise 19. maddede belirtilen hakları kullanma yetkisine sahiptir. Ancak, Kanunda “malî hak iktisap eden kimse” ifadesi geçmektedir. Acaba bu ifade malî hakkın özünü değil sadece kullanma yetkisini hâiz olan ruhsat (lisans) sahiplerini de kapsar mı? Lâfzî ve dar yoruma göre ruhsat sahiplerinin bu yetkileri kullanamaması gerektiği söylenebilir. Ancak kanaatimizce burada geniş yorum ilkesi benimsenmeli; basit ruhsat sahipleri değilse de, tam ruhsat sahiplerinin sözkonusu yetkileri kullanabileceği kabul edilmelidir.⁴⁹

Şu hâlde, malî hak sahiplerinin bahse konu hakları kullanabilmesi için eser sahibinin ölmüş olması gerekmez. Zira md. 19/3’te açıkça, eser sahibi veya birinci ve ikinci

⁴⁷ Ayiter (n 15) 201; Erel (n 1) 287.

⁴⁸ Merdivan (Yavuz ve Alıca) (n 17) 674.

⁴⁹ ibid 1522.

fıkralara göre salâhiyetli olanlar, salâhiyetlerini kullanmazlarsa; eser sahibinden veya halefinden malî bir hak iktisap eden kimse meşru bir menfaati bulunduğunu ispat şartıyla, eser sahibine 14, 15 ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları kendi namına kullanabileceği ifade edilmiştir. Kanunun 14, 15 ve 16. maddelerinin atıfta bulunulan üçüncü fıkralarındaki haklar kural olarak eser sahibinin feragatine izin verilmeyen manevî haklardır. Dolayısıyla, eser sahibinin hayatta iken kullanılmaları konusunda hareketsiz kalması halinde, kanun koyucu sözkonusu hakların malî hak sahibince kendi namına kullanılmasında bir mahzur görmemiştir.

Buna göre malî hak sahibi eser sahibi hayatta olsa dahi bu hakları kullanabilir. Bunun için iki şart vardır: Birincisi, manevî hakları kullanmakta meşru bir menfaatin bulunmasıdır. Meşru bir menfaati yoksa malî hak sahibi anılan manevî hakları kullanamaz. İkincisi ise, eser sahibi hayatta olduğu hâlde sözkonusu manevî hakları kullanmamış olmalıdır. Bununla beraber malî hak sahibi, eser sahibi hayatta ve kullanabilme ehliyetine sahipse, ona ihtarda bulunarak mezkûr hakları kullanmasını istemeli, kaçınması halinde kendisi kullanılmalıdır. Eser sahibi bu hakları kullandıysa veya ihtar üzerine kullanırsa, malî hak sahibinin kullanma gerekçesi ortadan kalkar.

Eser sahibinin ölümü üzerine bu hakların malî hak sahibince kendi namına kullanılabilmesinin iki şartı vardır: Birincisi, manevî hakların kullanılmasında malî hak sahibinin *meşru bir menfaatinin* olmasıdır. Meşru menfaat yoksa hâkim talebi reddedecektir. O nedenle malî hak sahibinin manevî hakları kullanmakta meşru menfaatinin bulunduğunu ispat etmesi gerekir. İkinci şart ise, 19. maddenin birinci ve ikinci fıkrasına göre yetkili olanların bu hakları kendi namlarına *kullanmamış* olmalarıdır. Diğer bir deyimle, sağlığında eser sahibince yetkilendirilen kişinin, yetkilendirmemiş ise vasiyeti tenfiz memurunun, bu da tâyin edilmemişse sırasıyla eser sahibinin sağ kalan eşiyle çocukları ve mansup mirasçılarının, ana–babasının veya kardeşlerinin bu hakları kendi namlarına *kullanmamış* ise, malî hak sahibi sözkonusu manevî hakları kullanabilir. Manevî haklar, bu kişilerden biri veya birkaçı tarafından kullanılmış ise, artık malî hak sahibi tarafından kullanılamazlar.

Hakların kullanılması konusunda, malî hak sahibi ile eser sahibi veya ölmüş ise eser sahibinin FSEK md. 19/1’de belirtilen yakınları arasında ihtilaf çıkabilir. Meselâ malî hak sahibinin sözkonusu hakları kullanmakta hukukî bir yararı bulunmadığı gerekçesiyle itiraz söz konusu olabilir. Bu takdirde mahkeme uyuşmazlığı eser sahibinin muhtemel arzusuna en uygun bir şekilde çözümlenerek karara bağlar (FSEK 19/4). Ancak, bazen malî hak sahiplerinin bu hakların kullanılmasına matuf hukukî menfaati eser sahibinin iradesine tercih olunabilir. Hâkim, somut olayın özelliklerine göre, menfaatleri tartarak hakkaniyetin gereği olan bir sonuca ulaşmalıdır.

E. Kültür ve Turizm Bakanlığı

FSEK md. 19'un son fıkrasına göre; "18 inci madde ile yukarıdaki fıkralarda sayılan salâhiyetli kimselerden hiçbiri bulunmaz veya bulunup da salâhiyetlerini kullanmazlarsa yahut ikinci fıkrada belirlenen süreler bitmişse, eser memleketin kültürü bakımından önemli görüldüğü takdirde, Kültür ve Turizm Bakanlığı 14, 15, 16 ncı maddelerin üçüncü fıkralarında eser sahibine tanınan hakları kendi namına kullanabilir".

Kanunun eser sahibine verdiği önemin bir nişânesi olan bu hükümle devlete manevî hakları koruma yetkisi tanınmıştır. Buna göre devlet; eseri meydana getirenin şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde umuma arzı veya yayımlanmasını men'i (FSEK 14/3), hakikî eser sahipliğinin tespiti (FSEK 15/3), eserde sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan değişikliklerin engellenmesi (FSEK 16/3) amacıyla hukukî yollara başvurabilir. Kanuna göre devlet namına bu yetkiler Kültür ve Turizm Bakanlığınca kullanılır.⁵⁰ Ancak Bakanlığın bu konudaki yetkileri mutlak değildir. Sözkonusu manevî hakların Bakanlıkça kullanılabilmesi için şu şartların gerçekleşmiş olması gerekir:

(a) Eserin memleket kültürü bakımından önemli görülmesi: Ülkemizde memleket kültürü bakımından önemli görülen çok sayıda eser mevcuttur. *Mevlana Celaleddin Rumi*'nin *Mesnevi*'si, *Kaşgarlı Mahmud*'un *Divan-ı Lügati Türkî*'si, *Yunus Emre*'nin ilâhileri, *Karacaoğlan*'ın şiirleri, *Mimar Sinan*'ın eserleri, divan edebiyatı şâirlerimizden *Fuzûlî*, *Bâkî*, *Nedim*, *Nefî*'nin eserleri, *Itrî*, *Dede Efendi*, *Hacı Arif Bey* gibi bestecilerin eserleri ve yakın dönem şâirlerimizden *Yahya Kemal*, *Mehmet Akif*, *Nazım Hikmet*, *Necip Fazıl* gibi belki binlerce şâir, yazar, ressam, müzisyen, ressam ve sanatçılara ait pek çok fikir ve sanat eserleri bu kapsamda korunabilir.

Bu tür eserler topluma malolmuş ve toplumun adeta ortak kültürel mirası hâline gelmişlerdir; o sebeple, bu değerlerin korunmasında kamu yararı vardır. Diğer taraftan toplumun bu değerleri vücuda getirenlere hak ettikleri saygıyı göstermek gibi bir vefa borcu da vardır. Eser üzerindeki malî haklar süre dolduktan sonra korunmuyor olsa da, sahiplerinin eserlerine yansıyan şahsiyetlerinin o eserler var olduğu sürece yaşatılması suretiyle bu borç ödenmiş olacaktır.

(b) FSEK'in 18. maddesinde belirtilen eser sahipleri veya 19. maddede bu yetkileri kullanabileceği belirtilen kimselerin hiçbirinin bulunmaması veya buldukları halde sözkonusu hakları kullanmamaları: 19. maddeye göre manevî hakları kullanabilecek olanlar yukarıda belirtilmişti. Mezkûr maddede sözü edilen kimseler vasiyeti tenfiz memuru, eser sahibinin eşi, çocukları, atanmış mirasçıları, anne-babası ve kardeşleridir. Ayrıca malî hak sahiplerini de bu kapsamda mütalaa etmek mümkündür.

⁵⁰ Bu yetki daha evvel Millî Eğitim Bakanlığına ait idi. Kanunda 1983 yılında 2936 sayılı Yasayla yapılan değişiklik ile bu yetki Kültür ve Turizm Bakanlığına verilmiştir.

Madde 19/son hükmü ayrıca 18. maddeye de atıfta bulunmuştur. Hükmün atıfta bulunduğu 18. madde, 2001 yılında 4630 sayılı Kanunla bugünkü halini almıştır. Oysa 19. maddenin son fıkrası hükmü 1983 yılından sonra hiç değişmemiştir. Dolayısıyla 19/son hükmünün atfını, 18. maddenin halen yürürlükte olan hükümlerine mi yoksa mülga hükümlerine yapılmış atf olarak mı kabul etmek gerekir?

Bu hususta iki türlü yorum yapılabilir. Birincisi, FSEK md. 19/son hükmündeki “18 inci madde” ibaresiyle, bahse konu maddenin 2001 yılında 4630 sayılı Kanunla değişmiş bugünkü metninde zikredilen hak sùjelerinin kastedildiği düşünülebilir. Buna göre FSEK md. 18/1’e göre malî hakları kullanma yetkisi münhasıran eser sahibine aittir. Bu anlamda eser sahibi, eserin hakikî sahipleridir. Eserin hakikî sahibi, eseri bilfiil meydana getiren kişilerdir. Dolayısıyla FSEK md. 18/2 uyarınca bir işin görülmesi sırasında meydana getirilen eserler bakımından işveren veya tüzel kişiler, eser üzerinde malî hakları kullanma yetkisini hâiz kişilerdir. Manevî hakları kullanma yetkisi ise işçi, memur, hizmetli gibi çalışanlar ile tüzel kişilerin organlarına aittir. O hâlde devletin manevî hakları kullanabilmesi için eserin hakikî sahiplerinin ölmüş olması gerekir. Eser sahibi ölmüş ve geride 19. madde hükümlerine göre bu hakları kullanacak kimsesi de bulunmuyorsa, Bakanlık onun adına bu yetkileri kullanabilir.

İkinci yorum, FSEK md. 19/son hükmündeki “18 inci madde” ibaresiyle, bahse konu maddenin 4630 sayılı Kanunla değişmeden önceki metninde zikredilen hak sùjelerinin kastedildiği yönünde olabilir. Değiştirilmeden önce 18. madde “Mâlî hakların devamı süresi bitmiş olsa da, eser sahibi gerçek kişi ise yaşadığı ve tüzel kişi ise devam ettiği müddetçe 14, 15 ve 16 ncı maddeler gereğince haiz olduğu hakları kullanabilir. Mümeyyiz bulunan küçükler ve kısıtlılar bu hakları kullanmada kanuni temsilcilerinin rızasına muhtaç değildirler.” hükümlerini içermektedir. Kanun, 14 ila 17. maddelerinde manevî hakların nelerden oluştuğunu gösterdikten sonra bunları kullanabilecek kişileri de 18. maddede göstermişti. 19. madde ise, eser sahibinin ölümünden sonra manevî hakların kullanımını tanzim etmekteydi. 2001 yılında yapılan değişiklik ile 18. madde bugünkü halini almıştır.⁵¹ Ancak FSEK’in 19. maddesinin Bakanlığın kullanma yetkisini düzenleyen fıkrasında bu değişikliğe paralel bir düzenleme yapılmamıştır. O halde, eser sahibinin yanı sıra daha evvel eser sahipliği sıfatını kazanan ve bu sıfatları halen korunan tüzel kişileri de FSEK md. 19/son hükmü kapsamında mütalaa etmek gerekir.

Öte yandan, bazı kimseler kendilerinin meydana getirmediği eserin malî haklarını kanundan dolayı kullanma yetkisine sahiptir. Bunlara FSEK md. 18/2 zikredilenlere ilaveten FSEK md. 10/4 ve TBK 501 hükümlerine göre kullanma yetkisine sahip olanlar örnek verilebilir. Bu kimseler 19. maddedeki hakları kullanmadıkları takdirde, memleket kültürü bakımından önemi haiz olan esere ilişkin manevî haklar Bakanlıkça kullanılabilir.

⁵¹ Bu değişiklikle ilgili haklı tenkitler konusunda ayrıntı için bkz Merdivan (n 21) 103-104.

Ezcümle; yukarıda belirtilen malî hak sahipleri veya 19. maddenin ilk fıkrasında zikredilenler kişiler manevî hakları kullandıkları takdirde, Bakanlığın sözü edilen yetkileri kullanması mümkün değildir; esasen buna gerek de yoktur.

(c) 19. maddeye göre manevî hakları kullanma yetkisini hâiz olan kimselerin, eser sahibinin ölümü üzerinden 70 yıl geçmiş olmasından dolayı bu yetkileri kullanamayacak durumda olması: FSEK'in 19. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında vasiyeti tenfiz memuruna, eser sahibinin mirasçılarında bazılarına ve malî hak sahiplerine, FSEK md. 14/3, 15/3 ve 16/3'te öngörülen manevî hakları kullanmaları için 70 yıllık süre tanınmıştır. Bu süre, eser sahibinin ölümünden itibaren başlar (FSEK 26 ve 27). Dolayısıyla bu süre dolduktan sonra mezkûr kişiler belirtilen manevî hakları kullanamazlar. Süre dolduktan sonra hakların kullanılmasına ihtiyaç duyulursa, devlet adına bu yetkiler Kültür Bakanlığınca kullanılacaktır.

Sonuç olarak; manevî hakların devlet tarafından kullanılabilmesinin ilk ve en temel şartı, eserin memleket kültürü bakımından önemli olmasıdır. Bunun dışındaki şartlar seçimlidir; yani bunlardan herhangi birisinin ilk şartla birlikte bulunması hâlinde Bakanlık, Kanunda kendisine tanınmış hakları kullanabilir. Eserin memleket kültürü bakımından önemli olup olmadığına Bakanlık karar verir. Ancak bu konuda sübjektif telakkilerden ziyade, eserin mahiyetine göre uzman kişilerin görüşlerine başvurulmalı; hakikaten ülkenin kültür, edebiyat, bilim, musiki, sanat ve mimarî hayatı bakımından önemli olduğuna karar verilen eserler üzerindeki manevî haklar korumalıdır. Kanun koyucunun Bakanlığı manevî hakların kullanılmasında yetkili kılmasının maksadı budur.

V. Birden Fazla Eser Sahipliğinde Manevî Hakların Kullanımı

Birden fazla kimse tarafından meydana getirilmiş eser üzerinde eser sahiplerine tanınan manevî hakların 19. madde hükümlerine göre nasıl kullanılabileceğine de değinmek gerekir. Ancak önce birden fazla kişi tarafından meydana getirilen eserlere ilişkin kısa bir açıklama yapılmasında fayda vardır. Bir eserin birden fazla kişi tarafından meydana getirilmesi iki şekilde olur:

Birincisi, birden fazla kişinin meydana getirdiği eserin kısımlara ayrılabilir olması ve her kısmın farklı bir kişi tarafından meydana getirilmiş olmasıdır. Bu durumda ortak eseri oluşturan her bir kısım, aslında kendi başına değerlendirilmeye elverişli ve ortak eseri oluşturan diğer kısımlardan bağımsız birer eser olma vasfına sahiptir. O nedenle bu tür eserlere “paylı eser” veya “müşterek eser” ya da “ortak eser” denilir. Bu tür eserlerde eser sahiplerinden her biri kendi meydana getirdiği kısım üzerinde eser sahipliğinden doğan her türlü hakka sahip olup, kendi payı üzerinde aksine anlaşma yoksa dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Bu konuda FSEK md. 9 hükümleri uygulanır. Eser sahiplerinden biri ölürse ona ait kısım üzerindeki

malî haklar kendi mirasçalarına geçer. Bu durumda diğer eser sahipleri, ölenin mirasçalarını FSEK md. 9 hükümlerine göre ortak eser üzerindeki hakları kullanmak üzere ortaklığa katılmaya davet edebilir.

Müşterek eser sahiplerinden birinin ölümü halinde, o eser sahibine ait manevî hakların kullanımı FSEK md. 19 hükümlerine tabi olur.⁵² Ancak aksi kararlaştırılmamış olması kaydıyla, koruma süresi dolmuş olmadıkça ortaklık sona ermez. O nedenle, ortak eser üzerinde herhangi bir manevî hakkın kullanılması sözkonusu olursa, diğer eser sahiplerinin, FSEK md. 9/2'nin kıyasen tatbiki suretiyle 19. maddeye göre manevî hakları kullanma yetkisi olanlardan, bu yetkilerini kullanmalarını talep etmeleri mümkündür.⁵³

Birden fazla kişinin bir eseri meydana getirmesinin ikinci türü, FSEK md. 10'da tarif edildiği şekilde elbirliği (iştirak) halinde bir eser meydana getirilmesidir. Bu tip eserler, birden fazla kişi tarafından kısımlara ayırlamayacak şekilde meydana getirilir. Yani eseri meydana getirenlerin yaratıcı katkıları bir potada erimiş gibi birbirine karışarak bir bütünlük oluşturur. O nedenle birlikte yapılan çalışmanın sonucu olarak ortaya çıkan fikri ürünün kısımlara ayrılması mümkün değildir. Bu türden eserlere “elbirliği eser” veya “iştirak halinde eser” ya da “birlikte eser” denilir. Böyle bir eseri meydana getirenler, o eser üzerinde birlikte eser sahibidir. FSEK md. 10 uyarınca birliğe adi şirket hükümleri uygulanır.

Birlikte eserin sahiplerinden birinin ölümü halinde, eser üzerindeki malî haklara ilişkin hususlar FSEK md. 64'te düzenlenmiş olmasına karşın, manevî hakları akıbetine dair bir hükme yer verilmemiştir. Oysa manevî haklar mirasçılıktan bağımsız olarak 19. madde hükümlerine göre eser sahibinin ölümünden sonra kullanılabilir. O nedenle meseleyi, malî haklarla ilgili bu düzenlemeleri manevî hakların niteliğine uygun olarak yorumlamak suretiyle vuzuha kavuşturmak lazımdır.

Kanun eser sahiplerinden birinin ölümü halinde onun malî hakların intikali bakımından konuyu; (i) eserin tamamlanmasından önce ölüm, (ii) eser tamamlandıktan sonra ve fakat alenileşmesinden önce ölüm ve (iii) tamamlanmış eserin alenileşmesinden sonra ölüm ihtimallerine göre tanzim etmiştir.

Buna göre eser sahiplerinden biri, eser tamamlanmadan önce ölmüş ise, ürünün bulunduğu seviye itibarıyla eser sayılmayı gerektirecek halde olup olmadığına bakılmalıdır.⁵⁴ Ürün eser sayılmayı haklı kılacak seviyede değilse, ölenin manevî haklarının varlığından söz edilemez. Dolayısıyla, eser olarak belli bir seviyeye gelmemiş ürünler yönünden hayatta olanların manevî haklarının bulunduğu gerekçesiyle ölenin mirasçalarını birliğe kabul etmek gibi bir mecburiyeti yoktur.

⁵² Öztan (n 14) 272.

⁵³ Ayiter (n 15) 203.

⁵⁴ Mustafa Ateş, *Fikri Hukukta Eser Sahipliği* (Adalet 2012) 226 vd.

Aksi halde ölenin mirasçıları, manevî hakların kullanılması bahanesiyle böyle bir eserin tamamlanmasını engelleme veya zorlaştırma yoluna giderek, birliğin devamını tehlikeye düşürebilirler. Esasen işin niteliği de böyle bir birliğe ölen kişinin yerine onun mirasçısının katılmasına izin vermez. Zira eser sahibinin yaşamış olsaydı dahi esere katacağı hususiyet mahiyeti itibarıyla miras yoluyla intikale elverişli değildir.⁵⁵

Buna mukabil, ürün eser sayılmayı haklı kılacak seviyede ise, ölenin manevî hak sahipliğini kazandığının kabulü gerekir. Bu takdirde ölenin manevî hakları, 19. maddede öngörülen esaslar dâhilinde kullanılabilir.⁵⁶ Buna göre manevî haklar, sözkonusu hakları 19. madde hükümleri çerçevesinde kullanabilecek olanlar ve sağ kalan eser sahiplerince elbirliğiyle kullanılır. Uzlaşma sağlanamayan hallerde FSEK md. 10/2 ve 19/4 hükümlerine göre hâkimin müdahalesi istenebilir.

İkinci ihtimalde, yani eser tamamlandıktan sonra ve fakat alenileşmeden evvel eser sahiplerinden birinin ölümü halinde, ölenin malî hakları uygun bir bedel karşılığında diğer eser sahipleri arasında taksim olunur. Ancak bu taksim, ölenin manevî haklarına hâle getirmez. Ölenin manevî hakları FSEK md. 19 hükümleri kapsamında kullanılabilir. Diğer eser sahipleri ile 19. maddeye göre manevî hakları kullanma yetkisine sahip kişiler arasında hakların kullanımıyla ilgili ihtilaf çıkarsa, bu konuda FSEK md. 10/2 ve 19/4 hükümleri muvacehesinde hâkimin müdahalesi talep edilebilir.⁵⁷

Birlikte eser sahiplerinden biri tamamlanmış eserin alenileşmesinden sonra ölürse ona ait malî haklar, mirasçılarına uygun bedel ödenerek diğerleri arasında taksim edilebilir. Keza bu durumda ölenin mirasçılarının ortaklığa dâhil edilmesi de mümkündür. Ancak hangi alternatif tercih edilirse edilsin, ölene ait manevî hakların kullanımı, FSEK md. 19 hükümlerine tabi olur.⁵⁸ Ölenin manevî haklarını 19. maddeye göre kullanma yetkisini haiz olanlarla diğer eser sahipleri arasında manevî hakları kullanma hususunda zuhur eden ihtilaflar uzlaşmayla çözümlenmelidir. Aksi halde FSEK'in 10/2 ve 19/4. maddesi hükümleri muvacehesinde mahkemeye başvurulabilir. Sağ kalanlarca ölene ait manevî haklar ihlal edilirse, ihlal konusu hakları kullanmaya salahiyeti bulunanların diğerlerinden bağımsız bir şekilde, FSEK md. 19 hükümlerine göre onlara karşı koruma yollarına başvurması mümkündür.⁵⁹

⁵⁵ Öztan (n 14) 546.

⁵⁶ Tekinalp (n 16) 228; Merdivan (Yavuz ve Alica) (n 17) 682. Aksi görüş bkz Ayiter (n 15) 204.

⁵⁷ Ayiter (n 15) 203; Merdivan (Yavuz ve Alica) (n 17) 683.

⁵⁸ Ayiter (n 15) 204; Tekinalp (n 16) 228; Merdivan (Yavuz ve Alica) (n 17) 683.

⁵⁹ Ayiter (n 15) 117; Merdivan (Yavuz ve Alica) (n 17) 684.

VI. Manevî Haklarla İlgili Dava Yetkisinin Kullanılması

A. Genel Olarak

Eseri meydana getiren kişi, malî ve manevî haklara üçüncü kişilerden gelen veya gelebilecek hukuka aykırı müdahalelere karşı başvurabileceği bazı yol ve yöntemlere sahiptir. Bunlar FSEK'in beşinci bölümünde "Hukuk ve Ceza Davaları" başlığı altında düzenlenen hukukî araçlardan oluşur. FSEK'in 19. maddesi yalnızca manevî hakların kullanılmasıyla ilgilidir; o nedenle bu maddede manevî hakların ihlali halinde eser sahibine ait dava haklarının kullanılmasıyla ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanun projesinin mimarı *Hirsch*, bu hususun kanunda bilerek boş bırakıldığını ve meselenin hallinin öğreti ve yargı içtihatlarına bırakıldığını ifade etmiştir.⁶⁰

Dava açılması, manevî hakkın dolaylı olarak kullanılması anlamına gelir. Zira dava açma yetkisinin temelinde kanunun 19. maddesi yatar. Dava yetkisi, bu hakların amaçlandığı gibi kullanılmasını temine hizmet eder. Onun için söz konusu hakları tamamlayıcı bir işleve sahiptir. Aksi halde, hakları kullanmakla yetkili kılınan kişilerin hukuka aykırı müdahalelere karşı koyabilecekleri başka bir hukukî yol mevcut değildir. Eğer bir süjeye, herhangi bir konuda bir hak ve menfaat tanınmış ise, onları hukukî yollardan savunma ve koruma imkânı da verilmiş demektir. Aksi halde hukukun himayesi dışında kalan menfaati "hak" veya "yetki" olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bu nedenle bize göre, dava hakları, bahse konu kişilere tanınan eser sahibine ait manevî hakları kullanma yetkilerinde mündemictir. Bundan dolayı; kanun koyucu bu hususa özgü açık bir hüküm koyma gereği duymamıştır. Nitekim öğretide 19. maddede belirtilen kişilerin kendilerine tanınan haklarla ilgili davaları açabilecekleri ittifakla kabul edilmektedir.⁶¹ Yargıtay uygulamaları da bu istikamettir.⁶²

Buna göre Kanunun 19/1. maddesinde sayılan kimseler; hem 14, 15 ve 16. maddelerin yukarıda belirtilen hükümleri kapsamındaki manevî hakları kullanabilir; hem de bu hakların etkin bir şekilde korunabilmeleri için gerekli hukukî imkânlardan yararlanabilirler. Bu çerçevede manevî haklara herhangi bir tecavüz vukuunda mezkûr kişiler, kendilerine tanınan manevî hakları kullanma salahiyetinin tabî bir uzantısı olarak, mütecevize karşı tecavüzün ref'i (FSEK 66 ve 67), tecavüzün men'i (FSEK 69) ve tazminat davaları (FSEK 70) ile FSEK md. 15 uyarınca eser sahipliğinin tespiti davasını açabilirler.⁶³

⁶⁰ Hirsch, EE, *Fikri Say C II: Fikri Haklar (Telif Hakları)* (İstanbul 1947) 153.

⁶¹ Arslanlı (n 13) 208; Ayiter (n 15) 254; Erel (n 1) 232; Tekinalp (n 16) 163; Öztan (n 14) 284, 622 ve 23; Merdivan (Yavuz ve Alica) (n 17) 684.

⁶² Merdivan (Yavuz ve Alica) (n 17) 684.

⁶³ Eser sahipliğinin tespiti davasıyla ilgili bkz Mustafa Ateş, "Fikir ve Sanat Eseri Sahipliğinin Tespiti Davası", *Fikir ve Sanat Hukukuna Dair Makalelerim* (Adalet 2017) 317-352

Burada vuzuha kavuşturulması gereken husus; sözkonusu davaların 19. maddede belirtilen kişilerin tamamı tarafından açılıp açılmayacağıdır. Kural olarak manevî haklara ilişkin davalar, 19. maddede zikredilen kişilerce, ancak sözkonusu hakları kullanma yetkisine sahip oldukları süre boyunca açılabilir. O nedenle eser sahibinin ölümünde sırasıyla; (i) atanmışsa vasiyeti tenfiz memuru; atanmamışsa (ii) sağ kalan eşi ve çocukları ile atanmış mirasçıları, (iii) ana-babası ve (iv) kardeşleri bahse konu davaları açabilir. Ayrıca belirli şartlar altında malî hak sahipleri ile Kültür Bakanlığının kullandıkları haklarla ilgili davaları açabileceğinin de kabulü gerekir.

Şu kadar ki, bu kimseler, 19. madde uyarınca manevî hakları kullanma yetkisi kendilerine geçmedikçe, dava açma yetkilerini kullanamazlar. Çünkü dava açma yetkisi, kullanılacak manevî haktan bağımsız değildir. Bu cümleden olarak; zincirin bir üst halkasında dava açabilecek kişi veya kişiler varken, sonraki sıradakiler dava açamaz. Alt sırada yer alan kişinin dava açabilmesi için kendisinden önce gelen bir kimsenin bulunmaması veya bulunduğu halde manevî yetkileri kullanmıyor olmalıdır.⁶⁴ Örneğin malî hak sahiplerinin FSEK md. 19 hükümlerine göre manevî hakları kullanabilmesi için, meşru menfaatinin bulunması lazımdır. Ayrıca maddenin birinci fıkrasında belirtilen kişilerin manevî hakları kullanmaması veya kullanacak hiç kimsenin bulunmaması gerekir. Şayet manevî hakları kullanabilecek kişiler mevcutsa malî hak sahibi, ilk önce bu şahıslara ihtarda bulunmalı, buna rağmen onlar dava açmamış olmalıdır.⁶⁵ Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ihtarda bulunmaksızın da dava açılacağı savunulmaktadır.⁶⁶

Kanunun 19. maddesinin birinci fıkrasıyla atıfta bulunulan 14/1 ve 15/1. maddelerde hükme bağlanan yetkileri kullanmak üzere eser sahibince yetkili kılınan kimselerin görevleri, bu yetkileri kullanmalarıyla sona erer. Dolayısıyla, artık bu haklara yönelik bir ihlal vuku bulursa, mezkûr kişi veya kişiler dava açamaz. Bu durumda, atanmış ise vasiyeti tenfiz memuru, atanmamışsa sağ kalan eş, çocuklar ve atanmış mirasçılar dava açabilir. Ancak bunlar, eser sahibinin manevî haklarını kullanma yetkisini kazanmalarıyla birlikte bu hakların korunmasına matuf davaları açma imkânına sahip

⁶⁴ *Merdivan*, FSEK'in 19. maddesiyle yetkili kılınmış olup da, henüz sırası gelmediği için bu maddede yazılı manevî hakları kullanma yetkisini haiz olmayan kişilerin de bazı davaları açabilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, üçüncü kişi tarafından bir eserin sahibinin şeref ve haysiyeti zedelenecek şekilde değiştirilmesi veya hususiyetinin bozulması gibi ihlallerde, birinci sırada eser sahibinin sağ kalan eşi, çocukları ve mansup mirasçıları bulunsun bile, eser sahibinin kardeşlerinin de ilgili manevî hakka dayanarak hukuk davalarını açabilmesi gerekir. Bkz *Merdivan* (Yavuz/Alıca) (n 17) 685 dipnot 121.

⁶⁵ Bununla birlikte eğer manevî hakların ihlali maddî zarara yol açmışsa, malî hak sahiplerinin, manevî hakkın kullanılmasından doğan maddî zararın tazmini için FSEK 70/2 uyarınca maddî tazminat davası açabilmesi hususunda tereddüt yoktur. Hatta bunun için 19. maddede belirtilen kişilerden izin veya icazet almasına, ihtar çekmesine de gerek yoktur. Meselâ ünlü ressam (A) "Daüssıla" isimli tablosunun kendi ölümünden 20 yıl sonra umuma ahzedilmesini vasiyet etmiştir. Bununla amaçlanan, bir gizem oluşturarak eserin piyasa değerini artırmaktır. (A)'nın ölümünden altı ay sonra bu tabloyu ele geçiren sanat galericisi (H), 19. maddede belirtilenlerin haberi olmadan tablonun reproduksiyonlarını yaparak umuma arz etmiş ve böylece gizem bozulmuş, esere olan alâka da beklenin altında kaldığı için piyasa değeri düşmüştür. Bu durumda malî hak sahibi kişiler FSEK 14/1 kapsamındaki manevî hakkın ihlalden kaynaklan maddî zararın tazminini talep edebilir.

⁶⁶ Erel (n 1) 288.

olurlar. Bu konuda tereddüt yoktur. Lâkin anılan kişilerin, manevî hakların ihlali hâlinde manevî tazminat davası açıp açamayacakları tartışmalıdır.

Uygulamada tereddüde düşülen husus, 19. maddede zikredilen manevî haklardan hangilerinin ihlali halinde mirasçılar tarafından manevî tazminat istenip istenemeyeceği ile ilgilidir.⁶⁷ O nedenle aşağıda bu tartışmaya da kısaca temas etmekte yarar vardır.

B. Manevî Tazminat Davası Açmanın Mümkün Olup Olmadığı

Yargıtay'ın bu husustaki uygulamalarında istikrar yoktur. Yargıtay önceleri manevî haklar arasında bir ayırım gözetmeksizin 19. maddeye göre yetkili kişilerin, hangi manevî hak ihlal edilirse edilsin, manevî tazminat davası açabileceği yönünde kararlar vermekteydi.⁶⁸ Özellikle 2005 yılı ve sonrasında verdiği kararlardan bazılarında; 19. maddenin birinci fıkrasındaki haklarla ikinci fıkrasındaki haklar arasında manevî tazminat talebi yönünde bir ayırım yapma eğilimine girmiştir. Buna göre bazı kararlarında; mezkûr maddenin ikinci fıkrasında zikredilen haklar bakımından manevî tazminat talebini kabul ettiği halde, birinci fıkrasında atıfta bulunulan haklara dayalı manevî tazminat taleplerini reddetmiştir. Nitekim 11. Hukuk Dairesinin bir kararında; "FSEK'in 19/2. fıkrasında adı geçenlerin sahip oldukları haklar ve bunların sınırları birinci fıkradan farklı bir biçimde düzenlenmiştir. İkinci fıkroda, 14, 15 ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarında sayılan manevî haklar bakımından adı

⁶⁷ *Levent Yavuz'a göre*; Kanunun 19. Maddesi kapsamında yetkili kılınan kişiler, aynı maddenin birinci fıkrasıyla kendilerine tanınmış yetkilerin kullanılması çerçevesinde bu haklara yönelik ihlallere karşı, eser sahipliğinin tespiti, tecavüzün ref'i ve men'i ile maddi tazminat davası açabilir. Buna karşın manevî tazminat davası açamazlar. Bu kişiler Kanunun 19. Maddesinin ikinci fıkrası kapsamında yetkili kılındıkları manevî hakların ihlali halinde diğer davaların yanı sıra manevî tazminat davasını da açabilirler. Buna gerekçe olarak da, Kanun koyucu 19/2 maddesiyle hakları kullanabilecek kişilere kanundan doğan ve kendi namlarına kullanabilecekleri bir hak tanınmıştır. O nedenle bu fıkra dayalı hakların ihlali halinde manevî tazminatı talep edebilmelerine rağmen, birinci fıkroda atıfta bulunulan haklar eser sahibi namına kullanıldığı için, oradaki hakların ihlalden dolayı manevî tazminat davası açma yetkileri yoktur. Levent Yavuz, 'Eser Sahibinin Eserini Kamuya Sunma Hakkı (FSEK Mad 14) ve Manevî Hakların Üçüncü Kişiler ve Eser Sahibinin Yakınları Tarafından Kullanılması (FSEK Mad 19)' (2007) 33(1) Yargıtay Dergisi 259-270.

⁶⁸ Davacı vekili, müvekkilinin eser sahibi Şefik'in mirasçısı olduğunu, davalının tanıtım için bastırdığı 1992 yılı takviminin Nisan ayı yaprağında Ressam Şefik'in "Konya Alaattin Camii Civarında Manzara" adlı tablosunun izin almadan kullandığını, resmin Şefik tarafından 1937 yılında İstanbul Resim ve Heykel Müzesi'ne başlatıldığını, mülkiyetin müzeye geçtiğini ancak, sözleşmede belirtilmediği için fikri haklarının eser sahibine kaldığını, bu nedenle eser sahibinin koruma altındaki haklarına karşılık maddi ve manevî haklar için tazminat talep ve dava etmiştir. Davalı vekili; eserin mülkiyetinin İstanbul Resim ve Heykel Müzesi'ne geçtiğini, sergilenerek aleniyet kazandığını, basılması ile maddi ve manevî haklarının ihlal olunmayacağını, takvimin parasız dağıtıldığını, tablonun başlatılmış olmasının da rayiç değerinin yüksek olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece; iddiaya, savunmaya, toplanan delillere, bilirkişi raporuna göre, eser sahibi Şefik, eserin mülkiyetini müzeye başlatmıştır. Ancak bu başlatma, fikri hakları kapsamadığından FSEK'in 57. maddesine göre fikri haklar sahibinde kaldığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile maddi ve manevî tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle, gerektirici sebeplere ve delillerle takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir (Yargıtay 11 HD, 1995/7703, 19.11.1995). Aynı şekilde, davacıların babalarına ait kitapların izinsiz yayımlanması nedeniyle maddi ve manevî tazminat talebiyle açtıkları davada, maddi tazminat yanında manevî tazminata da karar veren yerel mahkeme kararı, "Ancak, 19/2. madde ve fıkrasında, aynı yasanın 19/1. maddesinde sayılan kimselerin, eser sahibinin ölümünden sonra, eser sahibine 14, 15 ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları kullanabilecekleri öngörüldüğünden, manevî zararın giderilmesini isteme haklarının da bulunduğu kabulü gerekmektedir" içtihadında bulunmuştur (Yargıtay 11 HD, 2000/6252, 3.7.2000).

geçenlere, eser sahibinin ölümü ile halefiyet veya mirasçılık sıfatından ayrı olarak 70 yıl süre ile kanundan doğan bağımsız bir hak tanınmıştır. Söz konusu hak ile, eser sahibinin ölümünden sonra şeref ve haysiyetini zedeleyecek nitelikteki manevî hak ihlallerinin ortaya çıkması veya eser sahipliğinin ihtilafli olması hallerinde, maddede adı geçenlere her türlü önleyici (tecavüzün ref'i ve men'i) ve tazminat davaları ve yine eser sahipliğinin tespiti davasını açmak imkânı verilmiştir. FSEK'in 19/1. maddesindeki hallerde ise adı geçenlere kendi namlarına kullanabilecekleri müstakil bir hak tanınmamıştır. Bu fıkrada sayılan haklar eser sahibinin 14/1 ve 15/1. fıkralardaki hakların kullanım tarzını belirleme yetkisi ile sınırlı olup, anılan hakların ihlali hâlinde maddede adı geçenlere tecavüzün giderilmesi ve önlenmesi için gerekli davaları açabilmek hakkını verdiği halde; FSEK'in 70/1. maddesine dayalı tazminat isteme hakkı vermez." denilmiştir.⁶⁹

Bu karar ve başka kararlarında da görüldüğü gibi Yargıtay tarafından manevî hakların ihlalden dolayı manevî tazminat talepleri konusunda, 19. maddenin birinci ve ikinci fıkrasına göre bir ayırım yapılmakta ve hakları kullanma yetkisi olan mirasçılarda Kanunun 14 ve 15. maddelerinin birinci fıkralarında öngörülen manevî hakların ihlalden dolayı manevî tazminat istenemeyeceği ifade edilmektedir. Buna mukabil, md. 19/2'de belirtilen manevî hakların ihlali halinde mirasçıların manevî

⁶⁹ Davacılar, işleme eser sahibi olan miras bırakanın eşi ve çocuğu olup, 19. maddeye göre manevî hakları kullanabilecek kişilerdir. Dava konusu uyuşmazlıkta çözümlenmesi gereken husus, işleme eser sahibinin ölümünden sonra bu eserin davalı şirket tarafından izinsiz olarak umuma arz edilmesi nedeniyle FSEK'in 14/1. fıkrası yoluyla aynı Yasanın 70/1. maddesine göre davacı mirasçıların manevî hak tazminatı isteyip isteyemeyeceklerine ilişkindir. Bunun dışında, miras bırakanı ait işleme eserin izinsiz olarak umuma arz edilmesinin ve yayımlanma tarzının ayrıca, onun şeref ve haysiyetini zedeleyecek mahiyette olduğu yani FSEK'in 14/3. maddesinin de ihlal edildiği hakkında bir iddia ve taraflar arasında uyuşmazlık mevcut değildir. O halde, öncelikle FSEK'in 19. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının mirasçılarına sağladığı hak ve yetkilerin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. 5846 sayılı FSEK'in 19. maddesinin düzenleme biçimi göz önüne alındığında, anılan maddenin birinci fıkrasında; yukarıda sayılan kişilere 'sırasıyla' FSEK'in 14/1 ve 15/1. maddelerinde düzenlenen manevî hakların 'kullanım tarzını tespit etme yetkisinin' verildiği, ikinci fıkrada ise, aynı Yasanın 14, 15 ve 16. maddelerinin üçüncü fıkrasında sayılan manevî hakları 70 yıl için 'kendî namlarına kullanma hakkının' verildiği anlaşılmaktadır. Böylece, 19. maddede ayrı ayrı hak ve yetkilerin niteliği, bu hakları kullanabilecek kişiler ve sınırları belirterek eser sahibinin ölümünden sonra da bu maddede sayılan manevî hakları koruma altına alınmıştır. FSEK'in 19/1 maddesinde sayılan kişiler, 14/1 ve 14/2. fıkrası kapsamındaki manevî hakların kullanım tarzını eser sahibinin ölümünden sonra onun arzusuna uygun olarak belirleyecek ve bu haklarını koruyacaklardır. Başka bir anlatımla, yasa da adı geçenler murise ait, eserin umuma arz edilip edilmemesi, yayımlanma zamanı ve tarzını tayin yetkisi ile eseri sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak umuma arz etme veya yayımlama yetkisinin kullanımını murisin arzusuna uygun bir biçimde yerine getireceklerdir. Ayrıca, murisin sayılan manevî haklarına bir tecavüz halinde de, adı geçen kişiler kendilerini tanıyan bu yetkinin doğal bir sonucu olarak tecavüz edene karşı tecavüzün ref'i ve men'i davalarını açabileceklerdir. FSEK'in sözü edilen 14/1 ve 15/1. maddelerinin ihlali halinde 19/1. fıkrada adı geçenlerin -somut uyuşmazlıktaki mirasçılar da dâhil- manevî tazminat isteyip isteyemeyecekleri hususunun açıklığa kavuşturulması için aynı maddenin ikinci fıkrasının da birlikte incelenmesi gereklidir. FSEK'in 19/2. fıkrasında adı geçenlerin sahip oldukları haklar ve bunların sınırları birinci fıkradan farklı bir biçimde düzenlenmiştir. İkinci fıkrada, 14, 15 ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarında sayılan manevî haklar bakımından adı geçenlere, eser sahibinin ölümü ile birlikte halefiyet veya mirasçılık sıfatından ayrı olarak 70 yıl süre ile kanundan doğan bağımsız bir hak tanınmıştır. Söz konusu hak ile, eser sahibinin ölümünden sonra şeref ve haysiyetini zedeleyecek nitelikteki manevî hak ihlallerinin ortaya çıkması veya eser sahipliğinin ihtilafli olması hallerinde, maddede adı geçenlere her türlü önleyici (tecavüzün ref'i ve men'i) ve tazminat davaları ve yine eser sahipliğinin tespiti davasını açmak imkânı verilmiştir. FSEK'in 19/1. maddesindeki hallerde ise adı geçenlere kendi namlarına kullanabilecekleri müstakil bir hak tanınmamıştır. Bu fıkrada sayılan haklar eser sahibinin 14/1 ve 15/1. fıkralardaki hakların kullanım tarzını belirleme yetkisi ile sınırlı olup, anılan hakların ihlali halinde maddede adı geçenlere tecavüzün giderilmesi ve önlenmesi için gerekli davaları açabilmek hakkını verdiği halde; FSEK'in 70/1. maddesine dayalı tazminat isteme hakkı vermez. Bu açıklamalardan sonra somut uyuşmazlığa dönüldüğünde; işleme eser sahibinin mirasçısı olan davacıların isteminin, eserin davalı şirket tarafından izinsiz olarak umuma arzı nedeniyle FSEK'in 14/1. maddesi yoluyla aynı Yasanın 70/1. maddesine dayalı manevî hak tazminatı olduğuna göre, FSEK'in 19/1. fıkrası uyarınca davacıların tazminat talep etme hakları olamayacağından dolayı istem reddedilmelidir. Mahkemece aksine düşüncelerle tazminata hükmedilmesi doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir. Yargıtay 11 HD, 2005/12769, 22.12.2005.

tazminat davası açmaya yetkili oldukları içtihat edilmiştir. Buna gerekçe olarak; md. 19'un ikinci fıkrasıyla atıfta bulunulan 14, 15 ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarında sayılan manevî haklar bakımından mirasçılara eser sahibine halefiyet veya mirasçılık sıfatından bağımsız olarak 70 yıl süreyle kendi namlarına kullanabilecekleri bir hak tanındığı, manevî tazminat talebinin de bu kapsamda olduğu ifade edilmektedir.

Yargıtay HGK, 19. madde kapsamında manevî tazminat talebinin tartışma konusu olduğu kararının 11. Hukuk Dairesince bozulmasına karşı Ankara 2. FSHH Mahkemesinin verdiği ısrar kararı üzerine konuyu müzakere etme imkânı bulmuştur. Ancak, bizce de son derece yerinde olan yerel mahkemenin ısrar gerekçeleri yeteri kadar değerlendirilmeksizin Daire ilamının onanmasına karar verilmiştir.⁷⁰ Buna rağmen 2008 ve 2011 yıllarında verdiği muhtelif kararlarında, davalının eser sahibinin ismine yer vermeksizin eserin izinsiz umuma arzı sebebiyle mirasçılar tarafından açılan davalarda dermeyan olunan manevî tazminat taleplerinin kabulüne ilişkin yerel mahkeme kararlarını onamıştır. Bu kararlarında Dairenin, hem daha önce kendisi tarafından verilen kararlar ve hem de HGK kararıyla tezat teşkil edecek şekilde, davacıların 19. maddenin ilk fıkrasındaki hakların ihlaline dayalı manevî tazminat taleplerini hukuka aykırı görmemiştir. Bu da Yargıtay'ın konuyla ilgili tutarlı ve istikrarlı bir yol izlemediğini göstermektedir.

Kanaatimizce, manevî tazminat davası açılıp açılmayacağına ilişkin olarak 19. maddenin birinci fıkrasıyla ikinci fıkrası arasında atıfta bulunulan manevî haklar bakımından bir ayrım yapılmasına gerek yoktur.⁷¹ Zira bu iki fıkrada belirtilen manevî haklar arasındaki en mühim fark; ilkinde hakların kullanım süresinin belirtilmemiş olmasına karşın, ikincisinde bu hakların eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl süreyle kullanılacağına hükme bağlanmış olmasıdır. İkinci fıkrada belirtilen hakların mezkûr kişilerce *kendi namlarına* kullanılacağına açıkça belirtilmiş olması, bunların (FSEK 14/3, 15/3 ve 16/3'te zikredilenler) birinci fıkrada belirtilenlerden (FSEK 14/1 ve 15/1) farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmasını gerektirmez.

Zira birinci fıkradaki hakların kimin namına kullanılacağına belirtilmemiş olması bu sonucu değiştirmez. Bu haklar da zaten eser sahibinin ölümünden sonraki dönemde kullanılan haklardır. Ölüm kişiliği ve dolayısıyla hak ehliyetini sona erdiren bir hukukî olay olduğuna göre, ölmesiyle birlikte eser sahibinin hak süjesi olma vasfı ortadan kalkmış olur. Bunun sonucu olarak da bahse konu yetkiler, eser sahibinin ölümünden sonra vasiyeti tenfiz memuru, bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eşi ile çocukları ve mansup mirasçıları, ana-babası, kardeşleri tarafından kullanılır. Bu kullanımın sadece eser sahibinin adına ve menfaatine olduğu söylenemez. Kanunda

⁷⁰ Bu konudaki 11 HD 2007/4583 ve 19.03.2007; Ankara 2FSHHM 2008/4, 17.01.2008. Ayrıca HGK 2008/398, 28.05.2008. Kararının tam metinleri için bkz. Merdivan (Yavuz ve Alica) (n 17) 691 vd.

⁷¹ Aynı yönde bkz Merdivan (Yavuz ve Alica) (n 17) 691 vd. Aynı yöndeki tenkitler için bkz. Ateş (n 54) 91. Ayrıca bkz Tosun (n 2) 328-330.

belirtilmemiş olsa da mirasçılar 1. fıkradaki hakları da murisin eseri dolayısıyla fiilen kendi namlarına kullanılmış olur.⁷²

Netice itibarıyla, manevî tazminat davası açma konusunda md. 19'un ilk fıkrasıyla ikinci fıkrasında yer verilen haller bakımından bir ayırım yapmanın rasyonel bir açıklaması yoktur. Yargıtay tarafından ileri sürülen gerekçenin hukukîliği de tartışmadan varestede değildir.⁷³

VII. Manevî Hakların Kullanım Tarzı ve Kullanım Süreleri

Eser sahibine hukuken tanınan manevî haklar mahiyeti itibarıyla bir kısmı müspet ve bir kısmı da menfî yetkiler içerir. Eser sahibine tanınan malî haklar da böyledir. Müspet yetkiler eser sahibinin, eserinden doğrudan veya dolaylı yararlanmasını; menfî yetkiler ise, üçüncü kişilerin eser sahibinin haklarına müdahalesine karşı koyma yetkilerini ifade eder. Eserin umuma arz zamanı ve tarzını belirleme, eser hakkında bilgi verme; eseri, sahibinin adı veya müstearıyla yahut adsız olarak umuma arz etmek veya yayımlama hususunda karar verme yetkileri müspet yetkililerdir.

Kanununun 19. maddesinde belirtilen kişiler, bu maddede atıfta bulunulan manevî haklar hangi yetkileri ihtiva ediyorsa, o yetkileri nitelik ve gereklerine uygun olarak kullanırlar. Bu konuda eser sahibinin arzu ve iradesine göre hareket edilmelidir. Eser sahibi iradesini sağlararası bir muamele veya ölüme bağlı tasarrufla açıklamış olabilir. Bu takdirde yetkinin kullanılmasında eser sahibinin açıklanmış iradesi dikkate alınmalıdır.

Hakkın nasıl kullanılacağı hususunda eser sahibine atfî kabil bir tespit yapılamıyorsa; onun hayattayken bir yazar, bir müzisyen, bir ressam, bir sanatçı olarak sergilediği tutum ve davranışları; kişi, kurum ve olaylar hakkındaki telakkileri ve bakış açısı, hayat tarzı ve dünya görüşü gibi özellikleri göz önüne alınmalı; bu suretle, yaşaydı bu konuda onun tarafından beyan edilmesi muhtemel ve farazi iradesinin tespitine çalışmalı, ona ait manevî haklar bu tespitler doğrultusunda kullanılmalıdır. Örneğin, eser sahibine ait bir kitabın, onun dünya görüşüne zıt bir görüş sahibi yayınevi aracılığıyla yayımlanmaması gerekir. Muhafazakâr bir dünya görüşüne sahip bir fotoğrafçının eseri, çoğunlukla açık saçık fotoğrafların basılıp yayımlandığı gazete ve dergilerde veya internet mecralarında umuma arz edilmemelidir. Sonuç olarak yetkili kişiler, hakları, eser sahibi hayatta olsaydı “kabul etmezdi” denilecek bir şekilde, formatta, tarzda, zamanda ve mecrada kullanılmaktan kaçınılmalıdır.

⁷² Bir kararında Yargıtay 11. HD özetle “Çoğaltma ve yayma gibi malî haklarına sahip bulunduğu, halk müziği sanatçısı müteveffa *Hasret Gültekin*'in eser sahibi ve icracı sanatçısı olduğu ‘Rüzgâr Kanatlarında’ isimli (ses tespitini içeren) kaseti, mirasçısı olan eşinden izin almaksızın ve üzerine ‘Yobaz Katliamı Şehidi’ ibaresini ekleyerek piyasada satışa çıkaran davalının, eseri kamuya sunuş biçiminin müteveffa eser sahibinin itibarını zedeleyici biçimde olduğu, mirasçısı olan eşinin bu eylem sebebiyle manevî tazminat isteme hakkının bulunduğu” karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 11 HD, 1996/3567, 16.05.1996 Merdivan (Yavuz ve Alica) (n 17) 842.

⁷³ Yargıtay’ın bu hususa ilişkin görüşünün ayrıntılı değerlendirilmesi ve tenkitleri bkz. Merdivan (n. 21) 111-118.

Eser sahibinin ölümünden sonra manevî hakların kullanılacağı süre 19. maddede tespit edilmiştir. Buna göre; vasiyeti tenfiz memuru, eser sahibinin sağ kalan eşi, çocukları, mansup mirasçıları, ana – babası ve kardeşleri, eser sahibine 14, 15 ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl müddetle kullanabilirler (FSEK 19/2).

Buna mukabil, Kanunun 19. maddesinin birinci fıkrası hükmünde belirtilen kimselerin, eser sahibine 14 ve 15. maddelerin birinci fıkralarında tanınan hakları, ne kadarlık süreyle kullanabileceği konusunda bir sarahat yoktur. Bu durumda, eser sahibince kullanma yetkisi bir kimseye bırakılmışsa haklar o kişi tarafından kullanılacaktır. Böyle bir kimse yoksa vasiyeti tenfiz memuru, o da tâyin edilmemişse, sırasıyla eser sahibinin sağ kalan eşi ile çocukları ve mansup mirasçıları, ana – babası ve kardeşlerinden en son hayatta kalan kişinin ömrü boyunca bu haklar kullanılabilir. Ayrıca malî hak devralmış kişiler de bahse konu yetkileri, devraldıkları malî haklardan yararlanmanın gerektirdiği ölçüde kullanılabilir.⁷⁴

Malî hak sahiplerinin kullanabilecekleri süre, malî hakların korunma süresiyle sınırlıdır. Koruma süresi dolduktan sonra malî hak sahiplerinin manevî hakları kullanma yetkisi de sona erer. Süresi dolduğunda, malî hak sahibinin korunmaya değer menfaatleri tükenir; böylece manevî hakları kullanma gerekçesi de ortadan kalkar. Malî haklar, koruma süresinin dolmasından evvel sona erecek şekilde verilmiş ise, malî hak sahibinin manevî hakları kullanma süresi bununla sınırlıdır. Meselâ eser sahibi, sahip olduğu eserin yayın hakkını ölmeden bir yıl evvel 15 yıllık süreyle bir kişiye devretmiş olsa, bu hakkı devralan kişi eser sahibinin ölümünden itibaren, şartların oluşması hâlinde, en çok 14 yıl süreyle manevî hakları kullanabilir.

Kanunda, memleket kültürü bakımından önemli görülen eserlere ilişkin manevî hakların Kültür Bakanlığı tarafından kullanılabilmesi için herhangi bir süre sınırlaması öngörülmemiştir. Bu sebeple, eser sahibinin ölümü üzerinden ne kadar süre geçmiş olursa olsun, hiç kimse, memleket kültürü bakımından önem arzeden eseri, onu meydana getirenin şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde yayımlayamaz, kamuya sunamaz, sahiplenemez, onu kendisinin meydana getirdiği iddia ederek kendisine izafe edemez; eserde sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde değişiklik yapamaz, eseri tahrip, tahrif ve tağyir edemez. Söz gelimi, bir kimse *Yunus Emre*'nin şiirlerinde ufak çaplı değişiklikler yaparak intihâl suretiyle kendisine mal edemez. Aynı şekilde *Mevlana*'nın *Mesnevi*'de anlattığı hikâyeleri veya hikmetli sözleri aşırma suretiyle kendisine mal edemez. Keza, *Ayiter*'in ifade ettiği gibi, *Itrî* veya *Dede Efendi*'nin bestelerini dans müziği haline getirilemez.⁷⁵ Bu tür eserler üzerindeki manevî hakların ihlali, herhangi bir süre sınırına tabi olmadan hukukî yollara başvurmak suretiyle Bakanlıkça engellenebilir.

⁷⁴ Erel (n 1) 286 ve 287.

⁷⁵ Ayiter (n 15) 202.

VIII. Manevî Hakları Kullanım Yetkisinin Kanundan Kaynaklanan Devir ve İntikali

Eser sahibinin şahsına bağlı ve onun tarafından vücuda getirilen eser dolayısıyla korunan manevî haklar, kural olarak başka bir kimseye devredilemez. Aynı şekilde bu hakların eser sahibinin ölümüyle mirasçılara intikali de mümkün değildir. Bununla birlikte, kanun koyucu manevî hakların kullanılma yetkilerinin devrine izin vermiştir. O nedenle eser sahibi bu *hakların kullanımı yetkisini* başka bir kimseye verebilir. Keza bu haklar eser sahibi öldükten sonra Kanunun 19. maddesinde zikredilen kişi ve kurumlarca kullanılabilir.

Bunların dışında, manevî hakların kullanım yetkilerinin, bir kanun hükmüyle, eser sahibi dışındaki kişilere devredilmiş sayıldığı haller de vardır. Manevî hakların kullanım yetkilerinin, eser sahibinin iradesinden bağımsız olarak, doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan devir ve intikaline konu bütünlüğü bakımından burada kısaca değinilmesinde yarar vardır.

Filhakika, Türk Hukukunda manevî hakların kullanım yetkilerinin bu kabilden devir ve intikaline imkân veren kanun hükümleri mevcuttur. Nitekim FSEK'in 10/4. maddesi,⁷⁶ 12. maddesi⁷⁷ ve 18/2. maddesi⁷⁸ bu kabilden hükümler içermektedir. Hakların kullanım yetkisinin doğrudan doğruya kanundan dolayı eser sahibi dışındaki kişilere ait olduğu hallerden biri de 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 385. maddesidir. Konu 6098 sayılı TBK'nun 501. maddesinde yeniden düzenlenmiştir.⁷⁹ Mezkûr maddelerde, eser üzerindeki hakların kullanım yetkisinin eser sahibi dışındaki kişilere ait olduğu ifade edilmekte olup, genel olarak eser sahibi olmayan kişilere ait olan yetkilerin malî haklara ilişkin yetkiler olduğu kabul edilmektedir.

FSEK'in 10. maddesinin dördüncü fıkrası, birden fazla kişinin iştirakiyle meydana getirilen iştirak halinde eser üzerindeki hakların, aksine anlaşma veya kanun hükmü yoksa, eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişi tarafından kullanılmasını öngörmektedir. Mezkûr Kanunun 12. maddesi, anonim olarak yayımlanan eserler üzerindeki eser sahibine ait hak ve yetkilerin yayımlayan

⁷⁶ FSEK'in 10. maddenin 4. fıkrası şu şekildedir: “Birden fazla kimsenin iştiraki ile vücuda getirilen eser, ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa bir sözleşmede veya hizmet şartlarında veya eser meydana getirildiğinde yürürlükte olan herhangi bir yasadaki aksine öngörülmediği takdirde birlikte eser üzerindeki haklar eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişi tarafından kullanılır. Sinema eseri ile ilgili haklar saklıdır.”

⁷⁷ Kanunun 12. maddesi şu şekildedir: “Yayımlanmış olan bir eserin sahibi 11 inci maddeye göre belli olmadıkça, yayımlayan ve o da belli değilse çoğaltan, eser sahibine ait hak ve salahiyetleri kendi namına kullanabilir./Bu salahiyetler, 11 inci maddenin 2 nci fıkrasındaki karine ile eser sahibinin belli olmadığı hallerde konferansı verene veya temsili icra ettirene aittir./Bu maddeye göre salahiyetli kişilerle asıl hak sahipleri arasındaki münasebetlere, aksi kararlaştırılmamışsa, adi vekâlet hükümleri uygulanır.”

⁷⁸ Kanunun 18/2. Maddesi; “Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır. Tüzel kişilerin uzuvları hakkında da bu kural uygulanır.” hükmünü ihtiva etmektedir.

⁷⁹ 6098 sayılı TBK'nun “Sipariş üzerine yayım sözleşmesi” kenar başlıklı 501. Maddesi şu şekildedir: “Bir veya birkaç kişi, yayımcının belirlediği plana göre bir eser meydana getirmeyi üstlenirlerse, sadece sözleşmeyle kararlaştırılan ücrete hak kazanırlar./Bu durumda, sözleşme konusu malî haklar yayımcıya ait olur.”

tarafından, yayımlayan belli değilse çoğaltan tarafından; anonim bir eserin temsili suretiyle kamuya sunulduğu durumlarda ise eseri temsil eden ve icra ettiren tarafından kendi namlarına kullanılacağını hükme bağlamıştır. Aynı şekilde 18. maddenin 2. fıkrasında da, bir işverene bağlı olarak onun işini götüren işçi, memur ve hizmetli veya bir tüzel kişinin organı tarafından meydana getirilen eserler üzerindeki hakların, aksine anlaşma yoksa veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmıyorsa, işveren tarafından kullanılacağı ifade edilmektedir. TBK'nun sipariş üzerine yayım sözleşmesini düzenleyen 501. maddesinde ise, yayımcının belirlediği plana göre bir veya birden fazla kişi tarafından meydana getirilen eserler üzerindeki sözleşme konusu malî hakların yayımcıya ait olduğu hükme bağlanmıştır.

FSEK'te yer alan hükümler, eseri meydana getiren hakiki eser sahiplerine ait hakların, eser sahipleriyle çeşitli nedenlerden dolayı hukukî münasebeti bulunan kişilerce kullanılacağını öngördükleri halde, bu hakların hangi haklar olduğu belirtilmemiştir. Bu durumda, eser üzerinde üçüncü kişilere kanundan dolayı kullanım yetkisi verilen hakların malî haklar olduğuna kuşku yoktur. Zira bunlar doğası gereği ve hukukî niteliği itibarıyla da eser sahibinin iradesiyle devir ve intikale elverişli haklardır. Kanunda “kullanılmaları”ndan söz edildiğine göre, bu hakların özü sahibinde kaldığı halde, kullanım yetkilerinin kanunda belirtilen kişilere ait olduğunun kabulü gerekir.⁸⁰ TBK 501. maddede ise sipariş eser üzerindeki sözleşme konusu malî hakların yayımcıya ait olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Bu tür eserler üzerindeki manevî haklara ilişkin kullanım yetkilerinin kanundan dolayı üçüncü kişi tarafından kazanılmış sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Tartışmanın nedeni, Türk hukukunda manevî hakların devredilemeyeceği yönündeki kabuldür. Ancak öğretilerde ekseriyetle; malî hakları kullanma yetkisini FSEK'in 10/4, 12 ve 18/2. maddeleri ile TBK'nun 501. maddesi hükümlerine göre doğrudan doğruya kazanan üçüncü kişilerin, yetkili oldukları malî haklardan yararlanabilmeleri için, kullanılması gerekli manevî hakları da kullanabilecekleri kabul edilmektedir. Dolayısıyla eser sahibi, malî hakları kullanma yetkisini kanundan alan kişileri, eser üzerindeki mânevî hakları kullanmaktan menedemez; onların bu hakları kullanmasına katlanmak zorundadır. Ancak bu kişilerin, manevî hakları kullanırken eser sahibinin adına, şeref ve itibarına zarar vermemeleri gerekir. Aksi halde eser sahibi manevî hakların kullanılmasına karşı çıkma yetkisine sahip olur.⁸¹

Örneğin bir yayınevinde grafikerlik yapan kişinin çizdiği güzel sanat eseri vasfındaki kitap kapakları üzerindeki malî haklar, FSEK md. 18/2 kapsamında yayınevi tarafından kullanılır. Yayınevinin grafik-tasarımlarını kitap kapağına kullanabilmesi için, grafikerden özel bir izin almasına gerek yoktur. Grafikerin de, eser sahibi olarak haiz olduğu umuma arz yetkisine dayanarak, kapak tasarımlarının

⁸⁰ Ayrıntı için bkz Ateş, (n 54) 359-363.

⁸¹ ibid 363-367.

yayınevi tarafından bu şekilde yayımlanarak umuma arzını engellemesi mümkün değildir. Çünkü grafik tasarımların üzerindeki malî hakların kullanılabilmesi için, somut olayda, eser sahibinin umuma arz yetkisinin de yayınevince kullanılması zorunluluk arzeder.

Eser üzerindeki hakları kullanma yetkisini kanundan alan kişinin ölümü halinde, manevî haklar, FSEK md. 19 hükümlerinde öngörülen şartlara göre, ölenin külli ve cüz’i haleflerince de kullanılabilir. Çünkü bu kimseler malî hakları da kanundan aldıkları yetkiyle kullanmaktadırlar. Onların malî hakları kullanma yetkileri, hukuken “kanuni tam ruhsat” mahiyetini taşır.⁸² O nedenle kanuni ruhsat kapsamında kazanılan malî hakların kullanılabilmesi için zorunlu olan manevî yetkiler, malî haklara halef olanlarca da kullanılabilir. Aksi halde, kanundan doğan malî hakları kullanma ve yararlanma yetkisine sahip olmanın bir anlamı olmaz.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

⁸² ibid 352-353.

Bibliyografya/Bibliography

- Adeney, E 'The Moral Rights of Authours and Performers, An International Comparative Analysis' (New York 2006)
- Ahlberg/Götting, *BeckOK Urheberrecht*, (UrhG § 28) (28. Aufl, München 2020)
- Akkanat, H, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, (Filiz 2004)
- Aksu, M, 'Eser yaratıcının Eseri Üzerindeki Manevî Hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı İlişkisi Üzerine Bir Deneme' *Prof. Dr. Rona Serozan 'a Armağan* (1. Baskı, Onikilevha 2010) C. I 121-158
- Arslanlı, H, *Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri* (Sulhi Garan Matbaası 1954)
- Ateş, M, *Fikri Hukukta Eser Sahipliği* (1. Baskı, Adalet 2012)
- Ateş, M, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması* (1. Baskı, Seçkin 2003)
- Ateş, M, 'Fikir ve Sanat Eseri Sahipliğinin Tespiti Davası' *Fikir ve Sanat Hukukuna Dair Makalelerim* (Adalet 2017)
- Ayiter, N, *Hukukta Fikir ve Sanat Eserleri* (S Yayınları 1981)
- Dietz, A, 'The Moral Right of the Author: Moral Rights and Civil Law Countries' (1994) 19 VLA JL & Arts 199
- Dreier/Schulze/Schulze, *Urheberrechtsgesetz-Kommentar*, (UrhG § 28) (6. Aufl, 2018)
- Dural, M ve Öz T, *Miras Hukuku* (14. Baskı, Filiz 2019)
- Erel, NŞ, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2008)
- Gökyayla, EK, *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi* (2. Baskı, Yetkin 2001)
- Gökyayla, EK, 'Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Hakların Miras Yoluyla İntikali' *Prof. Dr. Fikret Eren 'e Armağan* (1. Baskı, Seçkin 2006) 522-557
- Hirsch, EE, *Fikri Say C II: Fikri Haklar (Telif Hakları)* (İstanbul 1947)
- Karakis, B, 'Moral Rights, French, United States, Soviet Compliance Wiht Article 6bis of Bern Convention' (1994) 5Touro Int'l L Rev 105 [www.http://heionline.org](http://heionline.org)
- Kikkis, I, 'Bilgi toplumunda Eser Sahibinin Manevî Haklarının Geleceği' (Çevr Kelağa, Aİ) (2007) 12 Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 951-973
- Kılıçoğlu, AM, *Miras Hukuku* (1. Baskı, Turhan 2018)
- Merdivan, F (Yavuz, L ve Alıca, T) *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Yorumu C II (1-47. Maddeler)* (1. Baskı, Seçkin 2013)
- Merdivan, F, 'Manevî Hakların Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kullanılması ve Yakınların Dava Hakkı (Konuyla İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi)' (2014) 1 FMR 94-144
- Oğuzman, K, *Miras Hukuku* (6. Baskı, İstanbul 1995)
- Öztan, F, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (1. Baskı, Turhan 2008)
- Pierer, J, 'Die persönlichkeitsrechte Urhebers nach dem Tod' (2019) GRUR 476-483
- Serozan, R, 'Mirasçıya Geçen ve Geçmeyen Haklar, Mirasçının Aslında Kazandığı haklar ve Miras Bırakanın ölüm Sonrasına Uzanan Hakları' Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan (1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1999) 311-317
- Strowel, A, *Droit d'Auteur et Copyright, Divergences et Convergences* (Bruxelles 1993)
- Suluk, C, Nal, T ve Karasu R, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2019)

- Suluk, C ve Orhan, A, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku: Genel Esaslar-Fikir ve Sanat Eserleri* (Arıkan 2005)
- Tosun, Y, *Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar* (1. Baskı, Onikilevha 2016)
- Tekinalp, Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2012)
- Topçuoğlu, H, *Fikri Haklar Ders Notları* (Ankara 1964)
- Yavuz, L, 'Eser Sahibinin Eserini Kamuya Sunma Hakkı (FSEK Mad 14) ve Manevi Hakların Üçüncü Kişiler ve Eser Sahibinin Yakınları Tarafından Kullanılması (FSEK Mad 19)', (2007) 33(1-2) Yargıtay Dergisi 59-70



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 05.03.2020
Revizyon Talebi: 21.03.2020
Son Revizyon: 19.10.2020
Kabul: 25.10.2020

Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının İptalinde İrade Serbestisinin Sınırları

Özlem Canbeldek Akin*

Öz

Milletlerarası ticari tahkimin en temel özelliklerinden biri taraf iradesine verilen önemdir. Taraf iradesi hem tahkim yargılaması devam ederken hem de yargılamanın sona erip hakem kararının devlet mahkemesi tarafından denetlendiği aşamada gözetilmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanunu m 15’de hakem kararlarına karşı iptal davası açma imkânı tanınmış ve taraf iradesine verilen önemin bir yansıması olarak bu haktan kısmen veya tamamen feragat edilebileceği düzenlenmiştir. MTK m 15’de düzenlenen iptal davasından feragatin koşulları karşılaştırmalı hukukla paralel olmakla beraber, sonuçları itibarıyla karşılaştırmalı hukuktan ayrılmaktadır. Özellikle iptal davası açma hakkından feragat edilmesi ve kararın Türkiye’de icra edilecek olması halinde taraflara sağlanan hukuki koruma yetersiz kalmakta ve ortaya çıkan bu sonuç adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmektedir. Çalışmamızda, Milletlerarası Tahkim Kanunu m 15’de yer alan iptal davasından peşinen feragat imkânı, karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımlar dikkate alınarak incelenmekte ve adil yargılanma hakkı ihlalinin giderilmesi için çözüm önerileri sunulmaktadır. Çalışmamızda ayrıca iptal davasında mahkemelerin denetim yetkilerinin taraf iradesi ile genişletilip genişletilemeyeceği yine karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımlar dikkate alınarak irdelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Milletlerarası ticari tahkim, Taraf iradesi, İptal davası açma hakkından feragat, Hakem kararlarının genişletilmiş denetimi tanıma-tenfiz, Adil yargılanma hakkı

Limits of Party-Autonomy in Annulment Proceedings in Commercial Arbitration

Abstract

Party-autonomy is considered to be an overriding principle throughout the arbitral process and post-award stage. Thus, parties are entitled to agree to restrict the review of the arbitral award by the courts in annulment proceedings, either partially or fully excluding the review by the courts according to Turkish International Arbitration Law Article 15. Conditions of such limitation, which are set out in Article 15 align with other legal systems; however, consequences of waiver of annulment proceedings differ significantly. Legal protection provided to parties becomes insufficient if the award is enforced in Turkey to the extent that this shortcoming violates the right to a fair trial. This paper examines the waiver of annulment agreement in Turkish law in comparison with legal systems that parties have been provided with regards to the party-autonomy principle and proposes to have solutions for the violation of the right to a fair trial. Furthermore, it examines the effects of parties’ agreements to expand the review of the arbitral award under Turkish law in light of comparative law.

Keywords

International commercial arbitration, Party autonomy, Waiver of annulment, Recognition and enforcement proceedings, Right to a fair trial, Expanded review of arbitral awards

* **Sorumlu Yazar:** Özlem Candeldek Akin (Dr. Öğr. Üyesi), Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Lefkoşa, KKTC. E-posta: ozlem.canbeldekakin@neu.edu.tr ORCID: 0000-0002-9593-4572

Atf: Canbeldek Akin O, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının İptalinde İrade Serbestisinin Sınırları” (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1323. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.3.0006>



Extended Summary

Party autonomy is considered among essential principals of the international commercial arbitration **despite having limitations**. This essential principle exists not only in the course of the arbitration process but also in the post-award stage, particularly in annulment proceedings.

Conditions and consequences of recourse to annulment proceedings are regulated in Turkish International Arbitration Law Article 15. According to this Article, **parties** dissatisfied with the outcome of the arbitral procedure may take recourse to Turkish courts and request annulment of the arbitral award. The grounds of annulment are rather limited because as generally accepted, the **court's** influence on the arbitral proceedings should be limited. **Parties** are provided with the opportunity to agree to restrict such limited annulment grounds **given the importance of the party autonomy principle**. The parties may also agree to fully exclude or waive the right to recourse to annulment proceedings.

Turkish legal system is not isolated in this matter as a number of jurisdictions have similar provisions. Switzerland, French, Bahrain, England, [Editor2]and Belgium are among legal systems that allow parties to agree to restrict their rights to recourse to annulment proceedings. A comparative analysis of Turkish law with these legal systems proves that conditions of such exclusion agreement are similar. However, **when compared with other legal systems**, consequences of an exclusion agreement differ significantly in **Turkish law** because the impact of the exclusion agreements prevail in enforcement proceedings as well. According to Article 15, if the award is presented for recognition or enforcement at Turkish courts, review will be limited to grounds that are not subject to exclusion, and the court will also take into consideration two annulment grounds that should be examined *ex officio* by the judge. In case of full exclusion, the review's scope will be limited to two *ex officio* grounds i.e., arbitrability and public policy in enforcement proceedings. **Thus**, the exclusion agreement will result in enforcement of an arbitral award in Turkey with a very limited review of Turkish courts[Editor3]. In our view, this consequence is problematic to the **extent** that limited review amounts to violation of the right to a fair trial, which is stipulated in the European Convention on Human RightsArticle 6.

Exclusion agreements have been subject to European Court of Human Rights proceedings in the *Tabbane v Switzerland* case. Considering that the arbitral award would be thoroughly reviewed by a state court in enforcement proceedings among other reasons, **the court in this case found no violation**. According to our view, Turkish International Arbitration Law Article 15 violates Article 6 of the ECHR[Editor4] as parties are precluded access Turkish courts in enforcement proceedings. Therefore,

we suggest that a system similar to Swiss law requiring full review by Turkish courts in enforcement proceedings regardless of the exclusion agreement should be adopted

In our view, **the aforementioned** amendment would not be adequate as review in enforcement proceedings does not guarantee sufficient legal protection if the arbitral award **cannot** be enforced. This can be the case when all claims are rejected. Therefore, grounds that shall be taken into consideration *ex officio* by the judge cannot be waived in the German legal system. We suggest a similar system where annulment grounds related to public policy and arbitrability cannot be excluded by parties' agreement. By doing so, a balance can be secured between party autonomy and sufficient legal protection.

Finally, parties may agree on more expansive review by adding to the existing grounds of the review, possibly even on providing full review of the merits of the award. There is no certain rule for such agreements in Turkish Arbitration Law. Analysis of comparative law suggests that parties should not be allowed to agree on an extended review of the arbitral awards.

Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının İptalinde İrade Serbestisinin Sınırları

Giriş

Taraf iradesi, milletlerarası ticari tahkimin en temel özelliklerinden biri olarak kabul edilmektedir¹. Tahkimde taraf iradesine verilen önem yargılama aşaması ile sınırlı değildir; hakem kararlarının devlet mahkemeleri tarafından denetlendiği aşamada da gözetilmektedir. Öte yandan tahkimde taraf iradesi mutlak değildir; ilgili mevzuat ve uluslararası anlaşmalarda tahkim iradesinin sınırlarını çizen kurallara yer verilmiştir.

Çalışmamızda taraf iradesinin sınırları çeşitli hukuk sistemlerindeki güncel yaklaşımlar ışığında (i) iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat ve (ii) iptal sebeplerinin genişletilmesi olmak üzere iki farklı başlık altında ele alınacaktır.

I. İptal Davası Açma Hakkından Feragat

A. Genel Olarak

Milletlerarası ticari tahkimde hakem kararlarının devlet mahkemeleri tarafından sınırlı bir denetime tâbi tutulmaları gerektiği kabul edilmektedir. Belirtilen nedenle, Türk hukukunun da aralarında bulunduğu birçok hukuk sisteminde, hakem kararlarına karşı temyiz yolu kapatılmış ve sadece iptal davası açılabilceği kabul edilmiştir².

İptal davası hukukumuzda Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun³ ("MTK") 15. maddesinde düzenlenmiş ve maddede iptal davası açan tarafça ileri sürülmesi

¹ Maxi Scherer and Linda Silberman, "Limits to Party Autonomy During the Post-Award Review Stage", in Franco Ferrari (Ed), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration* (Juris Publishing 2016) 441; Gary Born, *International Commercial Arbitration* (2nd Edn, Kluwer Law International 2014) 3442; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (4. Basi, Vedat 2016) 8; Maxi Scherer, "The Fate Of Parties' Agreements On Judicial Review Of Awards: A Comparative And Normative Analysis Of Party-Autonomy At The Post-Award Stage" (2016) 32 *Arbitration International* 437; Marte Knigge and Pauline Ribbers, "Waiver of Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party Autonomy in Top?" (2017) 34 *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 775; Mehmet Polat Kalafatoğlu, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat", (2018) 38 *MHB* 72; Catherine Kunz, "Waiver Of Right To Challenge An International Arbitral Award Is Not Incompatible With ECHR: *Tabbane v Switzerland*" (2016) 5 *European International Arbitration Review* 125.

² Türk hukuku açısından Akıncı (n1) 251; Kalafatoğlu (n1) 344. Alman hukuku açısından Karl-Heinz Böckstiegel and Stefan Kröll, et al, "Part I: Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations – General Overview" in Karl-Heinz Böckstiegel and Stefan Michael Kröll, et al (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (2nd edn, Kluwer Law International 2015) para 132; Fransız hukuku açısından Guido Carducci, "The Arbitration Reform in France: Domestic and International Arbitration Law" (2012) 28 *Arbitration International* 154. Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanun'unda hakem kararları temyiz incelemesine tâbi iken, HMK ile temyiz incelemesi kaldırılmış, hakem kararlarına karşı sadece iptal davası açılabilceği düzenlenmiştir (Fikret Yıldırım, "Tahkimde İptal Davası ve İptal Davasının Amaçları Bakımından Bazı Değerlendirmeler" (2012) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* (Prof Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan) 3019).

³ Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.06.200, RG 05.07.2001/24453.

gereken⁴ ve mahkeme tarafından re'sen göz önüne alınabilecek⁵ toplam dokuz adet iptal sebebine yer verilmiştir⁶. Taraflar hakem kararının sayılan bu iptal sebeplerinden birine aykırı olduğu iddiasıyla 30 gün içinde yetkili asliye hukuk mahkemesinin bulunduğu yer yönünden yetkili bölge adliye mahkemesine başvurarak kararın iptal edilmesini talep etme hakkına sahiptirler⁷.

MTK m 15'de ayrıca tarafların, belirli şartlara bağlı olarak iptal davası açma hakkından feragat edebilecekleri düzenlenmiştir⁸. Madde metninde açıkça yer verildiği üzere, iptal davası açma hakkından tamamen veya kısmen feragat edilmesi mümkündür⁹.

⁴ İptal davası açan tarafça ispat edilmesi gereken iptal sebepleri: Tahkim sözleşmesinin taraflardan birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin, tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olması; hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmaması; kararın, tahkim süresi içinde verilmemesi; hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi; hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiğini veya istemin tamamı hakkında karar vermemesi ya da yetkisini aşması; tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olmaması ve tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesidir.

⁵ Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyumsuzluğun Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması ve kararın kamu düzenine aykırı olması. Tahkime elverişlilik konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (Vedat 2010).

⁶ İptal davasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Aslı Bayata Canyaş, *UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticari Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu* (Adalet 2016).

⁷ MTK m 15'de iptal davasında görevli mahkeme ilk olarak asliye hukuk mahkemeleri olarak belirlenmiştir. Ancak uygulamada hakem kararına konu uyumsuzluğun ticari bir uyumsuzluk olduğu gerekçesiyle asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu yönünde Yargıtay kararları da ortaya çıkmıştır. Belirtilen bu kararların kanunun lafzının esas alındığı ve asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu yönündeki kararlarla çelişmesi nedeniyle 26.09.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'da değişiklik yapılarak iptal davalarına bakmakla görevli mahkeme ticaret mahkemeleri olarak belirlenmiştir. 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (Kanun Numarası: 7101, Kabul Tarihi: 28.02.2018, RG 15.03.2018/30361) ile Bölge Adliye Mahkemeleri görevli hale getirilmiştir.

⁸ Hakem kararlarına karşı iptal davası açma hakkından feragat Türk hukukuna MTK ile getirilmiş bir yeniliktir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise taraflara bu şekilde bir hak tanınmamıştır (Ceyda Süral, "Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası", (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Prof Dr. Hakan Pekcantez'e Armağan) 1387). Fransız hukukunda da yerel hakem kararlarına karşı bu şekilde bir başvuru imkânı bulunmamaktadır (Carducci (n2) 155).

⁹ MTK'daki bu hüküm İsviçre hukukundan esinlenmiştir (Turgut Kalpsüz, "Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda ICC Tahkim Kaideleri ile IPL'den Esinlenen Hükümler" (2003) Milletlerarası Tahkim Semineri 16 (IPL) 31).

İptal davasından feragat hakkına ilişkin karşılaştırmalı hukukta farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Belçika¹⁰, Alman¹¹, İsviçre¹², İsviçre¹³, Bahreyn¹⁴, İngiltere¹⁵, Rusya¹⁶, Peru¹⁷, Tunus¹⁸ gibi bazı hukuk sistemlerinde belirli şartlara bağlı olarak iptal davası açma hakkından feragat imkânı tanımışken; Yeni Zelanda¹⁹, Hindistan²⁰, Panama²¹, Brezilya²², İtalya²³, ve Portekiz²⁴ gibi bazı hukuk sistemlerinde açık düzenleme olmamakla beraber, mahkeme kararlarında iptal davasından feragat edilmesine ilişkin anlaşmaların geçerli olmadığına hükmedilmektedir.

İptal davasından feragatin temelinde taraf iradesine verilen önem yatmaktadır²⁵. Bu yaklaşım uyarınca, tarafların tahkim anlaşması ile devlet mahkemelerine başvuru hakkından vazgeçmeleri mümkünse, hakem kararının devlet mahkemeleri tarafından denetlenmemesi yönündeki iradelerine de sonuç bağlanması gerekir²⁶.

İptal davasından feragat hakkı ayrıca hakem kararlarının iptal davası ve tanıma-tenfiz davası olmak üzere mükerrer kontrole tâbi tutulmalarına da engel olacak bir

¹⁰ Belçika Usûl Kanunu m 1717 (Maddenin İngilizce metni için bkz Scherer (n1) 440).

¹¹ Alman hukuk sisteminde konuya ilişkin açık bir düzenleme olmamakla beraber, tarafların ileri sürmesi gereken iptal sebeplerinden feragat edilebileceği, hakim tarafından re'sen dikkate alınabilecek iptal sebeplerinden ise feragatin mümkün olmadığı kabul edilmektedir (Born (n1) 3369; Scherer (n1) 444).

¹² İsviçre Tahkim Kanunu, m 51 (Maddenin İngilizce metni için bkz *Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce*) <<https://sccinstitute.com/media/37089/the-swedish-arbitration-act.pdf>> Erişim tarihi 26.05.2020

¹³ İsviçre Milletlerarası Özel Kanunu m 192: Taraflardan hiçbirinin İsviçre'de ikametgahı, mutad meskeni veya iş merkezi yoksa, tahkim sözleşmesine dercedecekleri sarih bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde mutabık kalmak suretiyle taraflar hakem kararlarına karşı hukuki çarelere müracaatından tamamen feragat edebilecekleri gibi, ancak m 190 / f 2'de sayılan bir veya birkaç sebepten ötürü hukuki çarelere müracaattan da feragat edebilirler. 2- Tarafların kararlara karşı hukuki çarelere müracaattan tamamen feragat etmiş olmaları halinde, bu kararların İsviçre'de tenfiz edilmeleri icap ediyorsa, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1958 tarihli New York Sözleşmesi kıyasen uygulanır (Kalpsüz, IPL (n 9) 33, dn 36). (Hocam çeviriyi atıfta bulunduğum eserden birebir almıştım, öneriniz doğrultusunda değiştiriyorum)

¹⁴ John Townsend, "The New Bahrain Arbitration Law and the Bahrain "Free Arbitration Zone" (2010) 65 Disp Res J 76-79.

¹⁵ Born (n1) 3365-3367.

¹⁶ Rus Federal Milletlerarası Tahkim Kanunu m 34 / f 1 uyarınca, kurumsal tahkim yargulamalarında iptal davasından peşinen feragat, tarafların Rusya ile bağlantıları olup olmadığı ayrımı yapılmaksızın herkeşe tanınan bir haktır. Maddenin İngilizce metni için bkz *The New York Arbitration Convention*) <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Xxsjz_Ocs4UJ:www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/2/2/22335.pdf+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=tr> Erişim tarihi 26.05.2020

¹⁷ Scherer and Silberman (n1) 444.

¹⁸ ibid 446.

¹⁹ *Methanex Motunui Ltd v Spellman*, [2004] 3NZLR 454 (Wellington Ct App) (Born (n1) 3369)

²⁰ *Shin Satellite Pub Co Ltd Jain Studios Ltd* [2006] 2 SCC 628 (Indian S Ct) (Scherer (n1) 442)

²¹ Panama Tahkim Kanunu'nun iptal davası açma hakkından feragat hakkına ilişkin maddesi, Panama Yüksek Mahkemesi tarafından adil yargılanma hakkına aykırı bulunduğu için iptal edilmiştir. Belirten nedenle artık Panama hukukunda iptal davası açma hakkından feragat kabul edilmemektedir (Scherer and Silberman (n1) 448; Catherine Bratic, "The parties hereby waive all recourse ... but not that one? Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them" (2018) 99 Disp Resol Int'l) 113.

²² Scherer and Silberman (n1) 448.

²³ Born (n1) 3367.

²⁴ ibid 3367.

²⁵ Scherer (n1) 447-448; Born (n1) 3367; Bratic (n21)119; Nora Krausz, "Waiver of Appeal to the Swiss Federal Tribunal: Recent Evolution of the Case Law and Compatibility with ECHR, Article 6 [notes]" (2011) 28 Journal of International Arbitration 138-139; Kalafatoğru (n1) 348.

²⁶ Born (n1) 3367.

imkân olarak değerlendirilmektedir²⁷. Bu görüş uyarınca hakem kararları tenfiz aşamasında denetleneyeceği ve iptal sebepleri ile tenfiz sebepleri benzer oldukları üzere iptal davası açma hakkından feragat imkânı yerinde bulunmuştur²⁸.

İptal davasından feragatin tahkimin etkinliğini artıracığı ve ayrıca mahkemelerin iş yükünü de azaltacağı ifade edilmektedir²⁹. Ayrıca bu şekilde taraflar arasındaki uyuşmazlık daha kısa sürede çözümlenecek olup, iş hayatının gereklilikleri göz önüne alındığında feragatin milletlerarası tahkim açısından bir ihtiyaç olduğu ifade edilmektedir³⁰. Feragat, tahkim yolunun tercih edilme sebeplerinden olan gizlilik ilkesinin gerçekleştirilmesine de katkıda bulunmaktadır³¹.

İptal davasından feragat ayrıca korumacı bir yaklaşım benimsemiş hukuk sistemlerinde devlet mahkemelerinin bu tutumlarının engellenebilmesini de sağlayacaktır³². Türk hukukunda iptal davasından feragat hakkını savunan yazarların gerekçelerinden biri de taraflara tanınan bu imkânın Türkiye'nin tahkim merkezi haline gelmesi amacına hizmet edeceğidir³³. Aksi yöndeki görüş ise, ülkemizde henüz tahkim kültürü tam olarak yerleşmediği için, taraf haklarının korunmasında önemli bir işlevi bulunan iptal davasından feragat hakkının kabul edilmemesi gerektiği; feragat hakkının tahkim kültürüne olumsuz yönde etki edeceği yönündedir³⁴.

²⁷ İnci Ataman-Fıganmeşe “Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrolde Tabii Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri” (2011) 31 MHB 35 76.

²⁸ Mesut Aygün, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu” (2007) Medeni Usûl Hukuku ve İcra İflas Hukuku Dergisi 686.

²⁹ Domittelle Baizeau, “Section X: Waiver of annulment, Article 192 PILS”, in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (Kluwer Law International 2013) 283; Krausz (n25) 138; Jean-François Poudret and Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (2nd edn, Thomson 2007) para 839; Kalafatoğu (n1) 348.

³⁰ Turgut Kalpsüz, “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanununun Değerlendirilmesi”(2001), Milletlerarası Tahkim Semineri 107 (MTK) 179 vd; Aygün (n28) 686; Born (n1) 3370.

³¹ Baizeau, Waiver of annulment (n 29) 292; Domittelle Baizeau, “Waiving the Right to Challenge an Arbitral Award Rendered in Switzerland: Caveats and Drafting Considerations for Foreign Parties” (2005) 8 International Arbitration Law Review 76; Krausz (n25).

³² Leonila Guglya, “Waiver of Annulment Action in Arbitration: Progressive Development Globally, Realities in and Perspectives for the Russian Federation (Different Beds – Similar Dreams?)” (2012) 2 Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration 88.

³³ Turgut Kalpsüz, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim* (2. Bası, Yetkin 2010) (Milletlerarası Tahkim) 150-151. *Tabbane v Switzerland* App no 41069/12 (ECtHR, 1 March 2016) kararında AİHM, İsviçre hukukunda iptal davası açma hakkından feragate ilişkin düzenlemenin temel amaçlarından birinin tahkim yeri ülkesi olarak İsviçre'nin tercih edilirliliğini artırılması olduğu ifade edilmiştir. Karşılaştırmalı hukuk açısından Bratic (n21)128; Krausz (n25) 139; Poudret and Besson (n29) para 839.

³⁴ Ali Yeşilirmak, *Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem - Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (XII Levha 2011) 132-133; Süral (n8)1387. Öte yandan İsviçre doktrininde İsviçre gibi tahkim kültürü yerleşmiş, hakem kararının iptali için yapılan başvuruların, devlet mahkemelerinin tahkim yanlısı yaklaşımı nedeniyle, genellikle kabul edilmediği ülkelerde iptal davasından feragatin çok yerinde olmadığı; tahkim kültürünün henüz yerleşmediği ülkelerde ise iptal davasından feragatin tercih edilebileceği belirtilmiştir (Baizeau, Waiver of annulment (n 29) 293). Nitekim Bahreyn hukukunda iptal davasından feragat imkânı 2009 yılında yapılan değişiklik ile kabul edilmiştir. Belirtilen değişiklik *Bechtel Co Ltd v Dep't of Civil Aviation of Gov't of Dubai* kararından sonra gerçekleştirilmiştir. Söz konusu karara konu olayda bir devlet kurumu olan Dubai Sivil Havacılık Kurumu ve Bechtel şirketi arasındaki uyuşmazlık Dubai Ticaret Odası'nda tahkim yargılamasına konu olmuş ve dava Bechtel şirketi lehine sonuçlanmıştır. Karar Dubai mahkemeleri tarafından tanık beyanındaki yemin ifadesinde eksiklik olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Söz konusu karar Ortadoğu'da özellikle devlete karşı yürütülen tahkim yargılamaları açısından güvensizlik yaratmıştır. Bahreyn, sınırlarında “Serbest Ticaret Bölgesi (Free Arbitration Zone)” yaratarak bu güvensizliği aşma amacıyla iptal davasından feragati kanunlaştırmıştır (Townsend (n14) 76-79).

İptal davası açma hakkından feragate ilişkin olumsuz görüşlerin en önemli dayanak noktalarından bir diğeri, taraflara bu şekilde bir feragat hakkı tanınmasının, devlet mahkemelerine başvuru hakkının engellenmesi nedeniyle adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edeceğidir³⁵.

Taraflara iptal davasından kısmen veya tamamen feragat hakkı verilmiş olması devlet mahkemeleri açısından hakem kararının denetim yetkisinden kısmen veya tamamen vazgeçilmesi anlamına gelmektedir³⁶. Bu nedenle iptal davasından feragat belirli şartlara bağlanmıştır. Çalışmanın bu bölümünde öncelikle belirtilen bu şartlar ele alınacak ve daha sonra feragatin sonuçları ve feragate ilişkin yukarıda yer verilen olumlu ve olumsuz görüşler adil yargılanma hakkı ile bağlantılı olarak incelenecektir.

B. İptal Sebeplerinin Daraltılma Şartları

1. Feragatin Zamanı

MTK m 15/A/5’de tarafların, tahkim anlaşmasına koyacakları bir beyanla veya sonradan yapacakları yazılı bir anlaşma ile iptal davası açma hakkından feragat edebilecekleri düzenlenmiş ve bu şekilde taraflara iptal davası açma hakkından, bu hakkın doğumundan önce, yani peşinen feragat etme imkânı tanınmıştır³⁷.

Peşinen feragat usûl hukukumuzda yabancı bir müessesedir. MTK m 15/A/5’de olduğu gibi açık bir düzenleme bulunan haller hariç olmak üzere, hukukumuzda peşinen feragatin geçerli olmadığı kabul edilmektedir³⁸. Birçok Yargıtay kararında da, doğmamış bir haktan feragatin geçerli olmadığı, peşinen feragatin evrensel hukuk kurallarına aykırı olduğu ifade edilmektedir³⁹. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamındaki tahkim yargılamalarında, kanunda MTK’da olduğu gibi açık bir düzenleme olmadığı için iptal davası açma hakkından peşinen feragat mümkün değildir⁴⁰.

Milletlerarası ticari tahkimde, iptal davası açısından doğmamış haktan feragat edilemez ilkesine bir istisna tanınmış olması milletlerarası ticari ilişkilerin

³⁵ Bkz I-C.

³⁶ Ekin Tuna, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda İptal Davası* (Adalet 2016) 63; Born (n1) 3367.

³⁷ Aygün (n28) 685.

³⁸ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Cilt V* (Savaş Yayınları 2001) 4490; ibid 685; Tuna (n36) 64. Medeni usûl hukukumuzda olağan kanun yoluna başvurma hakkından feragat HMK m 349’da özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca taraflar, ancak ilamin kendilerine tebliğinden sonra istinaf yoluna başvurma hakkından feragat edebilirler (Muhammet Özkes, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, (15. Bası, XII Levha 2017) 2166)

³⁹ Örneğin Yargıtay 2 HD, 3769/12631, 27.06.2016 (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*) <www.kazancı.com> (Erişim Tarihi 15.10. 2019) sayılı kararında temyiz hakkı henüz doğmamışken bu haktan feragat edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Mülga usûl kanunumuz Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu m. 535’de de hakem kararları açısından peşinen feragatin mümkün olmadığı açıkça düzenlenmiştir.

⁴⁰ Hakan Pekcanitez, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun’unun Tahkime İlişkin Hükümleri” (2011), IX. Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye, 81; Aygün (n28) 685.

ihtiyaçlarının bir gereği olarak açıklanmaktadır⁴¹. Zira peşinen feragat imkânı ile hakem kararı verildiği anda, yani iptal davası açmak için öngörölmüş 30 günlük süre söz konusu olmadan icra edilebilir nitelik kazanacak⁴² ve böylelikle uyuşmazlık hızlı bir şekilde çözümlenmiş olacaktır.

Fransız⁴³, Belçika⁴⁴ ve İsviçre hukuk sistemlerinde peşinen feragat kabul edilmişken; Alman⁴⁵, Mısır⁴⁶, Yunan⁴⁷ ve Hırvat⁴⁸ hukuklarında kabul edilmemiştir.

2. Tarafların Yerleşim Yeri veya Olağan Oturma Yerlerinin Türkiye Dışında Olması

MTK m 15’de iptal davası açma hakkından feragat için öngörölmüş ilk sınırlama taraflara ilişkindir. Bu düzenleme uyarınca ancak yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında olan taraflar hakem kararlarına karşı iptal davası açma hakkından feragat edebileceklerdir⁴⁹. Taraflardan sadece birinin olağan yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin Türkiye dışında olması iptal davası açma hakkından feragat için yeterli değildir, belirtilen şartın her iki taraf açısından sağlanması gerekmektedir⁵⁰. Ayrıca bu şartın feragat beyanı sırasında gerçekleşmiş olması gerekmektedir⁵¹.

İsviçre hukukunda tüzel kişiler açısından işyerinin (*business establishment*) İsviçre’de olmaması şartı aranmaktadır⁵². Yabancı bir şirketin İsviçre’de şubesi bulunması halinde de, uyuşmazlığın bu şubenin iş veya işlemleriyle ilgili olup

⁴¹ Kalpsüz’ün bu yöndeki görüşü için bkz Kalpsüz (n 30) MTK 179; Aygün (n28) 685-686.

⁴² Akıncı (n1) 263; Tuna (n36) 64.

⁴³ Scherer and Silberman (n1) 444.

⁴⁴ Taraflar tahkim sözleşmesine koyacakları bir hükümle veya sonradan yapacakları bir anlaşma ile iptal davası açma hakkından feragat edebilirler. Belçika Usûl Kanunu m 1717. (Maddenin İngilizce metni için bkz Scherer (n1) 440).

⁴⁵ Böckstiegel ve Kröll (n2) para135; Scherer and Silberman (n1) 450.

⁴⁶ Mısır Tahkim Kanunu m 54 / f 1. (Kanunun İngilizce metni için bkz (*Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü İnternet Sitesi*) < <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/eg/eg020en.pdf> > Erişim tarihi 12.10.2019).

⁴⁷ Guglya (n32) 85.

⁴⁸ Hırvat Tahkim Kanunu m 36 / f 6. (Kanunun İngilizce metni için bkz (*Hırvat Yargıtay İnternet Sitesi*) <http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/Legislation__Law-Arbitration-RC.pdf> Erişim tarihi 16.10.2019)

⁴⁹ Söz konusu düzenleme şu şekildedir; “Taraflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler. Yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar, tahkim sözleşmesine koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilecekleri gibi; yukarıda sayılan bir veya bir kaç sebepten dolayı iptal davası açmak hakkından da feragat edebilirler”. Düzenlemenin ilk cümlesinde yerleşim yeri veya olağan oturma yeri konusunda bir ayrım yapılmaksızın iptal davası açma hakkından feragatin düzenlenmesi ve daha sonra gelen cümlede aynı kuralın bu sefer belirli şartlara bağlı olarak düzenlenmesi karışıklık yarattığı gerekçeyle eleştirilmiştir (**Kalpsüz**, Milletlerarası Tahkim (n 33) 150).

⁵⁰ Kalpsüz, Milletlerarası Tahkim (n 33) 152; Nuray Ekşi, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme” (2003) 23 MHB Prof Dr. Gülören Tekinalpe Armağan 3335; Akıncı (n1) 265. Yargıtay’ın 2011 tarihli kararında da her iki tarafın yerleşim yerlerinin Türkiye dışında bulunması gerektiği, aksi takdirde feragat anlaşmasının geçerli olmayacağı ifade edilmiştir (Yargıtay 15 HD, 7197/2857, 11.05.2011 (*Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*) < www.kazanci.com > Erişim tarihi 16.10. 2019).

⁵¹ Kalpsüz, Milletlerarası Tahkim (n 33) 153; Kalafatoğu (n1) 352; İsviçre hukuku açısından aynı yönde bkz Baizeau, Waiver of annulment (n 29) 284; Krausz (n25) 139; Poudret and Besson (n29) para 839.

⁵² Baizeau, Waiver of annulment (n 29) 284.

olmadığından bağımsız olarak, feragatin mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁵³. Türk hukukunda işyerine ilişkin bu şart öngörülmemiş olmakla beraber, feragat imkânının Türkiye ile bağlantısı olmayan veya zayıf olan taraflara hasredilmiş olması sebebiyle, tarafların işyerlerinin Türkiye’de bulunmamasına ilişkin bu şartın hukukumuzda da aranması gerektiği doktrinde belirtilmektedir⁵⁴.

Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerine ilişkin bu şart hem peşinen feragat hem de feragat hakkının doğumundan sonra yapılan feragatte aranmaktadır⁵⁵.

Karşılaştırmalı hukukta da birçok hukuk sisteminde belirtilen bu şartın arandığı görülmektedir. Belçika Usûl Kanunu m 1717 uyarınca tarafların yerleşim yeri veya tüzel kişilik ise şubelerinin Belçika’da olmaması şartı aranmıştır⁵⁶. Tunus⁵⁷, İsveç⁵⁸ ve Peru⁵⁹ belirtilen şartın arandığı diğer hukuk sistemleridir. Bu şartın birçok hukuk sisteminde aranmasının sebebi, tarafların tahkim yeri ile yakın bağlantıları olması halinde, devlet mahkemelerinin kamu yararını gözetmeleri ve feragat ile ilişkin taraf iradesine sonuç bağlanmaması gerektiği görüşüdür⁶⁰.

Doktrinde bizim de katıldığımız aksi yönde görüş ise, tarafların yerleşim yeri veya mutad meskenlerinin Türkiye’de bulunmaması şartının aranmaması gerektiği yönündedir⁶¹. Bu görüşün ilk gerekçesi, iptal davasından feragat etme hakkının Türkiye’de yerleşim yeri veya olağan oturma yeri bulunmayanlara hasredilmiş olmasının kanunların genelliği ve kanun önünde eşitlik prensibine aykırı olduğudur⁶². Belirtilen şartın eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesine katılmakla beraber ayrıca şartın konuluş amacına da hizmet etmediği kanaatindeyiz. Yukarıda ifade edildiği üzere, feragat imkânının Türkiye’de yerleşim yeri veya olağan oturma yeri bulunmayanlara hasredilmiş olması Türkiye ile yakın bağlantısı olan uyuşmazlıklarda

⁵³ Elliout Geisinger and Viviane Frossard, “Chapter 8: Challenge And Revision Of The Award”, in Kohler-Kaufmann Gabrielle and Stucki Blaise (eds), *International Arbitration In Switzerland: A Handbook For Practitioners* (Kluwer Law International 2004) 153; Baizeau, Waiver of annulment (n 29) 284.

⁵⁴ Bilgin Tiryakioğlu, “Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali” in Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak and Cansu Kaya (eds), *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (Yetkin Yayınları 2016) 304.

⁵⁵ Kemal Dayındarlı, “4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Usûlünde İptal Davası Açma Hakkından Peşinen Feragat Mümkün Müdür?”, (*Dayındarlı Hukuk*) <<http://www.dayindarli.gen.tr/wp-content/uploads/2018/03/4686-sayili-milletlerarasi-tahkim-kanunu.pdf>> Erişim tarihi 24.10.2019. Doktrinde tarafların yerleşim yeri veya mutad meskenlerinin Türkiye’de olması halinde taraflara sadece peşinen feragat imkânı tanınmadığı ancak bu hakkın doğumundan sonra feragatin mümkün olduğu belirtilmiştir (Kalpsüz, IPL (n 9) 31). Yazar yerleşim yeri veya mutad meskenleri Türkiye’de bulunan tarafların sonradan yapacakları bir anlaşma ile feragat haklarını nasıl kullanacakları hususunun Kanun’da düzenlenmemiş olmasının önemli bir boşluk yarattığını ifade etmektedir (Kalpsüz, Milletlerarası Tahkim (n 33) 151).

⁵⁶ Belçika Usûl Kanunu m 1717 (Maddenin İngilizce metni için bkz Scherer (n1) 440).

⁵⁷ ibid 440.

⁵⁸ İsveç Tahkim Kanunu m (m 51) (Maddenin İngilizce metni için bkz (*Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce*) <<https://sccinstitute.com/media/37089/the-swedish-arbitration-act.pdf>> Erişim tarihi 26.05.2020

⁵⁹ Scherer and Silberman (n1) 444; Scherer (n1) 440.

⁶⁰ Scherer and Silberman (n1) 481.

⁶¹ Ekşi (n50) 335.

⁶² ibid 335.

Türk mahkemelerinin denetim yetkisinin muhafaza edilmesidir. Kanaatimizce uyuşmazlığın Türkiye ile bağlantısı taraflar üzerinden değil kararın Türkiye’de icra edilip edilmeyeceği göz önüne alınarak tespit edilmelidir. Zira tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerlerinin Türkiye’de olmamasına karşın, karar Türkiye’de icra edilecekse Türk hukukuyla yakın bir bağlantısı olduğu söylenebilir. Bu durumda ise tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerlerinin nerede olduğundan bağımsız olarak kapsamlı bir denetlemeye tâbi tutulması adil yargılanma hakkının da bir gereğidir.

Kararın Türkiye’de icra edilmeyecek olması halinde salt taraflardan birinin yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin Türkiye’de bulunduğu gerekçesiyle tarafların hakem kararının Türk mahkemeleri tarafından denetlenmeme iradelerinin göz ardı edilmemesi gerekir⁶³.

Nitekim Fransız hukukunda tarafların vatandaşlığı veya mutad meskenleri açısından herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir⁶⁴.

Belirtilen nedenlerle, hakem kararının devlet mahkemeleri tarafından denetim yetkisinin kapsamının belirlenmesinde tarafların Türkiye ile bağlantısından ziyade; kararın Türkiye’de icra edilip edilmeyeceği belirleyici olması gerektiği kanaatindeyiz.

3. Her İki Tarafın Ortak İradesi

Feragat, kural olarak tek taraflı irade beyanı ile yapılabilen bir taraf usûl işlemidir⁶⁵. İptal davasından feragatte ise bu genel kuraldan ayrıık bir yaklaşım benimsenmiş ve feragatin ancak iki tarafın ortak iradesiyle yapılabileceği kabul edilmiştir⁶⁶.

Doktrinde de ifade edildiği üzere, iptal davasından feragatin tek taraflı irade beyanıyla yapılmasına cevaz verilmesi taraflar arasında eşitsizliğe yol açabilir⁶⁷ ve hatta ortaya çıkan sonuçlar adil yargılanma hakkını ihlal edebilir⁶⁸. Belirtilen nedenle özellikle henüz iptal davası açma hakkı doğmamışken geçerli bir feragat için tarafların ortak iradelerinin aranması yerindedir.

⁶³ İsviçre doktrininde de iptal davasından feragat edilmiş olması fakat kararın İsviçre’de icra edilecek olması durumunda, kararın New York Konvansiyonu tenfiz şartları açısından denetleneceğine dikkat çekilerek, feragat hakkının herhangi bir ayırım yapılmaksızın herkese tanınması gerektiği ifade edilmiştir (Kunz (n1)132); Nathalie Voser and Anya George, “ECtHR: Waiver of Recourse Against International Arbitral Award Not Incompatible with ECHR” (*Kluwer Arbitration Blog*, 31.12.2019) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/31/ecthr-waiver-of-recourse-against-international-arbitral-award-not-incompatible-with-echr/>> Erişim tarihi 13.12.2019.

⁶⁴ Scherer and Silberman (n1) 445.

⁶⁵ Güray Erdönmez, *Pekcanutez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, (15. Bası, XII Levha 2017) 438-439.

⁶⁶ Kalpsüz, Milletlerarası Tahkim (n 33) 153; Akıncı (n1) 263; Ekşi (n50) 335; Süral (n8)1387. Fransız Medeni Usûl Kanunu m 1522’de tarafların ortak iradesi aranmıştır. Kanunun İngilizce metni için bkz (*iaiparis*) <http://www.iaiparis.com/pdf/FRENCH_LAW_ON_ARBITRATION.Pdf> Erişim tarihi 02.02.2018).

⁶⁷ Akıncı (n1) 263; Tuna (n36) 66.

⁶⁸ Süral (n8)1387.

4. Feragatin Yazılı Şekilde ve Açık Bir Beyanla Yapılması Şartı

MTK m 15 uyarınca feragat beyanının yazılı ve açık olması gerekmektedir. Açık düzenleme karşısında, zımni bir irade beyanı geçerli bir feragat olarak değerlendirilemez⁶⁹. Bu şart, feragat beyanının sonuçları da dikkate alındığında, tarafların gerçek iradelerinin net ve şüpheden uzak bir şekilde ortaya konması açısından son derece önemlidir⁷⁰. Nitekim feragatin açık bir beyanla yapılması şartı karşılaştırmalı hukukta da sıklıkla yer verilen bir şarttır. Örneğin Belçika⁷¹, Fransız⁷², Tunus⁷³, Peru⁷⁴ İsviçre⁷⁵ ve İsveç⁷⁶ hukuklarında tarafların iptal davası açma hakkından ancak açık bir irade beyanıyla feragat edebilecekleri düzenlenmiştir.

ICC 2017 Tahkim kuralları m 35 / f 6⁷⁷, Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi Tahkim Kuralları m 26 / f 9⁷⁸ ve Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları'nda (m 28 / f 9)⁷⁹ olduğu gibi birçok tahkim merkezinin tahkim kurallarında “hakem kararının bağlayıcı” olduğu yönünde düzenlemelere yer verilmiştir⁸⁰. Hakem kararlarının kesin olduğuna ilişkin bu şekilde kayıt içeren tahkim kurallarına yapılan genel atıf veya tahkim anlaşmasının bu yönde bir hüküm ihtiva etmesinin geçerli bir feragat beyanı olarak değerlendirilmeyeceği Türk doktrininde ifade edilmiştir⁸¹. Karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşım da bu yöndedir⁸².

⁶⁹ Akıncı (n1) 266; Ekşi (n50) 334; Süral (n8)1387. İsviçre hukuku açısından (Baizeau, Waiwing the Right (n 31) 71).

⁷⁰ Baizeau, Waiver of annulment (n 29) 285.

⁷¹ Belçika Usûl Kanunu m 1718 (Kanunun İngilizce metni için bkz Scherer (n1) 440).

⁷² Fransız Medeni Usûl Kanunu m 1522. Kanunun İngilizce metni için bkz (taiparis) <http://www.iaiparis.com/pdf/FRENCH_LAW_ON_ARBITRATION.pdf> Erişim tarihi 02.02. 2018).

⁷³ Tunus Tahkim Kanunu m 78 / f 6 (Scherer and Silberman (n1) 446).

⁷⁴ ibid 444.

⁷⁵ PILA m 192 / f 1.

⁷⁶ İsveç Tahkim Kanunu m 51 / f 1 (Maddenin İngilizce metni için bkz (Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce) <<https://sccinstitute.com/media/37089/the-swedish-arbitration-act.pdf>> Erişim tarihi 26.05.2020

⁷⁷ Kuralların İngilizce metni için bkz (International Chamber of Commerce) <<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdfpdf>> Erişim tarihi 02.02.2018).

⁷⁸ Kuralların İngilizce metni için bkz (The London Court of International Arbitration) <[http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article 26](http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2026)> Erişim tarihi 02.02. 2018).

⁷⁹ Kuralların İngilizce metni için bkz (Singapore International Arbitration Centre) <<http://siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016>> Erişim tarihi 02.02 2018).

⁸⁰ Born (n1) 3365.

⁸¹ Kalpsüz, Milletlerarası Tahkim (n 33) 152; Süral (n8)1387; Tuna (n36) 69.

⁸² Scherer (n1) 441;). İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yönde bir kararı için bkz İsviçre Federal Mahkemesi, Karar No: 116 II 639 , 19.01.1990 (Karar hakkında bilgi edinilen kaynak Ulrich Mayer, “Exclusion Agreements According to Article 192 of the Swiss PIL Act” (1999) ASA Bull. No.2 193). İngiliz hukukunda ise hakem kararlarının kesin olduğuna ilişkin kayıt içeren tahkim kurallarına yapılan atıf feragat için yeterli görülmüştür (Born (n1) 3372; Scherer (n1) 443). Ancak İngiliz hukukunda iptal davasından feragat imkânı son derece sınırlıdır. İngiliz Tahkim Kanunu 67 ve 68. bölümlerde düzenlenen ve UNCITRAL Model Kanunu ile benzerlik gösteren iptal sebeplerinden feragat mümkün değildir. Sadece 69. Bölüm'de yer verilen hakem kararının esas yönünden denetimine ilişkin iptal sebeplerinden feragat edilebilmektedir. Dolayısıyla, kararın kesin ve bağlayıcı olduğu yönündeki tahkim kurallarına yapılan atfın geçerli bir feragat beyanı olarak kabul edilmesi tutarlı bir yaklaşımdır. Zira bu şekildeki beyanlar tarafların, hakem kararının ileransız ve İsveç'dan bkz için bkz (eserden birebir almıştım, öneriniz doğrultusunda değiştiriyorum).esas yönünden incelenmesinin engellenmesi veya bir diğer ifadeyle, kararın bağlayıcı olması yönündeki iradelerini göstermektedir (Baizeau, Waiwing the Right (n 31) 70). Rus hukukunda da söz konusu atıflar geçerli bir feragat beyanı olarak kabul edilmemektedir (Batic (n21)116).

Diğer taraftan, bazı tahkim kurallarında tarafların karara karşı kanuni yollara başvurma hakkından feragat etmiş sayılacakları düzenlenmiştir. Örneğin ICC Tahkim Kuralları (2017) m 35 / f 6'da açıkça “feragatin geçerli bir şekilde yapılmış olması şartıyla, tarafların, karar aleyhine kanuni yollara başvurma haklarından feragat etmiş sayılacakları” kuralına yer verilmiştir. İsviçre doktrininde bu şekilde, kanuni yollara başvurma hakkından feragatle ilişkin maddeye yapılan doğrudan atıfların geçerli bir feragat beyanı olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸³.

Tahkim sözleşmesinde yer alan “hakem kararının kesin ve bağlayıcı olduğuna” ilişkin düzenlemelerin ise, iptal davasından feragat olarak değerlendirilemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir. Örneğin İsviçre⁸⁴, Fransız⁸⁵, İngiliz⁸⁶, Singapur⁸⁷ ve Amerika Birleşik Devletleri⁸⁸ hukuk sistemlerinde belirtilen kayıtlar geçerli bir feragat beyanı olarak kabul edilmemektedir⁸⁹. İptal davası, yukarıda da belirtildiği üzere, milletlerarası tahkimde hakem kararlarına karşı başvuru için öngörülmüş yegane yoldur. Bu nedenle iptal davası açma hakkından feragat için taraf iradelerinin herhangi bir tartışmaya mahal vermeyecek açıklık ve kesinlikte olması gerekir. dolayısıyla hakem kararının kesin ve bağlayıcı olduğu yönündeki beyanların geçerli bir feragat beyanı olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz⁹⁰.

Temyiz hakkından feragat edildiğine ilişkin beyanların iptal davasından feragat olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı konusunda Fransız ve İsviçre hukuk sistemlerinde farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Bu şekildeki kayıtlar, Fransız hukukunda geçerli bir feragat beyanı olarak kabul edilmemektedir⁹¹. Zira Fransız Medeni Usul Kanunu m. 1522'de feragatin, özel bir anlaşma (*specific agreement*) ve açık irade beyanıyla (*expressly*) yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Fransız hukukundaki hakim görüşü, “özel bir anlaşma” şartının ancak iptal davasından feragatle ilişkin özel bir beyanla yerine getirilebileceği, kanun yollarına başvurulmayacağına ilişkin ifadelerin geçerli bir feragat beyanı olarak yorumlanamayacağı yönündedir⁹². Nitekim, Paris İstinaf Mahkemesi'nin konuya ilişkin bir kararında, “kararın kesin ve

⁸³ Baizeau, Waiver of annulment (n 29) 286; Mayer (n83) 202; Baizeau, Waiving the Right (n 31) 71.

⁸⁴ Baizeau, Waiver of annulment (n 29) 286. İsviçre Federal Mahkemesi, Karar No: 4P_64/2004, 02.06.2004 (2004) ASA Bulletin V 22 782; İsviçre Federal Mahkemesi, Karar No: 4P_114/2006, 07.09.2006 (2007) ASA Bulletin V 25 123; İsviçre Federal Mahkemesi Karar No: Case No 4A_194/2008, 21.08.2008 (2008) ASA Bulletin V 26 793; İsviçre Federal Mahkemesi Karar No: Case No 4A_464/2009, 15.02.2010 (2010) ASA Bulletin V 28 282.

⁸⁵ Cour d'appel de Paris, *SARL Farmex Tech v Rep Armenia*, Karar No: 13/22288, 03.04.2014 Karar hakkında bilgi edinilen kaynak: Bratic (n21)115).

⁸⁶ *Shell Egypt W Manzala GmbH v. Dana Gas Egypt Ltd [2009] EWHC 2097* (Born (n1) 3373).

⁸⁷ *Holland Leedon PteLtd (in Liquidation) v Metalform Asia Pte Ltd*, [2010] SGHC 280 (Singapore High Ct). (Born (n1) 3373).

⁸⁸ *Aerojet-Ge. Cor. v Am Arbitration Ass'n*, 478 F2d 248, 251 (9th Cir 1973) (ibid 3373).

⁸⁹ Aksi yönde kararlar için bkz (Born (n1) 3373 vd).⁹⁰

⁹⁰ Tiryakioğlu (n54) 304; Baizeau, Waiving the Right (n 31) 69). Aksi yönde bkz Ekşi (n50) 335). Ekşi, hakem kararının bağlayıcı olduğuna dair veya kanun yoluna başvurulmayacağına ilişkin kayıtların geçerli bir feragat beyanı olduğu yönünde görüş bildirmiştir (Ekşi (n50) 335).

⁹¹ Bratic (n21)115).

⁹² Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kalafatoğu (n1) 360-361.

bağlayıcı olduğu ve karara karşı temyiz yoluna başvurulmayacağı” şeklindeki genel ifade geçerli bir feragat beyanı olarak kabul edilmemiş, “iptal davasından feragat edildiği” yönünde özel bir anlaşmanın varlığı aranmıştır⁹³. İsviçre Federal Mahkemesi kararları da 2005 yılına değin bu yönde iken⁹⁴, 2005 yılında aksi görüş benimsenmiş ve, “kararın kesin ve bağlayıcı olduğu ve temyize tabi olmadığı” şeklinde beyan geçerli bir feragat beyanı olarak kabul edilmiştir⁹⁵. Kararın gerekçesinde, temyiz kavramının, kanun yolu yani bir üst mahkemeye başvuru imkânı ile sınırlı değil, hakem kararına karşı mahkemeye başvuru imkânını da kapsar şekilde de yorumlanması gerektiği belirtilmiştir⁹⁶.

Türk hukukunda hakem kararlarına karşı temyiz yolu kapalıdır; başvurulabilecek tek hukuki çare iptal davasıdır. Belirtilen nedenle, hakem kararının temyiz edilmeyeceğine ilişkin beyanların geçerli bir feragat beyanı olarak kabul edilmemesi, tarafların hakem kararlarının devlet mahkemeleri tarafından denetlenmemesi yönündeki iradelerinin yok sayılması sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla, hakem kararının temyiz edilmeyeceği yönündeki beyanlar somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmeli ve salt “iptal davası açma hakkından feragat” yerine “kararın temyiz edilmeyeceği” ifadesinin tercih edilmesi feragat iradesini geçersiz kılmamalıdır.

C. Feragatin Sonuçları ve Bu Sonuçların Adil Yargılanma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi

Türk hukukunda iptal davası açma hakkından feragatin sonuçları, feragatin kısmen veya tamamen feragat olmasına ve ayrıca kararın tahkim yeri ülkesinde icra edilip edilmeyeceğine göre değişiklik göstermektedir.

Kısmen feragat halinde, iptal davası açılabilir, ancak bu davada feragate konu iptal sebeplerine dayanılamayacak, inceleme feragat edilmemiş iptal sebepleri ile sınırlı olacaktır⁹⁷.

Tamamen feragat halinde tarafların iptal davası açmaları mümkün olmayacaktır⁹⁸. Dolayısıyla, tarafların iptal davası açma hakkından tamamen feragat etmiş olmaları

⁹³ Cour d’appel de Paris, *SARL Farmex Tech v Rep Armenia*, Karar No: 13/22288, 03.04.2014 (Karar hakkında bilgi edinilen kaynak ve karar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kalafatoğlu (n1) 360-361.

⁹⁴ Baizeau, Waiver of annulment (n 29) 287.

⁹⁵ Bratic (n21) 116.

⁹⁶ İsviçre Federal Mahkemesi, Karar No:131 III 173, 04.02.2005 (Karar hakkında bilgi edinilen kaynak: Baizeau, Waiver of annulment (n 29) 287). Benzer yönde kararlar için bkz İsviçre Federal Mahkemesi Karar No: 4A_238/2011, 04.01.2012; İsviçre Federal Mahkemesi Karar No: 4A_53, 17.10.2017 (Kararlar hakkında bilgi edinilen kaynak: Thouven Rechtsanwalte, “Croatia’s Waiver Of Its Right To Challenge An Award - Can It Still Request A Revision? (Mondaq, 02.05.2018) <<http://www.mondaq.com/x/677752/Arbitration+Dispute+Resolution/Croatias+Waiver+Of+Its+Right+To+Challenge+An+Award+Can+It+Still+Request+A+Revision>> (Erişim tarihi: 10.05.2020).

⁹⁷ Kalpsüz, Milletlerarası Tahkim (n 33) 154; Akıncı (n1) 263; Tiryakioğlu (n54) 304; Kalafatoğlu (n1) 353.

⁹⁸ Akıncı (n1) 263; Tuna (n36) 66; Tiryakioğlu (n54) 304; Kalafatoğlu (n1) 354.

ve kararın Türkiye’de icra edilmeyecek olması halinde artık karar Türk mahkemeleri tarafından denetlenmeyecektir⁹⁹. Kararın Türkiye’de icra edilecek olması halinde ise MTK m 15 uyarınca icra edilebilirlik şerhi alınması gerekmektedir¹⁰⁰. İptal davası açma hakkından feragat edilmiş olması durumunda, icra edilebilirlik şerhi için başvuru mahkemenin denetim yetkisi MTK m 15’de re’sen incelenmesi öngörülmüş iptal sebepleri olan tahkime elverişlilik ve kamu düzenine aykırılık ile sınırlı olacaktır¹⁰¹.

Fransız, İsviçre ve İsveç hukuk sistemlerinde ise farklı bir uygulama öngörülmüştür. Fransız Medeni Usûl Kanunu m 1522’de, iptal davası açma hakkından feragat etseler dahi davalının, icra edilebilirlik şerhine ilişkin incelemede, iptal sebeplerine dayanarak kararın Fransa’da icra edilmesine itiraz edebileceği düzenlenmiştir¹⁰². Dolayısıyla, Türk hukukundan farklı olarak, kamu düzenine ve tahkime elverişliliğe ilişkin olmayan ve taraflarca feragat edilen iptal sebepleri dahi Fransız mahkemeleri tarafından denetlenebilmektedir. İsviçre PILA m 192 / f 2 uyarınca, iptal davası açma hakkından tamamen feragat edilmiş ve kararın İsviçre’de icra edilecek olması halinde New York Konvansiyonu hükümleri kıyasen uygulanacaktır¹⁰³. Dolayısıyla iptal davasından feragat, kararın İsviçre’de icra edilecek olması şartına bağlı olarak, İsviçre mahkemelerinin denetim yetkisini sınırlayacak bir sonuç doğurmamaktadır¹⁰⁴. İsveç Tahkim Kanunu m 51/ f 2’de açıkça iptal davasından feragat edildiğinde kararın yabancı hakem kararı olarak değerlendirileceği ve İsveç’te icra edilecek olması halinde New York Konvansiyonu hükümlerinin uygulanacağı kuralına yer verilmiştir.

Karşılaştırmalı olarak incelendiğinde, iptal davasından feragatin sonuçları açısından İsviçre, Fransız ve İsveç hukuku ile Türk hukuku arasında önemli bir fark olduğu ortaya çıkmaktadır¹⁰⁵. Zira, yukarıda da açıklandığı üzere, Türk hukukunda feragat, kararın Türkiye’de icra edilecek olması halinde dahi çok sınırlı ve yetersiz bir denetime tâbi olmasına neden olmaktadır¹⁰⁶. Ortaya çıkan bu durum kanaatimizce

⁹⁹ Akıncı (n1) 264.

¹⁰⁰ ibid 262.

¹⁰¹ Kalafatoğu (n1) 355.

¹⁰² Carducci (n2) 155.

¹⁰³ Kısmen feragat halinde New York Sözleşmesi sadece feragat edilen sebepler açısından kıyasen uygulanacaktır Krausz (n25) 153).

¹⁰⁴ Düzenleme, iptal davası açma hakkından kısmen feragat edilmesi ve kararın İsviçre’de icrasının talep edilmesi halinde İsviçre mahkemelerinin denetim yetkisinin sınırlarının çizilmemiş olması nedeniyle eleştirilmektedir. Doktrinde bu eksikliğin kanun koyucunun ihmalinden kaynaklandığı ve iptal davası açma sebeplerinin bir kısmından feragat edilmiş olması halinde de New York Konvansiyonu’nun ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmiştir (Poudret and Besson (n29) para 840; Baizeau, Waiver of annulment (n 29) 291). Ayrıca düzenlemede, iptal davasında feragat edilmesi halinde kararın icrası için New York Konvansiyonu hükümlerinin kıyasen uygulanacağı öngörülmüştür. Ancak New York Konvansiyonu m V’de öngörülen tenfiz ret sebeplerinin, PILA m 190’da öngörülen iptal sebeplerinden daha geniş olması nedeniyle, iptal davası açma hakkından feragat ederek İsviçre mahkemelerinin denetim yetkisinin ortadan kaldırılmasını amaçlayan tarafların daha geniş kapsamlı bir mahkeme denetimine tabi tutulmaları eleştirilmiştir. Bu nedenle doktrinde, bu New York Konvansiyonu’na atf yapılmış ise de denetimin PILA m 190’da öngörülen iptal sebepleri ile sınırlı olarak yapılması gerektiği ifade edilmektedir. (Poudret and Besson (n29) para 840; Baizeau, Waiver of annulment (n 29) 291).

¹⁰⁵ Kalafatoğu (n1) 363 vd.

¹⁰⁶ ibid 364.

aşağıda açıklanan gerekçelerle adil yargılanma hakkının ihlaline neden olacak ölçüde sakıncalıdır.

PILA m 192 / f 2’de düzenlenmiş olan iptal davası açma hakkından feragat, adil yargılanma hakkına aykırı olduğu gerekçiyile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde dava konusu edilmiştir (*Tabbane v Switzerland*)¹⁰⁷. Davaya konu olayda Tabbane ailesinin 49 ve Colgate ve iştiraklerinin % 51 ortağı olduğu Hysys şirketine ilişkin ortaklık ilişkisinde Colgate’e Tabbane ailesinin şirket hissesini satın alma hakkı tanıyan bir sözleşmeye yer verilmiştir (*the option agreement*). Colgate işbu sözleşmeye dayanarak Tabbane ailesinin % 49 hissesini satın alma opsiyonunu kullanmış, Tabbane ailesi hisseleri devretmeyi kabul etmemiştir. Colgate hisselerin devrinin temin edilmesi amacıyla tahkime başvurmuş ve yargılama neticesinde davanın kabulüne karar verilmiştir¹⁰⁸. Sözleşmede hakem kararının kesin ve bağlayıcı olacağı, tarafların karara karşı mahkemeye başvurmayacakları düzenlenmiştir. Karara karşı açılan iptal davası ise tarafların iptal davası açma hakkından geçerli bir şekilde feragat edildiği gerekçesiyle reddedilmiştir¹⁰⁹.

Tabbane ailesi PILA m 192 / f 2’nin yani iptal davası açma hakkından feragatin adil yargılanma hakkına aykırı olduğu gerekçesiyle AİHM’e başvurmuştur. Başvuru, (i) feragatin zorunlu olmadığı ve taraflara tanınan bir hak olduğu, (ii) mahkemeye başvuru hakkının sınırlandırılmasında meşru bir amaç güdüldüğü, (iii) sınırlamanın ölçülü olduğu gerekçeleriyle reddedilmiştir. AİHM kararındaki değerlendirmeler kanaatimizce Türk hukuku açısından da önemlidir.

Kararda, davacının iptal davası açma hakkından kendi özgür iradesiyle feragat ettiği, feragat beyanının açık olduğu, davacının baskı altında olmadığı ve bu açıdan adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine hükmedilmiştir¹¹⁰. MTK m 15 uyarınca feragat iradi olup, tarafların açık ve yazılı beyanı ile yapılabileceği üzere Türk hukukundaki feragate ilişkin düzenleme bu yönü ile adil yargılanma hakkına aykırı olarak değerlendirilemez.

Meşru amaç açısından, feragat hakkı ile tahkim yeri ülkesi olarak İsviçre’nin etkinliğinin artırılması ve ayrıca hakem kararlarının iptal davası ve tenfiz davası olmak üzere çift denetime tâbi tutulmasının önlenmesinin amaçlandığı belirtilmiş ve bu amaçlar adil yargılanma hakkı kapsamında meşru amaç olarak değerlendirilmiştir¹¹¹. Türk hukukunda taraflara iptal davası açma hakkından feragat imkânı tanınması

¹⁰⁷ *Tabbane v. Switzerland* App no 41069/12 (ECtHR, 1 March 2016).

¹⁰⁸ Kunz (n1) 126.

¹⁰⁹ İsviçre Federal Mahkemesi Karar No: 4A_238/2011, 04.01.2012 (2012) ASA Bull V 30 369. (2012) ASA Bull V 30 369.

¹¹⁰ Knigge and Ribbers (n1) 787. Tarafların özgür iradelerine ilişkin bu değerlendirme özellikle spor tahkimi açısından önem arz etmektedir. Sporcuların müzakere imkânının olmadığı ve CAS tahkiminin öngörülmüş olduğu sözleşmelerde yer alan iptal davasından feragat hakkının geçerli olmadığı, bu şekildeki feragatin adil yargılanma hakkına aykırı olduğu kabul edilmektedir (Krausz (n25) 161-162).

¹¹¹ Knigge and Ribbers (n1) 787-788.

Türkiye'nin tahkim yeri olarak etkinliğinin artırılması amacına hizmet ettiği üzere, MTK m 15/A/5'in meşru amaç açısından da adil yargılanma hakkına uygun olduğu değerlendirilebilir.

Kararda ölçülülük ilkesi açısından, iptal davası açma hakkından feragat edilmiş olsa dahi, hakem kararının İsviçre'de icra edilmek istenilmesi halinde kararın devlet mahkemeleri tarafından New York Konvansiyonu hükümlerine göre denetleneceği; belirtilen nedenle, mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesinin aşılmadığı ve adil yargılama hakkının özünün zedelenmediği belirlenmiştir. Bir diğer ifadeyle, ölçülülük ilkesinin değerlendirilmesinde hakem kararının İsviçre'de icra edilmek istenilmesi halinde İsviçre mahkemeleri tarafından geniş bir denetime tâbi tutulacak olması belirleyici olmuştur. Türk hukukunda ise, hakkında iptal davası açma hakkından tamamen feragat edilmiş bir hakem kararının Türkiye'de icra edilecek olması halinde sadece kamu düzeni ve tahkime elverişlilik açılarından bir denetim yapılmaktadır. Türk mahkemelerinin denetim yetkisinin bu derece sınırlandırılmış olması kanaatimizce Türk hukuku açısından mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesinin aşılmasına ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlaline neden olmaktadır.

AİHM'in iptal davasına ilişkin olmamakla beraber, savunma hakkı ve tahkim anlaşmasının geçerliliği ile adil yargılanma hakkı arasındaki bağlantıyı ele alan kararları da kanaatimizce Türk hukuku açısından önem arz etmektedir. Örneğin, *Jakob BOSS Söhne v Federal Republic of Germany* kararında, taraflarca tahkim yolunun tercih edilmesinin, devletin AİHS'den kaynaklanan yükümlülüklerini tümüyle ortadan kaldırmadığı, tenfiz kararı veriliyor ise adil yargılanma hakkının gözetilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹¹². Kararda, “tenfiz kararı veren mahkeme tarafından, başvurusunun hukuki dinlenilme hakkı başta olmak üzere temel haklarının tahkim yargılamasında gözetilip gözetilmediğinin denetlendiği” belirtilmiş ve bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği neticesine ulaşılmıştır. Karardan hareketle, belirli bir hakem kararının Türkiye'de icra edilebilmesi için devlet mahkemesi tarafından en azından New York Konvansiyonu m V / f 1 (b)'da yer alan savunma hakkı açısından denetlenmesi gerektiği, aksi takdirde Türk mahkemelerinin tahkim yargılamasındaki adil yargılanma hakkı ihlallerinden sorumlu olacağı kanaatindeyiz. Örneğin, davalının, hakem seçiminden ve tahkim prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş olmaları savunma hakkının ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlaline neden olacaktır¹¹³. Savunma hakkına riayet edilmemiş bir tahkim yargılaması neticesinde verilmiş kararın Türk mahkemesi tarafından icra edilebilir

¹¹² *Jakob BOSS Söhne v Federal Republic of Germany* (App No 18479/91) Commission Decision 02.12.1991) Nitekim, adil yargılanma hakkına ilişkin bazı unsurlar kamu düzenini ilgilendirdiği üzere bu konularda tarafların feragati de geçerli değildir (İpek Sarıöz Büyükalp, AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Üzerindeki Etkileri (XII Levha 2018) 265.

¹¹³ Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n124) 692.

bulunması ise Türk mahkemelerinin adil yargılanma hakkı açısından sorumluluğunu doğuracaktır.

Taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunup bulunmadığı denetlenmeden tenfiz kararı verilmesi de yine Türk mahkemelerinin adil yargılanma hakkı açısından sorumluluğunu doğuracaktır. Zira tahkim iradi bir çözüm yöntemidir ve temelini tahkim sözleşmesi oluşturmaktadır. Taraflar, mahkemeye erişim haklarından iradeleri ile vazgeçmektedirler. Geçerli bir tahkim sözleşmesi olmadığı halde tahkim yargılaması yapılması ve böyle bir karara Türk hukukunda kesin hüküm etkisi tanınması tarafların Türk mahkemesine başvurma imkanını da ortadan kaldırmaktadır. *Suda v. the Czech Republic*¹¹⁴ kararı bu hususta AİHM'in yaklaşımını açıklamaktadır. Söz konusu kararda AİHM, geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmadığı halde Çek mahkemelerinin davaya bakmaktan imtina etmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Söz konusu karardan hareketle, taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesine dayanmaksızın yürütülen tahkim yargılaması neticesinde verilen kararın icrasına karar verilmesinin adil yargılanma aykırı olacağı kanaatindeyiz.

Söz konusu kararlar tenfize ilişkin olarak verilmişse de , savunma hakkı ve tahkim anlaşmasının geçerliliğinin adil yargılanma hakkı ile bağlantılı olduğunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla; MTKya tabi tahkimlerde, iptalden feragat edildiğinde, kararın Türkiye'de icrasında, adil yargılanma hakkı bakımından, Tabbane kararında öngörülen ölçülülüğün karşılanabilmesi için, bu konularla ilgili denetimin de yapılması gerekir; kararın sadece düzeni ve tahkime elverişlilik açılarından denetlenmesi yetersiz kalmaktadır. Ortaya çıkan bu sonuç kanaatimizce adil yargılanma hakkını da ihlal etmektedir¹¹⁵.

Netice olarak, iptal davası ile Türkiye'nin tahkim yeri olarak etkinliğinin artırılması amaçlanmaktadır, hakem kararlarının taraf iradesi ile temel denetimden yoksun kalma ihtimali, tahkim kültürünün yerleşme aşamasında olduğu ülkemize yarardan ziyade zarar getirecektir¹¹⁶. Kanaatimizce Türkiye'nin tahkim yeri olarak etkinliğinin artırılması için yapılması gereken, devlet mahkemelerinin denetim yetkisinin olması gerekenden daha fazla sınırlandırılması değil, mahkemelerin hakem kararının denetiminde iptal sebeplerini objektif bir bakış açısıyla değerlendirmelerini sağlamaktır. Bu nedenle, MTK m 15/A/5'de değişiklik yapılmalı, iptal davası açma hakkından feragat edilmiş olsa dahi, kararın Türkiye'de icra edilecek olması halinde karar yabancı bir hakem kararı gibi değerlendirilmelidir. Karar bu şekilde

¹¹⁴ *Suda v. the Czech Republic App no 1643/06 (ECtHR, 28.10.2012).*

¹¹⁵ Panama Anayasa Mahkemesi, iptal davasından feragate ilişkin düzenlemeyi adil yargılanma hakkına aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir (Batic (n21)113).

¹¹⁶ Ali Yeşilirmak, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde, Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (On İki Levha 2011) 122. 132-133; Süral (n8) 1387.

tenfiz denetimine tâbi olacak ve Türk mahkemeleri tarafından yeterli bir şekilde denetlenebilecektir¹¹⁷.

II. İptal Davasında Mahkemenin Denetim Yetkisinin Taraf İradesi İle Genişletilmesi

İptal davasında taraf iradesinin sınırlarıyla ilgili üzerinde durulması gereken bir diğer konu devlet mahkemelerinin denetim yetkisinin tarafların anlaşmalarıyla genişletilip genişletilemeyeceğidir.

MTK'da, yukarıda belirtildiği üzere dokuz adet iptal sebebine yer verilmiştir ve bu iptal sebepleri tahdididir¹¹⁸. Sayılan bu sebepler usûle ilişkin konuları kapsadığı üzere iptal davasına bakan mahkemenin hakem kararını esastan inceleyemeyeceği kabul edilmektedir¹¹⁹. Milletlerarası tahkimde “esasa girme yasağı” olarak ifade edilen bu prensip, devlet mahkemelerinin hakem kararı üzerindeki denetim yetkisinin sınırlarını çizmekte ve mahkemenin uyuşmazlığın esasına ilişkin bir karar vermesine engel olmaktadır. Zira taraflar tahkim yolunu seçmekle aralarındaki uyuşmazlığın hakemler tarafından çözümlenmesi yönündeki iradelerini ortaya koymuş olurlar. Hakem kararlarının devlet mahkemeleri tarafından esasa ilişkin olarak denetlenmesi halinde ise, artık nihai olarak bir hakem karardan söz edilemez. Ortaya çıkan karar devlet mahkemesi kararı olarak nitelendirilir¹²⁰.

Buna karşın uygulamada, tarafların tahkim sözleşmesine koydukları bir madde ile iptal davası açabilmek için öngörölmüş sebepleri artırdıkları yani mahkemenin denetim sınırlarını genişlettikleri görölmektedir. Tarafların bu yöndeki iradelerinin temel sebebi, tahkim yargılamasındaki muhtemel hatalarının devlet mahkemeleri tarafından düzeltilileceği yönündeki umutlarıdır¹²¹.

Devlet mahkemelerinin denetim yetkisinin genişletilmesine (ek iptal sebeplerinin kararlaştırılmasına veya hakem kararlarının temyize tâbi olacağına)

¹¹⁷ Kalafatoğu (n1) 363 vd. Nitekim Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü tarafından hazırlanan Kanun Taslağı'nın 32. maddesinde, iptal davasından feragat edilmiş olması ve kararın Türkiye'de icra edilecek olması halinde New York Sözleşmesi'nin uygulanacağı kuralına yer verilmiştir: «Tarafların hiçbirinin Türkiye'de işyeri veya ticari ikametgahı yoksa, tahkim anlaşmasına dercedecekleri sarih bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde mutabık kalmak suretiyle taraflar iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilecekleri gibi yukarıda 2. fıkrada sayılan bir veya birkaç sebepten ötürü iptal davası açmak hakkından da feragat edebilirler. Bu şekilde iptal davası açmaktan kısmen veya tamamen feragat halinde, hakem kararının Türkiye'de tenfiz edilmesi icap ediyor ise, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi kıyasen tatbik olunur (Dayındarlı (n55) 2-3). Doktrinde Kalpsüz de, iptal davasından feragat hakkına ilişkin düzenlemenin İsviçre PİLA'dan esinlenilmekle birlikte; mehzaz kanunda yer alan New York Konvansiyonu'na yapılan atfa MTK'da yer verilmemiş olmasının, konunun öneminin anlaşılammış olmasından ileri geldiğini ifade etmiştir (Kalpsüz, IPL (n 9) 33).

¹¹⁸ Ekşi (n50) 316.

¹¹⁹ Ergin Nomer, Nuray Ekşi and Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, (C I, 5. Bası, Beta 2016) 62; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6. Bası, Beta, 2018) 642-643; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, (22. Bası, Beta 2017) 588.

¹²⁰ Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n132) 643.

¹²¹ Margaret Moses, “Party Agreements to Expand Judicial Review of Arbitral Awards”, (2003) 20 *Journal of International Arbitration* 323; Born (n1) 3374.

ilişkin anlaşmaların geçerliliği, doktrin ve mahkeme kararlarında tartışma konusu olmuştur¹²². Bu tartışmaların temelinde tahkimin, taraf iradesinin üstünlüğü ve hakem kararlarının kesin ve bağlayıcı olma niteliği olmak üzere iki temel özelliğinin karşı karşıya gelmesi yatmaktadır.

İptal sebeplerinin genişletilmesinin mümkün olduğu yönündeki görüşün temel dayanağı, kamu düzenini ilgilendiren durumlar hariç olmak üzere, taraf iradesinin esas olduğu ve tarafların ortak iradelerinin mümkün olduğunca ayakta tutulması gerektiğidir¹²³. Nitekim Alman Federal Mahkemesi 2007 tarihinde verdiği bir kararda, hakem kararının verilmesinden sonra bir ay içinde tarafların mahkemeye başvurarak aynı davanın devlet mahkemeleri tarafından da görülmesi yönünde hüküm içeren tahkim sözleşmesinin geçerli olduğuna hükmetmiştir¹²⁴. Doktrinde bu karara atıfta bulunularak, devlet mahkemelerinin uyuşmazlığı tekrar görmesi mümkün ise iptal sebepleri genişletilmek suretiyle daha geniş bir denetim yapılmasına ilişkin anlaşmaların da geçerli olacağı ifade edilmiştir¹²⁵. Kararın temel gerekçesi, “hakem kararının kesin ve bağlayıcı olmasının temelinin taraf iradesi olduğu; aynı şekilde taraf iradesiyle hakem kararının kesin ve bağlayıcı olma niteliğinin ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu” görüşüdür¹²⁶. Teksas Yüksek Mahkemesi de *Nafta Traders Inc v Quinn* davasında benzer bir yaklaşım benimsemiş ve taraf iradesinin üstünlüğü gerekçesiyle mahkemenin denetiminin kapsamının genişletilmesinin mümkün olduğuna karar vermiştir¹²⁷.

¹²² Süral (n8)1388.

¹²³ Gerhard Wagner, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter I: General Provisions, § 1026 – Extent of Court Intervention” in Karl- Heinz Böckstiegel and Stefan Michael Kröll et al (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (2nd edition, Kluwer Law International 2015) 69.

¹²⁴ Alman Federal Mahkemesi, Karar No: III ZB 7/06, 1.3.2007 (Wagner (n 130) 69). Karara ilişkin ayrıntılı değerlendirmeye için bkz. Elsing Seigfried, ‘*BGH 01.3.2007 III ZB 7/06* [2008] *Juristische Rundschau* 242 (note). Söz konusu karara kadar Alman mahkemelerinde genel uygulama, hakem kararlarının denetim kapsamının genişletilmesine ilişkin anlaşmaların geçerli olmadığı yönündedir (Böckstiegel and Kröll (n2) para 133; Wagner (n 130) 69). Örneğin BGH 21.12.1934 No VII 247/34 (Karar hakkında bilgi edinilen kaynak: Scherer (n1) 445).

¹²⁵ Wagner (n 130) 69; Scherer and Silberman (n1) 453; Scherer (n1) 445-446; Reinmar Wolff, “Party Autonomy to Agree on a Non-Final Arbitration” (2008) *ASA Bulletin* 629.

¹²⁶ Scherer (n1) 445-446.

¹²⁷ *Nafta Traders Inc v Quinn* 339 S W 3d 84 (Tex 2011) (Karar hakkında bilgi edinilen kaynak: Born (n1) 3377).

Bu yaklaşım, hakem kararlarının kural olarak kesin ve bağlayıcı oldukları ve devlet mahkemelerinin esastan denetimine açılmalarının bu temel özelliğe zarar vereceği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹²⁸. ABD Federal Mahkemesi'nin 2007 tarihli *Hall Street v Matell* kararı da bu yöndedir. Kararda iptal sebeplerinin genişletilmesine ilişkin anlaşmaların geçerli olmadığı; taraflarca mahkemelerin hakem kararını inceleme yetkisinin genişletilmesinin tahkimin temel karakterine ve hakem kararının bağlayıcılığına aykırı olacağı belirtilmiştir¹²⁹.

İptal sebeplerinin genişletilmesi veya hakem kararlarının iptal davası yerine temyiz denetimine tâbi olacağının kararlaştırılmasının mümkün olmaması gerektiği yönündeki görüşlerin bizim de katıldığımız bir diğer dayanağı, bu şekilde bir anlaşmanın, “uyuşmazlığın esası hakkında kararı verme yetkisinin hakem heyetinden devlet mahkemelerine geçmesi anlamına geleceği ve hakem heyeti ve mahkemeler arasında kurulmuş dengenin bozulacağıdır”¹³⁰. Devlet mahkemelerinin tahkim sürecine etkileri kural olarak son derece sınırlıdır ve tarafların anlaşmasıyla bu etki genişletilmemelidir¹³¹.

Ayrıca iptal sebeplerinin genişletilmesi devlet mahkemelerinin iş yükünün artmasına neden olacaktır¹³². Öte yandan, iptal sebeplerinin genişletilebilmesi yönünde görüş bildiren yazarlar, tahkim anlaşması olmasaydı devlet mahkemesinin uyuşmazlığı esastan incelemesi gerektiğini ve bu nedenle iptal sebeplerinin genişletilmesinin prensip olarak mahkemenin iş yükünü artırmayacağını ifade etmektedirler¹³³. Bu görüşe katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Zira hakem kararlarının kanunda yer verilen iptal sebeplerinden daha geniş ve kapsamlı bir şekilde denetlenmesi, aynı davanın esastan incelenmesine nazaran daha ağır bir iş yükü oluşturacaktır.

Karşılaştırmalı hukukta mahkeme kararları incelendiğinde hakim yaklaşımın, devlet mahkemelerinin denetim yetkisinin genişletilmesine ilişkin anlaşmaların

¹²⁸ Wolf (n130) 638 vd; Böckstiegel and Kröll (n2) para 133.

¹²⁹ *Hall Street v Matell*, 552 US 576 (2008). Karar yerel hakem kararlarına ilişkin olmakla beraber, doktrinde milletlerarası tahkim açısından benzer bir yaklaşımın benimseneceği ifade edilmiştir (Scherer, Silberman (n1) 452). Hemen belirtmek gerekir ki ABD hukukunda *Hall Street v Matell* kararına kadar iptal sebeplerinin genişletilip genişletilemeyeceği konusunda farklı yönde kararlar verilmiştir. Bazı mahkemeler bu yöndeki anlaşmaların geçerli olduğuna hükmederken (*Gateway Technologies, Inc v MCI Telecommunications Corp*, 64 F3d 993, 996 seq (5th Cir 1995); *Roadway Package System, Inc v Scott Kayser*, 257 F3d 287, 292 seq (3rd Cir 2001); bazı mahkemeler Federal Tahkim Kanunu § 10'da sayılan iptal sebeplerine ilave bir iptal nedeni kararlaştırılmayacağına hükmetmişlerdir (*Bowen v Amoco Pipeline Co*, 254 F 3d 925, 931 seq (10th Cir 2001). Kararlara ilişkin bilgi edinilen kaynak ve ABD hukukunda iptal sebeplerinin genişletilmesine ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz Benjamin Griffith “Contractual Expansion of Judicial Review of Arbitration Awards in Missouri After Hall Street and Cable Connection” (2013) 58 Saint Louis University Law Journal 265.

¹³⁰ American Law Institute Restatement of the Law (Third), The US Law of International Commercial Arbitration, Tentative Draft No 2, 16/04/2012, § 4-23, 298 (Scherer and Silberman (n1) 469).

¹³¹ Scherer and Silberman (n1) 488.

¹³² ibid 486-487.

¹³³ Born (n1) 3376.

geçerli olmadığı yönünde olduğu görülmektedir. Örneğin Fransız¹³⁴, İngiliz¹³⁵, Yeni Zelanda¹³⁶ ve Hindistan¹³⁷ hukuk sistemlerinde iptal davası açma sebeplerinin taraf iradesiyle genişletilemeyeceği kabul edilmektedir.

Türk hukukunda konuya ilişkin açık bir düzenleme olmadığı gibi iptal sebeplerinin genişletilmesi henüz yargı kararına da konu olmamıştır. Doktrinde konuya temas etmiş yazarlar ise, iptal davası sebeplerinin tarafların anlaşmaları ile genişletilemeyeceği yönünde görüş bildirmişlerdir¹³⁸. Biz de Türk hukukunda iptal davasında devlet mahkemelerinin denetim yetkisinin genişletilmesine ilişkin anlaşmaların geçerli olmadığı kanaatindeyiz. Zira tahkim ve devlet mahkemelerindeki yaklaşım birbirlerinden oldukça farklıdır. İptal sebeplerinin genişletilmesi yönündeki anlaşmalara izin verilmesi hakem kararlarının devlet mahkemeleri tarafından esas yönünden denetlenmesi ve adeta temyiz incelemesine tabi olması neticesine yol açacaktır. Oysa hakem kararlarının temyiz incelemesine tabi olması iki farklı yargılama sisteminin bir araya getirildiği hibrit bir sistem ortaya çıkartmaktadır.

Devlet mahkemelerinin denetim yetkilerinin genişletilmesine ilişkin ele alınması gereken bir diğer husus, bu yöndeki anlaşmaların tarafların tahkim iradesini sakatlayıp sakatlamadığı tartışmasıdır. Alman ve Fransız mahkemelerinin daha eski tarihli kararlarında, hakem kararlarının kesin ve bağlayıcı olmadığı, devlet mahkemelerinin denetimine tâbi olacağı yönündeki anlaşmaların tarafların tahkim iradesini sakatladığı ve tahkimin doğasına aykırı olduğu gerekçesiyle tahkim anlaşmasını geçersiz kıldığı görüşü hakimdir¹³⁹. Güncel yaklaşımda, tahkim anlaşmasının geçerliliğini koruduğu, ancak iptal sebeplerinin genişletilmesine ilişkin hükmün geçersiz olduğu kabul

¹³⁴ Cour de Cassation, *Société Buzzichello Holding v. Hennion*, 06.04.1994 (Karara ulaşılan kaynak: ibid 3375). Tahkim yeri Fransa olan kararların yabancı hakem kararları gibi tenfiz şartları dikkate alınarak denetlenemeyeceği, tarafların bu yöndeki iradelerinin geçerli olmadığına ilişkin karar için bkz Cour de Cassation *Societe Binat Maghreb v. Soc Scrog Routes*, 12.12.1989 (Karara ulaşılan kaynak: Laurence Franc, “Contractual Modification of Judicial Review of Arbitral Awards: The French Position” (1999) 10 AM REV INT’L ARB 3). Bu konudaki değerlendirmeler için ayrıca bkz Wolf (n130) 637; Scherer (n1) 445; Dominique Hascher, “Fransız Mahkemelerinin Milletlerarası Tahkim Kararlarına Yaklaşımı”, (2004), ICC Milletlerarası Tahkim Semineri, 12- 14.

¹³⁵ Scherer (n1) 445

¹³⁶ Yeni Zelanda Michael Kröll’ün maki kaynağı ve birebir almıştım, öneriniz doğrultusunda değiştiriyorum) and Yüksek Mahkemesi *Methanex Motunui Ltd v Spellman*, [2004] 3NZLR 454 (Wellington Ct App). (Karar hakkında bilgi edinilen kaynak için bkz David Williams “Arbitration and Dispute Resolution”, *New Zealand Law Review*, 2005, 125. Bu yönde ayrıca bkz Yeni Zelanda Yüksek Mahkemesi *Galloway Cook Allen v Carr* [2012] NZHC 2065, (*Global Arbitration Review*, 10.12.2019) <http://www.globalarbitrationreview.com/cdn/files/gar/articles/GCA_v_Carr_judgment.pdf> Erişim tarihi 10.12.2019.

¹³⁷ Hindistan Yüksek Mahkemesi de *M/S Centrotrade Minerals & Metal Inc v Hindustan Copper Ltd* [2006] INSC 293 kararında, karar aşamasından sonra taraflara Londra’da yeniden dava açma imkânı tanıyan hükmün geçersiz olduğuna karar vermiştir. Bkz (*Indiankanoon*, 10.12.2019) <<http://indiankanoon.org/doc/1597776/>> Erişim tarihi 10.12.2019)

¹³⁸ Süral (n8)1389.

¹³⁹ Scherer and Silberman (n1) 490), Fransız mahkemelerinin benzer yönde kararı için bkz Cour de Cassation *Societe Binat Maghreb v Soc Scrog Routes*, 12.12.1989; Cour de cassation, *Soc de Diseno c Soc C Mendes*, 27.10.1994, (Karar hakkında bilgi sahibi olunan kaynak: Franc (n139) 6). (Franc (n139) 6). Doktrindeki görüşler için bkz Böckstiegel and Kröll et al (n2) para 133. Yeni Zelanda Mahkemelerinin bu yönde bir kararı için bkz Yeni Zelanda Yüksek Mahkemesi *Ewan Robert Carr and Brookside Farm Trust Ltd v Galloway Cook Allan* [2014] NZSC 75 (Karar hakkında bilgi sahibi olunan kaynak: Scherer (n1) 446).

edilmektedir.¹⁴⁰ İngiliz hukukunda da, iptal sebeplerinin genişletilmesine ilişkin anlaşmaların geçersiz olduğu, ancak bu şekilde kayıt ihtiva eden tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin etkilenmediği kabul edilmektedir¹⁴¹. Amerikan hukukunda konu *severability* kapsamında değerlendirilmekte ve yargı kararlarında, iptal sebeplerinin genişletilmesine ilişkin hükmün geçersizliğinin, tahkim sözleşmesinin geçersizliğine neden olmayacağına hükmedilmektedir¹⁴². Kanaatimizce, iptal sebeplerinin genişletilmesine ilişkin anlaşma tarafların tahkim iradelerini zedeleyecek nitelikte değildir. Belirtilen sebeple, karşılaştırmalı hukuktaki hakim yaklaşım da dikkate alındığında, Türk hukuku açısından bu şekilde bir hükmün tarafların aralarındaki uyuşmazlığın tahkimde görülmesi yönündeki iradelerini sakatlamadığı ve tahkim sözleşmesini geçersiz hale getirmedeği sonucuna varılmalıdır.

Sonuç

Taraf iradesine verilen önem milletlerarası ticari tahkimin tercih edilmesinin en önemli nedenlerinden biridir. Öte yandan tahkimde taraf iradesi mutlak değildir, özellikle kamu düzenini ilgilendiren konularda, milli mevzuat ve taraf iradesinin sınırlarını çizen kurallara yer verilmektedir. Hakem kararlarına karşı başvurulabilecek istisnai hukuki çarelerden olan iptal davası MTK m 15’de düzenlenmiştir. Düzenlemede taraflara, Türkiye’de yerleşim yeri veya olağan oturma yerlerinin mevcut olmaması koşuluna bağlı olarak, açık ve yazılı anlaşma ile iptal davası açma hakkından peşinen feragat imkânı tanınmıştır. Peşinen feragat, usûl hukukumuzda yabancı bir müessesedir. İptal davası açma hakkı doğmadan feragat imkânı tanınmış olması tahkimde taraf iradesine verilen önem ile açıklanmaktadır.

İptal davasından peşinen feragat İsviçre, Fransa, Belçika, Almanya gibi birçok hukuk sisteminde de kabul edilmektedir. Türk hukukunda iptal davasından feragat hakkı İsviçre, Fransa, Almanya gibi hukuk sistemleriyle karşılaştırıldığında şartları itibarıyla bu hukuk sistemlerine paralellik göstermekte ancak sonuçları itibarıyla farklılaşmaktadır.

İsviçre, Fransa, Belçika, İsveç gibi hukuk sistemlerinde, karar, tahkim yeri ülkesinde icra edilecekse, iptal davası açma hakkından feragat edilmiş olsa dahi, yabancı hakem kararı gibi denetlenmektedir. Türk hukukunda ise, iptal davasından feragat, MTK’ya tabi tahkimlerde, kararın Türkiye’de icra edilecek olması halinde

¹⁴⁰ Cour de Cassation, *Chefaro International v. Barrère*, 13.03.2007 (Scherer, Silberman (n1) 452).

¹⁴¹ Poudret and Besson (n29) para 838.

¹⁴² *HLL, LLC v Riverwalk*, 15 A 3d 725 (Maine Supreme Court, 10.03. 2011); *SI V, LLC v FMC Corp*, 223 F Supp 2d 1059 (Northern District of California, 07.10.2002). Ancak iptal sebeplerinin genişletilmesine ilişkin hükmün, sözleşmenin olmazsa olmaz bir parçası (*sine qua non*) olduğunun anlaşılması halinde, tahkim sözleşmesi bütünüyle geçersiz sayılmaktadır (Scherer (n1) 446). Yeni Zelanda hukukunda da benzer bir şekilde, somut olayda, tarafların tahkim yolunu, mahkemenin esasa ilişkin denetim yapacak olması nedeniyle, bu şarta bağlı olarak seçtiğinin anlaşılması halinde tahkim sözleşmesinin de geçersiz olduğuna hükmedilmektedir (Yeni Zelanda Yüksek Mahkemesi *Ewan Robert Carr and Brookside Farm Trust Ltd v Galloway Cook Allan* [2014] NZSC 75 (Karar hakkında bilgi sahibi olunan kaynak: Scherer (n1) 446)).

yapılan denetimi de sınırlayıcı bir etki doğurmaktadır. Konuya ilişkin AİHM kararları dikkate alındığında, kanaatimizce, ortaya çıkan bu yetersiz hukuki koruma, adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmektedir. Belirtilen nedenle, iptal davası açma hakkından feragat edilmiş iken, kararın Türkiye’de icra edilecek olması halinde karar Türk mahkemeleri tarafından feragat yapılmamış gibi denetlenmelidir.

Önerdiğimiz şekilde, icra edilebilirlik denetiminde feragatten bağımsız olarak kararın tüm iptal sebepleri göz önüne alınarak denetlenmesi halinde tarafların Türkiye’de ikametgah veya olağan yerleşim yerleri bulunmaması şartının kaldırılmasında da bir sakınca olmayacaktır. Zira belirtilen değişiklikler ile taraflara yeterli hukuki koruma temin edilecektir.

İptal davasında taraf iradesine ilişkin tartışmalı bir diğer konu iptal sebeplerinin taraf iradesiyle genişletilip genişletilemeyeceği hususudur. Türk hukukunda konuya ilişkin bir düzenleme veya yargı kararı bulunmamaktadır. Karşılaştırmalı hukuktaki doktrin ve yargı kararlarındaki tartışmalar incelendiğinde, taraf iradesi, hakem kararlarının kesin ve bağlayıcı olma niteliği ve devlet mahkemelerinin tahkim sürecine sınırlı etkisi olma ilkelerinin karşı karşıya geldiği görülmektedir. Kanaatimizce, iptal sebeplerinin genişletilmesi hakem kararlarının esastan denetimine yol açacak ve kararın adeta temyiz incelemesine tâbi olmasına neden olacaktır. Bir diğer ifadeyle tahkim ve devlet yargılaması içiçe geçecek ve hibrit bir yargılama gerçekleşmiş olacaktır. Kanaatimizce, tahkim ve devlet mahkemelerindeki yargılama nitelik olarak son derece farklıdır ve devlet mahkemelerine hakem kararlarını kapsamlı bir şekilde denetleme yaptırılması öngörülmedik sonuçlar ortaya çıkartabilir. Ayrıca devlet mahkemelerine aşına olmadıkları tahkim sürecini denetlettirmek iş yüklerini nicelik olarak değilse bile nitelik olarak artıracaktır. Netice olarak, iptal davasında iptal sebeplerinin genişletilmesi konusunun da tahkimde taraf iradesine çizilen sınırlardan biri olarak kabul edilmesi ve tarafların bu yöndeki iradelerine sonuç bağlanmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (4. Bası, Vedat 2016).
- Ataman-Fıganmeşe İ, “Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri” (2011) 31 MHB sayı 2, 35.
- Aygün M, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu” (2007) Medeni Usûl Hukuku ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 661.
- Baizeau D, “Section X: Waiver of annulment, Article 192 PILS”, in Manuel Arroyo (ed.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide* (Kluwer Law International 2013), 283 (Waiver of annulment)
- “Waiving the Right to Challenge an Arbitral Award Rendered in Switzerland: Caveats and and Drafting Considerations for Foreign Parties” (2005) 8 International Arbitration Law Review 69 (Waiving the Right).
- Born G, *International Commercial Arbitration* (2nd Edn., Kluwer Law International 2014).^[1]_{SEP}
- Böckstiegel K, Kröll S, et al, “Part I: Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations – General Overview” in Karl-Heinz Böckstiegel , Stefan Michael Kröll , et al. (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (2nd edition, Kluwer Law International, 2015) 4.
- Brat C, ““The parties hereby waive all recourse ... but not that one’ Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them” (2018) 99 Disp Resol Int’l 105.
- Canyaş Bayata A, *UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticari Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu* (Adalet 2016).
- Carducci G, “The Arbitration Reform in France: Domestic and International Arbitration Law” (2012) 28 Arbitration International 125.
- Dayındarlı K, “4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Usûlünde İptal Davası Açma Hakkından Peşinen Feragat Mümkün Müdür? ”, (*Dayındarlı Hukuk*) <<http://www.dayinlarli.gen.tr/wp-content/uploads/2018/03/4686-sayili-milletlerarasi-tahkim-kanunu.pdf>>Erişim tarihi 24.10 2019.
- Ekşi N, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme” (2003) 23 MHB Prof Dr. Gülören Tekinalpe Armağan 316.^[1]_{SEP}
- Erdönmez G, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, (15. Bası, XII Levha 2017).
- Franc L, “*Contractual Modification of Judicial Review of Arbitral Awards: The French Position*” (1999) 10 AM REV. INT’L ARB 3.
- Geisinger E and Frossard V, “*Chapter 8: Challenge And Revision Of The Award*”, in Kohler-Kaufmann Gabrielle, Stucki Blaise (eds) *International Arbitration In Switzerland: A Handbook For Practitioners*, (Kluwer Law International 2004) 135.
- Gerhard W, “Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter I: General Provisions, § 1026 – Extent of Court Intervention” in Böckstiegel K, Kröll S, et al (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (2nd edition, Kluwer Law International, 2015) 67.
- Griffith B, “Contractual Expansion of Judicial Review of Arbitration Awards in Missouri After Hall Street and Cable Connection” (2013) 58 *Saint Louis University Law Journal* 265.
- Hascher D, “Fransız Mahkemelerinin Milletlerarası Tahkim Kararlarına Yaklaşımı”, (2004), ICC Milletlerarası Tahkim Semineri, 12.
- Kalafatoğlu M, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat”, (2018) 38 MHB 339.

- Kalpsüz T, “Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda ICC Tahkim Kaideleri ile IPL’den Esinlenen Hükümler”, (2003) Milletlerarası Tahkim Semineri 16 (IPL)
- “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanununun Değerlendirilmesi” (2001), Milletlerarası Tahkim Semineri 107 (MTK).
- , *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim* (2. Bası, Yetkin 2010) (Milletlerarası Tahkim).
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü* , Cilt V (Savaş Yayınları 2001).
- Knigge M, and Ribbers P, “Waiver of Right to Set-Aside Proceedings in Light of Article 6 ECHR: Party Autonomy in Top?” (2017) 34 *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 775.
- Krausz N, “Waiver of Appeal to the Swiss Federal Tribunal: Recent Evolution of the Case Law and Compatibility with ECHR, Article 6 [notes]” (2011) 28 *Journal of International Arbitration* 137.
- Kunz C, “Waiver Of Right To Challenge An International Arbitral Award Is Not Incompatible With ECHR: *Tabbane v Switzerland*” (2016) 5 *European International Arbitration Review* 125.
- Guglya L, “Waiver of Annulment Action in Arbitration: Progressive Development Globally, Realities in and Perspectives for the Russian Federation (Different Beds – Similar Dreams?)” (2012) 2 *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*, 81.
- Moses M, “Party Agreements to Expand Judicial Review of Arbitral Awards ”, (2003) 20 *Journal of International Arbitration*, 315.
- Mayer U, “Exclusion Agreements According to Article 192 of the Swiss PIL Act” (1999) *ASA Bull.* No 2 191.
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku*, (22. Bası, Beta 2017)
- Nomer E, Ekşi N and Öztekin Gelgel G, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, (C I, 5. Bası, Beta 2016)
- Özekes M, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, (15. Bası, XII Levha 2017).
- Pekcanitez H, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun’unun Tahkime İlişkin Hükümleri” (2011), IX. Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye 63.
- Wolff R, “Party Autonomy to Agree on a ^[1]Non-Final Arbitration” (2008) *ASA Bulletin* 626.
- Rechtsanwalte T, “Croatia’s Waiver Of Its Right To Challenge An Award - Can It Still Request A Revision? ” (*Mondaq*, 02.05.2018) <<http://www.mondaq.com/x/677752/Arbitration+Dispute+Resolution/Croatias+Waiver+Of+Its+Right+To+Challenge+An+Award+Can+It+Still+Request+A+Revision>> (Erişim tarihi: 10.05.2020).
- Sarıöz Büyükalp İ, AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Üzerindeki Etkileri (XII Levha 2018).
- Scherer M, “The Fate Of Parties’ Agreements On Judicial Review Of Awards: A Comparative And Normative Analysis Of Party-Autonomy At The Post-Award Stage” (2016) 32 *Arbitration International* 437.
- Scherer M, Silberman L, “Limits to Party Autonomy During the Post-Award Review Stage”, in: Franco Ferrari (Ed), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration* (Juris Publishing 2016) 452 .
- Seigfried E, “Case note on *BGH Decision of March 1, 2007*” (2008) *Juristische Rundschau* 242.
- Süral C, “Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”, (2014) 16 *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan 1377.
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6. Bası, Beta, 2018).
- Tiryakioğlu B, “Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali”, in Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak and Cansu Kaya (eds) *Milletlerarası*

Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Eskişehir 21-22 Nisan 2016, (Yetkin Yayınları 2016) 301.

Townsend J, “The New Bahrain Arbitration Law and the Bahrain “Free Arbitration Zone” (2010) 65 Disp Res J 76.

Tuna E, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda İptal Davası* (Adalet 2016).

Voser N and George A, “ECtHR: Waiver of Recourse Against International Arbitral Award Not Incompatible with ECHR” (*Kluwer Arbitration Blog*, 31.12.2019) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/31/ecthr-waiver-of-recourse-against-international-arbitral-award-not-incompatible-with-echr/>> Erişim tarihi 13.12.2019.

Yeşilirmak A, *Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde, Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (On İki Levha 2011)

Yıldırım F, “Tahkimde İptal Davası ve İptal Davasının Amaçları Bakımından Bazı Değerlendirmeler”, (2012) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan 3005.

Poudret J and Besson^[1] S, *Comparative Law of International Arbitration* (2d ed, Thomson 2007).

Williams D, “Arbitration and Dispute Resolution”, *New Zealand Law Review*, 2005, 125.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 22.08.2020
Revizyon Talebi: 02.10.2020
Son Revizyon: 02.10.2020
Kabul: 25.10.2020

Mücbir Sebeplerin Banka Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesine Etkisi

Faruk Acar* , Eyüp Kul**

Öz

Banka teminat mektupları, uygulamada garanti sözleşmesi niteliğinde çok sık bir şekilde karşımıza çıkmakta ve ihtilaflara konu olmaktadır. Buna rağmen özellikle mücbir sebeplerin teminat mektuplarının paraya çevrilmesine etkisinin ne olacağı konusunda bugüne kadar tespit edebildiğimiz kadarıyla çok az çalışma yapılmıştır. Mücbir sebeplerin banka teminat mektuplarına etkisinin genel olarak iki bakımdan olduğu görülmektedir. İlk olarak, mücbir sebepler, teminat altına alınan riske etki edebilir. İkinci olarak, söz konusu risk gerçekleşmekle birlikte mücbir sebeplerin etkisi ile lehtar tarafından paraya çevirme talebi zamanında yerine getirilememiş veya ibraz edilen belgeler banka tarafından incelenememiş olabilir. Bununla birlikte, mücbir sebeplerin garanti sözleşmelerine ve dolayısı ile banka teminat mektuplarına olan etkisinin hüküm ve sonuçlarını belirlemek zordur. Zira garanti sözleşmeleri, bir yandan bağımsız borç ilişkisi doğuran diğer yandan teminat sözleşmesi niteliğinde olan sözleşmelerdir. Genel olarak mücbir sebebin etkisi garanti sözleşmesinden doğan borçlar üzerinde değil, garanti sözleşmesinin teminat altına aldığı bir başka (asıl) borç ilişkisi üzerinde gerçekleşir. Bu bakımdan mücbir sebebin bir garanti sözleşmesi üzerindeki etkisini incelemek, asıl borç ilişkisinde yer alan edimin ifasının mücbir sebepten etkilenmesinin garanti sözleşmesi bakımından sonucunu incelemek anlamına da gelmektedir. Bu çalışmamızda, mücbir sebeplerin banka teminat mektuplarının paraya çevrilmesine etkisi hususu, farklı ihtimaller dikkate alınarak konuyla ilgili Yargıtay kararları çerçevesinde açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler

Banka teminat mektubu, Garanti sözleşmesi, Mücbir sebep, Beklenmeyen hal, URDG

Impact of Force Majeure on Liquidation of Letters of Guarantee

Abstract

Letters of guarantee are frequently encountered in practice in the form of guarantee contracts and are subject to disputes. However, to the best of our knowledge, few studies have been conducted specifically on the impact of force majeure on the liquidation of letters of guarantee. In general, force majeure may affect letters of guarantee in two aspects. First, force majeure may affect secured risk. Second, the risk may have already been realized but the demand for liquidation may not have been fulfilled by the beneficiary in time because of force majeure, or the documents submitted by the beneficiary may not have been examined by the bank. However, determining the terms and consequences of the effect of force majeure on guarantee contracts and thus on letters of guarantee is difficult because guarantee contracts create an independent obligational relationship on the one hand and qualify as security agreements on the other. In general, force majeure does not influence the obligations arising from the guarantee contract but on another (principal) obligational relationship secured by the guarantee agreement instead. In this respect, to examine the effect of force majeure on a guarantee contract means to examine the consequence of the performance of the obligation that gained effect from force majeure included in the original debt relationship in terms of the guarantee contract. In this article, the impact of force majeure on the liquidation of letters of guarantee is examined in consideration with different possibilities within the framework of the decisions of the Turkish Court of Cassation.

Keywords

Letter of guarantee, Guarantee contract, Force majeure, Unexpected circumstances, Uniform rules for demand guarantees ("URDG")

* Sorumlu Yazar: Faruk Acar (Prof. Dr.), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye. E-posta: facar72@hotmail.com ORCID: 0000-0002-6027-3428

** Eyüp Kul (Doktora Öğrencisi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: e.kul@lexist.com.tr ORCID: 0000-0001-6615-8503

Atf: Acar F, Kul E, "Mücbir Sebeplerin Banka Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesine Etkisi" (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1351. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.3.0007>



Extended Summary

A letter of guarantee from a bank is a document through which a bank undertakes that the amount written in the letter shall be paid to the addressee immediately upon notification by the addressee that a third person (the beneficiary) has not duly, or at all, fulfilled an obligation that was undertaken against the addressee (the guarantor) and that does not qualify as a negotiable document. Because of this transaction, the bank does not make a direct payment but offers a payment commitment in the favor of the addressee.

Force majeure is an inevitable external event that occurs outside the control of the debtor, thus causing the absolute and inevitable breach of the debtor's obligation. In general, *force majeure* may lead to various consequences, such as the impossibility of performance, delay of performance (default), failure to perform properly, or difficulty in performance. To examine the effect of such a situation on the letters of guarantee, which are independent from the underlying relationship, the impact of *force majeure* on the risk subject to security and on liquidation requests should be separately examined.

Because the bank can only refuse to liquidate the letter of guarantee based on their defenses, it cannot, as a rule, reject the payment request of the addressee based on a defense that can only be presented by the principal borrower. However, the defenses claimed by the principal borrower in the underlying relationship may affect the bank's guarantee obligation through their effects on risk within the scope of letters of guarantee. That is, the defenses of the principal debtor may fall under the bank's defenses. Thus, in addition to their defenses, the bank may propose the defenses that could arise from the principal relationship in three exceptional cases: (1) situations wherein it is proved by liquid and definitive evidence that the request for liquidation constitutes an abuse of the right, (2) situations wherein certain invalidity cases in the principal relationship affect the letters of guarantee, and (3) situations wherein the principal relationship terminates with settlement or acquittance.

In this regard, the beneficiary should prove with liquid and definitive evidence the existence of *force majeure*, that the risk is realized with the effect of *force majeure*, and that the demand for payment of the letter of guarantee constitutes an abuse of the right. The situations constituting the abuse of the right should be assessed based on each specific case. The fault of the addressee, additional time provided to the beneficiary, and objective impossibility of the performance are the most prevalent examples of the abuse of the right in practice. It may be determined by an administrative prohibition decision that the risk has occurred because of *force majeure*, and the request to liquidate will constitute a prohibition on the abuse of the right. In such a case, failure to comply with such a decision will be against the law.

Thus, foreign court decisions and arbitral awards, interim injunctions, and bonds can be accepted as such liquid and definitive evidence.

If the bank determines that the risk has occurred with the effect of *force majeure* and that the request of liquidation constitutes an abuse of the right, it cannot compensate for the letter of guarantee; if it does, it cannot have recourse within the scope of a counterguarantee relationship. A proxy relationship can be observed between the bank and beneficiary, and the bank must adhere to this relationship. In this context, the bank, which determines that the necessary conditions for the payment have not been met, is obliged to refrain from the liquidation of the letter of guarantee and inform the beneficiary of the situation within the scope of the proxy relationship upon the addressee’s request.

Mücbir Sebeplerin Banka Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesine Etkisi

Giriş

Borçlu çeşitli sebeplerle borcunu hiç veya gereği gibi ifa edemeyebilir. Bu sebepler borçlunun kusurundan doğabileceği gibi, borçlunun kusuru dışında da gerçekleşebilir. TBK m 112'ye göre “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*”

Buna göre bir borcun ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi hallerinde bundan doğacak zararı gidermekten kurtulmak isteyen borçlu, kendisinin bunda hiçbir kusurunun bulunmadığını ispat etmek zorunda olacaktır. Tam da bu noktada karşımıza “ifa engelleri” kavramı çıkmaktadır. İfa engeli, borca aykırılık ve sözleşmenin ihlali kavramlarından daha geniş olup; alacaklının temerrüdü, imkansızlık, borçlunun temerrüdü, sözleşmenin müspet ihlali, ayıplı ifa ve benzeri kötü ifa olgularını, sözleşme öncesinde kusur (culpa in contrahendo) ve işlem temelinin çökmesi hallerini kapsamaktadır¹.

İfaya engel olan hallerden biri de mücbir sebeplerdir². Borçlu, borcunu ifa etmek istemesine rağmen mücbir sebeplerin etkisi ile borcu gereği gibi ifa edememiş, ifayı geciktirmiş veya ifa bu nedenle geçici veya sürekli olarak imkansız hale gelmiş olabilir. Mücbir sebeplerin garanti sözleşmelerine olan etkisini ve bunun sonuçlarını belirlemek zordur. Zira garanti sözleşmeleri, bir yandan bağımsız borç ilişkisi doğuran diğer yandan teminat sözleşmesi niteliğinde olan sözleşmelerdir. Genel olarak mücbir sebebin etkisi garanti sözleşmesinden doğan borçlar üzerinde değil, garanti sözleşmesinin teminat altına aldığı bir başka (asıl) borç ilişkisi üzerinde gerçekleşir. Bu bakımdan mücbir sebebin bir garanti sözleşmesi üzerindeki etkisini incelemek, asıl borç ilişkisinde yer alan edimin ifasının mücbir sebepten etkilenmesinin garanti sözleşmesi bakımından sonucunu incelemek anlamına da gelmektedir.

Genel olarak bir garanti sözleşmesi niteliğinde olan banka teminat mektupları, uygulamada çok sık kullanılsa da teminat mektuplarının paraya çevrilmesine mücbir sebeplerin etkisinin ne olacağı konusunda bugüne kadar tespit edebildiğimiz

¹ Rona Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 2016) 130 vd; Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2007) 229.

² Vahit Doğan, ‘Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi’ Nuray Ekşi (ed), *Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları, Makaleler* (Beta Yayınları, 2011) 135; Şemsi Barış Özçelik, ‘Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık ve Mücbir Sebep Kayıtları’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE 2009) 141 vd ; Şemsi Barış Özçelik, ‘Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na Göre Mücbir Sebepler Ve Sonuçları’ (2016) 123 TBB Dergisi, 304 vd ; Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku* (1961 Yılından Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık 2010) 464; Hale Şahin, *Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi* (Yetkin Yayınları 2020) 44 vd.

kadarıyla çok az çalışma yapılmıştır³. Koronavirüs (Covid-19) salgın hastalığı ile birlikte mücbir sebeplerin teminat mektuplarının paraya çevrilmesi üzerindeki etkisinin incelenmesi daha da önemli bir hale gelmiştir.

Mücbir sebeplerin banka teminat mektuplarına etkisi için öncelikle mücbir sebep kavramı ve mücbir sebeplerin borç ilişkilerine etkisini genel hatları ile ele almak uygun olacaktır.

I. Genel Olarak Mücbir Sebep Kavramı

A. Tanımı

Mücbir sebep, borçlunun dışında meydana gelen, mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde borcun ihlaline neden olan, karşı konulması mümkün olmayan harici (dışsal) bir olaydır⁴. Görüldüğü üzere bir olayın mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için haricilik, öngörülemezlik ve kaçınılmazlık olmak üzere üç unsuru taşıması gerekmektedir⁵. Bununla birlikte mücbir sebep, nisbi bir kavram olup, bir olayın mücbir sebep olup olmadığı her somut olayın şartlarına göre değerlendirilmelidir⁶. Mücbir sebepler, yıldırım, don, sel, fırtına, deprem gibi doğal olaylar; savaş, ihtilal gibi beşeri olaylar; genel grev gibi sosyal olaylar; ithalat ihracat yasakları gibi hukuki olaylar olabilir⁷. Beklenmeyen haller ise, herkes bakımından değil, borçlunun kendisi bakımından benzer sonuçları doğuran ve borçlunun kaçınılmaz olarak borcu ihlal

³ Mücbir sebeplerin teminat mektubuna etkisini doğrudan inceleyen iki çalışma için bkz. Vahit Doğan, *Teminat Mektupları* (Savaş Yayinevi 2015) 343 vd.; Doğan, ‘Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi’ (n 2) 133 vd.

⁴ Özçelik, ‘Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık ve Mücbir Sebep Kayıtları’ (n 2) 141; Özçelik, ‘Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na Göre Mücbir Sebepler Ve Sonuçları’ (n 2) 304; Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku* (n 2) 464; Doğan, ‘Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi’ (n 2) 135; Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz Kitabevi 1993) 1003; Abdullah Pulat Gözübüyük, *Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller* (3. Baskı, Kazancı Yayınları 1977) 24; Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağlı Teorisi* (AÜHFY 1975) 176. Mücbir sebebi açıklayan başlıca iki teori vardır. Biri, borçluyu veya sorumluyu esas alan sübjektif teori, hakim görüş olan diğeri ise, mücbir sebebin kaynağını borçlunun işletme ve faaliyeti alanında arayan objektif teoridir [Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Yetkin Yayınları 2017) 582; Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağlı Teorisi* (n 4) 175; Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Cilt 1-2 (Çeviren: Cevat Edege, Olgaç Matbaası 1983) 589; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2 (Legal Yayınevi 2015) 227]; Fatma İtir Bingöl, *Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep* (Yetkin Yayınları 2011) 190.

⁵ Özçelik, ‘Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık ve Mücbir Sebep Kayıtları’ (n 2) 141; Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 344; Günümüzde, borçluyu esas alan sübjektif teori yerine, olayları esas alan objektif teoriye göre bir değerlendirme yapılmaktadır. Doğan, ‘Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi’ (n 2) 135; Şahin (n 2) 93 vd.; Bu unsurlar yanında, mücbir sebebin varlığı için öğretilen borcun ihlali de bir başka unsur olarak aranmaktadır. Borcun ihlali yoksa tek başına olay, mücbir sebep olarak nitelendirilmez. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 4) 585; Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağlı Teorisi* (n 4) 180.

⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 4) 583; Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağlı Teorisi* (n 4) 178; Şahin (n 2) 94.

⁷ Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağlı Teorisi* (n 4) 177.

etmesine neden olan olayları ifade etmektedir⁸. Mücbir sebepler harici bir olayken, beklenmeyen halde harici olma şartı aranmamaktadır⁹. Beklenmeyen haller, harici bir olay olabileceği gibi harici olmayan bir olay da olabilir. Mücbir sebepler, borçlu yanında herkes bakımından borcun ihlaline sebep olur. Buna karşın, beklenmeyen hal başkalarını değil, borçluyu etkileyen ve borçlunun kaçınamayacağı nitelikte bir olaydır. Örneğin, bir fabrikada elektrik kontağından çıkan yangın beklenmeyen hal iken, deprem sonucunda ortaya çıkan yangın mücbir sebeptir. Doktrinde ve yargı kararlarında mücbir sebepler ile beklenmeyen hal kavramları ve bu kavramların ayrımı konusunda görüş birliği bulunmadığı gibi, bu kavramlar her zaman teknik bir anlam taşıyacak şekilde de kullanılmamakta, bazen de aynı anlamda kullanılmaktadır¹⁰.

Mücbir sebepler ile beklenmeyen hal arasında farklardan birinin de bunların sonuçları bakımından olduğu ifade edilmiştir. Bir görüş, bir olayın mücbir sebep olarak sayılabilmesi için borcun ifasının imkansız hale gelmesi sonucunu doğurmasını aramaktadır¹¹. Buna göre mücbir sebepler borcun ifasını sürekli olarak imkansız hale getirir ise borç sona ererken geçici olarak imkansız hale getirir ise borcun ifasını geciktirir. Yargıtay'ın da içtihatlarında bu doğrultuda kararlar verdiği görülmektedir¹².

⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (n 4) 1000 vd.; Gözübüyük (n 4) 24, 85 vd.; Şahin (n 2) 76 vd.; Beklenmeyen haller de mücbir sebepler gibi doğa olayları olabileceği gibi biyolojik, sosyolojik veya hukuki olay niteliğinde olabilir. Bingöl (n 4)191; Beklenmeyen (fevkalade) haller ile mücbir sebebin tanımını veren açıklayıcı bir Yargıtay kararı şu şekildedir: “Türk hukuk lugatında beklenilmeyen vaziyet, “Borcun ifası, mukavelenin akdi zamanında göz önüne getirilmesi mümkün olmayan siyasi, iktisadi, içtimai hadiselerden dolayı akid için tahammülü çok güç bir külfet teşkil ettiği takdirde, akide mukavelenin tadil veya feshini talep veya dava edebilmek hakkını veren sebeptir” şeklinde tarif edilmiş bulunmaktadır. Bu tanılamayı genişletecek olursak, mücbir sebep, borcun ifasına engel olan ve herhangi bir kimse tarafından alınacak tedbirlere rağmen önüne geçilmesine imkan olmayan beklenmedik, harici ve borçlunun iradesinde meydana meydana gelen bir olaydır. Başka bir deyimle, seçilemeyen ve karşı konulamayan bir hadiseyi ifade eder. Borçlu, beklediği önüne geçemediği ve kendisine isnat olunmayacak bir sebeple borcunu yerine getirememesinden dolayı sorumlu tutulamaz. Bir hadisede mücbir sebebin söz konusu olabilmesi için BK'nun 117. maddesi hükmünce borcun yerine getirilmesine engel olan durumun borçlunun iradesinin dışında ve akid yapıldıktan sonra ortaya çıkmış bir durum olması şarttır.” Yargıtay 13 HD, 2009-8727/101, 18.01.2010 [karar için bkz <www.kazanci.com> erişim tarihi: 13.08.2020].

⁹ M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1 (Vedat Kitapçılık 2016) 407-408, n 1345; Antalya (n 4) 229 vd.; Şahin (n 2) 77; Günümüzde mücbir sebepte haricilik unsurunu aramayan görüşün ağırlık kazandığı ifade edilmektedir. Haricilik unsuru mücbir sebepte aranmayınca bu ayrımın ortaya çıktığı Fransız hukukunda da beklenmeyen hal ile mücbir sebep arasında bir fark kalmamaktadır [Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü* (3. Bası, Oniki Levha Yayınları 2019) 262, dn 994]. Kaza kavramının borçlunun kusursuzluğunu ifade ederken mücbir sebebin borçlunun kusursuz garanti sorumluluklarını dahi dışladığı hakkında bkz. Serozan, *İfa Engelleri* (n 1) 189.

¹⁰ Oğuzman/Öz (n 9) 408, n 1345; Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku* (n 2) 460 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop (n 4) 1000 vd.; Gözübüyük (n 4) 24; Türk İsviçre hukukçuları bu iki kavramı birbirinden ayırmaktadır. Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağlı Teorisi* (n 4) 177.

¹¹ Örneğin, otomobil lastiği ve benzin satışı için sözleşme yapılmasına rağmen savaş nedeni ile bu türünlere devletin el koyması halinde ifa imkansız hale geldiğinden mücbir sebep gerçekleşir. Gözübüyük (n 4) 91; Şahin (n 2) 79; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop (n 4) 1003.

¹² Yargıtay'ın eski bir kararında sözleşmenin imzası sonrası meydana gelen % 50 fiyat artışı, sözleşmenin ifasına mutlak surette engel olacak bir hal olmadığından mücbir sebep olarak kabul edilmiştir. Yarg. Ticaret D., E. 1944/1439, K. 1944/1389, T. 03.06.1944, (Gözübüyük (n 4) 92). Yargıtay, bir başka kararında da mücbir sebep için ifanın imkansız hale gelmesini açıkça aramıştır: “Davanın dayanağı olan mücbir sebebi düzenleyen BK'nun 117. maddesine göre, mücbir sebebin sözkonusu olabilmesi için, önceden tahmin edilememiş bulunması, borçluya kabili isnat olmaması ve önlenemeyen, giderilemeyen, yenilenmeyen bir nitelik taşıma ve borcun ifasını imkansız bir hale getirmesi gerekir.” Yarg. HGK, E. 1978/11-773, K. 1980/2310, T. 17.10.1980. Yeni bir kararında Yargıtay beklenmeyen haller ile mücbir sebepler arasındaki farkları şu şekilde belirlemiştir: “Mücbir sebep teşkil eden olay, umulmayan hale göre daha şiddetli ve mutlak bir kaçınılmazlık arzederken, umulmayan hal daha sınırlı bir etkiye sahiptir. Mücbir sebep borçlu veya sorumlunun işletme veya faaliyetine yabancı, dışarıdan gelen bir olay iken, umulmayan hal işletme veya faaliyet içi bir olay da olabilir. Mücbir sebepte öngörülemezlik ve kaçınılmazlık objektif yani herkes için geçerli olup, mutlak bir anlam taşır. Kaçınılmazlığın mutlaklığından amaç, teknik ve bilimin o andaki verilerine göre mevcut her türlü önlem alınsa, her türlü özen gösterilse bile ihlalini, dolayısıyla zararlı sonucun hiç kimse tarafından önlenebilmesidir.” Yarg. HGK, E. 2012/10-1141, K. 2013/282, T. 27.02.2013, [kararlar için bkz <www.kazanci.com> erişim tarihi: 26.09.2020].

Buna karşın, başka bir görüş mücbir sebeplere bağlanan sonuçların değişebildiğini, sadece imkansızlık halinde değil, ifayı güçleştiren hallerde de mücbir sebeplerden bahsedilebileceğini ve mücbir sebeplerin uyarlamaya neden olabileceğini savunmaktadır¹³.

Eren'e göre¹⁴, mücbir sebep her zaman illiyet bağıını keser ve kusuru bertaraf ederek sorumluluktan kurtaran bir etki gösterir.

Mücbir sebepler ile beklenmeyen hallerin doğurduğu sonuçlar arasında genel olarak şu farkların bulunduğu ifade edilmektedir¹⁵: (a) Mücbir sebepler daima illiyet bağıını keser. Buna karşılık beklenmeyen haller illiyet bağıını her zaman kesmez (c) Beklenmeyen haller daha çok sözleşmede değişiklik yapılması sonucunu doğururken, mücbir sebepler genelde sözleşmenin feshi sonucunu doğurur. (d) Beklenmeyen hallerde borç ortadan kalkmazken, mücbir sebeplerde genelde borç sona erer. Satılan malın depremde telef olması, malın ithalinin yasaklanması, malın teslim limanında grev olması nedeni ile başka bir limana boşaltılmak zorunda kalınması¹⁶ mücbir sebeplere örnektir.

Kanaatimizce, mücbir sebebin ifayı mutlaka imkânsız hale getirmesi gerekmez. Mücbir sebep, illiyet bağıını kesmek suretiyle borçluyu sorumluluktan kurtarıcı bir sonuç doğurur. Mücbir sebep gerçekleşmesine rağmen borcun ifası imkânsız hale gelmeyebilir.

Bir olayın mücbir sebep sayılması ile beklenmeyen hal sayılması arasında borçlunun kusursuzluğu bakımından bir fark yoktur. Ancak sözleşme veya kanun bu iki hale farklı sonuçlar bağladı ise böyle bir durumda bu ayrım önem taşır¹⁷.

B. Unsurları

1. Haricilik

Haricilik, ifaya engel olayın borçlunun iş ve işletmesi dışında gerçekleşen, borçlunun faaliyetlerine yabancı bir olay olmasını ifade eder¹⁸. Bu nedenle borçlunun kendi faaliyet sahası içerisinde gerçekleşen tedarik yetersizlikleri, üretim hataları,

¹³ Bingöl (n 4) 104, 239 vd.; Nida Malbeği, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde Sözleşmede Değişiklik*, (Onikilevha Yayınları 2020) 34.

¹⁴ Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi* (n 4) 184.

¹⁵ Gözübüyük (n 4) 166; Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi* (n 4) 176; Bingöl (n 9) 103; Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, (n 9) 195; Şahin (n 2) 77 vd.

¹⁶ Bingöl (n 4)186.

¹⁷ Oğuzman/Öz (n 9), 407, n 1345; Gözübüyük (n 4) 24.

¹⁸ Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku* (n 2) 464; Özçelik, 'Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları' (n 2) 304; Gözübüyük (n 4) 36; Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi* (n 4) 179; Şahin (n 2) 96; Diğer şartlar var ise haricilik unsuru bulunmama da borçlunun ifada bulunmama sebebinin mücbir sebebe dayandırılması halinde mücbir sebebin varlığının kabul edilebileceği görüşünde: Bingöl (n 4) 196.

personel yetersizliği gibi riskler faaliyetin tipik risklerinden olup, haricilik unsuru taşımamaktadır. Örneğin bir fabrikada kazanın patlaması veya işletme içerisinde yangın çıkmasında da mücbir sebepten değil beklenmeyen halden söz edilebilecektir¹⁹. Bir işletme içerisinde işçilerin ücretlerinin artırılması istemi ile grev yapmalarında da işletme riskinden söz edilirken, genel grev halinde bir mücbir sebep söz konusu olabilecektir²⁰. Yine, deprem, yangın, fırtına, yıldırım, sel, doğal felaketler, heyelan, savaş, askeri darbe, salgın hastalık, sosyal ve politik olaylar harici nitelikte engeller olup, diğer şartların da varlığı halinde mücbir sebep olarak kabul edilebilecektir²¹.

2. Kaçınılmazlık

Kaçınılmazlık, olayın ve sonuçlarının borçlu bakımından kaçınılmaz olmasıdır. Kaçınılmazlık, olayın kendisinin değil, olay sonucunda borcun ihlalinin kaçınılmaz olmasını ifade eder²². Bir başka ifade ile, borçlu harici olarak gerçekleşen olayın ifaya olan etkisini önleyecek ve bunun sonuçlarından kaçınacak durumda olmamalıdır. Kaçınılmazlık kavramının mücbir sebep bakımından karşı konulmazlık ve önlenmezlik kavramlarını da kapsadığı ifade edilmektedir²³. Kaçınılmazlık, borçlunun kusursuz olması bakımından önemli olduğundan bu unsurun mücbir sebebin temel unsuru olduğu²⁴ ve en önemli unsuru olduğu²⁵ ifade edilmiştir. Mücbir sebeplerdeki kaçınılmazlık mutlak bir kaçınılmazlık olup, sadece borçlu bakımından değil olaydan etkilenen birçok kimse bakımındandır. Buna karşılık, beklenmeyen halde sadece borçlu bakımından nisbi bir kaçınılmazlık vardır²⁶.

¹⁹ Buna karşılık deprem nedeni ile bina yıkılmış ve enkaz altında biri ölmüş ise bina dışında harici bir kaynaktan doğan bu olayda mücbir sebep vardır. Aynı şekilde yangın, işyerine yıldırım düşmesi neticesinde gerçekleşti ise de mücbir sebepten söz edilir [Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi* (n 4) 180].

²⁰ Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku* (n 2) 465.

²¹ Özçelik, ‘Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları’ (n 2) 304; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 4) 584.

²² Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi* (n 4) 143.

²³ Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi* (n 4) 181.

²⁴ Özçelik, ‘Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları’ (n 2) 306; Hatta mücbir sebebin unsurları arasında “kusursuzluk” da sayılmaktadır. Gözübüyük (n 4) 85-86.

²⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 4) 585; Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi* (n 4) 181; Şahin (n 2) 99.

²⁶ Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku* (n 2) 465; Şahin (n 2) 101; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop (n 4) 1003; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 4) 585; Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi* (n 4) 182.

3. Öngörülemezlik

Borçlu borç ilişkisinin kurulduğu sırada söz konusu olayın doğuracağı sonuçları öngörememelidir²⁷. Aksi halde yaşanan olay harici ve kaçınılmaz olsa dahi mücbir sebep olarak kabul edilemez. Örneğin, Koronavirüs salgınının ülkemizde görülmeye başladığı tarih öncesinde kurulan hukuki ilişkiler bakımından bu salgında bir öngörülemezlik şartının bulunduğu kabul edilebilecektir. Buna karşın salgının dünya genelinde ve ülkemizde devam ettiği ve ne zaman biteceğinin belirsiz olduğu bir tarih sonrasında kurulmuş borç ilişkileri bakımından somut olayın özelliğine göre artık bu hastalık öngörülemezlik unsurunu taşımadığından mücbir sebep olarak kabul edilemeyebilecektir.

Bir olayın sözleşme kurulduktan sonraki bir dönemde öngörülür hale gelmesi durumunda, mücbir sebep bakımından artık öngörülemezlik unsurunun varlığı kabul edilecek ise de kaçınılmazlık unsurunun var olup olmadığı önem kazanacaktır. Böyle bir durumda olayın mücbir sebep sayılabilmesi için borçlunun olayın sonuçlarından kaçınmak için yapabileceği hiçbir şeyin olmaması veya yapabileceği her şeyi yapmış olmasına rağmen olayın sonuçlarından kaçınamaması gerekmektedir²⁸.

C. Mücbir Sebeplerin Sözleşmeye Etkileri

1. Genel Olarak

Borçlar kanunu sistematüğinde, borçlunun borcun ifa edilmemesinden doğan sorumluluğu kural olarak kusura dayanır²⁹. Sözleşme sorumluluğunda borçlunun borcunu ifa etmemesinde kusurunun bulunmadığı hallerden biri de mücbir sebep halleri olabilir. Mücbir sebep, borcun ifa edilmemesi sonucunu doğuran borçlunun davranışı ile borcun ihlali sonucu doğuran zararlı sonuç arasındaki illiyet bağını ortadan kaldırır³⁰. Sözleşme dışı sorumlulukta ise mücbir sebep, fiil ile zarar arasındaki illiyet bağını kesecek nitelikte bir etki gösterir. Buna göre her iki sorumluluk bakımından

²⁷ Eren *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (n 4) 586-587; Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi* (n 4) 183; Özçelik, ‘Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları’ (n 2) 307; Bingöl (n 4) 188 vd.; Şahin (n 2) 101; Yargıtay kararına konu bir olayda, davacı taraf ihale ile ilaç teslim yükümü üstlenmiş, ne var ki sonradan döviz dar boğazı yüzünden ilaçları teslim edemediği gerekçesi ile mücbir sebebe dayanarak teminat mektubunun iadesini istemiştir. Yerel mahkeme, davayı kabul etmiş ise de Yargıtay öngörülemezlik unsurunun bulunmadığını ifade eden şu gerekçe ile kararı bozmuştur: “Döviz transferlerinin zamanında yapılmamasının zorlu neden olduğu da sözleşmede belirtilmiş değildir. Üstelik, böyle bir neden, BK. m. 117 anlamında borcun sönmesine yol açmaz. Türkiye genelinde yıllar yılı döviz sıkıntısının süre geldiği de herkesin bildiği bir gerçektir. Davacının, bu gerçeği gözeterek ihaleye girmesi edimini zamanında yerine getirmesinin önlemlerini alması tedbiri bir tacir olarak davranmasının bir gereğidir.” Yargıtay 13 HD, 2749/3786, 14.05.1981 [karar için bkz <www.kazanci.com> erişim tarihi: 13.08.2020]. Bir olayın hiç kimse için öngörülemez olmasının aranmasının “mutlak seziilemezlik” olacağı ve sorumluluğu ölçsüz şekilde ağırlaştıracağı yönünde bkz Gözübüyük, (n 4) 86.

²⁸ Özçelik, ‘Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları’ (n 2) 307.

²⁹ Özçelik, ‘Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık ve Mücbir Sebep Kayıtları’ (n 2) 11; Eren (n 4) 1086 vd; Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku* (n 2) 12 vd; Oğuzman/Öz, (n 9) 403, n 1327 vd.

³⁰ Sebep zarar arasındaki illiyet bağı; mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusuru hallerinde kesilir. Eren (n 4) 581; Şahin (n 2) 65.

borçluyu sorumluluktan kurtaracak nitelikte bir etkiye sahiptir³¹. Bununla birlikte mücbir sebeplerin sözleşme üzerindeki etkisini taraflar sözleşmede düzenleyebilir. Borçlu, sözleşmede yapılan bu düzenlemeler ile beklenmeyen hal ve mücbir sebeplerin sorumluluğunu üzerine almış da olabilir³².

Mücbir sebeplerin sözleşme üzerindeki etkisinden bahsedebilmek için sözleşmeye aykırılığın mücbir sebepten kaynaklanması gerekir³³.

Sözleşme sorumluluğunda mücbir sebeplerin etkisi ile sözleşmeye aykırılık sonucunun ortaya çıkmasını sözleşmeye aykırılığın ana türleri olan ifa imkansızlığı, ifa gecikmesi (temerrüt), gereği gibi ifa etmeme halleri ve bunun dışında da ifa güçlüğü hallerinin her biri bakımından ayrı ayrı incelemek gerekir³⁴.

2. Mücbir Sebepler Nedeniyle İfa imkansızlığı

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ifa imkansızlığı, ifanın yerine getirilmesini olanaksız kılar. Böyle bir durumda borçlu istese de borcu aynen ifa edemez. İfa yükümü sona erince bunun yerini tazminat yükümünün alıp almayacağı, tazminat yükümünün doğması halinde bunun kapsamı, imkansızlıktan kimin sorumlu olduğu hususuna göre belirlenir³⁵.

Mücbir sebep, ifayı imkansız bir hale getirmiş ise, TBK m 136 kapsamında borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlıktan söz edilir. Böyle bir durumda borç sona erer. Bu durumu düzenleyen TBK m 136 f 1'e göre; "*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşır, borç sona erer.*" Borcun sona ermesi ile birlikte karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından aldığı geri verme yükümü ve ifa edilmemiş edimi isteme hakkının kaybedilmesi söz konusu olur. Bu durum TBK m 136 f 2' de şu şekilde düzenlenmiştir: "*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı*

³¹ Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku* (n 2) 468; Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağlı Teorisi* (n 4) 184; Şahin (n 2) 65.

³² Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku* (n 2) 468; Bingöl (n 4) 105 vd.; Sözleşmede yer alan bu şartların kanuna ve ahlaka aykırı olmaması, borçluya yapılan manevi cebirin etkisi altında yapılmaması ve hakkın kötüyü kullanılması yasağına aykırı olmaması halinde meşru olabileceği hakkında bkz Gözübüyük (n 4) 95.

³³ Mücbir sebep olarak nitelendirilen olay ile borcun ihlali arasında uygun illiyyet bağı bulunmalıdır. Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağlı Teorisi* (n 4) 143; Doğan, 'Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi' (n 2) 136; Şahin (n 2) 114.

³⁴ Özçelik, 'Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları' (n 2) 308; Bingöl (n 4) 212.

³⁵ Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 344; Doğan, 'Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi' (n 2) 137; Özçelik, 'Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık ve Mücbir Sebep Kayıtları' (n 2) 33 vd.; Özçelik, 'Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları' (n 2) 308; Şemsi Barış Özçelik, 'Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları' (2014) 63(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 582 vd.; Bingöl (n 4) 213 vd.; Şahin (n 2) 109; Hâkim görüşe göre İfa imkansızlığı borçlunun kusuru sonucunda gerçekleşmiş ise borç sona ermez, sadece ifası imkansız hale gelen edimin yerini, alacaklının zararını tazmin yükümlülüğü alır [Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp (n 4) 853-854; Eren (n 4) 1054; Serozan, *İfa Engelleri* (n 1) 200; Antalya (n 4) 285]. Buna karşılık azınlıkta kalan bir başka görüşe göre, borçlunun kusuru olsun olmasın her halde ifanın imkansızlaşması ile borç sona erer. Borçlunun kusurunun bulunması ile bulunmaması arasında borcun sona ermesi sonucunu doğurması bakımından fark yoktur. Fark, tazminat yükümünün olup olmaması yönündendir [Oğuzman/Öz (n 9) 450, n 1472].

taftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.”

3. Mücbir Sebepler Nedeniyle İfa Gecikmesi

İfanın gecikmesi TBK m 117 vd. hükümleri uyarınca kural olarak borçlu temerrüdü sonuçlarını doğurur. Bir görüşe göre³⁶, ifa, mücbir sebepler nedeniyle gecikmiş ise³⁷ bu durum tek başına kendiliğinden ifanın ertelenmesi sonucunu doğurmaz. Mücbir sebepler nedeniyle ifanın gecikmesinin ifanın ertelenmesi sonucunu doğurması için kanunda veya sözleşmede açık bir hüküm bulunmalıdır. Bu görüşe göre, ifanın mücbir sebepler nedeni ile gecikmesi durumunda da borçlu temerrüde düşer. Böyle bir halde kendiliğinden ifanın ertelenmesi sonucu doğmasa da borçlu temerrüdün kusura bağlı sonuçlarından kurtulur³⁸. TBK m 118 kapsamında gecikme tazminatı, TBK m 119 kapsamında beklenmedik halden sorumluluk, TBK m 125 f 3 kapsamında sözleşmeden dönme halinde borçlunun menfi zararlardan sorumluluğu hükümleri bu kapsamdadır. Buna karşılık bir başka görüşe göre³⁹, gecikmeye mücbir sebepler neden olduğundan ve borçlunun kusuru bulunmadığından ifa kendiliğinden ertelenir. Borçlunun kusurunun bulunmaması onu para borçlarında temerrüt faizinden ve karşılıklı sözleşmelerde sözleşmeden dönülmesinden kurtaramasa da tazminat ve kazadan doğan sorumluluktan kurtarabilmektedir⁴⁰.

4. Mücbir Sebepler Nedeniyle Gereği Gibi İfa Etmeme

TBK m 112 vd hükümlerine göre borç gereği gibi ifa edilmez ise, borçlu kendisinin bir kusuru olmadığını ispat etmedikçe alacaklının bundan doğacak zararından sorumlu olacaktır⁴¹. Borç gereği gibi ifa edilmiyor ise, alacaklı ifayı kabul edip, bundan doğan zararlarını TBK m 112’ye göre tazmin etme hakkını saklı tutabileceği gibi, ifayı reddetmek sureti ile borçluyu temerrüde de düşürebilir⁴².

³⁶ Özçelik, ‘Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları’ (n 2) 309.

³⁷ Uluslararası ticarete çok net olmasa da ifa etmeme ve imkânsızlık sonucunu doğuran olaylar mücbir sebep, ifayı imkânsız kılmayan ama zorlaştıran sebeplere hardship klostları da denilmektedir. Bu hususta bkz Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, (n 9) 102.

³⁸ Özçelik, ‘Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları’ (n 2) 310; Özçelik, ‘Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık ve Mücbir Sebep Kayıtları’ (n 2) 83.

³⁹ Bu görüşe göre, borçlunun kusuru temerrüdün bir unsurudur. Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (n 1) 239 vd; Doğan, ‘Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi’ (n 2) 137.

⁴⁰ Serozan, *İfa Engelleri* (n 1) 228, n 11; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, (n 1) 243.

⁴¹ Bkz Fahrettin Aral, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa* (2011) 73 vd; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, (n 1) 281 vd.

⁴² Aral, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa* (n 41) 74-75.

Borcun gereği gibi ifa edilmemesine mücbir sebepler neden olmuş, alacaklı da ifayı kabul etmemiş ise borçlu temerrüdün kusura bağlı sonuçlarından sorumlu olmaz⁴³. TBK m 112'ye göre borç gereği gibi ifa edilmediğinde, borçlu mücbir sebepler nedeni ile kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat ettiğinde alacaklının bundan doğan zararını da tazmin yükümlülüğünden kurtulacaktır⁴⁴.

5. Mücbir Sebepler Nedeniyle Aşırı İfa Güçlüğü

Sözleşmelerin uyarlanması ile mücbir sebepler arasında uyarlamanın şartları ve mücbir sebeplerin sonuçları bakımından sıkı benzerlikler olduğu görülmektedir⁴⁵. Bununla birlikte uyarlama ile mücbir sebep kavramlarının birbiri ile ilişkisini açıklayan farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre⁴⁶, mücbir sebep uyarlamaya sebep olamaz. Edim, sürekli veya geçici olarak imkansızlaştı ise mücbir sebep vardır. Mücbir sebeple uyarlama yan yana gelemez. Mücbir sebep var ise ifa mümkün değilken, uyarlama söz konusu ise ifa zor da olsa mümkündür. Mücbir sebebin ifayı geçici olarak imkansızlaştırdığı ve geciktirdiği hallerde borçlu gecikmeden sorumlu olmasa da borcun ifası ile yükümlü olmaya devam edecektir.

Bir başka görüşe göre⁴⁷ ise mücbir sebep uyarlamaya neden olabilir. Buna göre, mücbir sebep teşkil eden olaylar sözleşme taraflarının edim dengesini bozmuş ise bozulan edim dengesinin yeniden tesis edilmesi ihtiyacı ortaya çıkabilecektir. Uyarlama sonucunu doğuracak “öngörülemeyen haller” kavramı, “mücbir sebep” kavramından çok daha geniş bir kavramdır. Her mücbir sebep uyarlamaya sebep olmasa da uyarlamayı gerektirecek nitelikte mücbir sebepler olabileceği gibi, mücbir sebep niteliğinde olmayan öngörülemeyen haller de söz konusu olabilecektir.

Kanaatimizce, mücbir sebepler uyarlamaya neden olabilir. Uyarlamaya neden olacak ifayı güçleştiren haller, mücbir sebepten çok daha geniş bir kavramdır. Mücbir sebeple beklenmeyen halleri ayıran kriter, olayın ifayı geçici veya sürekli olarak imkansız hale getirip getirmemesinden çok olayın meydana geliş şekli, şiddet derecesi ve kaçınılmazlığın mutlak veya nisbi olmasındadır. Örneğin, Covid-19 (Yeni Koronavirüs) salgın hastalığı, birçok yönden borç ilişkilerini uzun süreli olacak şekilde etkilemiş ve bazı sözleşmeler bakımından tarafların edim dengelerini

⁴³ Kira sözleşmeleri bakımından mücbir sebep “ayıplı ifa” olarak nitelendirilebilecektir. Böyle bir durumda diğer hukuki imkanlar yerine TBK'nın ayıp hükümlerinin (TBK m 304 vd) uygulama alanı bulması daha yerinde bir çözüm tarzi olabilir.

⁴⁴ Özçelik, ‘Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları’ (n 2) 311; Bingöl (n 4) 261 vd.

⁴⁵ Ayşe Arat, *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması* (Seçkin Yayınları 2006) 95 vd.; Sözleşmelerin uyarlanmasını mücbir sebep altında inceleyen görüşler için bkz Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, (n 9) 62, n 133. Yeniden müzakere ve uyarlama için Fransız Medeni Kanunu 1195. Maddesinde “öngörülemezlik” ve “aşılabilirlik” şartlarının birlikte aranması, uyarlama ile mücbir sebep arasında bir fark bırakmadığına ilişkin eleştirilere konu olmuştur. Bu eleştiriler sonucunda anılan hükümde 2013 yılında değişikliğe gidilmiş aşılabilirlik şartı çıkarılmıştır [Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, (n 9) 74, n 162-163].

⁴⁶ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, (n 9) 195, n 440, dn 741; Şahin (n 2) 104.

⁴⁷ Arat (n 45) 95; Bingöl (n 4) 201, 239 vd.

bozmuştur. Uyarlamanın şartları olduğu takdirde Covid-19 salgın hastalığının uyarlamaya neden olabileceği kabul edilmelidir⁴⁸. Kaldı ki, mücbir sebeplerin varlığı için geçici veya sürekli imkânsızlık sonucu aransa dahi mücbir sebepler uyarlamaya neden olabilir. Örneğin, yurtdışında bir havalimanının yapımı için sözleşme yapılmış, sözleşmenin süresi iki yıl olup, götürü bir bedel üzerinde anlaşılmıştır. Ancak, birinci yıl sonunda Covid-19 salgın hastalığı çıkmış, ülkeye girişler, yurtdışından işçi getirilmesi ve çalışma yapılması yasaklanmış, geçici bir ifa imkansızlığı doğmuştur. Böyle bir durumda, mücbir sebebin varlığı için ifanın geçici de olsa imkansız olmasını arayan görüş bakımından da mücbir sebep hali gerçekleşebilecektir. Bu örnek bakımından, mücbir sebep ortadan kalktığında yüklenici söz konusu ülkeye dönüp yarım kalan işini tamamlamaya çalıştığında şartlar ve edim dengesi değişmiş olabilir. Yüklenicinin işçi çalıştırmakta zorlanması, maliyetlerin artması, sürenin yetmemesi, götürü bedelle o işin tamamlanmasının kendisinden beklenemeyecek derecede dürüstlük kuralına aykırı olması hallerinde mücbir sebebin uyarlamaya neden olabileceği kabul edilmelidir.

Sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşen bir olay; harici, kaçınılmaz ve öngörülemez nitelikte olup, tarafların edim yükümlülüklerini etkilemekte ise bu olayı mücbir sebep olarak kabul etmek gerekir. Mücbir sebebin uyarlamaya esas teşkil etmeyeceğini savunan görüş, işlem temelini çökmesinin risk paylaşımı ile ilgili bir mesele olduğunu, kusur sorumluluğu ile bir ilgisinin bulunmadığını ifade etmektedir⁴⁹. TBK m 138’de düzenlenen uyarlamaya esas şartların biri de sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü durumun “borçludan kaynaklanmayan bir sebeple” ortaya çıkmasıdır. Bu şart, edim dengesinin bozulmasının sadece bir risk paylaşım meselesi olmadığını, aynen mücbir sebepte olduğu gibi borçlunun (edim dengesi aleyhine bozulan tarafın) kusurunun bulunmamasını da ifade ettiği açıktır.

II. Banka Teminat Mektupları Bakımından Mücbir Sebep Kavramı

Türk hukukunda teminat mektupları ile ilgili kanuni bir düzenlemeye yer verilmediğinden⁵⁰ teminat mektupları bakımından mücbir sebeplerin neyi ifade ettiğine ilişkin yasal bir dayanak da bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu konuda Milletlerarası Ticaret Odasının yayınladığı biörnek kurallar yol gösterici niteliktedir. Bu kurallar bir hukuk kuralından ziyade, milletlerarası ticaretin teamüller ve uygulamalarla oluşmuş

⁴⁸ Aynı görüşte: Şahin Akıncı, ‘Covid 19’un Borç İlişkilerine ve Bazı Borçlar Hukuku Sözleşmelerine Etkisi’ (2020)19(38) İTÜSBD (Covid-19, Hukuk Özel Sayısı), 85 vd.; Malbeleşti (n 16) 265.

⁴⁹ Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, (n 9) 196, n 440.

⁵⁰ Seza Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (4. Baskı, 2013) 34; Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 13; Akın Ekici/ Nihayet Durukanoğlu, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları* (Legal Yayıncılık 2016) 7; Türk hukuku yanında Alman, İsviçre ve Avusturya hukuklarında da garanti sözleşmelerinin pozitif hukuk düzenlemesine sahip olmadığı hakkında bkz Ferhat Canbolat, *Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler* (Yetkin Yayınları 2019) 52; Hüseyin Murat Develioğlu, ‘TBK m. 128’ Rona Serozan/ Turgut Öz/ Faruk Acar/ Emre Gökyayla/ H. Murat Develioğlu (ed), *İstanbul Şerhi*, (Vedat Kitapçılık 2017) 1101.

kendine özgü kuralları nitelindedir⁵¹. Talep Garantilerine⁵² İlişkin Biörnek Kurallar (URDG- Uniform Rules for Demand Guarantees) önce URDG 458, daha sonra bu modelin revizyonu ile URDG 758 olarak oluşturulmuş ve 1 Temmuz 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁵³. Söz konusu kurallar m 26 b a’da mücbir sebepler olarak kabul edilebilecek olaylar şu şekilde yer almıştır: “*garantörün veya kontrgarantörün bu kurallara tabi eylemlerle ilişkili faaliyetini kesintiye uğratan doğal afetler, isyanlar, ayaklanmalar, iç karışıklıklar, savaşlar, terör eylemleri ve garantörün veya kontrgarantörün kontrolü dışındaki herhangi bir neden anlamına gelir*”⁵⁴.”

URDG 758 biörnek kurallar bankaları daha da koruyucu nitelikte düzenlemeler içermekte olup⁵⁵ mücbir sebepler, yalnızca garantör bankaya veya kontragarantöre olan etkisi bağlamında nazara alınmış, temel ilişkinin borçlusu bakımından ya da muhatabın mücbir sebepler nedeni ile teminat mektubunun ibrazını zamanında veya gerektiği gibi yapamaması yönlerinden dikkate alınmamıştır⁵⁶.

Banka tarafından düzenlenen teminat mektuplarında mücbir sebeplere ilişkin hükümlere yer verilir ise bu hükümler uygulanacaktır. Teminat mektubunda mücbir sebeplerin düzenlenmesi yerine ICC tarafından düzenlenen biörnek kurallara (URDG) atıf yapılabilir. Böyle bir durumda URDG teminat mektubunun eki haline gelir ve taraflar bakımından bağlayıcı olur⁵⁷. Böyle bir düzenleme de yer almamakta ise teminat mektubunun tabi olacağı hukuka göre mücbir sebeplerle ilgili değerlendirme yapılacaktır.

⁵¹ Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 15.

⁵² Talep garantisi (“Demand Gurantee”) ifadesinin Türk hukukundaki karşılığının garanti sözleşmesi niteliğinde olan garanti mektupları ve teminat mektupları olduğu hakkında bkz Ekici/Durukanoğlu (n 50) 36.

⁵³ <<https://www.icc.se/wp-content/uploads/2020/02/FirstDraftISDGP2020.pdf>> erişim tarihi 05.08.2020; URDG 458 ve URDG 758 öncesinde de Milletlerarası Ticaret Odası tarafından 1978 yılında 325 nolu “Sözleşmeden Doğan Garantilere İlişkin Biörnek Kurallar” çıkarılmış ise de bu kuralların bankacılık uygulamasına ters düşmesi nedeni ile fazla bir uygulama alanı bulmadığı ifade edilmiştir [Canbolat (n 50) 52; Abdurrahman Özalp, ‘ICC’nin Yeni Uluslararası Garanti Kuralları-URDG 758’ Nuray Ekşi (ed), *Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları, Makaleler* (Beta Yayınları, 2011) 2 vd; Nihayet Durukanoğlu, ‘ICC’nin Garantilere İlişkin Biörnek Kuralları ve Bu Kuralların Kamu Sektöründe Uygulanması’ Nuray Ekşi (ed), *Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları, Makaleler* (Beta Yayınları, 2011) 79; Nuray Ekşi, ‘ICC’nin Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Biörnek Kuralları’ Nuray Ekşi (ed), *Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları, Makaleler* (Beta Yayınları, 2011) 110; Ekici/Durukanoğlu (n 50) 35-36].

⁵⁴ Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 346; Özalp (n 53) 38; Ekici/Durukanoğlu (n 50) 248.

⁵⁵ Ekici/Durukanoğlu (n 50) 212; Durukanoğlu (n 53) 32.

⁵⁶ Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 15.

⁵⁷ Nuray Ekşi, *Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul* (2010) 80.

III. Banka Teminat Mektupları Bakımından Mücbir Sebep

A. Genel Olarak Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği

Banka teminat mektubu, bir banka tarafından⁵⁸ üçüncü bir kişinin (lehtarın) muhataba (garanti alana) karşı üstlendiği bir edimi hiç veya gereği gibi yerine getirmediğinin muhatap tarafından kendisine bildirilmesi üzerine mektupta yazılı tutarın muhataba derhal ödeneceğinin⁵⁹ taahhüt edildiği kıymetli evrak niteliğine sahip olmayan bir belgedir⁶⁰. Bu işlem sonucunda banka doğrudan bir ödeme yapmamakta, muhatap lehine bir ödeme taahhüdü vermektedir⁶¹.

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği uzun süre tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre⁶², teminat mektupları kefalet sözleşmesi niteliğindedir. Buna karşın ikinci bir görüşe göre⁶³, banka teminat mektupları garanti sözleşmesi niteliğindedir. Üçüncü bir görüş⁶⁴, ise teminat mektuplarının ne kefalet ne garanti sözleşmesi niteliğinde olduğunu, kendine özgü (sui generis) nitelik taşıdığını savunmuştur. Karma nitelik görüşü olarak isimlendirilmiş bir başka görüşe göre ise⁶⁵, her somut olayda teminat mektubunun içeriğine göre hukuki nitelendirme yapılmalı, buna göre teminat mektupları kefalet niteliğinde olabileceği gibi garanti niteliğinde de

⁵⁸ Banka dışında diğer gerçek ve tüzel kişiler tarafından da teminat mektubu verilebilir. Teminat mektubunun banka tarafından verildiği durumlarda “banka teminat mektubu” ifadesi kullanılmaktadır [Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 23; Canbolat (n 50) 54]. Buna karşılık teminat mektuplarının sadece bankalar tarafından verildiğini ifade eden yazarlar olsa da bu görüş isabetli değildir [Melis Taşpolat Tuğsavul, ‘Banka Teminat Mektupları’ (2009) 83(1) İstanbul Barosu Dergisi, 302].

⁵⁹ Derhal ödeme kapsamında bankanın verdiği kayıtsız şartsız ödeme taahhüdünün bazı hukuki sonuçları vardır. Bu taahhüt neticesinde teminat mektubunun garanti niteliğinde sayılması, bankanın rücu hakkının doğumu için kontrgaranti imzalatılması gerekliliği ve ispat yükünün ters çevrilmesi sureti ile teminat mektubunun paraya çevrilmesi talebini reddeden bankanın riskin doğmadığı veya sona erdiği, hakkın kötüye kullanıldığı iddialarını ispat etmek zorunluluğu sonuçları ortaya çıkmaktadır. Bu konuda bkz Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 69 vd.; Canbolat (n 50) 77 vd.

⁶⁰ Nami Barlas, *Makalelerim*, Cilt 1 (Vedat Kitapçılık 2008) 31; Sıtkı Akyazan, ‘Banka Teminat Mektupları’ (1969) 5(1) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 16; Seza Reisoğlu, ‘Banka Teminat Mektupları Uygulamalarında Ortaya Çıkan Başlıca Sorunlar’, (2011) (77) *Bankacılar Dergisi*, 84.

⁶¹ Banka teminat mektupları, 5411 sayılı 19 Ekim 2005 tarihli Bankacılık Kanunu m 48’e göre, bir gayrinakdi kredi niteliğindedir. Bu hususta bkz Barlas, *Makalelerim* (n 60) 32; Ünal Somuncuoğlu, ‘Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Bazı Sorunlar’ (2014) 4(2) *Hukuk Köprüsü*, 401; Semra Omağ, ‘Banka Teminat Mektuplarının Mahiyeti ve Hükümleri’ (1971) 6(2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 326; Gayrinakdi krediler için bkz Burak Özen, *Kredi Açma Sözleşmeleri* (Vedat Kitapçılık 2017) 32 vd; Davut Gürses, *Banka Genel Kredi Sözleşmesi* (Onikilevha Yayınları 2016) 19 vd. Kural olarak muhatap teminat mektubundan sadece hak elde eder, yükümlülük yüklenmez [Omağ (n 61) 336].

⁶² Ruhi Bakay, *Banka Teminat Mektupları* (1954) 24; Vecdi Ünay, *Bankalarca Dış Ticaretin Finanse Edilmesi Usulleri* (1957) 199; Vedat Onur, *Bankacılık Hukuku* (1965) 99; Atilla Sav, ‘Banka Teminat Mektuplarının Haczi’ (1967) (1) *ABD*, 48; Turgut Erem, *Bankacılık* (1970) 194; Hikmet Güney, *Kefalet Mektupları*, (1970) 24 (Aktaran: Barlas, *Makalelerim* (n 60) 34, dn 7); Seza Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi* (Ajans Türk Matbaası 1963) 102; Yargıtay’ın eski kararlarında bu görüşte olduğu görülmektedir. Bkz YTD, 58/377, 6.12.1959; YTD, 892/1213, 30.04.1959 [Haluk Tandoğan, *Garanti Mukavelesi* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1959) 35, dn 129].

⁶³ Vural Günal, ‘Teminat Mektupları’ (1968) 25(6) *ABD*, 973; Canbolat (n 50) 55.

⁶⁴ Akyazan (n 60) 27.

⁶⁵ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi* (n 62) 97; Haluk Tandoğan, *Garanti Mukavelesi*, (n 62) 32; Barlas, *Makalelerim* (n 60) 37; Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 15; Omağ (n 61) 330; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp (n 4) 236; Reisoğlu, ‘Banka Teminat Mektupları Uygulamalarında Ortaya Çıkan Başlıca Sorunlar’ (n 60) 84; 11.06.1969 tarihli, 1964-4/6 (RG. 03.10.1969, S. 13317) sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da aslında bu husus ifade edilmiştir: “içeriğine göre bir banka dilerse kefalet şeklinde dilerse garanti sözleşmesi niteliğinde teminat mektubu verebilir.”

olabilecektir. Bu konuda önce 1967'de⁶⁶ daha sonra 1969'da⁶⁷ iki Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile teminat mektuplarının garanti niteliğinde olduğuna karar verilmiş, bu tarihten sonra Yargıtay, yerleşik içtihatları ile teminat mektuplarını garanti niteliğinde saymıştır⁶⁸.

Kanaatimizce banka teminat mektupları kefalet niteliği taşıyabileceği gibi garanti sözleşmesi niteliği de taşıyabilir. Bir başka ifade ile, bu konuda teminat mektuplarının belirli bir hukuki niteliğe sahip olduğu hususunda baştan kesin bir hükümde bulunmak mümkün olmayıp, her bir teminat mektubunun içeriğine göre teminat mektubunun banka tarafından hangi hukuki niteliğe sahip olarak düzenlendiğini tespit etmek gerekecektir. Öte yandan kefalet sözleşmesi niteliğinde bir banka teminat mektubu verilecek ise, bu nitelikte bir teminat mektubu TBK m 583 f 1'in öngördüğü şekil şartlarını taşımalıdır. Banka tarafından verilen garanti niteliğinde teminat mektupları ise, kişisel güvence verilmesine ilişkin olsa da, gerçek kişiler tarafından verilmediğinden TBK m 603 hükmüne göre kefaletin şekil şartlarına tabi olmayacaktır.

Uygulamada banka teminat mektuplarının neredeyse tamamı garanti sözleşmesi niteliğinde olduğundan bu çalışmamız bakımından da garanti sözleşmesi niteliğinde olan banka teminat mektupları esas alınarak inceleme yapılacaktır⁶⁹.

B. Mücbir Sebeplerin Banka Teminat Mektuplarına Etkisi

Teminat mektubu, riskin gerçekleşmesi ve usulüne uygun bir biçimde muhatabın paraya çevirme talebinde bulunması ile birlikte paraya çevrilir⁷⁰.

Bu bakımdan banka teminat mektuplarında mücbir sebeplerin iki bakımdan etkisi olduğu görülmektedir. İlk olarak, mücbir sebepler riske etki etmiş olabilir. İkinci olarak, risk gerçekleşmekle birlikte mücbir sebeplerin etkisi ile paraya çevirme talebinin zamanında yerine getirilememesi veya ibraz edilen belgelerin incelenememesi söz konusu olabilir⁷¹.

⁶⁶ “Bankanın sıfatı teminatı veren olduğundan, taahhüdü esas sözleşmeyi yapan taraflardan ve esas akitten ayrı ve tamamen müstakildir.” YİBK, 66-16/7, 13.12.1967, (RG. 05.04.1968, S. 12867) [Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 30, dn 11]; ayrıca bkz Akyazan (n 60) 27.

⁶⁷ “Teminat mektuplarının mahiyeti itibarıyla Borçlar Kanunu'nun 110. Maddesinde sözü edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti akdi olduğuna...karar verilmiştir.” YİBK, 4/6, 11.06.1969, (RG. 3.10.1969, S. 13317) [Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 30, dn 13].

⁶⁸ Somuncuoğlu (n 61) 399; HGK, 11-1941/560, 21.07.1981; 13 HD, ,5281/7400, 03.12.1982 HGK., 11-1915/865, 27.12.1982; 15 HD, 531/2145, 13.06.1985 [Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 32, dn 17]; Ünal Tekinalp, *Banka Hukukunun Esasları* (Vedat Kitapçılık 2009) 518; Ekici/Durukanoğlu (n 50) 43; Arif B. Kocaman, ‘Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine’ (1990) 15 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 49-66; Omağ (n 61) 333 vd; İzzet Başara, ‘Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği’ (2009) (83) TBB Dergisi, 311.

⁶⁹ Aynı doğrultuda: Doğan, *Teminat Mektupları*, (n 3) 14.

⁷⁰ Teminat mektubu ile mutlaka belirli bir risk garanti edilir. Risk, ise mutlaka müstakbel ve muhtemel bir olaydır. Reisoğlu, ‘Banka Teminat Mektupları Uygulamalarında Ortaya Çıkan Başlıca Sorunlar’ (n 50) 86; ayrıca bkz Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 346; Doğan, ‘Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi’ (n 2) 141; Paraya çevirme talebi, riskin gerçekleşmesi üzerine muhatabın teminat mektubu bedelinin tazminini talep etmeye yönelmiş tek taraflı ve varması gerekli irade beyanıdır [Canbolat (n 50) 124].

⁷¹ Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 346.

1. Mücbir Sebeplerin Teminat Konusu Riske Etkileri

a. Genel Olarak

URDG, mücbir sebep ile ilgili bir düzenleme içerse de mücbir sebeplerin risk üzerindeki etkileri nazara alınmamıştır⁷². Türk hukukunda da mücbir sebeplerin teminat konusu riske etkisini içeren doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, mevzuatta söz konusu durumla ilgili bazı hükümlere rastlanmaktadır. 4735 sayılı Kamu İhalesi Sözleşmeleri Kanunu m 23'e göre; "*Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir.*" Yine, "Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumunun 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3/G Maddesi Uyarınca Yapacağı Mal ve Hizmet Alımlarında Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik"⁷³ m 36 f 2 son cümlede; "*Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir.*" şeklinde hüküm bulunmaktadır.

Garanti sözleşmesi, temel ilişkiden bağımsız olup kefaletin aksine asıl borca ait def'iler bu sözleşmelerde ileri sürülemez⁷⁴. Garanti niteliğinde olan banka teminat mektupları da temel ilişkiden bağımsız ve asli bir borç doğurur⁷⁵. Buna göre, temel ilişkinin geçersiz olduğu, kötü ifa, takas, borcun sona erdiği⁷⁶, zamanaşımına uğradığı, mücbir sebeplerin gerçekleştiği gibi temel ilişkiyi ilgilendiren def'i ve itirazlar muhataba karşı banka tarafından kural olarak ileri sürülemez⁷⁷. Bunun

⁷² Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, Ajans Türk Matbaası (n 62) 348; Doğan, 'Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi' (n 2) 141.

⁷³ RG 6.3.2019/30706.

⁷⁴ Özellikle kayıtsız şartsız ödeme taahhüdü içeren banka teminat mektuplarında, bankaların herhangi bir gerekçe ile teminat mektubunu ödemekten kaçınmaları, uygulamada kendi itibarlarına zarar veren bir husus olarak görülmektedir. Bir Yargıtay kararında da bu husus şu şekilde belirtilmektedir: "*Yine vurgulanmak gerekir ki Banka teminat mektupları bir kıymetli evrak olmadığı gibi mücerret bir borç taahhüdü de değildir. Daima ileride doğabilecek bir rizikoyu ihtiva eder. Genelde de banka lehtar ile bir kontrgaranti sözleşmesi yapmadan teminat mektubu verilemez. Yine belirtmek gerekir ki banka teminat mektuplarının bunu veren bankanın itibarı ile çok sıkı biçimde bağlı bulunduğu da kuşkusuzdur. Bu mektupla taahhüt edilen bedelin muhatap tarafından talebi halinde ödenmemesi banka için onarılması güç ve itimadı sarsıcı sonuç doğuracağı hatta olayın tekrar edip duyulması halinde bankayı kaçınılmaz mali zorluklara düşüreceği aşikardır. Bankalar Kanunu'na göre ülkede tüm bankacılık işlemlerini yapmakta yetkili bulunan bir bankanın kendi güvenilirliği ile doğrudan ilişkili bulunan ödememezlik durumuna düşmek istemeyeceği muhakkaktır.*" Yargıtay HGK, 6-1/141, 28.2.1990 [karar için bkz <www.kazanci.com> erişim tarihi: 19.08.2020]; ayrıca bkz Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 72-73; Emin Cem Kahyaoglu, *Banka Garantileri* (Beta Yayınları, 1996) 72 vd; Canbolat (n 50) 157 vd; Doğan, 'Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi' (n 2) 134; Tekinalp (n 68) 514; Müjgan Tunç Yücel, 'Banka Teminat Mektuplarının İhtiyati Tedbire Konu Olması Üzerine Medeni Usul Hukuku Bakış Açısından Bir İnceleme' (2013) 8(107-108) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11.

⁷⁵ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 57.

⁷⁶ Asıl borcun mücbir sebeplerin etkisi ile sona ermesi, kural olarak banka teminat mektubunu etkilemeyecektir [Doğan, 'Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi' (n 2) 142].

⁷⁷ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 59. Yargıtay istikrarlı bir şekilde bankanın temel ilişkideki borçluya ait defileri muhataba karşı kullanamayacağına karar vermektedir. Yargıtay HGK, 11-1941/560, 21.07.1981; Yargıtay HGK, 971-582/73, 26.01.1974 [Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 59, dn 96]; Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 347; Canbolat (n 50) 158; Develioğlu, 'TBK m.128' (n 50) 1124.

aksine kayıtlara teminat mektubu içeriğinde yer verilebilir⁷⁸. Teminat mektubunda mücbir sebeplere ilişkin böyle bir kayıt var ise banka bunu kendi def'i olarak ileri sürebilecektir⁷⁹. Banka, temel ilişkide asıl borçluya ait def'ileri kural olarak kullanamasa da mektubun sahteliği, mektubun zamanaşımına uğradığı, mektubun yetkisiz kişi tarafından imzalandığı, mektubun ahlaka, adaba, kamu düzenine aykırılığı, riskin doğmadığı veya sona erdiği⁸⁰, hata ve hileye maruz bırakıldığı gibi kendisine ait def'ileri her zaman kullanabilir⁸¹. Yargıtay kararları da bu doğrultudadır⁸².

Banka teminat mektupları asli ve bağımsız bir borç doğurduğundan mücbir sebepler asıl borcu sona erdirse dahi, kural olarak bankanın teminat mektubu kapsamında garanti yükümlülüğü devam edecektir⁸³. Garanti sözleşmesinde, kural olarak kaza ve beklenilmeyen hallerin garanti verenin risk yükümlülüğü kapsamında olduğu kabul edilmektedir⁸⁴. Banka teminat mektuplarının teminat altına aldığı riskin gerçekleşmesinde mücbir sebepler ve beklenilmeyen hallerin etkisi olduğu durumlar

⁷⁸ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 60; Canbolat (n 50) 158. Uygulamada genelde teminat mektupları içeriğinde "ilk talepte derhal, protesto keşidesine, hüküm istihsaline, borçlunun rızasını almaya gerek olmaksızın ödeme" şeklinde kayıtlar yer almaktadır. Bir görüş, bu kayıtları içeren bir teminat mektubunda yer alan def'i ve itirazlarla diğer hususlara ilişkin özel şartların geçersiz olduğunu belirtse de Reisoğlu'nun da ifade ettiği üzere bu görüşe katılmaya olanak yoktur. Bu hususta bkz Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 67; Kahyaoglu (n 74) 73; bu kayıtların pratik bakımdan uygulanabilir olmadığı hakkında bkz Canbolat (n 50) 158.

⁷⁹ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 67.

⁸⁰ Riskin sona erdiği durumlarda bankanın garantisinden de söz edilemez. Buna karşılık, asıl borçlunun kullandığı def'ie rağmen sadece fiili bir durum olarak dahi risk devam ediyor ise veya risk gerçekleşti ise bankanın teminat yükümü de devam edecektir. Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 64; Kahyaoglu (n 74) 82.

⁸¹ "Bununla beraber Banka, sırf kendisine ait def'ilerle mektup bedelini ödemekten imtina edebilir. Teminat mektubunun zamanaşımına uğraması sahte olması gibi def'ileri ileri sürebilir. Bankanın bunlar dışında itiraz ve dava hakkı düşünülemez." Yargıtay HGK, 1979/1-1941, 1981/560, 03.07.1981 [karar için bkz <www.kazanci.com> erişim tarihi: 13.08.2020]. Reisoğlu'na göre bu karar örnekler bakımından eksik ve yanıltıcıdır. Bu örneklerin başında "riskin doğmaması veya sona ermesi" gelmelidir. Bu hususta bkz Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 61; ayrıca bkz Kahyaoglu (n 74) 77 Tekinalp (n 68) 534; Yücel (n 74) 10; Tuğsavul, (n 58) 309; Hilal Coşkun, "Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları" (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi 2012) 188 vd.; Hüseyin Murat Derelioglu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (Vedat Kitapçılık 2009) 368 vd.

⁸² "...davacı banka garanti sözleşmesi ile bağımsız bir yükümlülük altında girmekle beraber, kendisi de garanti aktinin akidi ve borçlusu durumundadır ve her sözleşmede olduğu gibi garanti aktinde de borçlu banka bu sözleşmenin sahtecilik yoluyla oluşturulduğunu, bu nedenle hiç doğmadığını, hata ve hileye maruz bırakıldığını, teminat mektubu ile garanti altına alınan ilişkinin hiç doğmadığını veya bu gibi kendisine ait def'ileri ileri sürerek teminat mektubu ile yükümlendiği edimlerden kurtulması mümkündür. Sözleşmenin bir garanti akti niteliğinde olması, borçlunun bu temel savunma haklarından yararlanmasına engel teşkil edemez. Bütün bu hususlar Yargıtay HDK'nun 3.7.1981 gün ve 1979/II-1941 esas ve 1981/560 sayılı kararı ile Dairemiz 8.11.1983 gün ve 1983/4264-4887 sayılı, 22.03.1985 gün ve 1985/1001-1619 sayılı, 3.5.1985 gün ve 1985/2680-2690 sayılı kararlarında detayları ile incelenip, kabul edilmiş bulunmaktadır." Yargıtay 11 HD, 7787/629, 9.2.1988 [Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 65]. Bu bozma kararı sonrasında "Mahkemece, dava konusu teminat mektubunun, sahtecilik yoluyla düzenlendiği, bu teminat mektubunun garanti altına aldığı rizikonun da gerçekleşmediği, davalının ibraz ettiği faturanın gerçek mal alım satımına ilişkin olmadığı belirlendiği gerekçesiyle davalının kabulüne karar verilmiş" söz konusu mahkeme kararı Yargıtay tarafından onanmıştır. Yargıtay 11 HD, 1989-5896/2664, 29.03.1990 [karar için bkz <www.kazanci.com> erişim tarihi: 13.08.2020].

⁸³ Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 347. Yargıtay da bir kararında; "Türk mevzuatında, garanti akdine ilişkin bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, Yargıtay Ettiği Birleştirme Büyük Kurulu'nun 01.12.1967 gün 1966/16 esas, 1967/7 karar sayılı ve 11.06.1969 gün 1969/4-6 sayılı kararlarında açıklandığı ve öğretide baskın şekilde kabul edildiği gibi, banka teminat mektupları garanti akdi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Bunun doğal sonucu olarak banka teminat mektubu vermekle bir asli borç yüklenmiş olmaktadır. Teminat mektubunu öderken kendi borcunu ödemiş olmaktadır. Banka mücbir sebepleri, beklenmeyen halleri, imkansızlığı, muhatap ile lehtar arasındaki aktin geçersizliğini, lehtarın ölümünü, iflasını ileri sürerek tazmin talebini reddedemez." şeklinde karar vermiştir. Bkz Yargıtay 11 HD, 2008-12747/3032, 19.04.2010 [Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 348, dn 27].

⁸⁴ Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, Ajans Türk Matbaası (n 62) 11.

da kural olarak teminat kapsamı içerisinde yer almaktadır. Ancak, bazı durumlarda teminat konusu riskin mücbir sebeplerle gerçekleşmiş olması, teminat mektubunun paraya çevrilmesine etki edebilir.

Banka kural olarak yalnızca kendisine ait def'ileri ileri sürebilse de banka teminat mektuplarının asıl sözleşme ilişkisinden bağımsız olmaları, sebepten mücerret bir borç ilişkisi doğduğu anlamına gelmez. Banka teminat mektupları, "ilk talepte ödeme kaydı" taşısa dahi mücerret bir borç ikrarı niteliğinde olmayıp, belirli bir riski teminat altına alan sebebe bağlı bir borç ilişkisi doğurmaktadır⁸⁵. Teminat mektubunun güvence altına aldığı risk dışında bankanın sorumluluğu bulunmamaktadır⁸⁶. Bu bakımdan bazı hallerde temel ilişkiden doğan def'iler bankanın teminat mektubu kapsamında doğacak ödeme yükümlülüğünü de etkileyebilir. Banka, temel ilişkiden doğabilecek def'ileri üç istisnai durumda ileri sürebilecektir⁸⁷: (1) Paraya çevirme talebinin hakkın kötüye kullanılması oluşturduğunun likit deliller ile kanıtlandığı haller, (2) temel ilişkideki bazı hükümsüzlük hallerinin banka teminat mektuplarını da etkilediği haller⁸⁸ ve (3) temel ilişkinin sulh ve ibra ile ortadan kalktığı durumlar⁸⁹.

b. Paraya Çevirme Talebinin Hakkın Kötüye Kullanılması Oluşturması

Garanti alan, teminat mektubunun paraya çevrilmesine yönelik olarak görünürde bir talep hakkına sahip olmasına rağmen, bu hakkını dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanır ise bu durum, hakkın kötüye kullanılması oluşturur. Böyle bir halde garanti veren, hakkın kötüye kullanıldığını ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir⁹⁰.

⁸⁵ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 52; Fahrettin Aral, 'Teminat Mektuplarında Lehdar İle Muhatap ve Lehdar İle Banka Arasındaki Hukuki İlişki' (2007) 24(2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, s. 189-190; Coşkun (n 81) 25 vd; Develioğlu, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (n 81) 136. Teminat sebebinin teşkil eden olay, bağımsız da olsa garanti sözleşmesini etkileyebilir. Bir Yargıtay kararında yerel mahkemenin garanti sözleşmesinin bağımsızlığına dayanan red kararı şu gerekçelerle bozulmuştur: "Davaya konu teminat mektubunun 14.03.1991 tarihli sözleşme gereğince 169 adet körüklü tip otobüs işinin garantisini olarak verildiği, sözleşme konusu işin kısmen ifa edilmiş durumda iken, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 30.05.1992 tarih ve 757 (1992) sayılı eski Yugoslavya Federal Sosyalist Cumhuriyeti'ne yaptırım uygulanması kararı uyarınca sözleşme konusu körüklü otobüslerin ithalinin gerçekleşmediği, bilahare ticari sözleşmenin "Mücbir Sebep" başlıklı 6. maddesi uyarınca sözleşmenin davacı tarafından tek taraflı olarak feshedildiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar mahkemenin de karar gerekçe bölümünde açıkladığı gibi banka teminat mektupları hukuki niteliği itibarıyla BK.nun 110. maddesi hüküm uyarınca garanti sözleşmesi kapsamında ise de, davalı bankaca yargılama aşamasındaki savunmalarında teminat mektubunun dayanağı olan sözleşmeyi davacının tek yanlı ve haksız olarak fesh ettiği, bu konuda yatırdığı avansı çektiği, konunun davacı tarafından Hazine Müsteşarlığı'na intikal ettirildiği, 1993 yılından beri sözleşmenin akibetinin muallakta kaldığı, 6 yıl sonra teminat mektubunun paraya çevrilmesinin talep edilmesinin hakkın kötüye kullanılmasını oluşturduğu savunularak, davanın reddine karar verilmesi talep edildiği halde, mahkeme gerekçesinde bu konuya yer verilmemiş, diğer bir deyişle bu savunma açısından Yargıtay denetimine elverişli bir karar oluşturulmamıştır. Bu açıdan HUMK.nun 388/3. maddesi unsurlarını içermeyen kararın bozulması gerekmektedir." Yargıtay 11 HD, 2003-12386/8668, 21.09.2004 [karar için bkz <www.kazanci.com> erişim tarihi: 13.08.2020].

⁸⁶ Ekici/Durukanoglu (n 50) 116.

⁸⁷ Kahyaoğlu (n 74) 74; Canbolat (n 50) 159; Coşkun (n 81) 186 vd.

⁸⁸ Örneğin kaçakçılıktan doğacak alacak teminat mektubu ile güvence altına alınır ise TBK m 27 kapsamında hükümsüzlük teminat mektubunu da etkilemelidir. Bkz Kahyaoğlu (n 74) 73-75; Develioğlu, 'TBK m.128' (n 50) 1116-1117.

⁸⁹ Temel ilişki sulh ve ibra ile ortadan kalkmış olup, bu durum likit deliller ile kanıtlanır ise bunun banka tarafından def'i olarak ileri sürülebileceği ifade edilmiştir. Kahyaoğlu (n 74) 75; Bir başka görüşe göre de, temel ilişki ile ilgili bir sulh ve ibraya rağmen ödeme talebinde bulunulması tipik bir hakkın kötüye kullanılması oluşturur. Canbolat (n 50) 221.

⁹⁰ Canbolat (n 50) 159; Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 294; Kahyaoğlu (n 74) 77-78; Tekinalp (n 68) 393-394; Develioğlu, 'TBK m.128' (n 50) 1124; Develioğlu, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (n 81) 341.

Hakkın kötüye kullanıldığını kabul için; bir hukuk düzenince tanınmış bir hak bulunmalı, bu hak objektif iyi niyet kurallarına aykırı şekilde (amacı dışında) kullanılmalı, bu hakkın kullanılması sonucunda başkaları zarar görmeli ve kendi sağladığı yarar ile zarar arasında açık nispetsizlik bulunmalıdır. Hakkın kötüye kullanıldığının kabulü için hak sahibinin kusurlu olması veya zarar verme kastı ile hareket etmesi de gerekmez⁹¹. Teminat mektubunun paraya çevrilmesi talebinin dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanılması yeterlidir⁹².

Özellikle ilk talepte ödeme kaydı içeren teminat mektuplarında, muhatabın ödeme talebi ile paraya çevrilebilmesi karşısında haksız ödeme talepleri bakımından bir risk doğmaktadır⁹³. İlk talepte ödeme kaydı içeren bir teminat mektubu muhataba teslim edilmiş olmasına rağmen, asıl sözleşme mücbir sebeplerin etkisi ile imzalanamamış ancak muhatap tazmin talebinde bulunmuş ise⁹⁴, ilk talepte ödeme kaydına rağmen muhatabın tazmin talebi, hakkın kötüye kullanılması oluşturduğundan banka tarafından reddedilebilecektir⁹⁵. Teminat mektubunun paraya çevrilmesi talebinin hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu durumlarda, bankanın ödeme yükümlülüğünün doğmayacağı kabul edilmektedir⁹⁶.

⁹¹ Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 309; Talih Uyar, ‘Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük Kuralı” ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” (2000), DEÜHF Yayınları (Seyfullah Edis’e Armağan) 442; Nami Barlas, ‘Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi’ (1997) 55(3) İHFM, 197 vd; Canbolat (n 50) 197 vd.; Develioğlu, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (n 81) 341.

⁹² Canbolat (n 50) 217.

⁹³ Develioğlu, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (n 81) 341.

⁹⁴ Teminat mektubu belirli bir riskin garantisi olarak verilmektedir. Risk hiç doğmamış ise veya sona ermiş ise, buna rağmen muhatap tazmin talebinde bulunur ise, bu talep haksız tazmin talebi olarak isimlendirilir. Bunun nedeni teminat mektubu bağımsız olsa dahi mücerret bir borç ikrarı niteliğinde değildir. Bkz Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 292; Reisoğlu, ‘Banka Teminat Mektupları Uygulamalarında Ortaya Çıkan Başlıca Sorunlar’ (n 60) 85; Develioğlu, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (n 81)346.

⁹⁵ Bkz Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 299; Banka teminat mektupları esas ilişkiden bağımsız olsa da garanti altına alınan riskin gerçekleştiği iddiası açıkça dayanaktan yoksun ise, ICC banka teminat mektuplarına ilişkin kuralları hazırlayan Affaki ve Goode’a göre hile ve haksız tazmin nedeni ile banka ödeme yapmamalıdır. Bkz Georges Affaki/ Sir Roy Goode, *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758* (2011) 7; Uygulamada “uzat ya da öde” şeklinde yer alan teminat mektuplarında da muhatabın bu talebinin haksız olduğu ve hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği likit deliller ile kanıtlanırsa muhatabın bu talebi banka tarafından reddedilecektir. Bkz Kahyaoglu (n 74) 81; Canbolat (n 50) 220; Develioğlu, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (n 81) 354-355.

⁹⁶ Canbolat (n 50) 214.

Yargıtay bazı kararlarında, teminat konusu borç mücbir sebeplerin etkisi ile ihlal edilmiş ise, paraya çevirme talebinin hakkın kötüye kullanılması oluşturup oluşturmadığına atıfta bulunmadan teminat mektubunun tazmininin haksız olduğuna karar vermektedir⁹⁷.

Yargıtay'ın bir kararında⁹⁸; esas borcun imkansızlık nedeni ile sona ermesi halinde teminat mektuplarının da iadesi gerektiğine karar verilmiştir. *Karahasan*, bu kararı edimin imkansızlık nedeni ile yerine getirilememesi durumunda yüklenicinin sözleşme ile de bağlı tutulamayacağı, bu nedenle yüklenicinin verdiği teminat mektubunun kendisine iade edilmesi gerektiği doğrultusunda değerlendirmiştir⁹⁹. Buna karşın, *Reisoğlu*'na göre¹⁰⁰, Yargıtay'ın görüşü yanlıştır. Teminat mektupları bakımından imkansızlık nedeni ile borçtan kurtulma temel ilişki ile ilgili bir def'i olup, bunun banka tarafından tek başına ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Risk doğduğuna göre, böyle bir halde olsa olsa imkansızlık ile birlikte paraya çevirme talebinin hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiği ileri sürülebilir.

Kanaatimizce, *Reisoğlu*'nun görüşünü kabul etmek gerekir. Banka temel ilişkiyi ilgilendiren def'i ve itirazları kural olarak doğrudan ileri süremez. Bunun için teminat mektubunun paraya çevrilmesi talebinin aynı zamanda hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması gerekir.

Bazı durumlarda muhatap teminat mektubunu paraya çevirme talebinde bulunmaya hakkı olmamasına rağmen talepte bulunmuş olabilir. Böyle durumlarda

⁹⁷ Toplam 2000 ton sodyum perborat'ın ihracı için yapılan bir sözleşmeden doğan ihtilafa ilgili Yargıtay'ın kararı şu şekildedir: "Mahkemece, davacı şirketin, son parti 250 ton malı davalı ve karşı davacı müesseseden, sözleşmede yer alan hükme ve davalı satıcı ile sonradan varılan anlaşmaya rağmen süresinde teslim alıp, ihracını gerçekleştirilmemiş olması nedeniyle kusurlu bulunduğu ve bu nedenle sözleşmenin ihlal edilmiş olduğu gerekçe gösterilerek teminat mektuplarının iadesine ilişkin istemin haklı olamayacağı sonucuna varılmıştır. Oysa, taraflar arasında aktedilen sözleşmenin 9-a maddesinde, malın tamamının 30.6.1990 tarihine kadar ihracının gerçekleştirilmesi öngörülmüş olmasına karşın, davalı satıcı tarafından keşide edilen ve karşı çıkılmayan 22.6.1990 tarihli fax mesajında, son parti ile ilgili yükleme tarihinin 31.7.1990 tarihine kadar uzatıldığının kabul edildiği ve bu tarih esas alınarak yüklenen malın, Irak-Kuveyt savaşı sırasında gümrük kapılarının kapanması sebebiyle ihracının gerçekleştirilemediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, gerek dosya içindeki bilgi ve belgelerden, gerekse uzman bilirkişilerin bu konuyu da irdeleyerek düzenledikleri raporlar içeriğinden, olayda mücbir sebebin varlığının kabulü gerektiği sonuca varılmaktadır. O halde, yasal hükümlere riayet edilmeden yurt içinde satıldığı ileri sürülen mal sebebiyle, davalı müessesenin uğradığı zarar yönünden karşı dava konusu yaptığı meblağdan, teminat mektubu tutarının indirilmesi ile bulunacak karşı davacı alacağına hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar tesisinde isabet görülmemiştir. Bu nedenle davalı ve karşı davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddine, ikinci beninde gösterilen nedenle hükmün davacı ve karşı davacı yararına BOZULMASINA", Yargıtay 19 HD, 1993-9783/11713, 30.11.1994 [karar için bkz <www.kazanci.com> erişim tarihi: 13.08.2020].

⁹⁸ "Mimari plan ve detayların taraflarca bir ön şartın gerçekleşmesine bağlı tutulmuş, kubbe tecrübelerinden olumlu sonuç alınması amaçlanmıştır. Davacılar anılan sözleşmenin yükümlendiği yapıım borcunun muacceliyeti, işaret edildiği üzere olumlu sonucun alınmasıyla mümkündür. Ne var ki ODTÜ Mühendislik Fakültesi İnşaat Bölümü Yapı Statik ve tatbiki mekanik laboratuvarlarındaki denemenin yeterli sonuca ulaşmadığı ve Türkiye'deki fenni olanaklarla böyle bir tecrübenin yapılamayacağı sonucu ortaya çıkmıştır. Bu durumda ek sözleşmede kararlaştırılan mimari plan ve detayların yapıma borcu mümkün olmadıktan davacıların sözü geçen borçtan kurtuldukları (BK 20 ve 117. Maddesine göre) göz önünde tutularak teminat mektuplarının serbest bırakılması gerekeceği düşünülmeyen aksine yazılı nedenlerle tüm isteğin reddine karar verilmesi doğru değildir.", Yargıtay 15 HD, E. 971/1483, 29.06.1977 [Mustafa Reşit Karahasana, İnşaat İmar İhale Hukuku, Üçüncü Cilt (Sevinç Matbaası 1979) 1387].

⁹⁹ age 1387

¹⁰⁰ *Reisoğlu*, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 59.

hak bulunmadığından hakkın kötüye kullanılmasından da bahsedilemez¹⁰¹. Şarta bağlanmış bir teminat mektubunda şart gerçekleşmeden paraya çevirme talebinde bulunulması, garanti süresinden sonra yapılan paraya çevirme talebi buna örnektir. Buna karşın, garantinin kayıtsız şartsız verildiği ve ilk talepte ödeme kaydı içeren garantilerde muhataba sadece talepte bulunarak teminat mektubunu paraya çevirebilme hakkı tanınmıştır. Bu hakkın tanınması teminat mektubunu mücerret hale getirmese de görünürde var olan talep hakkının kötüye kullanılması söz konusu olabilecektir¹⁰².

Paraya çevirme talebinin hakkın kötüye kullanılması oluşturup oluşturmadığı her somut olaya göre ayrı ayrı tespit edilmelidir¹⁰³. Edimin yerine getirilmemesine muhatabın kendi davranışı ile yol açması¹⁰⁴, ifayı engellemesi¹⁰⁵, temel ilişkideki edimin ifası için süre verilmesi¹⁰⁶, temel ilişkideki edimin ifasının sonradan kusursuz olarak imkansız hale gelmesi¹⁰⁷, ihale için geçici teminat mektubu alınmış ise de ihale hiç yapılmadan teminat mektubunun paraya çevrilmesinin talep edilmesi¹⁰⁸, alacaklı muhatabın asıl sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmüş olması¹⁰⁹, asıl borcun ifa edildiği veya geçersiz olduğuna ilişkin bir mahkeme veya hakem kararına rağmen ödeme talebinde bulunulması¹¹⁰, karşılaştırılan amaca aykırı bir şekilde, muhatabın lehtarla arasında yer alan bir başka sözleşmeye dayanarak ödeme talebinde bulunması¹¹¹ gibi hallerde muhatabın teminat mektubunun paraya çevrilmesini talep etmesi hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecektir.

c. Hakkın Kötüye Kullanıldığının Likit Delillerle Ortaya Konulması

Likit delil¹¹², paraya çevirme talebinin haksız olduğunu ve hakkın kötüye kullanıldığını hiçbir duraksamaya yer vermeyecek nitelikte açıkça gösteren yazılı ve borçlu tarafından düzenlenmemiş, birbirini tamamlayan, bu konuda ispat için başka bir belge ve bilgiye ihtiyaç göstermediği gibi, başka bir ihtimalin varlığını bitiren

¹⁰¹ Develioğlu, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (n 81) 345.

¹⁰² Develioğlu, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (n 81) 341.

¹⁰³ age 59.

¹⁰⁴ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt 2 (Dördüncü basımdan Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık 2010) 856, Kahyaoglu (n 74) 80, Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi* (n 62) 171, Develioğlu, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (n 81) 353. Sözleşmede önce muhatabın akreditif açacağı, sonra lehtarın malları teslim edeceği yazmasına rağmen akreditif açmayan muhatabın teminat mektubunu paraya çevirme talebinde bulunması hakkın kötüye kullanılmasıdır. Canbolat (n 50) 222.

¹⁰⁵ Develioğlu, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (n 81) 354; Develioğlu, 'TBK m.128' (n 50) 1124.

¹⁰⁶ age 225-226.

¹⁰⁷ age 227 vd.

¹⁰⁸ Develioğlu, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (n 81) 344, dn. 1310.

¹⁰⁹ age 344, dn. 1310.

¹¹⁰ age 351.

¹¹¹ age 352.

¹¹² "Likit delil" delilin ispat gücü ile ilgili olup, ispatın ölçüsü bu kavramdan farklıdır. İhtiyati tedbir kararları bakımından Türk hukukunda ispatın ölçüsü olarak "yaklaşık ispat" aranmaktadır. Yücel (n 74) 17.

ve şüpheyi yok eden nitelikte açık ve net delillerdir¹¹³. Yabancı mahkeme kararları ve hakem kararları¹¹⁴ ile ihtiyati tedbir kararı, senetler bu tür deliller olarak kabul edilebilecektir¹¹⁵. Örneğin, teminat mektubu bir vergi borcunun teminatı olmak üzere verilmiş ise vergi dairesi tarafından hiçbir vergi borcu bulunmadığına ilişkin verilen belge likit delildir. Söz konusu likit delilin bankaya sunulması halinde, bankanın teminat mektubunun paraya çevrilmesi ve ödenmesi talebini reddetmesi gerekir¹¹⁶.

Mücbir sebeplerin teminat mektubu ile güvence altına alınan riske etki ettiği hallerde, lehtar likit deliller ile muhatabın paraya çevirme talebinin aynı zamanda hakkın kötüye kullanılmasını oluşturduğunu kanıtlar ise banka yine kendi def'i olarak bunu muhataba karşı ileri sürebilecek ve paraya çevirme talebini reddedecektir¹¹⁷. Aksi takdirde, banka kontrgaranti kapsamında rücu edemez¹¹⁸. Ancak bunun için mücbir sebeplerin risk üzerindeki etkisi ve teminat mektubunun ödenmesi talebinin hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu lehtar tarafından likit delillerle kanıtlanmalıdır. Banka ile lehtar arasında bir vekalet ilişkisi bulunmakta olup¹¹⁹ banka bu ilişkiye bağlı kalmak zorundadır. Bu kapsamda, ödeme için gerekli şartların oluşmadığını tespit eden banka, teminat mektubunu paraya çevirmekten kaçınmakla yükümlü olduğu gibi¹²⁰, muhatabın paraya çevirme talebinde bulunması üzerine vekalet ilişkisi kapsamında lehtarı durumdan haberdar etmek zorundadır¹²¹.

Banka teminat mektuplarının ilk talepte ödeme kaydı taşıması halinde, bankanın riskin gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin esastan bir inceleme yapma yükümlülüğü bulunmayacak, yapılacak inceleme daha çok şekli bir inceleme olacaktır¹²². İlk talepte ödeme kaydı yok ise banka sunulan talep ve belgeleri esaslı bir şekilde incelemekle yükümlüdür¹²³. Bununla birlikte, teminat mektubu ilk talepte ödeme kaydı taşısa dahi

¹¹³ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 288; Canbolat (n 50) 231 vd. HMK tarafından likit delil şeklinde bir delil türü bulunmadığı, Türk hukukunda senetle ispat kuralının geçerli olduğu hakkında bkz Evrim Erişir, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri* (XII Levha Yayınları 2013) 490; Alman hukukunda kabul görmüş likit delil teorisinin hukukumuzda ilk olarak Tekinalp tarafından savunulduğu hakkında bkz Kahyaoğlu (n 74) 78; Tekinalp (n 68) 533; Yücel (n 74) 12.

¹¹⁴ Canbolat (n 50) 237.

¹¹⁵ Örneğin bir ifanın garantisinde ifanın yapıldığına ve malın teslim edildiğine dair muhatabın imzasını taşıyan belge bu anlamda likit delil olarak kabul edilebilecektir [Kahyaoğlu (n 74) 78-79].

¹¹⁶ Yarg. 11. HD., E. 1983/3236, K. 1983/4977, T. 11.11.1983 [Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (n 104) 863].

¹¹⁷ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 61; Hakkın kötüye kullanılması itirazı, garanti sözleşmesinin bağımsızlık karakterine zarar vermez. Zira bu itiraz garanti sözleşmesinden doğar [Develioğlu, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (n 81) 348].

¹¹⁸ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (n 50) 288; Canbolat (n 50) 239; Develioğlu, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (n 81) 349.

¹¹⁹ Buna karşılık ilişkisi de denilir. Bkz Canbolat (n 50) 63 vd; Tekinalp (n 68) 531; Aral, 'Teminat Mektuplarında Lehtar İle Muhatab ve Lehtar İle Banka Arasındaki Hukuki İlişki' (n 85) 21 vd.

¹²⁰ Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 256; Canbolat (n 50) 138; Coşkun (n 81) 183; Develioğlu, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (n 81) 348.

¹²¹ Aral, 'Teminat Mektuplarında Lehtar İle Muhatab ve Lehtar İle Banka Arasındaki Hukuki İlişki' (n 85) 194.

¹²² Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 255; Kahyaoğlu (n 74) 63; Canbolat (n 50) 137; Doğan, 'Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi' (n 2) 134; Tekinalp (n 68) 516.

¹²³ Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 255; Tekinalp (n 68) 526-527; Kahyaoğlu (n 74) 64-65.

lehtar, teminat mektubu ile güvence altına alınan riskin gerçekleşmediğini veya hakkın kötüye kullanıldığını likit deliller ile kanıtıyor ise banka, bu durumu dikkate almak ve teminat mektubunu tazmin etmemek yükümü altındadır¹²⁴. İlk talepte ödeme kaydı içeren banka teminat mektuplarında da riskin ortadan kalktığı veya ödeme talebinin banka teminat mektubu kapsamına girmediği banka tarafından kendisine ait bir def'i olarak her zaman ileri sürülebilir¹²⁵. Zira bu tür teminat mektupları bakımından dahi, hiç değilse teminata konu olayın gerçekleştiğini iddia eden muhatabın tazmin talebi gereklidir¹²⁶.

Teminat mektubunun güvence altına aldığı bir asıl borç ilişkisi ile ilgili ihtilaf çıktığında haksız tazmin taleplerinin önüne geçilmesi için uygulamada, ihtiyati tedbir kararı ile hukuki koruma sağlanmaya çalışılmaktadır¹²⁷. Özellikle ilk talepte ödeme kaydı içeren banka teminat mektuplarının ödenmesinin hukuken durdurulabilmesinin tek yolu mahkemeden ihtiyati tedbir kararı almaktır¹²⁸. Mücbir sebeplerin risk üzerindeki etkisi bakımından teminat mektubunun paraya çevrilmesi hakkın kötüye

¹²⁴ Tekinalp (n 68) 527; Tazmin etmeme yükümlülüğünün karşılık (vekalet) ilişkisinden doğan bir yükümlülük olduğu hakkında bkz Canbolat (n 50) 139; Aral, "Teminat Mektuplarında Lehdar İle Muhatap ve Lehdar İle Banka Arasındaki Hukuki İlişki" (n 85) 195; Develioğlu, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (n 81) 55. Bir Yargıtay kararında, konu ile ilgili şu şekilde hüküm kurulmuştur; "Kural olarak ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarında banka, yalnızca şekli manada inceleme yapma yetkisini haiz olup, esasa ilişkin herhangi bir inceleme yapma hak ve yetkisini haiz değildir. Bu sebeple de ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarının esas itibarıyla muhatap lehine olduğu kabul edilmektedir. İlk talepte ödeme kaydını havi banka garantilerinde banka, lehdarın her uyarısını değil, likit delillere dayanan uyarısını dikkate almak zorundadır. Ayrıca, lehtar ile muhatap arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin de teminat mektubu bakımından bir önemi yoktur. Lehtar ile muhatap arasında bulunan sözleşmede teminat mektubunun verilmesine dair yazılı riskin, teminat mektubunda gösterilmemesi halinde banka, teminat mektubunda yazılı olmayan riskin gerçekleştiğinin ileri sürülmesi halinde ödemedene kaçınmak durumundadır. Başka bir ifade ile, teminat mektubunda yazılı risk, değiştirilemez ve genişletilemez. Teminat mektupları BK.nun 110. maddesinde öngörülen 3. kişinin fiilini taahhüt niteliğinde olup, mektup lehdarı ile muhatabı arasındaki ilişkiler dışında kalan ve bankanın bağımsız olarak bir borç yüklenmesi ilişkisidir. Burada banka, muhataba karşı asıl borçlu olan lehdarın borcunu taahhüt etmektedir. Banka, teminat mektubu ile belirli ve bağımsız bir riski garanti eder. Bu risk gerçekleşirse, gerçekleştiği ölçüde sorumludur. Bu itibarla, bankanın borcu sebebe bağlı olup, soyut bir borç taahhüdü değildir. Bu nedenle de teminat mektubu kıymetli evrak niteliğinde bir belge değildir. Bu halde teminat mektubu ile güvence altına alınan riskin gerçekleşmediği, dolayısıyla da yapılan ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu aşikardır. Hukuk düzenleri de hakkın kötüye kullanılmasını korumazlar (Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 3. Baskı, Ankara 1997, sh: 13 vd.; Prof. Dr. Seza Reisoğlu, 4491 sayılı yasa ile değişik Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 2000, sh: 371 vd.; Banka Sözleşmeleri, Prof. Dr. Şener Akyol, İstanbul 2001, sh: 180 vd.; Doç. Dr. Vahit Doğan, Banka Teminat Mektupları, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2002, sn: 52-55, 182-183). YHGK. nun 28.02.1990 tarih ve 6-1/141 sayılı ilamı da bu yöndedir." Yargıtay 11 HD, 2006-5679/8483, 04.06.2007 [karar için bkz <www.kazanci.com> erişim tarihi: 10.08.2020]. Yargıtay çok eski kararlarında da "teminat mektubu muhtevasının istenmesi herhangi bir şarta bağlanmamış olsa dahi haklı bir sebebe dayanmadan karşı tarafın zararını mucip olacak şekilde talep edilmesi hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder" şeklinde karar vermiştir. Yargıtay TD, 966-3008/1543, 19.03.1968 [Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (n 104) 825, dn 71].

¹²⁵ Nami Barlas, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları* (1986) 66. Bir garantinin ilk talepte ödeme kaydı taşınması, teminat amacından yoksun olduğu anlamına gelmez [Kahyaoglu (n 74) 59].

¹²⁶ Canbolat (n 50) 58. Bu teminat mektuplarında da muhatabın ilgili teminat mektubunu referans gösterip, sadece "ödeyiniz" şeklinde talebi, uygun tazmin talebi kabul edilmeyecek, muhatap lehtarın taahhüt etmiş olduğu işi gerçekleştirmediğini ve bu nedenle ödeme yapılmasını yazılı olarak talep edecektir [Durukanoglu (n 53) 95].

¹²⁷ Ekici/Durukanoglu (n 50) 147; Erişir (n 113) 468 vd. Teminat mektubu metninde ihtiyati tedbir kararına rağmen ödeme yapılacağına ilişkin kayıtlar HMK m 398'in emredici niteliği karşısızdır [Yücel (n 74) 19]; Aynı doğrultuda: Reisoğlu, "Banka Teminat Mektupları Uygulamalarında Ortaya Çıkan Başlıca Sorunlar" (n 60) 98.

¹²⁸ İhtiyati tedbir kararı, muhatabın ödeme talebinden sonra alınmış olsa dahi banka teminat mektubunu paraya çeviremez. Ödeme talebinden geç gün sonra, henüz teminat mektubu paraya çevrilmemiş alınıp bir ihtiyati tedbir kararı ile ilgili bir Yargıtay kararı şu şekildedir: "somut uyuşmazlıkta olduğu gibi, mektup henüz tazmin edilmeden mahkemeye verilmemiş, teminatın ödenmemesi hususunda verilen bir ihtiyati tedbir kararının varlığı halinde ihtiyati tedbir kararına muhalefetin aynı zamanda suç teşkil ettiği de nazara alındığında, mektup bedelinin ödenmesi mümkün değildir." Yargıtay 11 HD, 2013-168/1395, 22.01.2014 [karar için bkz <www.kazanci.com> erişim tarihi: 10.08.2020].

kullanılması oluşturuyor ise teminat mektubunun paraya çevrilmesi ihtiyati tedbir kararı yolu ile durdurulabilir¹²⁹.

Yargıtay, teminat mektubu konusu riskin mücbir sebeplerle oluştuğu iddiasına karşılık bu iddiayı incelemeyen yerel mahkeme kararlarını bozmuştur¹³⁰.

Yargıtay'ın kararına konu başka bir olayda, ihraç kaydı ile yapılan bir sözleşmedeki borcun ifasının teminatı olarak verilen teminat mektuplarının paraya çevrilmemesi konusunda açılan davada, Suriye'deki olaylara dayanılsa da sözleşmenin imzası tarihi itibarıyla bu olayların bilindiği, bu bakımdan dava konusu olayda mücbir sebep ve beklenmeyen hal koşullarının oluşmaması nedeni ile yerel mahkeme tarafından davanın reddine karar verilmiş, Yargıtay tarafından da bu karar onanmıştır¹³¹. Benzer bir olayda, yine davacının taahhüt ettiği şeker alımını defalarca verilen ek sürelerle rağmen yerine getirmemesine gerekçe yapılan Suriye'deki ve Irak'taki olayların sözleşmenin yapıldığı sırada davacı tarafından bilinmesi nedeni ile mücbir sebep

¹²⁹ Kahyaoğlu (n 74) 87; Canbolat (n 50) 293 vd; Tekinalp (n 68) s. 535 vd. Erişir (n 113) 482; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (n 104) 870; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m 34 son cümleye göre: "Her ne suretle olursa olsun, idarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz." Teminat mektuplarının hükümsüzlüğü talebini içeren davalarda, ayrıca tahakkuk edecek banka teminat mektubu devre komisyonlarının ödenmemesi için de genelde talep olduğundan davalı olarak hem muhatap hem de banka gösterilmektedir. Yargıtay'a intikal eden bir olayda: "Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davacı şirketin Irak'ta yapması gereken ticari işlerin yapılmamasından dolayı bu teminat mektubunun davalı Rafidain Bank açısından hükümsüz kaldığı, teminat mektubunun hükümsüz kaldığı ya da riskin ortadan kalktığı ana kadar işleyecek devre komisyonlarının ise mektubu veren İş bankasına yükletilmesinin mümkün bulunmadığı gerekçesiyle, davalı İş Bankası hakkındaki davanın reddine, diğer davalı Rafidain Bank hakkındaki davanın kabulü ile davaya konu teminat mektubunun iptaline karar verilmiştir." Yargıtay, davacı tarafın temyiz itirazlarını reddetmiş, söz konusu mahkeme kararını onanmıştır. Yargıtay 11 HD, E. 2004-12929/10809, 10.11.2005 [karar için bkz <www.kazanci.com> erişim tarihi: 10.08.2020].

¹³⁰ "Dava, davaya konu Amonyum Sülfatın Gürcistan'da ortaya çıkan savaş nedeniyle karşılanamadığı, bir başka deyişle mücbir sebep nedeniyle sözleşme hükümlerinin getirilemediği iddiasıyla açılmıştır. Ancak mahkemece HUMK. Nun 74. Maddesi hükmü göz ardı edilerek olayda mücbir sebebin bulunup bulunmadığı incelenmeksizin, davalı şirketin akde tam uymadığı ve karşılıklı kusura dayanılarak verilen bilirkişi raporunun kısmen kabul edilerek yazılı olduğu şekilde talep aşılacak suretiyle hüküm kurulması doğru değildir. Yapılacak iş, dava iddiası üzerinde durularak olayda mücbir sebebin var olup olmadığını belirleyip sonucuna uygun bir karar vermekten ibarettir." Yargıtay 19 HD, 1996-7824/4925, 14.05.1997 [karar için bkz <www.kazanci.com> erişim tarihi: 13.08.2020].

¹³¹ "Mahkemece toplanan delillerle göre, taraflar arasında 25.2.2013 tarihli ihraç kaydı ile 3 bin ton şeker ihracatına dair sözleşme yapıldığı, dosyadaki sözleşme ve belgeler kapsamında ihracatın yapılacağı ülkenin davacı tarafından belirlendiği, ülke sınırlaması olmadığı ve daha sonradan da ön izin belgesinde satıcıya bilgi verilmesi koşulu ile alıcının ülkeyi değiştirebileceği, Suriye'deki durumun 2011 yılından bu yana artan bir gerilim ile devam ettiği, sözleşmenin imzalandığı tarihte tarafların bu durumu bildikleri, ön görebildikleri ihracatı Suriye'ye yapmasının davacının tercihi olduğu, somut olayda mücbir sebep ve fevkalade hal koşullarının bulunmadığı, davalının sözleşmeyi feshetmesi ve teminat mektubunu nakde çevirmesinde sözleşmeye ve hukuka aykırı bir durum bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. SONUÇ: Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerekçeleri sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA", Yargıtay 19 HD, 2015-13721/3411, 29.02.2016 [karar için bkz <www.kazanci.com> erişim tarihi: 13.08.2020].

olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir¹³². Bir başka kararda, Körfez krizi ve Irak'ın Kuveyt'i işgali nedeni ile Habur kapısından geçiş olanağının kalkmasının “mücbir sebep”ten kaynaklandığı ve geri verilmeyen teminat mektubuna muarazanın önlenmesi talepli açılan davada mahkeme, krizin dalgalı bir şekilde uzun zamandır devam ettiği ve tacir olan davacının bu hususu göz önüne alması gerektiği gerekçesi ile davayı reddetmiş, temyiz incelemesinde Yargıtay da söz konusu kararı onamıştır. Buna karşın, karar düzeltme aşamasında Yargıtay, krize rağmen sınır kapatmanın beklenir durumda olmadığı, olayda öngörülemezlik unsuru bulunduğu ve edimin mücbir sebeple yerine getirilmediği gerekçesi ile yerel mahkeme kararını bozmuştur¹³³.

Uygulamada mücbir sebeplerin etkisi ile riskin gerçekleşmesi durumunun en çok yaşandığı olaylardan biri de yurtdışında iş yapan yüklenicilerin karşılaştığı savaş, toplumsal ayaklanma, salgın hastalık gibi durumlarda kendilerinin iş yapamaz hale gelmelerine karşın, iş sahibinin elinde ilk talepte paraya çevrilebilir nitelikte bir teminat mektubu bulunmasıdır.

¹³² “Mahkemece, yapılan yargılamada toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi kök ve ek heyet raporlarına göre; davacının, taraflar arasındaki sözleşmeye göre taahhüt ettiği şeker alımını tespit edilen sürelerde ve daha sonra defalarca verilen ek sürelerle rağmen şeker satım taahhüdünü yerine getirmediği, böylece sözleşmeye uymadığı, davacı her ne kadar mücbir sebep olarak Suriye'deki iç karışıklığı ve Irak'taki olayları ileri sürmüş ise de, bu olayların sözleşmenin yapıldığı tarihten önce başlaması ve sözleşmenin yapıldığı tarihte de devam ediyor olması sebebiyle davacının bu olayları gözönüne alınarak basiretli bir tacir gibi sözleşme yapması gerektiğinden, bu olayların mücbir sebep olarak kabul edilmediği, davalının sözleşmeyi feshetmesi ve teminat mektubunu nakde çevirmesinde sözleşmeye ve hukuka aykırı bir durum bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. SONUÇ: Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeden bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA”, Yargıtay 19 HD, 2014-20140/15565, 25.11.2015; Aynı konuda benzer kararlar için bkz Yargıtay 19 HD, 217/2619, 10.02.2014; Yargıtay 19 HD, 1505/11462, 21.11.2005 [karar için bkz <www.kazanci.com> erişim tarihi: 13.08.2020].

¹³³ “Mücbir sebep, doğal, sosyal ya da hukuksal kaynaklı, öngörülme olasılığı bulunmayan oluşumlardır. İthal ve ihraç yasakları, bunlara olanak vermeyen sınır kapatmaları, hukuksal kaynaklı mücbir sebeplerdendir. Yaklaşık yedi yıldır süren körfez krizi, kapsam dalgalanmaları göstermiş ve fakat, hiçbir zaman sınır kapatmalarına kadar gitmemiştir. Bu durum, kapatmayı beklenir duruma getirmemiş, aksine benzer nedenlere yol açmayacak düzeyde süreceğine ilişkin işaretler vermiş olmaktadır. Öyleyse olaydan öngörülemezlik unsurunun varlığının kabulü gerekir. Anılan nedenle edimin, mücbir sebeple yerine getirilmediği konusu, hükme temel alınmak üzere yerel mahkeme kararı, bozulmalıdır.” Yargıtay 19 HD, 4558/6953, 25.10.2002 [karar için bkz <www.kazanci.com> erişim tarihi: 13.08.2020].

Yargıtay kararına konu bir olayda, Rusya'dan kömür ithal etmek için bir sözleşme yapan şirket, edimin ifasını güvence altına almak için teminat mektubu vermiştir. Mücbir sebepler nedeni ile bu borç ifa edilemeyince teminat mektubu paraya çevrilmek istenmiş, Yargıtay söz konusu şirketin mücbir sebep nedeni ile ediminin imkansız hale geldiğini belirtmiş, lehtarın teminat mektubunun iadesi istemini haklı bulmuştur¹³⁴.

Bir başka olayda, Irak'ın işgaline ilişkin olarak ortaya çıkan mücbir sebepler nedeni ile borcun ifası imkansız hale gelmiş, mahkemece teminat mektubunun iptaline dair verilen karar Yargıtay tarafından temyiz ve karar düzeltme aşamalarında onanmıştır¹³⁵.

¹³⁴ “Mahkemece iddia, savunma ve toplanan delillere göre, taraflar arasında sözleşme imzalandıktan sonra Rusya Federasyonu'nda isyan niteliğindeki parlamento başkanının gerçekleştiği, ayrıca hükümetin yayınladığı kömür sanayi firmalarına hükümet tarafından verilecek destek hakkındaki tüzük ve ilkenin uygulanması nedeniyle grevlerin meydana geldiği, 1993 yılında kömür yükleme limanında yangın çıktığı, davacının kömür almak için sözleşme imzaladığı Kuzbasscantelik Kurumu'nun 29.9.1993 tarihli mücbir sebep sertifikası verdiği, bu nedenlerle davacının edimini yerine getirmesinin imkansızlaştığı, davacının buna rağmen Güney Afrika ve Çin'den kömür getirerek teslim etmek istediğini bildirdiği halde, cevap verilmeden sözleşmenin 20.4.1994 tarihinde feshedildiği, mücbir sebep nedeniyle yükümlülüğünü yerine getiremeyen davacının BK.nun 117. maddesi uyarınca teminat mektubunun iadesini isteme hakkının doğduğu, imkansızlığın objektif olduğu ve davacıya atfi kabil bir kusur bulunmadığı gerekçesiyle, 18.3.1993 tarihli sözleşmeden dolayı davacının davalıya borçlu olmadığına tesbitine, 9.4.1993 tarihli 1.676.500 Dolar'lık teminat mektubunun iadesine, karşı davanın reddine karar verilmiş, hüküm davalı ve karşı davacı vekilince temyiz edilmiştir. Davacı, taraflar arasında imzalanan sözleşme uyarınca davalıya teslim edeceği kömürleri mücbir sebep nedeniyle teslim edemediğini ileri sürerek bu sözleşmeden dolayı davalıya borçlu olmadığına tesbitine, sözleşme uyarınca verilen teminat mektubunun iadesine karar verilmesini istemiştir. Mücbir sebeplerin neler olduğu sözleşmenin 17. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre; yangın vs., doğal afetler, ihtilal, isyan, grev, lokavt, savaş, yükleme veya boşaltma limanındaki rıhtım ekipmanlarının bozulması mücbir sebep olarak sayılmış, bu sebeplerden birinin veya birkaçının ortaya çıkması halinde tarafların yükümlülüklerini yerine getirme zorunluluğunda olmadığı belirtilmiştir. Davacı firmaya, ithalat yapmak için bağlantı kurduğu firma tarafından verilen 29.9.1993 tarihli mücbir sebep sertifikası, yüklemenin yapılacağı Yuşhay Limanı'nda çıkan yangın, Rusya Federasyonu Ticaret Müteselliğinin davalı ile yazışmaları, Kuzbass Ticaret ve Sanayi Odası'nun 1.3.1994 tarihli yazısından davacının edimini yerine getirmesi mücbir sebep nedeniyle imkansızlaştığından, sözleşmenin 17. maddesi uyarınca davalının sözleşmeyi feshetmesi ve teminat mektubunu irad kaydetmesi yerinde değildir. Mahkemece bu yöner gözetilerek yazılı şekilde hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” Yargıtay 19 HD, 1996-8299/2559, 13.03.1997 [karar için bkz <www.kazanci.com> erişim tarihi: 11.08.2020].

¹³⁵ Yargıtay 11 HD, 2016-11429/6448, 18.10.2018 [karar için bkz <www.kazanci.com> erişim tarihi: 11.08.2020].

Yargıtay'ın kararına konu bir başka olayda, Irak Gümrük İdaresi ve Irak Tarım ve Sulama Bakanlığı nezdinde yapılacak baraj inşaatı işleri için 1.447.212.000 ABD Doları tutarında teminat mektupları verilmiştir. Ancak daha sonradan Irak'ın Kuveyt'i işgal etmesi ve Birleşmiş Milletlerin ekonomik ambargolarına maruz kalınması nedenleri ile yüklenici, şantiyelerdeki faaliyetlerine devam edememiştir. Yüklenici, borç ve riskin mücbir sebepler nedeni ile ortadan kalktığını, borcun kusursuz ifa imkansızlığı nedeni ile sona erdiğini ve ödeme taahhütlerinin hükümsüz kaldığı gerekçesi ile teminat mektuplarının hükümsüzlüğünün tespitini dava etmiştir. Yerel mahkeme davayı kabul etmiş, Yargıtay, kararı düzelterek onamıştır¹³⁶.

Körfez krizi, ABD'nin Irak'ı işgali, Cezayir ve diğer Arap ülkelerinde “Arap baharı” olarak isimlendirilen toplumsal ayaklanmalar söz konusu yerlerde iş yapan Türk yüklenici firmaları özellikle verilen teminat mektuplarının paraya çevrilmesi tehlikesi bakımından büyük bir sorunla karşı karşıya getirmiştir. Öyle ki, Libya'da Kaddafi yönetimine karşı halk ayaklanması başlamadan hemen önce Türk şirketleri, 118 proje için toplam 1,5 milyar USD tutarında teminat mektubu vermiştir¹³⁷. Özellikle böyle büyük miktarlar söz konusu olduğunda mücbir sebeplerin etkisi devletlerarası politik bir soruna da dönüşebilmektedir. Libya'da yaşanan sorunlar nedeni ile Türk Büyükelçiliği çalışma koşulları düzeldikten sonra yüklenici şirketlerin taahhütlerini yerine getirecekleri ve teminat mektuplarının paraya çevrilmemesi hususunda nota vermiştir. Libya'nın verdiği karşı notada ise Türkiye'nin pozisyonunu değiştirmemesi halinde artık Türk şirketlerinin Libya'da iş alamayacağı belirtilmiştir¹³⁸.

Libya'daki olaylarla ilgili Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 26 Şubat 2011 tarihinde 1970 ve 1973 sayılı kararları almıştır¹³⁹. Bu kararlarla Kaddafi ailesi ve ilişkili kuruluşların yanı sıra, Libya Hükümeti fon ve varlıkları dondurularak ambargo kararı alınmıştır. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin bu kararı sonrasında Türkiye, Bakanlar Kurulu Kararı ile m 5 b 4; “*BMGK tarafından 1970 ve 1973 sayılı kararlarda öngörülen yaptırımları ortadan kaldıracak yeni bir karar alınuncaya*

¹³⁶ “Mahkemece iddia, savunmalar ve tüm dosya kapsamına göre; Irak'ta BM Konsey kararları yürürlüğe girince davacının işlerini yapmasının mümkün olmadığı, mücbir sebepler nedeniyle faaliyetlerinin son bulduğu, şantiyede can ve mal güvenliği kalmadığı, davacının tüm malvarlığına el konulduğu, teminat mektuplarının Irak Gümrük ve Sulama Bakanlıklarının elinde kaldığı, ancak bu mektuplara konu borç ve riskin mücbir sebeplerle ortadan kalktığı, mektupların bir kısmının konusuz ve hükümsüz kaldığı, bir kısmının da vadesinin bittiği gerekçesiyle davanın kabulü ile söz konusu 24 adet banka teminat mektuplarının hükümsüzlüğünün tespitine ve davacının hükümsüz kabul edilen bu mektupların devre komisyonlarından dolayı borçlu olmadığı tespitine, ihtiyati tedbir kararının da hüküm kesinleşinceye kadar devamına karar verilmiştir.” Yargıtay, hükümde süre belirtilmesizsin teminat mektuplarının devre komisyonlarından dolayı davacının borçlu olmadığı tespitine karar verilmiş olması ve fona devredilen bankalara harç yüklenmesi yönünden kararı düzeltilmiş ve onamıştır. Yargıtay 11 HD, 6072/8620, 23.06.2015. Yargıtay'ın onama kararı ile ilgili yapılan karar düzeltme talebi de reddedilmiştir. Yargıtay 11 HD, 2015-12062/5982, 31.05.2016 [karar için bkz <www.kazanci.com> erişim tarihi: 12.08.2020].

¹³⁷ Abdurrahman Çetin/ Yusuf Dinç, ‘Türkiye’de Teminat Mektupları: Uygulamalar ve Hukuki Sorunlar’ (2013) Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, 81.

¹³⁸ BDDK kararı ile siyasi istikrar sağlanana kadar Arap Türk Bankası'nın yönetim ve idaresi TMSF'ye devredilmiş, istikrar sağlandıktan sonra yönetim, Libya hükümetine iade edilmiştir. Bkz Çetin/ Dinç (n 137) 81.

¹³⁹ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararlarının bağlayıcı olduğu ve Birleşmiş Milletler üyeleri tarafından uyulmasının zorunlu olduğu hususunda bkz Ayşe Nur Tütüncü, ‘Güvenlik Konseyi Kararlarının İç Hukukta İcrası’ (2013) 13(Özel Sayı) Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 17 vd.

kadar, 1973 sayılı Kararın 27 nci maddesi hükümleri de göz önünde bulundurularak, Türk vatandaşları ve Türk kanunlarına tabi olan gerçek veya tüzel kişiler adına, Libya'da yerleşik gerçek veya tüzel kişiler ile bunların adına veya yönlendirmesiyle hareket eden gerçek veya tüzel kişiler lehine verilmiş olan teminat mektuplarından kaynaklanan tazmin talepleri dikkate alınmaz¹⁴⁰.” şeklinde karar almıştır¹⁴¹.

Böylece temel ilişki bakımından sözleşme ifa edilememiş ve teminat mektupları ile temin edilmiş risk gerçekleşmiştir. Bununla birlikte riskin mücbir sebepler nedeni ile gerçekleşmesi sonucunda gerek mücbir sebep hali gerekse paraya çevirme taleplerinin hakkın kötüye kullanılması yasağını oluşturacağı, idari bir yasaklama kararı ile tespit edilmiş olmaktadır¹⁴². Bu kararın likit delil niteliğinde olduğu ve hiçbir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmadan bankalar tarafından dikkate alınmasının gerekeceği açıktır. Zira Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararının iç hukuka aktarılmasını sağlayan Bakanlar Kurulu Kararına uymak uluslararası hukuktan doğan bir yükümlülüktür¹⁴³. Böyle bir durumda, banka teminat mektubunu paraya çevirme talebinde bulunacak muhatap, tazmin talebinde lehtarın yükümlülüklerini yerine getirmediğini belirtmek zorunda olacaktır. Oysa bu yükümlülükler mücbir sebepler neticesinde yerine getirilememiş olup, böyle bir durumda muhatapın teminat mektubunun paraya çevrilmesini talep etmesi hakkın kötüye kullanılması yasağını oluşturacaktır.

¹⁴⁰ Kararda tazmin edilemez denilmiş, bankaya teminat mektubu ile ilgili komisyon ödenmeye devam edilip edilmeyeceğine yer verilmemiştir. Komisyon ödeme borcunun kural olarak bankanın teminat mektubu ile bulunduğu garanti yükümlülüğünün bittiği tarihte sona ereceği kabul edilmektedir. Bkz Aral, ‘Teminat Mektuplarında Lehdar İle Muhatap ve Lehdar İle Banka Arasındaki Hukuki İlişki’ (n 85) 196.

¹⁴¹ 21/06/2011 Tarihli ve 2011/2001 Sayılı Kararnamenin Eki Karar, RG 02.07.2011/27982.

¹⁴² Edimin yerine getirilmesinin kanun veya yetkili bir makamın kararı ile yasaklanması, genel ithalat ihracat yasaklarında olduğu gibi hukuki imkansızlık hallerindedir [Antalya (n 4) 227].

¹⁴³ Öte yandan yetkili idari makamların emir ve yasaklarına riayet edilmemesi halinde de hukuka aykırılık vardır [Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (n 4) 478].

Mücbir sebepler, haksız yere paraya çevrilmiş bir teminat mektubu ile ilgili mektup bedelinin iadesi sonucunu da ortaya çıkarabilir. Saf garanti taahhüdü ile teminat amaçlı garantinin bir arada bulunduğu Yargıtay kararına konu bir olayda, bir akaryakıt bayisi akaryakıt ve madeni yağ satışı ile ilgili asgari satım taahhüdünde bulunmuş, sözleşmede bu taahhüt cezai şartla bağlandığı gibi, teminat mektubu da verilmiştir. Asıl davada, asgari satım taahhüdüne uymayan bayiden cezai şart talep edilmiş; birleşen davada bayi, teminat mektubunun haksız olarak paraya çevrildiği gerekçesi ile bedelinin iadesini talep etmiştir. Mahkeme asgari satım taahhüdünün bayinin bulunduğu karayolunun trafiğe kapalı olduğu dönemde mücbir sebeplerin etkisi ile yerine getirilememesine dayanarak bayiden cezai şart talebi içeren asıl davayı reddetmiş, bayinin teminat mektubu bedeli ile başkaca zararları talep ettiği birleşen davayı kısmen kabul etmiştir¹⁴⁴.

2. Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesi Taleplerine Etkisi

Mücbir sebepler, ibraz ve paraya çevirme talebinin yapılması aşamasında ortaya çıkabileceği gibi, banka tarafından ödeme yapılacağı aşamada da ortaya çıkmış olabilir. Her iki durumu ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

a. İbraz Aşamasında Mücbir Sebep Ortaya Çıkması

Banka teminat mektubunun ibrazını engelleyen mücbir sebep, bankayı etkilemiş olabileceği gibi muhatabı da etkilemiş olabilir.

(1) Bankanın Mücbir Sebepten Etkilenmesi

Teminat mektubunun ibraz edileceği banka, mücbir sebeplerin etkisinde olduğundan muhatap, teminat mektubunu ibraz edemiyor ve paraya çevirme talebini yapamıyor olabilir. Bu halde, teminat mektubunun güvence altına aldığı riskle ilgili bir etki söz konusu değildir. Risk gerçekleşmesine rağmen mücbir sebepler bankaya ibrazı ve paraya çevirme talebinin yapılmasını engellemektedir¹⁴⁵.

¹⁴⁴ “Mahkemece yapılan yargılama sonucunda, taraflar arasındaki akaryakıt bayilik sözleşmesi çerçevesinde asıl dava yönünden davalının akaryakıt tesisinin üzerinde bulunduğu yolun trafiğe kapalı olduğu dönemde gerçekleşen akaryakıt satışı yetersizliğinin mücbir sebebe dayalı olduğu, bu dönem dışında taahhüde aykırılık bulunmadığı, madeni yağ satımındaki eksikliğin davacı tarafından daha önce ihtar ya da davaya konu edilmediğinden sözleşmede düzenlenen cezai şart dayanağı oluşmadığı gerekçesi ile asıl davanın reddine, birleşen davada teminat mektubunun nakde çevrilmesinin haksız olduğu, birleşen dava davacısının başkaca bir zararı olduğunu kanıtlayamadığı gerekçesi ile birleşen davanın kısmen kabulüyle 20.000 TL'nin birleşen dosya davalısından tahsiline karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir. SONUÇ : Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, taraf vekillerinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA” Yargıtay 19 HD, 9565/16197, 13.11.2014 [karar için bkz <www.kazanci.com> erişim tarihi: 13.08.2020].

¹⁴⁵ Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 351; Doğan, ‘Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi’ (n 2) 147.

Teminat mektubu vadesiz ise bankayı etkileyen böyle bir mücbir sebep ortaya çıksa bile, buna esas olayın ortadan kalkmasından itibaren muhatap, teminat mektubunu bankaya ibraz etmek sureti ile paraya çevirebilecektir¹⁴⁶.

Teminat mektubu vadeli ise, mücbir sebebe esas teşkil eden olayın bittiği tarihte halen muhatabın bankaya ibraz ve paraya çevirme talebinde bulunmak için zamanı var ise, bu durumda da vade içerisinde ibraz aranacak, mücbir sebeplerin bir etkisinden bahsedilmeyecektir¹⁴⁷.

Buna karşılık, mücbir sebepler, vadenin son gününü de içine alacak şekilde etki göstermiş ise, böyle bir durumda bazı ayrımlar yapılmalıdır. Öncelikli olarak teminat mektubunda ibraz ile ilgili mücbir sebep kaydının olup olmadığına bakılmalıdır. Böyle bir kaydın bulunmaması halinde bankanın risk nedeni ile sorumluluğunun vadede sona ereceği düzenlenmemiş ise, riskin vade içinde doğması kaydı ile banka, genel zamanaşımı süresi olan on yıl sorumlu kalmaya devam edecektir¹⁴⁸.

Buna karşın teminat mektuplarında genelde vade içerisinde hem riskin gerçekleşmesi hem de ödeme için ibrazın yapılması, aksi takdirde bankanın sorumlu olmayacağı kaydı konulmaktadır. Böyle bir halde URDG 758 m 26, b i'ye göre mücbir sebeplerin etkisi ile ödeme için ibraz yapılamaması halinde ibraz süresi uzayacaktır. Bu durumda, söz konusu hükme göre, teminat mektubunun vadesi 30 takvim günü uzayacaktır¹⁴⁹. Burada teminat mektubunun vadesinin uzamasından değil, ibraz süresinin uzamasından bahsedilmesinin daha doğru olduğu, riskin vade içerisinde gerçekleşmesi kaydı ile mücbir sebep sonrasında ödeme talebinde bulunulabileceği haklı olarak ifade edilmiştir¹⁵⁰.

¹⁴⁶ age 352.

¹⁴⁷ age 352.

¹⁴⁸ Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 352; Doğan, ‘Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi’ (n 2) 148; Barlas, *Makalelerim* (n 60) 39; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (n 104) 890; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (n 4) 233; Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (10. Baskı, Beta Yayınları 2014) 1484; Mustafa Alper Güntüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt 2 (3. Bası 2014) 517; “BK. ’nun 110. maddesine 10.7.1981 tarih ve 17398 Sayılı R.G. ’de yayımlanan 2486 S.K. ile eklenen fıkra uyarınca, belirli bir süre için yapılan taahhütlerde, sürenin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz sayılacağına dair sözleşmelerin geçerli bulunmasına, sadece vade kaydını taşıyan, ancak BK. ’nun 110/2. maddesinde belirtilen bu kaydı taşımayan teminat mektuplarında ise riskin vade içinde doğması kaydıyla, bankanın 10 yıl süre ile sorumluluğunun devam etmesine..” Yargıtay 11 HD, 2010-130/ 2011/16894, 13.12.2011; Bir başka kararda Yargıtay; “818 Sayılı Borçlar Kanununun 110/2. maddesi gereği mektuplarda belirtilen sürelerin sonuna kadar başvuru yapılmadığı takdirde hükümsüz olacaklarına dair bir hükme yer verilmemiş olması sebebiyle mahkemece davalı ’nin verdiği kontrgarantilerin sürelerinin sona erdiği gerekçesiyle hükümsüz kaldıklarının kabulü doğru değilse de davaya konu kontrgarantilerin sürelerinin dolmasından itibaren 10 yıllık sürelerin de dava tarihi itibarıyla dolmuş bulunmasına... göre” gerekçesi ile davalı tarafın temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir. Bu karar da körfez krizi nedeni ile Irak’ta tamamlanamayan bir proje ile ilgili verilmiştir. Yargıtay 11 HD, 3458/3930, 11.04.2016 [karar için bkz <www.kazanci.com> erişim tarihi: 13.08.2020].

¹⁴⁹ Özalp (n 53) 76.

¹⁵⁰ Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 353.

Türk hukukunda ise ibraz bankasının¹⁵¹ uğrayacağı mücbir sebebin sonuçları ile ilgili bir düzenleme yoktur. Mücbir sebeplerin etkisinin ortadan kalmasından itibaren makul süre içerisinde teminat mektubunun ibraz edilebileceğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁵². Kanaatimizce, böyle bir halde mücbir sebeplerin etkisi kalktıktan sonra makul bir süre içinde bankaya ibraz için başvurmak hakkaniyete uygundur. Ancak, makul sürenin yorumunda bankaya böyle bir başvurunun yapılmasına hiçbir engelin bulunmadığı ilk zamanı tespit etmek ve makul süreyi “derhal” şeklinde anlamak uygun olacaktır. Bankaya ibrazın mümkün hale geldiği andan itibaren muhatabın kendisinden kaynaklanan hastalık, şehir dışında olma vb. sübjektif sebeplerin makul bir sürenin hesabında dikkate alınıp alınmayacağı somut olaya göre belirlenmelidir. Her halde örneğin mücbir sebep, ortadan kalktığı anda şehir dışında olan bir muhatabın, mücbir sebebin ortadan kalktığını öğrendiği ve bankaya derhal başvurabileceği ilk zaman dilimine göre bir değerlendirme yapılması uygun olacaktır.

(2) Muhatabın Mücbir Sebep Etkilenmesi

Banka teminat mektubunun paraya çevrilebilmesi için riskin oluşması şart olduğu gibi¹⁵³ muhatabın süresinde ödeme için ibraz etmesi de şarttır. Muhatabı etkisine alan bir mücbir sebep hali, muhatabın süresi içerisinde teminat mektubunu ibraz etmesine engel olmuş olabilir. Örneğin, vadeli bir teminat mektubunda muhatap vadenin son günü Coronavirüs salgın hastalığına yakalanarak yoğun bakıma alınmıştır. Bu hal URDG’de nazara alınmamıştır. Kanaatimizce burada da ibraz bankasının mücbir sebepten etkilenmesinde olduğu gibi muhatabın mücbir sebep halinin ortadan kalkmasından itibaren makul süre içerisinde ödeme talebinde bulunarak ibraz yapabileceğinin kabul edilmesi gerekir¹⁵⁴.

Muhatabın mücbir sebeplerin etkisinin kalkmasından sonra yapacağı tazmin talebini, banka derhal lehtara veya ilk bankaya bildirmelidir. Aksi halde bundan doğacak zararlardan sorumlu olacaktır¹⁵⁵.

Yargıtay, teminat mektubunun çalınması nedeni ile vadesinde ibraz edilemeyen teminat mektubu ile ilgili olarak bu durumu mücbir sebep sayan ve tazmin yönünde

¹⁵¹ URDG m 14 a’ya göre ayrıca ibraz yeri tespit edilmemiş ise ibraz bankası, teminat mektubunu düzenleyen banka şubesidir [Ekşi ‘ICC’nin Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Biörnek Kuralları’ (n 53) 123]. Türk hukuku bakımından da teminat mektubunun paraya çevrilmesi talebi, mektubun düzenlendiği şubeye yazılı olarak yapılır [Barlas, *Makalelerim* (n 60) 39].

¹⁵² Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 353.

¹⁵³ Muhatap, paraya çevirme talebinde bulunurken mutlaka garanti edilen riskin gerçekleştiğini de beyan etmelidir. Yargıtay sonraki bazı kararlarında bu beyana gerek görmemiştir. Reisoğlu, ‘Banka Teminat Mektupları Uygulamalarında Ortaya Çıkan Başlıca Sorunlar’ (n 60) 99; Coşkun (n 81) 111.

¹⁵⁴ Aynı doğrultuda: Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 353. Bu görüş kambyo senetlerinde ibraz müddeti ile ilgili hükümlerle de uyum içerisinde. TTK m 811 f 3 “Mücbir sebebin ortadan kalkmasından sonra hamil, çeki gecikmeksizin ödeme amacıyla ibraz etmek ve gereğinde protesto veya buna eş değerde bir belirlemeyi yaptırmak zorundadır.” Aynı hüküm poliş için TTK m 731 f 3’te de yer almaktadır; Doğan, ‘Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi’ (n 2) 149-150.

¹⁵⁵ Doğan, *Teminat Mektupları* (n 3) 354.

karar veren yerel mahkeme kararını bozarak, vade bitimine kadar ödeme için ibraz olmadığından taahhüdün hükümsüz hale geldiğine ve teminat mektubunun tazmin edilemeyeceğine karar vermiştir¹⁵⁶.

b. Ödeme Talebinden Sonra Mücbir Sebep Ortaya Çıkması

Banka, muhatap tarafından kendisine teminat mektubunun ibrazı ve paraya çevrilmesi talebinde bulunulduktan sonra bir inceleme yapar ve bu inceleme sonrasında da mektubu tazmin eder. İnceleme süresi URDG 758 m 20¹⁵⁷'ye göre beş iş günü olup, bankanın bu incelemeyi makul bir süre içerisinde yapması gerekir. Doktrinde bu sürenin üç iş günü olması gerektiği de savunulmuştur¹⁵⁸. Banka inceleme süresi içerisindeyken mücbir sebeplerin etkisi altına girmiş olabilir. URDG m 26 b ii'ye göre böyle bir halde, inceleme süresi askıya alınır ve mücbir sebeplerin etkisi kalkınca süre aynı şekilde devam eder¹⁵⁹.

Sonuç

Mücbir sebeplerin banka teminat mektuplarına etkisi bakımından ilk olarak teminat mektubunun metnine bakılmalıdır. Teminat mektubu metninde mücbir sebeplerle ilgili düzenlemelere yer verilebileceği gibi, ICC'nin birörnek kurallarına (URDG) atf da yapılabilir. Böyle bir halde sözleşme hükmü veya atıf yapılan kurallar doğrudan uygulanacaktır.

Banka teminat mektupları, kefalet niteliğinde düzenlenebileceği gibi garanti niteliğinde de düzenlenebilir. Ancak, uygulamada genel olarak garanti niteliğinde düzenlenmekte olup, tarafımızca bu çalışmada da garanti niteliğinde banka teminat mektupları esas alınmıştır.

Banka teminat mektupları ile, temel ilişkideki belirli bir risk garanti edilir. Bu bakımdan banka teminat mektupları, temel ilişkiden bağımsız bir borç ilişkisi oluştursa da sebepten mücerret değildir.

¹⁵⁶ “Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davacının 20.8.2011 tarihinde teminat mektubunu kaldırdığı, aynı gün şikâyetçi olduğu, teminat mektubu bulunamayınca 19.9.2011 tarihli ihtarnameyle tazmin talebinde bulunduğu, mektubun vadesi 26.8.2011 tarihinde dolmuş ise de, meydana gelen hırsızlık olayının davacı için mücbir sebep teşkil ettiği ve bankaya başvurduğu tarihe kadar olan sürenin makul bir süre olduğu, davalı bankanın teminat mektup bedelini tazminle yükümlü olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir... Mahkemece yukarıda özetlenen gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak davaya konu teminat mektubu örneğinde, teminat mektubunun 26.8.2011 tarihine kadar geçerli olup, bu tarihe kadar yazılı tazmin talebinde bulunulmadığı takdirde hükümsüz olacağı koşulu bulunmaktadır. Davanın yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanununun 110/2. maddesine göre, muayyen bir müddet için yapılan taahhütlere müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde, taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşmenin geçerli olduğu öngörülmüştür. Bu durumda, taşıdığı koşul itibarıyla, vade bitimine kadar davalı bankaya başvurulmaması sebebiyle geçersiz teminat mektubuna dayalı olarak davanın kabulü doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmektedir.” Yargıtay 11 HD, 2012-18466/15800, 16.09.2013, (Kazancı, Erişim Tarihi: 11.08.2020).

¹⁵⁷ Özalp (n 53) 67; Doğan, ‘Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi’ (n 2) 150; Ekici/Durukanoğlu (n 50) 248.

¹⁵⁸ Bu görüş için bkz Canbolat (n 50) 138, dn 350.

¹⁵⁹ Doğan, Teminat Mektupları (n 3) 355.

Genel olarak mücbir sebep ortaya çıktığında bu durum ifa imkansızlığı, ifa gecikmesi (temerrüt), gereği gibi ifa etmeme veya ifa güçlüğü gibi sonuçları ortaya çıkarabilir. Temel ilişkiden bağımsız olan banka teminat mektuplarına bu durumun etkisini incelemek için mücbir sebeplerin teminat konusu riske etkisi ve mücbir sebeplerin paraya çevirme taleplerine olan etkisini ayrı ayrı incelemek yerinde olacaktır.

Mücbir sebeplerin teminat mektubu konusu riske etki ettiği hallerde, lehtar likit deliller ile muhatabın paraya çevirme talebinin hakkın kötüye kullanılması oluşturduğunu ortaya koyuyor ise banka, teminat mektubunu paraya çevirmeyecektir. Hakkın kötüye kullanılmasını oluşturan durumlar her somut olaya göre değerlendirilmelidir.

Banka teminat mektubu ilk talepte ödeme kaydı taşısa dahi, lehtar likit delillerle riskin gerçekleşmediğini veya paraya çevirme talebinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğini kanıtlıyor ise, banka teminat mektubunu tazmin etmemekle yükümlüdür.

Mücbir sebeplerin riske etki ettiği ve paraya çevirme talebinin hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturacağı idari bir yasaklama kararı ile de tespit edilmiş olabilir. Böyle bir durumda bu karara uyulmaması hukuka aykırılık doğuracaktır.

İbraz bankası mücbir sebeplerin etkisi altında ve teminat mektubu vadeli olup vadenin son gününe geldiği için ibraz yapılamadı ise, mücbir sebeplerin etkisi kalktıktan sonra ibraz süresinin makul bir süre uzayacağını kabul etmek uygun olacaktır.

Mücbir sebep, muhatabı etkisi altına almış ve muhatap zamanında bankaya ibraz yapamamış ise yine mücbir sebeplerin etkisi kalktıktan sonra muhatabın makul süre içerisinde ödeme için ibraz yapabileceğini kabul etmek gerekir.

Ödeme talebinden sonra bir mücbir sebep ortaya çıktı ise, bankanın inceleme süresinin mücbir sebep süresince askıda olduğu ve mücbir sebebin etkisi kalkınca aynı şekilde inceleme süresinin devam edeceğinin kabul edilmesi gerekir

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Affaki G. and Sir Goode R., *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758* (2011).
- Akıncı Ş, 'Covid 19'un Borç İlişkilerine ve Bazı Borçlar Hukuku Sözleşmelerine Etkisi' (2020)19(38) İTÜSBD (Covid-19, Hukuk Özel Sayısı).
- Akyazan S, 'Banka Teminat Mektupları' (1969) 5(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
- Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2 (Legal Yayınevi 2015).
- Aral F, 'Teminat Mektuplarında Lehdar ile Muhatap ve Lehdar İle Banka Arasındaki Hukuki İlişki' (2007) 24(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi.
- Aral F, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa* (Yetkin Yayınları 2011).
- Arat A, *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması* (Seçkin Yayınları 2006).
- Barlas N, *Makalelerim*, Cilt 1 (Vedat Kitapçılık 2008).
- Barlas N, 'Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi' (1997) LV(3) İHFM.
- Barlas N, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları* (1986).
- Baysal B, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü* (3. Bası, Oniki Levha Yayınları 2019).
- Bingöl Fİ, *Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep* (Yetkin Yayınları 2011)
- Canbolat F, *Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler* (Yetkin Yayınları 2019).
- Coşkun H, 'Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları' (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi 2012)
- Çetin A ve Dinç Y, 'Türkiye'de Teminat Mektupları: Uygulamalar ve Hukuki Sorunlar' (2013) Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi.
- Develioğlu HM, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (Vedat Kitapçılık 2009).
- Develioğlu HM, 'TBK m. 128' Rona Serozan/ Turgut Öz/ Faruk Acar/ Emre Gökyayla/ H. Murat Develioğlu (ed), *İstanbul Şerhi*, (Vedat Kitapçılık 2017).
- Doğan V, *Teminat Mektupları* (Savaş Yayınevi 2015).
- Doğan V, 'Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi' Nuray Ekşi (ed), *Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları, Makaleler* (Beta Yayınları, 2011).
- Durukanoğlu N, 'ICC'nin Garantilere İlişkin Biörnek Kuralları ve Bu Kuralların Kamu Sektöründe Uygulanması' Nuray Ekşi (ed), *Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları, Makaleler* (Beta Yayınları, 2011)
- Ekici A ve Durukanoğlu N, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları* (Legal Yayıncılık 2016).
- Ekşi N, 'ICC'nin Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Biörnek Kuralları' Nuray Ekşi (ed), *Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları, Makaleler* (Beta Yayınları, 2011).
- Ekşi N, *Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul* (2010)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Yetkin Yayınları 2017).
- Eren F, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi* (AÜHFY 1975).
- Erişir E, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri* (XII Levha Yayınları 2013).
- Gözübüyük AP, *Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller* (3. Baskı, Kazancı Yayınları 1977).
- Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt 2 (3. Bası 2014).
- Günel V, 'Teminat Mektupları' (1968) 25(6) ABD.

- Gürses D, *Banka Genel Kredi Sözleşmesi* (Onikilevha Yayınları 2016).
- Malbeği N, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde Sözleşmede Değişiklik*, (Onikilevha Yayınları 2020).
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1 (Vedat Kitapçılık 2016).
- Omağ S, 'Banka Teminat Mektuplarının Mahiyeti ve Hükümleri' (1971) 6(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi.
- Özalp A, 'ICC'nin Yeni Uluslararası Garanti Kuralları- URDG 758' Nuray Ekşi (ed), *Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları, Makaleler* (Beta Yayınları, 2011).
- Özçelik ŞB, 'Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık ve Mücbir Sebep Kayıtları' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE 2009).
- Özçelik ŞB, 'Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Mücbir Sebepler Ve Sonuçları' (2016) 123 TBB Dergisi.
- Özçelik ŞB, 'Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukukî İmkansızlık ve Sonuçları' (2014) 63(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
- Özen B, *Kredi Açma Sözleşmeleri* (Vedat Kitapçılık 2017).
- Karahasan MR, *İnşaat İmar İhale Hukuku*, Üçüncü Cilt (Sevinç Matbaası 1979).
- Kahyaoğlu EC, *Banka Garantileri* (Beta Yayınları, 1996).
- Kocaman AB, 'Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine' (1990) 15 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi.
- Reisoğlu S, *Garanti Mukavelesi* (Ajans Türk Matbaası 1963).
- Reisoğlu S, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (4. Baskı, 2013).
- Reisoğlu S, 'Banka Teminat Mektupları Uygulamalarında Ortaya Çıkan Başlıca Sorunlar', (2011) (77) Bankacılar Dergisi.
- Serozan R, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 2016).
- Serozan R, *Sözleşmeden Dönme* (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2007).
- Somuncuoğlu Ü, 'Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Bazı Sorunlar' (2014) 4(2) Hukuk Köprüsü.
- Şahin H, *Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi* (Yetkin Yayınları 2020).
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt 2 (Dördüncü basımdan Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık 2010).
- Tandoğan H, *Garanti Mukavelesi* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1959).
- Tandoğan H, *Türk Mesuliyet Hukuku* (1961 Yılından Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık 2010).
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz Kitabevi 1993).
- Tekinalp Ü, *Banka Hukukunun Esasları* (Vedat Kitapçılık 2009).
- Tuğsavul MT, 'Banka Teminat Mektupları' (2009) 83(1) İstanbul Barosu Dergisi
- Tütüncü AN, 'Güvenlik Konseyi Kararlarının İç Hukukta İcrası' (2013) 13(Özel Sayı) Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi.
- Uyar T, 'Yargıtay Kararlarında "Dürüstlük Kuralı" ve "Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı" (2000), DEÜHF Yayınları (Seyfullah Edis'e Armağan).
- Von Tuhr A, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Cilt 1-2 (Çeviren: Cevat Edege, Olgaç Matbaası 1983).
- Yavuz C./Acar F./ Özen B., *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (10. Baskı, Beta Yayınları 2014).
- Yücel MT, 'Banka Teminat Mektuplarının İhtiyati Tedbire Konu Olması Üzerine Medeni Usul Hukuku Bakış Açısından Bir İnceleme' (2013) 8(107-108) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 03.03.2020
Revizyon Talebi: 30.03.2020
Son Revizyon: 30.03.2020
Kabul: 24.10.2020

Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Cape Town Konvansiyonu ve Bu Konvansiyona Ek Protokoller

Nuray Ekşi*

Öz

Çalışmamızda öncelikle teminatlı işlemler ve bu işlemlere ilişkin UNIDROIT tarafından yapılan çalışmalar üzerinde durulacaktır. Daha sonra imzaya açıldığı yer olması sebebiyle kısaca “Cape Town Konvansiyonu” olarak anılan ve UNIDROIT tarafından hazırlanan Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Konvansiyon incelenecektir. Cape Town Konvansiyonu’na ilişkin dört protokol yapılmıştır. Bu protokoller hava araçlarına; demiryolu araçlarına; uzay malvarlıklarına; madencilik, tarım ve inşaat işlerinde kullanılan teçhizata ilişkindir. Türkiye, Cape Town Konvansiyonu’nu ve Hava Aracı Protokolü’nü 2011 yılında onaylamıştır. Her iki metni onaylamasının ardından iç hukukumuzun Konvansiyon ve Protokol ile uyumlu hale getirilmesi için bazı düzenlemeler yapılmıştır. Çalışmamızda ayrıca bu düzenlemeler açıklanacaktır. Cape Town Konvansiyonu ve bu Konvansiyona ek Protokollere ilişkin genel değerlendirmelerimize ise sonuç kısmında yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler

Teminatlı işlemler, taşınır donanımı, Cape town konvansiyonu, Hava aracı protokolü, Lüksemburg protokolü, Uzay protokolü, MAC protokolü, IDERA, SHT-IDERA

Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment and its Additional Protocols

Abstract

In this study, first, secured transactions and the works carried out by UNIDROIT regarding these transactions will be examined. Later, the Convention on International Interests in Mobile Equipment drafted by UNIDROIT, hereinafter referred to as “the Cape Town Convention”, will be explained. Four protocols have been made regarding the Cape Town Convention. These protocols are the Aircraft Protocol, the Rail Protocol, the Space Protocol, and the MAC Protocol. In 2011, Turkey ratified the Cape Town Convention together with the Aircraft Protocol. Some arrangements were made to harmonize our domestic law with the Convention and the Protocol following the ratification of both instruments. These arrangements are also addressed in this study. Our general evaluation regarding the Cape Town Convention and the Protocols to this Convention is presented in the conclusion.

Keywords

Secured transactions, Mobile equipment, Cape town convention, Aircraft protocol, Luxemburg protocol, MAC protocol, Space protocol, IDERA, SHT-IDERA

* **Sorumlu Yazar:** Nuray Ekşi (Prof. Dr.) Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: nurayeksi@gmail.com ORCID: 0000-0002-9727-7254

Atf: Ekşi N, “Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Cape Town Konvansiyonu ve Bu Konvansiyona Ek Protokoller” (2020) 78(3) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 1387. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.3.0008>



Extended Summary

The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) is an independent intergovernmental organization located in Rome, which was initially set up in 1926 as an auxiliary organ of the League of Nations and re-established in 1940 by the UNIDROIT Statute based on a multilateral agreement. The main aims of the UNIDROIT are to work on modernizing, harmonizing, and co-ordinating private and in particular commercial law and to formulate uniform law instruments, model laws, principles, and rules to achieve those aims. The secured transactions represent one of the fields in which the UNIDROIT carried out works and drafted conventions and protocols. The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment is the first secured transactions-related instrument by the UNIDROIT. This Convention was adopted at a diplomatic conference held in Cape Town in 2001. The scope of the Convention was determined to cover all kinds of mobile equipment having high economic value during the works that commenced in 1992. Later, this idea was abandoned, and it was decided to draft a frame convention and to arrange some of the high economic value movable equipment in separate protocols annexed to this convention. Four consecutive protocols were made in addition to the Cape Town Convention. These are the Protocol on Matters Specific to Aircraft Equipment in 2001; the Luxembourg Protocol on Matters Specific to Railway Rolling Stock in 2007; the Berlin Protocol on Matters Specific to Space Assets in 2012; and the Protocol on Matters Specific to Mining, Agriculture, and Construction Equipment in 2019.

The need to establish a uniform legal framework for international interests in mobile equipment and to create an international registration system for their protection as well as the need to ensure that interests in such equipment are recognized and protected universally led to the conclusion of the Cape Convention. As is stated in the Preamble, this Convention provides effects of an international interest in certain categories of mobile equipment and associated rights for the constitution. The Cape Town Convention does not cover all types of movable equipment but certain movable equipment. For example, cars are not regulated by the Cape Town Convention or its additional protocols. The categories referred to in the Convention are airframes, aircraft engines, and helicopters; railway rolling stock; and space assets. In addition, the Protocol Specific to Mining, Agricultural, and Construction Equipment has been adopted by the UNIDROIT although it is not specified in the Convention. A protocol specific to ships is currently on the UNIDROT's agenda.

The aim of the Cape Town Convention and its additional Protocols is to provide an international secured transactions regime applicable to the trade of high value mobile equipment. The Cape Town Convention and its four Protocols establish an electronic registry of international interests. The International Registry refers to the

international registration facilities established for the purposes of this Convention or the Protocols. International interests, prospective international interests, and registrable non-consensual rights and interests; assignments and prospective assignments of international interests; acquisitions of international interests by legal or contractual subrogations under the applicable law; notices of national interests; and subordinations of interests can be registered in the International Registry. Under the Protocols, different electronic international registries have been established for different categories of objects and associated rights. These are the international registry for aircrafts, the international registry for space assets, the international registry for railway rolling stock, and the international registry for mining, agriculture, and construction equipment. The Supervisory Authority and Register are established to conduct all duties given by Article 17. The effects of international interests against third parties; registration requirements; validity and time of registration; and duration of registration are also elaborated in detail in Chapter V of the Cape Town Convention.

The creditors, financiers, or lessors have a right to register their legal interests over high value mobile equipment in international electronic registry regardless of its location. The Contracting States are under the obligation to recognize legal interests that are registered in the electronic registry. The Convention and its Protocols also provide expeditious and efficient enforcement of remedies in the event of a default or insolvency of the debtor. A registered interest has priority over any other interest subsequently registered and over an unregistered interest in all Contracting States. The Cape Convention and its Protocols eliminate the obstacles for the sellers, creditors, or lessors of high value mobile equipment in the event of a default or insolvency of the debtors by creating international interest on mobile equipment and international registry. Hence, the Convention and Protocols eliminate the barriers arising from different provisions of national laws concerning in particular insolvency-related event for companies that provide high economic value equipment. Insolvency-related event means the commencement of the insolvency proceedings or the declared intention to suspend, or actual suspension of, payments by the debtor where the creditor's right to institute insolvency proceedings against the debtor to exercise remedies under the Convention is prevented or suspended by law or State action.

Both the Convention and the Protocols provide that registered international interests take priority in insolvency-related event. The Contracting States are obliged to recognize international interests and to accept enforcement legal interests registered in international registry in their countries. However, the Contracting States have a right to make reservations in some provisions of the Convention. Therefore, it should be underlined that the right to make reservations to certain provisions may prevent the Cape Town Convention and its Additional Protocols from being implemented in the same way in all Contracting States.

The Cape Town Convention and the Aircraft Protocol have been ratified by Turkey. In order to fulfil its obligations under the Cape Town Convention and the Aircraft Protocol, Turkey adopted certain provisions, added Article 68A to the Civil Aviation Act in 2012, and Additional Article 2 to the Law on Execution and Insolvency. The Directorate General for Civil Aviation prepared an Instruction to implement the Aircraft Protocol. The Unauthorized Recourse from the Registration and Export Authorization Form is annexed to this Instruction. The new provisions provide the opportunity to apply directly to the Ankara Execution Office without seeking a court order with respect to certain rights of the legal interest holder. Thanks to the new Articles added to both Laws and arrangements made by the Directorate General for Civil Aviation, Turkey, on 20 October 2014, was included by the OECD in the Cape Town Discount List. Thus, Turkish civil aviation companies that wish to provide aircraft financing will benefit from discounted premiums from the export credit institutions of the States that are parties to the Cape Town Convention. Whether these legislative steps taken for adapting domestic law to the Cape Town Convention and the Aircraft Protocol may violate the right to a fair trial guaranteed by the Constitution and the European Convention on Human Rights and the right to property regulated by Article 1 of its Protocol No. 1 poses a major problem that needs to be addressed.

Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Cape Town Konvansiyonu ve Bu Konvansiyona Ek Protokoller

I. Genel Olarak Teminatlı İşlemler ve Bu İşlemlere İlişkin UNIDROIT Çalışmaları

Vadeye bağlanmış ticari ilişkiler, mal satan, leasing veren veya kiralayanlar açısından alacağını alamama riski oluşturmaktadır. Aynı risk, ekonomik değeri yüksek taşınır donanımı için kredi veren bankalar açısından da vardır. Bu riski önlemek için borçludan teminat istenebilir. Hapis hakkı, rehin hakkı, ipotek, kefalet, üçüncü şahsın fiilini taahhüt, borca katılma¹, teminat amacıyla alacak devri ve toptan temlik², banka teminat mektubu, malın satılmaması için sicile şerh düşülmesi ve mülkiyeti muhafaza kaydı söz konusu teminatlar arasında yer almaktadır. Ayrıca escrow sözleşmesinin de teminat sözleşmeleri arasında yer aldığı kabul edilmektedir³. Tartışmalı olmakla beraber ceza koşulu, bazı yazarlarca teminat sağlama amacı güden sözleşmeler arasında sayılmaktadır⁴. O halde güvence veya diğer bir ifadeyle teminat sözleşmelerinin birçok türü vardır. Bunların bir kısmı kanunla düzenlenmiş ve bir kısmı ise kanunla düzenlenmemiştir⁵. Teminat sözleşmeleri, “şahsi teminat sözleşmeleri” ve “ayni teminat sözleşmeleri” olarak ikiye ayrılmaktadır⁶. Ayrıca “dar anlamda teminat sözleşmeleri” ve “geniş anlamda teminat sözleşmeleri” ayrımı da yapılmaktadır⁷. Dar anlamda teminat sözleşmelerinin amacı, kefalet, rehin ve ceza koşulunda olduğu gibi, mevcut bir borcun ifasıdır⁸. Geniş anlamda teminat sözleşmeleri ise, garanti sözleşmesi ve borca katılmada olduğu gibi, feri nitelikte olmayan bazı sözleşmeleri de kapsamına almaktadır⁹.

Teminatlı işlemler yalnızca ticari ilişkilerle sınırlı değildir. Devletin vergi alacağını güvenceye almak için de başvurduğu bir yoldur. Nitekim Gümrük Kanunu ve Gümrük Yönetmeliği ile bunlara ilişkin tebliğlerde ithalat veya ihracat anında tahsil edilmeyen gümrük vergilerinin teminata bağlanmasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gamze Turan Başara, ‘Yeni Bir Müessese: Borca Katılma’, (2014) 63(2) AÜHFED, 419, 419-447.

² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Saibe Oktay Özdemir, ‘Teminat Amacıyla Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri’, (1999) LVII (1-2) İÜHFEM, 265, 265-299; Ali Şafak, *Teminat Amaçlı Alacağın Temliki*, (1st edn, Seçkin 2013).

³ Fahrettin Aral and Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (11th edn, Yetkin 2018), 19-20. Türkçede “escrow” kavramını tam olarak ifade edecek bir karşılığın bulunmaması sebebiyle bu kavramın kullanılmaktadır. Örneğin, bkz. İsmail Kırcı, “Escrow Sözleşmesi”, (1997) 19(1) BATİDER, 45, 45 vd.; Şerafettin Ekici, *Escrow Sözleşmesi*, (1st edn, Oniki Levha 2019), s. 1 vd.; Dilşad Keskin, Kaynak Kod (Source Code) Escrow Sözleşmesi, (2012) 3(10), TAAD, 95, 95 vd.

⁴ Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (10th edn, Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Beta 2014), 19-20; Aydın Zevkililer and Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (18th edn, Turhan 2018), 27.

⁵ Hüseyin Hatemi, Rona Serozan and Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, (1st edn, Filiz 1992), 519.

⁶ Hatemi/Serozan/Arpacı, (n 5) 519.

⁷ Yavuz, (n 4) 19.

⁸ Yavuz, (n 4) 19-20; Necip Bilge, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını 1971), 363.

⁹ Yavuz, (n 4) 19-20.

Uluslararası ticari ilişkiler söz konusu olduğunda finansörler açısından ülke aşan riskler devreye girmekte ve alacakların teminata bağlanması daha da önem taşımaktadır. Üstelik alacak teminata bağlanmış olsa bile teminattan kaynaklanan hakların kullanılmasında hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar da vadeli işlem yapanların, leasing verenlerin, kiralayanların veya kredi verenlerin işlem yapmakta çekingen davranmalarına sebep olmaktadır. Özellikle ekonomik değeri bir hayli yüksek olan uçaklar; demiryolu araçları; gemiler; uzay araçları; maden, tarım ve inşaat araçları söz konusu olduğunda teminatlı işlemlerde ulusal hukukların sağladığı hakların yeterli olmaması sebebiyle söz konusu araçlar açısından bir milletlerarası antlaşmayla bütün âkit devletlerde geçerli uluslararası güvence oluşturan ortak bir sistemin kurulması ihtiyacı dile getirilmiştir. Nitekim bu ihtiyacı karşılamak için Özel Hukukun Birleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitü (Institut International pour L'unification du Droit Privé-UNIDROIT) çalışmamızın konusunu teşkil eden Cape Town Konvansiyonu'nu ve bu Konvansiyona ek dört protokolü kabul etmiştir.

UNIDROIT, hükümetlerarası bir kuruluştur. 1926 yılında Milletler Cemiyeti'nin (League of Nations) yardımcı organı olarak kurulan UNIDROIT, 1940 yılında çok taraflı bir milletlerarası antlaşma (UNIDROIT Statute) ile yeniden kurulmuştur. Merkezi, Roma'dadır¹⁰. UNIDROIT, özel hukukun modernleştirilmesi, yeknesaklaştırılması ve koordinasyonu için çalışmaktadır. UNIDROIT'e üye olmak için, UNIDROIT'in kurucu antlaşmasını onaylamak gerekir. UNIDROIT'in, Sekreteryaya (Secretariat), Yürütme Konseyi (Governing Council) ve Genel Kurul'dan (General Assembly) oluşan üç organı vardır. Sekreteryaya günlük işleri yürütmekle yükümlüdür. Genel Sekreter, UNIDROIT başkanının teklifi üzerine Yürütme Konseyi tarafından atanmaktadır. Yürütme Konseyi, Genel Kurul tarafından seçilmiş 25 üyeden oluşmaktadır ve UNIDROIT'in kuruluş amaçlarının gerçekleşmesi için çalışmaktadır. Genel Kurul, UNIDROIT'in en üst karar organıdır ve her üye devletin bir temsilcisinden oluşur. Genel Kurul, her yıl UNIDROIT'in bütçesini ve üç yılda bir çalışma programını onaylar. Ayrıca Yürütme Konseyi'ni beş yılda bir seçer¹¹.

UNIDROIT, uluslararası leasing¹² ve uluslararası faktoringin¹³ yanı sıra teminatlı işlemlere (secured transactions) ilişkin de önemli çalışmalar yapmıştır. Hatta bu alanda yaptığı çalışmalara yenilerini eklemeyi planlamaktadır. Teminatlı işlemlere

¹⁰ Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts-PICC*, (1st edn, Oxford University Press 2009), 6.

¹¹ <http://www.unidroit.org> (13.8.2019). UNIDROIT hakkında özet bilgi için bkz. Nuray Ekşi, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, (3rd edn, Beta 2019), 555-556; Nuray Ekşi, *Dış Ticaret Hukuku El Kitabı*, (1st edn, Beta 2020), 239.

¹² Leasing Konvansiyonu'nun İngilizce metni için bkz. <https://www.unidroit.org/instruments/leasing/convention-leasing> (29.3.2020). UNIDROIT tarafından 1988 yılında hazırlanan Milletlerarası Leasing Konvansiyonu (Convention on International Financial Leasing) hakkında bkz. Ekşi, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (n 11) 394-402; Ekşi, *Dış Ticaret Hukuku El Kitabı*, (n 11) 137-139.

¹³ Faktoring Konvansiyonu'nun İngilizce metni için bkz. <https://www.unidroit.org/instruments/leasing/convention-leasing> (29.3.2020). UNIDROIT tarafından 1988 yılında hazırlanan Milletlerarası Factoring Konvansiyonu (Convention on International Factoring) hakkında bkz. Ekşi, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (n 11) 404-408; Ekşi, *Dış Ticaret Hukuku El Kitabı* (n 11) 139-140.

ilişkin olarak UNIDROIT tarafından ekonomik değeri yüksek olan taşınır donanımına ilişkin bir çatı konvansiyon ve bu konvansiyona ek dört protokol hazırlanmıştır. Hava Araçları Protokolü (Matters Specific to Aircraft Equipment) 2001 yılında; Lüksemburg Demiryolu Araçları Protokolü (Protocol on Matters Specific to Railway Rolling Stock) 2007 yılında; Berlin Uzay Malvarlıkları Protokolü (Protocol on Matters Specific to Space Assets) 2012 yılında ve Maden Tarım ve İnşaat Taşınır Donanımı Protokolü (Protocol on Matters Specific to Mining, Agriculture and Construction Equipment) 2019 yılında yapılmıştır. Ekonomik değeri yüksek olan taşınır donanımı kavramı hava araçlarını; demiryolu araçlarını; uzay malvarlıklarını; tarım, madencilik ve inşaat teçhizatını kapsamaktadır. Söz konusu taşınır donanımını kredili olarak veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satan, leasing veya kiraya verenlerin haklarının korunması ihtiyacının yanı sıra borçlunun temerrüdü durumunda başvuracakları hukuki yollara ilişkin ulusal hukuklardaki farklı sistemlerden kaynaklanan sorunlar, bu konuda milletlerarası antlaşmayla ortak bir hukuki düzenlenmenin yapılmasını gerekli kılmıştır.

II. Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Cape Town Konvansiyonu

A. Cape Town Konvansiyonu'nun Hazırlık Çalışmaları, Yapılmasının Sebepleri, Amacı ve Kapsamı

1. Cape Town Konvansiyonu'nun Hazırlık Çalışmaları

Daha önce ifade edildiği üzere Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Cape Town Konvansiyonu, UNIDROIT tarafından hazırlanmıştır. 1992 yılında başlayan çalışmalar sırasında Konvansiyon'un kapsamı, ekonomik açıdan değeri yüksek olan her türlü taşınır eşyayı kapsayacak şekilde belirlenmişti. Ancak daha sonra bu düşünceden vazgeçilmiştir. Çatı bir konvansiyonun hazırlanması ve bu konvansiyona eklenecek her bir protokolda ekonomik değeri yüksek bazı taşınır donanımlarının ayrı ayrı düzenlenmesine karar verilmiştir¹⁴. Zaten hava araçları, demiryolu araçları, uzay araçları gibi değeri yüksek taşınır donanımının her birinin farklı özellikler taşıması sebebiyle bunlara ilişkin tek bir metin ile düzenleme yapılması mümkün olmadığından çatı konvansiyona ilave olarak her bir taşınır sektörü için ayrı bir protokol hazırlanması yoluna gidilmiştir¹⁵. Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Konvansiyon, Cape Town'da yapılan diplomatik konferans sonucunda kabul edildiği için kısaca "Cape Town Konvansiyonu" (Cape

¹⁴ Implementing the Cape Town Convention and the Domestic Laws on Secured Transaction, Editör Souichirou Kozuka, Ius Comparatum-Global Studies in Comparative Law, (Springer International Publishing AG 2017), 2.

¹⁵ Hüseyin Ülgen and Fatih Aydoğan, 'Genel Hatlarıyla Cape Town Konvansiyonu ve Hava Aracı Protokolü', Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, (Oniki Levha 2017), 713.

Town Convention) olarak anılmaktadır. Cape Town Konvansiyonu, 1 Nisan 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Cape Town Konvansiyonu'nun son elli yılda ticari işlemler alanında yapılan en önemli anlaşma olduğu ve âkit devletlere milyarlarca ekonomik fayda sağlayacağı ifade edilmiştir¹⁶. Cape Town Konvansiyonu'nda yüksek ekonomik değeri olan ve özellik arz eden taşınır donanımı için bütün akit devletlerde geçerli uluslararası teminat rejimi öngörülmüştür¹⁷.

2. Cape Town Konvansiyonu'nun Yapılmasının Sebepleri

UNIDROIT'in teminatlı işlemlere ilişkin olarak Cape Town Konvansiyonu'nu hazırlamasının sebeplerini demiryolu taşınır donanımı örneği ile açıklayacağız. Demiryolu taşınır araçları (railway mobile equipments), ulusal sınırları aşarak başka ülkelerde de taşıma yaptıkları için bunlara uluslararası bir kimlik kazandırılması önem taşımaktadır. Ayrıca demiryolu taşınır donanımı pahalıdır ve bunları yalnızca malikleri değil başkaları da kullanmaktadır¹⁸. Demiryolu taşınır donanımlarının satışı veya leasing verilmesi ya da kredi sözleşmesi karşılığında alımı için bir pazar oluşmuştur. Bu pazarın aktörleri olan kredi kuruluşlarının veya leasing veren kuruluşların ve finansörlerin, demiryolu taşınır donanımları üzerindeki haklarının güvence altına alınması, hayati önem taşımaktadır. Demiryolu taşınır donanımı almak isteyenlere kredi veren veya bunlarla leasing sözleşmesi yapan şirketler, demiryolu donanımı üzerinde teminat tesis etmektedir. Bununla beraber demiryolu donanımı ülkeler arasında taşıma yaptığından kredi borçlusunun veya leasing alanın ödeme gücüne düşmesi veya iflas etmesi halinde rehin hakkının icra yoluyla paraya çevrilmesi için yapılan başvurularda her bir ülkenin icra hukukundaki farklı sistemlerden kaynaklanan sorunlarla karşılaşmaktadırlar. Örneğin, kredi veren veya leasing veren şirketin alacaklarının öncelikli alacak olarak kabul edilmemesi sebebiyle kredi veren banka veya leasing veren şirket icra takibi sonucunda hiçbir şey alamama riskiyle karşı karşıya kalmaktadır. Aslında bu zaruret sadece demiryolu taşınır donanımı için değil havayolu, denizyolu ve karayolu taşınır donanımları için de söz konusudur. İşte bu düşüncelerden hareketle Cape Town Konvansiyonu yapılmıştır.

¹⁶ file:///C:/Users/Casper/Desktop/Cape%20Town/Secured%20Transactions.html (23.12.2019).

¹⁷ file:///C:/Users/Casper/Desktop/Cape%20Town/Secured%20Transactions.html (23.12.2019).

¹⁸ Sandie Calme, 'Relationship between the European Union Railway Transport Law and the Railway Protocol', (2016) 5(1) Cape Town Convention Journal, 153, 162.

Türkiye, Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Konvansiyona 2011 yılında taraf olmuştur¹⁹. Onay Kanunu'nda da Konvansiyon'un yapılmasına etki eden faktörlere yer verilmiştir. Cape Town Konvansiyonu'nun Onay Kanunu'nun gerekçesi şöyledir²⁰:

“Hava araçları, demiryolu araçları ve uyduların finansmanı veya kiralanması işlemleri söz konusu araçların, ülke sınırları dışına giriş-çıkışlarının olması nedeniyle finansörlerin veya kiralayanların araçlar üzerindeki haklarının kullanımında bir takım sorunlar oluşturmaktadır. Menşei ülkesinde tesis edilmiş ve kaydedilmiş bir hakkın o ülke dışında özellikle de aynı teminatların hukuken koruma altına alınmadığı yerlerde ileri sürülebilmesi veya icrası mümkün olamamaktadır. Ayrıca borçlunun temerrüdü halinde alacaklıları koruyacak hukuki mekanizmalarda her ülkede bulunmamaktadır. Kısaca “Cape Town Konvansiyonu” olarak anılan “Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşme” ile kısaca “Hava Aracı Protokolü” olarak adlandırılan “Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşmeye İlişkin Hava Aracı Donanımına Özgü Konulara Dair Protokol” hava araçları için finansman sağlayan teminat sahibi finansörlerin, şartlı satıcıların, kiralayanların veya kiracıların haklarını uluslararası bir sicile kaydetmek ve borçlu kişi ve kurumların tasfiye haline girmeleri durumunda bu alacaklılara mezkûr nesnelere üzerinde öncelik tanımak suretiyle alacaklıları koruyacak istikrarlı bir uluslararası hukuki rejim tesis etmek amacını gütmektedir.

Ülkemiz tarafından 16 Kasım 2001 tarihinde imzalanan Cape Town Konvansiyonu ve Hava Aracı Protokolü, Özel Hukukun Birleştirilmesi Uluslararası Enstitüsü (UNIDROIT), Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO) ve Uluslararası Hava Taşımacılığı Birliği (IATA)'nin yakın işbirliği neticesinde oluşturulmuştur. Cape Town Konvansiyonu 1 Nisan 2004 tarihinde, Hava Aracı Protokolü ise 1 Mart 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokol, Aralık 2009 tarihi itibarıyla aralarında ABD'nin de bulunduğu 31 ülke ile Avrupa Birliği tarafından da onaylanmış bulunmaktadır.

Konvansiyon ve Protokol olmak üzere iki belge ile oluşturulan sistemle, tüm akit devletler tarafından tanınan uluslararası geçerliğe sahip bir teminat sistemi ihdas edilmiştir. Bu sistem ile, hava aracı finansmanı işlemlerinde borçlu konumundaki

¹⁹ Karar Sayısı: 2011/1926: Türkiye Cumhuriyeti adına 16 Kasım 2001 tarihinde Cape Town'da imzalanan ve 10.3.2011 tarihli ve 6192 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli “Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşme” ve “Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşmeye İlişkin Hava Aracı Donanımına Özgü Konulara Dair Protokol”ün beyanlar ile onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 19.4.2011 tarihli ve HUMŞ/3767242 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 24.5.2011 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG 4.7.2011/27984-2. Mükerrer). Cape Town Konvansiyonu'nun İngilizce metni için bkz. <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/cape-town-convention> (29.3.2020).

²⁰ Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşme ve Bu Sözleşmeye İlişkin Hava Aracı Donanımına Özgü Konulara Dair Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun Tasarısı ile Dışişleri Komisyonu Raporu (1/904), Dönem 23, Yasama Yılı 5, (S. Sayısı: 622).

kişi veya kuruluşların borçlarını ödemede temerrüde düşmeleri veya iflas ve benzeri sebeplerle tasfiye haline girmeleri durumunda, söz konusu borçlulara hava aracı finansmanı ile bağlantılı kredi sağlamış olan finansörlerin, hava aracı üzerinde diğer alacaklılar karşısındaki önceliklerini garantiye almak için bir takım haklar tanınmış olup, mezkur haklar uluslararası geçerliliğe sahip bir sicile tescil edilmektedir. Akit devletler, uluslararası sicile tescil edilen bu gibi teminatları tanıyacak ve kendi ülkelerinde ilgili hava aracı donanımı üzerinde icra edilmesine olanak sağlayacaklardır. Devletlerin herhangi bir şekilde borçlu gibi alacaklılara karşı sorumlu olmaları ve devlet maliyesine ek bir yük getirilmesi söz konusu olmayacaktır.

Cape Town Konvansiyonu, uluslararası geçerliliğe sahip bir teminat sicili tesis etmek suretiyle finansman maliyetlerinin düşmesini sağlamaktadır. Hava aracı finansmanı maliyetlerinin düşmesi, hava aracı edinmeyi ve sektöre yeni havayolu şirketlerinin girmesini kolaylaştırmaktadır. Sektöre yeni giren şirketler pazarın büyümesini sağlamakta ve turizm başta olmak üzere ekonomiye olumlu katkı sağlamaktadırlar. Finansman maliyetlerinin düşmesi neticesinde, bilet fiyatlarında indirim yapılması ve hava araçlarının sayısının artmasına paralel olarak uçuş noktalarının veya uçuş frekanslarının artışı gibi faktörler, yolculara da olumlu yönde yansımaktadır.

Havayolu şirketleri kiralama sözleşmesinden kaynaklanan “aybı karşı tekeffül” ve “satın alma opsiyonu” gibi haklarını Cape Town Konvansiyonu ile ihdas edilen uluslararası sicile kaydettirebilmekte ve hava aracının el değiştirmesi durumunda, yeni malike karşı da bu çok önemli haklarını ileri sürebilme hakkına sahip olmaktadır. Bu sistem ile havayolu şirketinin temerrüdü veya iflası halinde finansörlerin zararlarının önlenmesi süratli, objektif, şeffaf ve tekdüze kurallarla gerçekleştirildiğinden, finansörler mevcut sözleşmelerde getirdikleri alt kira kısıtlamalarına ihtiyaç duymamakta, bu da havayolu şirketlerine daha fazla operasyonel esneklik sağlamaktadır. Cape Town Konvansiyonu ile Hava Aracı Protokolü’nün onaylanması işlemlerinin ülkemiz tarafından tamamlanmasını müteakip keyfiyetin UNIDROIT’e bildirilmesi aşamasında Konvansiyon ve Protokolün muhtelif maddelerinde üye devletlere tanınan imkânlar çerçevesinde söz konusu metinlerin bazı hükümlerinin ülkemizde uygulanmayacağı veya ülkemizde yürürlükte olan kanunların görece önceliğe sahip olacağı hususlarında deklarasyonlar yapılacaktır.

Daha önce ifade edildiği üzere UNIDROIT, ayrıca Cape Town Konvansiyonu’na ek dört adet protokol yapmıştır. Birinci Protokol hava araçlarına; ikincisi demiryolu araçlarına; üçüncüsü uzay malvarlıklarına; dördüncüsü madencilik, tarım ve inşaat araçlarına ilişkindir. Gemilerle ilişkin de ayrı bir protokol yapılması düşünülmektedir. Türkiye, söz konusu protokollerden yalnızca Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası

Teminatlar Hakkında Sözleşmeye İlişkin Hava Aracı Donanımına Özgü Konulara Dair Protokol'ü, Cape Town Konvansiyonu ile birlikte, 2011 yılında onaylamıştır²¹.

3. Cape Town Konvansiyonu'nun Amacı

Cape Town Konvansiyonu, taşınır donanımı üzerinde teminat haklarına ilişkin yeknesak hükümler getirmiştir. Eğer Konvansiyon olmasaydı, mahkemeler, öncelikle kendi kanunlar ihtilafı kurallarına bakarak teminatın tesisine hangi devletin hukukunu uygulayacaklarını tespit edecekti. Muhtelif devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarında uygulanacak hukuk ya malların bulunduğu yer hukuku (*lex rei sitae/lex situs*) ya da hava araçları açısından tescil yeri hukuku (*lex registri*) olarak belirlenmiştir. Ancak hangi devletin hukuku uygulanırsa uygulansın taşınır donanımı üzerinde teminatlarla ilişkin hükümler ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir²². Dolayısıyla farklı hukuk sistemleri ile karşı karşıya kalan teminat sahipleri açısından bu durum risk oluşturmaktadır. Cape Town Konvansiyonu'na taraf devletlerin ulusal hukuklarında yer alan hükümlerin yerini Cape Town Konvansiyonu almıştır²³.

Cape Town Konvansiyonu'nun amacı, temerrüt halinde alacaklılara başvurabilecekleri yolları belirlemek ve taşınır donanımı üzerinde sahip oldukları uluslararası teminatın (international interest)²⁴ tescil edilmesi için bir sicil sistemi ihdas etmektir²⁵. Cape Town Konvansiyonu ile taşınır donanımı için finansman sağlayan teminat sahibi finansörlerin, şartlı satıcıların ve leasing verenlerin lehine tesis edilen ve bütün akit devletlerde geçerli olan teminatların uluslararası bir sicile kaydedilmesi sağlanmış; borçluların temerrüde düşmeleri, iflas etmeleri veya başka bir sebeple tasfiye olmaları halinde alacaklılara üzerinde teminat tesis edilen araç ve donanımlarda rüçhan hakkı tanımak suretiyle alacaklıları koruyacak bir uluslararası hukuki rejim oluşturmak amaçlanmıştır²⁶. Cape Town Konvansiyonu'nda finansörlerin alacakları teminat altına alındığından, Konvansiyon'un, âkit devletlerde

²¹ Karar Sayısı: 2011/1926: Türkiye Cumhuriyeti adına 16 Kasım 2001 tarihinde Cape Town'da imzalanan ve 10.3.2011 tarihli ve 6192 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli "Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşme" ve "Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşmeye İlişkin Hava Aracı Donanımına Özgü Konulara Dair Protokol"ün beyanlar ile onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 19.4.2011 tarihli ve HUMŞ/3767242 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 24.5.2011 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG 4.7.2011/27984-2. Mükerrer).

²² Souichirou Kozuka, 'The Cape Town Convention and Its Implementation in Domestic Law: Between Tradition and Innovation' (*in*) Implementing the Cape Town Convention and the Domestic Laws on Secured Transaction, Editör Souichirou Kozuka, *Ius Comparatum-Global Studies in Comparative Law*, (Springer International Publishing AG 2017), 15, 15-59.

²³ Kozuka, (n 22) 15.

²⁴ Uluslararası teminat sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Melda Taşkın, 'General Principles for Creation of an "International Interest" in an Aircraft Object within Frame of Cape Town Convention', (2019) 7(13) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 199, 199-218.

²⁵ Calme, (n 18) 162.

²⁶ Yaşar Öztürk, Cape Town Konvansiyonu TBMM'de kabul edildi, 4 Temmuz 2011: <http://www.gokyuzuhaberci.com/yazi.php?id=304> (23.12.2019).

taşınır donanımına ilişkin finansman maliyetlerini azalttığı ifade edilmiştir²⁷. Taşınır donanımı üzerinde öngörülen ve rüçhan hakkı veren bu sistemle, gelişmekte olan ülkelerdeki şirketlerin teminatlı borç pazarına daha kolay ulaşmalarının sağlanacağı düşünülmektedir²⁸.

4. Cape Town Konvansiyonu'nun Kapsamı

Cape Town Konvansiyonu, bütün taşınır donanımlarının değil belirli türdeki taşınır donanımları üzerinde kurulacak olan uluslararası teminatların oluşturulmasını ve bu teminatların akıbetini düzenlemektedir (md. 1/1). Örneğin, binek otomobiller Cape Town Konvansiyonu veya bu Konvansiyona ek bir protokol ile düzenlenmemiştir. Konvansiyon'un 2(3). maddesine göre, taşınır donanımı ile kastedilen kategoriler (1) hava aracı gövdesi, hava aracı motorları ve helikopterler; (2) demiryolu üzerinde hareket eden nesnelere ve (3) uzaydaki malvarlıklarıdır. Ayrıca Konvansiyon'da belirtilmemekle beraber daha sonra Konvansiyona ek olarak yapılan bir protokol ile madencilik, tarım ve inşaat işlerine ilişkin taşınır donanımı da kapsama alınmıştır. Gemilere ilişkin olarak özel bir protokolün yapılması düşünülmektedir²⁹.

Cape Town Konvansiyonu'nun 2(2). maddesinde, teminatın kimin tarafından verilebileceği üç olasılık halinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, birinci olasılık, teminatın bir güvence anlaşmasının borçlusu tarafından verilmesidir. Diğer bir ifadeyle, taşınır donanımı satım sözleşmesi yapılmış ve alıcı, satıcıya bir güvence örneğinin, taşınır donanımı üzerinde hapis veya rehin hakkı sağlamış olabilir. İkinci olasılık, mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılan bir satışta malı alan tarafından bir güvence verilebilir. Buradaki güvence zaten satan kişinin alacağı ödenene kadar malın mülkiyetini muhafaza etmesidir. Üçüncü olasılık leasing sözleşmesinde kiracı tarafından güvence verilmesidir. Bir taşınır donanımı üzerindeki uluslararası teminat, o taşınırın hâsılatını da kapsamaktadır (md. 2/5).

Cape Town Konvansiyonu'nun uygulanabilmesi için teminatı ihdas eden veya sağlayan bir sözleşmenin yapıldığı sırada borçlunun bir âkit devlette olması yeterlidir. Alacaklının bir âkit devlette olup olmamasının önemi yoktur. (md. 3). Borçlunun bulunduğu yer kavramına 4. madde ile açıklık kazandırılmıştır. Bu madde uyarınca borçlunun, kanunlarına göre kurulmuş olduğu; kayıtlı ofisinin veya ikametgâhının bulunduğu; idare merkezinin bulunduğu; iş yerinin bulunduğu; birden fazla iş yeri varsa merkez iş yerinin olduğu; hiç iş yeri yoksa mutad meskeninin bulunduğu âkit devlette olduğu kabul edilecektir.

²⁷ Öztürk, (n 26); Hasan Fehmi Erdoğan, Finansal Kiralama Sözleşmesi ve Hava Aracı ve Parçalarının Finansal Kiralama Yöntemi ile Temini, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, (İstanbul 2014), 173.

²⁸ Erdoğan, (n 27) 172.

²⁹ <https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2018session/cd-97-18-e.pdf> (29.3.2020).

B. Cape Town Konvansiyonu'na Göre Uluslararası Teminat

Bir teminatın Cape Town Konvansiyonu'nda kastedilen uluslararası teminat olarak kabul edilebilmesi için 7. maddede aranan şartlara uygun olması gerekir. Bu madde uyarınca uluslararası teminatı ihdas eden anlaşmanın yazılı olması; uluslararası teminatın mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış yapan veya leasing verenin tasarruf etmeye yetkili olduğu bir taşınır donanımı üzerinde ihdas edilmesi ve teminat yükümlülüklerinin tespitine imkân vermesi gerekir.

C. Cape Town Konvansiyonu Uyarınca Borçlunun Temerrüdü Halinde Uluslararası Teminat Sahibinin Başvurabileceği Yollar

Cape Town Konvansiyonu, borçlunun temerrüdü halinde teminat sahiplerine temel haklar (basic remedies) ve ilave haklar (additional remedies) sağlamıştır³⁰. Borçlunun temerrüde düşmesi halinde uluslararası teminat sahibi, Cape Town Konvansiyonu'nun 8. maddesinde öngörülen temel yollardan birine veya birkaçına başvurabilir. Ancak Konvansiyon'da öngörülen yollara başvurulurken âkit devletlerin koyduğu çekinceler de dikkate alınacaktır. Bu maddede öngörülen yollar şunlardır:

- (1) Üzerinde uluslararası teminat olan taşınır donanımının zilyetliğini veya kontrolünü elde edebilir;
- (2) Üzerinde uluslararası teminat olan taşınır donanımını satabilir veya kiraya verebilir;
- (3) Üzerinde uluslararası teminat olan taşınır donanımının kullanılmasından veya idaresinden doğan her türlü geliri ve kârı tahsil edebilir.
- (4) Cape Town Konvansiyonu'nun 9. maddesinde belirtilen şartlarla mahkemece, borcun ifası yerine kaim olmak üzere uluslararası teminat sahibine taşınır donanımının itfa edilmesine de karar verilebilir.

Uluslararası teminat sahibi, yukarıda öngörülen ilk üç olasılıktan herhangi birinin icrası için mahkemeye başvurabilir. Cape Town Konvansiyonu'nun (1)(h) maddesi uyarınca mahkeme kavramı, adli yargı organlarının yanı sıra hakem heyetlerini ve diğer idari makamları da kapsamaktadır.

Uluslararası teminat sahibi, ayrıca taşınır donanımının ve değerinin korunması; donanımın zilyetliğinin, kontrolünün ve korunmasının sağlanması; donanımın yer değiştirmesinin engellenmesi; nesnenin kiraya verilmesi ve donanımın ve ondan elde edilen gelirin idaresi için mahkemeye başvurarak ihtiyati tedbir kararı talep edebilir (Cape Town Konvansiyonu md. 13). Ancak ihtiyati tedbir kararı açısından âkit devletlerin koydukları çekinceler de dikkate alınır.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dean N. Gerber/David R. Walton, 'De-registration and Export Remedies under the Cape Town Convention', (2014) November, Cape Town Convention Journal, 49, 53 et seq.

Cape Town Konvansiyonu'nun 14. maddesine göre, uluslararası teminat sahibi tarafından Konvansiyon'da öngörülen herhangi bir yola başvurulması halinde, başvurunun yapıldığı âkit devletin usul hukuku uygulanacaktır.

D. Cape Town Konvansiyonu ile İhdas Edilen Uluslararası Tescil Sistemi

Cape Town Konvansiyonu'nun uyarınca bir Uluslararası Sicil ihdas edilmiştir. Bu sicile kaydedebilecek hususlar 16. maddede belirlenmiştir. Konvansiyon'un 16. maddesi uyarınca Uluslararası Sicile kaydedilebilecek hususlar şunlardır:

- (1) Mevcut uluslararası teminatlar;
- (2) Muhtemel uluslararası teminatlar;
- (3) Rızaya bağlı olmayan tescil edilebilir haklar ve teminatlar;
- (4) Uluslararası teminatların devri ve muhtemel devirleri;
- (5) Kanuni veya akdi halefiyet yoluyla kazanılan uluslararası teminatlar;
- (6) Ulusal teminatlara ilişkin bildirimler;
- (7) Teminatların ferileri.

Ayrıca farklı taşınır donanımları açısından farklı siciller kurulabilir. Örneğin, hava araçları için ayrı; uzay araçları için ayrı; demiryolu araçları için ayrı, tarım, madencilik ve inşaat taşınır donanımı için siciller kurulabilir. Nitekim Protokoller uyarınca bunlardan her biri için ayrı sicil oluşturulmuştur.

Uluslararası Sicile tescil, Cape Town Konvansiyonu'nun 18. maddesinde belirlenen şartlara uygun olarak yapılacaktır. Uluslararası Sicile tescil işlemleri elektronik ortamda ve veri tabanları üzerinden yapılacaktır (md. 19). Uluslararası teminatın tescili, terkin edilmesine kadar veya sicilde belirtilen süre sona erene kadar geçerli olmaya devam edecektir (md. 21). Uluslararası Sicil tarafından düzenlenen her belgenin, tescilin tarihi ve zamanı konusu da dahil olmak üzere içeriğinin doğru olduğuna karine teşkil eder (md. 24). Uluslararası Sicile yapılan herhangi bir kaydın hangi hallerde kaldırılacağı 25. maddede belirlenmiştir. Uluslararası Sicil'in aleniyeti 26. maddede düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca hiç kimsenin, herhangi bir sebeple uluslararası tescil ve araştırma imkânlarına erişimi engellenmeyecektir. Sicili tutanların sorumluluğu 28. maddede düzenlenmiştir. Cape Town Konvansiyonu'nun 29. maddesi ile 39. maddesinde Uluslararası Sicile tescil edilmiş teminatlardan hangisinin önce geleceği belirlenmiştir.

IV. Cape Town Konvansiyonu'na Ek Protokoller

Cape Town Konvansiyonu ile oluşturulan sistem, bu Konvansiyona ek protokoller ile işletilmektedir³¹. Cape Town Konvansiyonu ile oluşturulan genel çerçeve esas alınarak havayolu, demiryolu, uzay, madencilik, tarım ve inşaat taşınır donanımına ilişkin özellikler dikkate alınarak özel protokoller yapılmıştır. Nitekim daha önce ifade edildiği üzere Türkiye tarafından da onaylanan *Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşmeye İlişkin Hava Aracı Donanımına Özgü Konulara Dair Protokol* (Protocol on Matters Specific to Aircraft Equipment) 2006 yılında yürürlüğe girmiştir. Böylece hava donanım araçlarının temininde kredi veren veya leasing yapan ya da mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış yapan kuruluşların alacaklarını öncelikle almalarını sağlayan bir tescil sistemi oluşturulmuştur. Hava Aracı Donanımına Özgü Konulara Dair Protokol UNIDROIT, IATA³² ile ICAO³³ işbirliğiyle hazırlanmış ve 2001 yılında kabul edilmiştir³⁴.

Demiryolu Araçlarına İlişkin Hususlara Dair Cape Town Konvansiyonuna Ek Protokol (Protocol on Matters Specific to Railway Rolling Stock), 23 Şubat 2007 tarihinde Lüksemburg'da yapılan diplomatik konferansta imzaya açılmıştır³⁵. Türkiye, Lüksemburg Protokolü'ne henüz taraf değildir. Lüksemburg Protokolü UNIDROIT'in çabaları sonucunda OTIF³⁶ ile UNIDROIT tarafından 2007 yılında yapılmıştır. Avrupa Birliği de Lüksemburg Protokolü'ne taraftır³⁷. Lüksemburg Protokolü, Cape Town Konvansiyonu'na ektir. Lüksemburg Protokolü, demiryolu araçlarının finansmanını sağlayanların veya demiryolu araçlarını leasing yapanların menfaatlerini korumaktadır³⁸. Lüksemburg Protokolü, bedeli oldukça yüksek olan demiryolu taşıma araçlarının finansmanı için finansman sağlayan kişilere demiryolu araçları üzerinde mutlak hak veren; öncelikli olarak alacaklarını almalarını sağlayan

³¹ file:///C:/Users/Casper/Desktop/Cape%20Town/Secured%20Transactions.html (23.12.2019).

³² Uluslararası Hava Taşımacılığı Birliği (International Air Transport Association).

³³ Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (International Civil Aviation Organization).

³⁴ file:///C:/Users/Casper/Desktop/Cape%20Town/Secured%20Transactions.html (23.12.2019).

³⁵ file:///C:/Users/Casper/Desktop/Cape%20Town/Secured%20Transactions.html (23.12.2019).

³⁶ Uluslararası Demiryolu Taşımacılığı Hükümetlerarası Örgütü (Intergovernmental Organisation for International Carriage by Rail).

³⁷ Council Decision of 4 December 2014 on the approval, on behalf of the European Union, of the Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Railway Rolling Stock, adopted in Luxembourg on 23 February 2007 (2014/888/EU), OJ 10.12.2014 L353, s. 9-10. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Calme, (n 18) 162-165.

³⁸ Lüksemburg Protokolü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Howard Rosen, 'The Luxembourg Rail Protocol: An Essential Element of International Transport by Rail', (2018) 126(2), Bulletin of International Carriage by Rail, 18, 18-21.

imtiyazlı alacaklara ve bazı alacaklıların sahip olduğu ve tescil ettirdiği uluslararası teminatların icrasına ilişkin kuralları düzenlemiştir. Ayrıca alacakların, borçlunun temerrüdü halinde başvurabilecekleri hukuki yollar (Lüksemburg Protokolü md. VII-VIII) belirlemiş; borçlunun iflasi halinde alacaklının başvurabileceği birbirine alternatif üç yol (Lüksemburg Protokolü md. IX) öngörülmüştür. İnternet üzerinden uluslararası teminatların tescil edilmesine olanak tanınmış; tescil sistemini denetleyen ve OTIF, UNIDROIT ve üye devletlerce atanan temsilcilerden oluşan bir otorite (Supervisory Authority) ihdas edilmiştir (Lüksemburg Protokolü md. XII). Lüksemburg Demiryolu Protokolü'nün XXV. maddesinde âkit devletlere, kamu hizmetlerine tahsis edilmiş demiryolu araçlarının hariçte tutulması için beyanda bulunma yetkisi tanınmıştır. Diğer bir ifadeyle, Protokole taraf olan devletler, kamu hizmetlerine tahsis edilmiş demiryolu araçlarının Protokol'ün kapsamı dışında tutulması için Protokole çekince koyabilirler. Lüksemburg Demiryolu Protokolü'nün öngördüğü sistemin, demiryollarına yapılacak yatırımları artıracığı ve leasing piyasasını canlandıracağı ifade edilmiştir⁴¹.

Uzay Malvarlıklarına Özgü Konulara Dair Protokol (Protocol on Matters Specific to Space Assets) 2012 yılında Berlin'de yapılan diplomatik konferans sonucunda kabul edilmiştir⁴². Uzay endüstrisinin ihtiyaçları dikkate alınarak hazırlanan Protokol'de ayrıca uzay faaliyetlerinin kamu hizmeti boyutu da dikkate alınmıştır⁴³. Uzay malvarlığı kapsamına, uydular; uzay istasyonları; uzay modülleri; uzay kapsülleri; uzay araçları; uzay fırlatma araçları; telekomünikasyonlar, navigasyonlar, gözetleme de dahil yükleme istasyonları donanımı; uzay araçlarının veya istasyonlarının parçaları girmektedir. Uzay Protokolü ile uzay malvarlıkları üzerine bu malvarlıklarının temini için veya finansmanı için kredi veren kuruluşlar lehine uluslararası teminat sistemi kurulmuş; Protokole taraf olan bütün devletlerde alacaklıların bu teminatı icra etmeleri sağlanmıştır.

Madencilik, Tarım ve İnşaat Teçhizatına Özgü Konulara Dair Protokol'ün (Protocol on Matters Specific to Mining, Agriculture and Construction Equipment-MAC Protocol), hazırlıkları 2019 yılında UNIDROIT tarafından tamamlanmıştır. MAC Protokolü, madencilik, tarım ve inşaat teçhizatları üzerinde satıcılar, leasing verenler veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış yapanlar lehine teminatların tescil edileceği bir uluslararası elektronik tescil sistemi ihdas etmiştir⁴⁴.

⁴¹ European Commission Brussels, 11.6.2013 COM(2013) 349 final 2013/0184 (NLE) Proposal for a Council Decision on the approval, on behalf of the European Union, of the Luxembourg Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters specific to Railway Rolling Stock, adopted in Luxembourg on 23 February 2007 Explanatory Memorandum.

⁴² file:///C:/Users/Casper/Desktop/Cape%20Town/Secured%20Transactions.html (23.12.2019).

⁴³ <http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/conference2012/useful%20documentation/flyer-e.pdf> (26.2.2020).

⁴⁴ file:///C:/Users/Casper/Desktop/Cape%20Town/Secured%20Transactions.html (23.12.2019).

O halde Cape Town Konvansiyonu esas alınarak, havayolu ve demiryolu taşımada kullanılan araçlar; uzay malvarlıkları; tarım, madencilik ve inşaat işlerinde kullanılan taşınır donanımı için uluslararası teminatların ihdası için özel protokoller yapılmıştır. Protokollerin kapsamına giren taşınır donanımı açısından protokoller, Cape Town Konvansiyonu ile birlikte uygulanacaktır. Cape Town Konvansiyonu'nun 6. maddesine göre, eğer Konvansiyon ile Protokol arasında herhangi bir çelişki varsa Protokol esas alınacaktır. Protokoller ile söz konusu nakliye araçlarını veya teçhizatı leasing veren, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satan veya bu araçların temininde finansman sağlayan alacaklıların, borçluya karşı korunması için bir sistem ihdas edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, alacaklılar “uluslararası teminat” adıyla demiryolu ve havayolu nakliye araçlarına; uzay malvarlıklarına; tarım, madencilik ve inşaat işlerinde kullanılan taşınır donanımına ilişkin haklarını tescil edebilme olanağını elde etmiştir.

V. Türk Hukukunun Cape Town Konvansiyonu ve Hava Aracı Protokolü ile Uyumlaştırılması İçin Yapılan Düzenlemeler

Cape Town Konvansiyonu, iç hukukla çelişen hükümlere sahip olduğundan bu çelişkileri gidermek amacıyla bazı adımlar atılmıştır. İç hukuktaki bazı hükümlerin Konvansiyon ve Hava Aracı Protokolü ile uyumlaştırılması amacıyla İİK'nın yanı sıra 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'na birer madde eklenmiştir. Türkiye, Konvansiyonu ve Hava Aracı Protokolü'nü onayladıktan sonra 2014 yılında 6518 sayılı Kanun⁴⁵ ile İİK'ya bir madde eklenmiştir⁴⁶. İİK'nın ek 2. maddesine göre:

Ek Madde 2- (Ek: 6.2.2014-6518/2 md.) Türkiye Cumhuriyeti adına 16.11.2001 tarihinde Cape Town'da imzalanan ve 10.3.2011 tarihli ve 6192 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan “Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşme” ve “Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşmeye İlişkin Hava Aracı Donanımına Özgü Konulara Dair Protokol” çerçevesinde, “Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşme”nin 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında haklarını kullanan güvence lehtarları ve 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında haklarını kullanan şartlı satıcı veya kiralayan, herhangi bir yargı kararı aranmaksızın, hak sahibi olduğunu gösteren ve Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından düzenlenecek tescil belgesiyle Ankara İcra Dairesine başvurarak, tercih ettiği hakkın yerine getirilmesini talep edebilir. Talep üzerine icra müdürü tarafından başkaca herhangi bir araştırma yapılmaksızın, hak sahibi lehine üzerinde güvence

⁴⁵ Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No. 6518, Kabul Tarihi: 16.2.2014, RG 19.2.2014/28918.

⁴⁶ İİK'ya eklenen ek 2. madde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çiğdem Yazıcı, ‘Cape Town Konvansiyonu ve Protokolü Çerçevesinde İcra ve İflas Kanunu’na Eklenen Ek Madde 2 Hükümünün Değerlendirilmesi’, Sivil Havacılık Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Editörler Havva Karagöz/Kazım Sedat Sirmen/Bilge Erson Asar, MEF Üniversitesi 27 Şubat 2018, (Oniki Levha 2019), 239, 246-255.

tesis edilen nesnenin zilyetliği veya kontrolünün devrine ilişkin karar verilir ve karar borçluya tebliğ edilir. Tebliğ tarihinden itibaren üç iş günü içinde borçlu taraf, bu emri yerine getirmezse icra müdürü, Sözleşme'nin anılan 8 inci ve 10 uncu maddeleri çerçevesinde gereğini yerine getirmesi için almış olduğu kararı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğüne gönderir. Bu madde gereğince İcra Dairesince yapılan işlemler nedeniyle, 492 sayılı Harçlar Kanununun hükümlerine göre 10.000 Türk Lirası maktu harç dışında herhangi bir vergi, resim ve harç alınmaz. Harç ve giderler, talep edene aittir. İcra Dairesince, Sözleşme ve Protokol çerçevesinde yapılacak iş ve işlemler ile takibe ilişkin esas ve usuller Adalet Bakanlığı ile Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

İİK'nın ek 2. maddesinde yargı kararı aranmaksızın teminat sahibinin doğrudan Ankara icra dairesine başvurabilmesi için teminat sahibinin sadece Cape Town Konvansiyonu'nun 8(1)(a) maddesi ile 10(1)(a) maddesinde düzenlenen haklarını kullanıyor olması gerekmektedir. Söz konusu hükümler uyarınca teminat sahibine tanınan haklar şunlardır:

- Kendisi lehine üzerinde güvence tesis edilen herhangi bir nesnenin zilyetliğini veya kontrolünü elde etmesi (md. 8/1-a),
- Âkit devletlerin yaptığı beyanlar saklı kalmak kaydıyla sözleşmeyi feshederek sözleşmenin ilişkin olduğu herhangi bir nesnenin zilyetliği veya kontrolünün alınması (md. 10/1-a).

Ayrıca İİK'nın ek 2. maddesinde Ankara icra dairesine verilen yetki, kesin yetkidir⁴⁷. O halde kural olarak icra daireleri, yetkili olup olmadıklarını resen dikkate alamazken⁴⁸ İİK'nın ek 2. maddesinde belirlenen Ankara icra dairesinin yetkisi kesin olduğundan icra dairesi kendiliğinden yetkili olup olmadığını inceleyecektir⁴⁹. Ankara icra dairesine yetki verilmesinin sebebinin, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün Ankara'da olması ve alacaklıların tüm işlemleri Ankara'da yapmasının onlara kolaylık sağlaması olduğu ifade edilmiştir⁵⁰.

İİK'nın ek 2. maddesi, sadece Hava Aracı Protokolü'nün uygulama alanına giren taşınır donanımını kapsamaktadır. Türkiye'nin, Lüksemburg Protokolü'nü, Uzak Malvarlıkları Protokolü'nü veya MAC Protokolü'nü onaylaması halinde yine İİK'ya ek 2. maddeye istinaden işlem yapılamayacaktır. Çünkü İİK'nın ek 2. maddesinde açıkça Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından düzenlenecek tescil belgesiyle Ankara İcra Dairesine başvurulmasından söz edilmiştir.

⁴⁷ Yazıcı, (n 46) 249.

⁴⁸ Baki Kuru/Ramazan Aslan/Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, (28 th edn. Yetkin 2014), 117; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, (3 rd edn, Yetkin 2019), 81; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/ Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, (6th edn, Oniki Levha 2013), 92.

⁴⁹ Yazıcı, (n 46) 249-250.

⁵⁰ Yazıcı, (n 46) 249-250.

İİK'nın yanı sıra hava araçları ile ilgili özel bazı düzenlemeler yapılmıştır. Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından 2014 yılında *Gayrikabil-i Rücü Sicilden Terkin ve İhraç Talebi Yetki Formu'nun (IDERA) Kayda Alınmasına, İptal Edilmesine ve İcrasına İlişkin Talimat (SHT-IDERA Rev.02)* hazırlanmıştır⁵¹. SHT-IDERA Talimatı'nın ekinde IDERA (Irrevocable De-registration and Export Request Authorization) yani Gayrikabil-i Rücü Sicilden Terkin ve İhraç Yetki Talebi Formu yer almaktadır. SHT-IDERA Talimatı'nda 2017 yılında bazı değişiklikler yapılmıştır.

Ayrıca 2012 yılında 6353 sayılı Kanun'un⁵² 15. maddesi ile 2929 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'na 68A maddesi eklenmiştir. Bu maddeye göre:

Türkiye Cumhuriyeti adına 16.11.2001 tarihinde Cape Town'da imzalanan ve 10.3.2011 tarihli ve 6192 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan “Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşme” ve “Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşmeye İlişkin Hava Aracı Donanımına Özgü Konulara Dair Protokol” ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklar “Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşme” ve “Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşmeye İlişkin Hava Aracı Donanımına Özgü Konulara Dair Protokol” esas alınır.

⁵¹ <http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/talimatlar/2017/SHT-IDERA.pdf> (1.1.2020).

⁵² Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6353, Kabul Tarihi 4.7.2012, RG 12.7.2012/28351.

İİK'ya ve 2929 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'na eklenen bu maddeler sayesinde Türkiye, 20 Ekim 2014 tarihinde OECD tarafından Cape Town İndirim Listesi kapsamına alınmıştır⁵³. Böylece hava aracı finansmanı sağlamayı arzu eden Türk sivil havacılık şirketleri, Cape Town Konvansiyonu'na taraf olan devletlerin ihracat kredi kuruluşlarının indirimli primlerinden yararlandırılacaklardır⁵⁴.

Cape Town Konvansiyonu ve bu Konvansiyona ek Protokoller finansal kiralama ve faktoring şirketlerini yakından ilgilendirmektedir. Nitekim Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Birliği, 31 Temmuz 2013 tarihinde *Türkiye Dışında Yerleşik Kişilerin Türkiye'de Yerleşik Kişilere Yapacakları Finansal Kiralama İşlemlerine Ait Finansal Kiralama Sözleşmelerinin Tesciline İlişkin Genelge*'yi⁵⁵ yayımlamıştır. Genelge'nin 5. maddesine göre, finansal kiralama sözleşmesinin terkinin Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Birliği tarafından tutulan sicilde yapılır. Taşınır Donanım Üzerinde Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşmeye İlişkin Hava Aracı Donanımına Özgü Konulara Dair Protokol kapsamına giren durumlarda terkinin yapılabilmesi için Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nden alınan ve terkinin yapıldığını tevsik eden bir belgenin olması gerekmektedir. Genelge'nin 6. maddesi uyarınca başvurularla ilgili olarak yurt dışından temin edilecek belgelerin ilgili ülkenin yetkili makamlarınca ve Türkiye'nin o ülkedeki konsolosluğunca veya kısaca "Apostille Konvansiyonu" olarak anılan *Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkında Konvansiyon* hükümlerine göre onaylanmış olması; başvuruya belgelerin noter onaylı Türkçe tercümelerinin de eklenmesi şarttır.

⁵³ OECD Secretariat Sector Understanding on Export Credits for Civil Aircraft Cape Town List of States Qualifying for the Reduction of the Minimum Premium Rates Referred to in Article 36 of Appendix II of the ASU For Official Use Last Updated 30 August 2018: <http://www.oecd.org/trade/topics/export-credits/documents/oecd-export-credits-prevailing-cape-town-list-asu.pdf> (29.12.2019); Ülkemiz Cape Town Sözleşmesi İndirim Listesine kabul edilmiştir, 20 Kasım 2014: <http://web.shgm.gov.tr/tr/s/4419-cape-town-sozlesmesi-indirimi-listesi> (1.1.2020); Mustafa Tolga Tümeoğlu, 'Sivil Havacılığın Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu Cape Town Konvansiyonu'na Genel Bakış', (2015) 13(148) Legal Hukuk Dergisi, 151-154; Melek Kılınç Konuk, 'Cape Town Konvansiyonu ve Hava Aracı Protokollüne Genel Bakış', Hava Hukuku Sempozyumu, Editörler Hasan Tahsin Fendoğlu/Banu Şit Köşgeroğlu, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi 15 Aralık 2016, 81, 89-90.

⁵⁴ Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün, Türkiye'nin, OECD Cape Town İndirimler Listesine kabul edilmesine ilişkin açıklaması şöyledir: Ülkemiz Cape Town Sözleşmesi İndirim Listesine kabul edilmiştir. 20 Kasım 2014: Türkiye Cumhuriyeti, OECD tarafından 20 Ekim 2014 tarihi itibarıyla Cape Town Sözleşmesi indiriminden yararlanabilen ülkelerin yer aldığı Cape Town Sözleşmesi İndirim Listesi'ne kabul edilmiştir. Ülkemizin Cape Town İndirim Listesi'ndeki ülkeler arasında yer almaya başlaması sayesinde, ihracat kredi kuruluşları vasıtasıyla hava aracı finansmanı sağlamayı arzu eden Türk havacılık şirketleri, Cape Town Sözleşmesine taraf ülkelerin ihracat kredi kuruluşlarının indirimli aşgari prim oranlarından faydalanma hakkını elde etmişlerdir. Bu listeye girebilmek için, talepte bulunan ülkelerin, kapsamı ve içeriği Havacılık Sektörü Memorandumu (Aircraft Sector Understanding-ASU) belgesinde belirlenmiş olan ülke raporunu tamamlamaları şarttır. Söz konusu raporun, hukuki görüş vermeye yetkili en az bir hukuk bürosu tarafından düzenlenmesi gerekmektedir. Bu çalışma OECD tarafından değerlendirilmektedir. Bu süreç kapsamında Genel Müdürlüğümüzün 01.04.2013 tarihinde SHT-İDERA Talimatını çıkarmış, 09.07.2014 tarihinde bu Talimatın revizyonunu yayınlamıştır. Ayrıca uygulamada yaşanan sorunları gidermek ve sektörümüze kolaylıklar sağlamak amacıyla 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununa 04.07.2012 tarihinde "öncelikle uygulanacak hüküm" başlıklı 68/A maddesinin ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa "Ek Madde 2" hükmünün eklenmesi sağlanmıştır. Genel Müdürlüğümüzün, sektörümüzün katkılarıyla yaptığı bu düzenlemeler ile uygulamanın bağımsız Hukuk bürosu tarafından *Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütüne (OECD)* iletilmesi neticesinde, Ülkemiz 20 Ekim 2014 tarihi itibarıyla "*Cape Town Sözleşmesi*" indiriminden yararlanabilen ülkelerin yer aldığı *Cape Town Sözleşmesi İndirim Listesine* kabul edilmiştir. Böylelikle firmalarımıza daha düşük maliyetle hava aracı finansmanı sağlama imkânı oluşturulmuştur. Kamuoyuna saygıyla duyurulur. (<http://web.shgm.gov.tr/tr/s/4419-cape-town-sozlesmesi-indirimi-listesi> 1.1.2020).

⁵⁵ <https://www.fkb.org.tr/Sites/1/upload/files/Cross-Border-Genelgesi-258.pdf> (1.1.2020).

Sonuç

Cape Town Konvansiyonu ve bu Konvansiyona ek Protokoller ile hava araçları, demiryolu araçları, uzay malvarlıkları; madencilik, tarım ve inşaat işlerinde kullanılan teçhizat üzerinde bütün âkit devletlerde geçerli bir uluslararası teminat sistemi oluşturulmuştur. Ayrıca teminatların tescil edileceği ve elektronik ortamda tutulacak olan bir Uluslararası Sicil ihdas edilmiştir. Uluslararası teminatlar ve bu teminatların Uluslararası Sicile tescili sistemiyle, söz konusu araçların ve teçhizatın alımı için kredi veren veya bunları leasing yapan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla ya da vadeli olarak satanların, borçlunun temerrüdü veya iflas etmesi halinde alacaklarını öncelikle almalarına olanak sağlanmıştır. Konvansiyon ve Protokoller, teminatlı işlemlerde teminat sahiplerinin ulusal hukukların farklı hükümlerinden kaynaklanan ve özellikle alacaklarını öncelikli olarak almalarının önündeki engelleri ortadan kaldırmıştır. Âkit devletlere, uluslararası teminatları tanıma ve bu teminatlara istinaden ülkelerinde icrai işlem yapılmasını kabul etmek yükümlülüğü getirilmiştir. Bununla beraber âkit devletlere Konvansiyon'un bazı hükümlerine çekince koyma hakkı tanınmıştır. Nitekim Türkiye, Türk mevzuatı uyarınca taşınır donanımı üzerinde uluslararası teminata nazaran önceliğe sahip olan haklara ve teminatlara öncelik vereceğini; uluslararası teminatların, devlet kurumlarının taşınır donanımına verilen hizmetlerden dolayı alacaklarını etkilemeyeceğini; mahkeme kararına bağlanmış alacakların yanı sıra devletin vergi vb. alacaklarından doğan haklarının uluslararası teminatlara nazaran önceliğini koruyacağını bildirmiştir.

Cape Town Konvansiyonu ve Konvansiyona ek Protokollerin, hava araçları, demiryolu araçları, uzay malvarlıkları, madencilik, tarım ve inşaat işlerinde kullanılan teçhizatın temin etmek isteyen şirketlerin maliyetlerini azaltacağı; leasing sözleşmelerine konulan alt leasing yapılmasına ilişkin kısıtlamaları ortadan kaldıracığı ve böylece leasing alanın elini rahatlatacağı; bilet maliyetlerinin düşeceği; ulaşım sektörüne yeni araçların ve teçhizatın girmesi sağlayacağı düşünülmektedir.⁵⁶ Taşıma araçları ve teçhizat satan veya leasing veren veya bunların temininde kredi sağlayan kuruluşlar, zaten yaptıkları sözleşmelere istedikleri hükümleri koydurmaktadırlar. Teminat sahiplerinin haklarının rüçhanlı olarak elde etmesinin Cape Town Konvansiyonu ve Protokollerle sağlanmasıyla teminat sahipleri icra hukuku açısından da imtiyazlı bir konum kazanmış olmaktadır. Bununla beraber

⁵⁶ Cape Town Konvansiyonu ve Hava Aracı Onay Kanunu'na ilişkin gerekçede ifadesini bulan bu düşünce için bkz. Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslar arası Teminatlar Hakkında Sözleşme ve Bu Sözleşmeye İlişkin Hava Aracı Donanımına Özgü Konulara Dair Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ile Dışişleri Komisyonu Raporu (1/904), Dönem 23, Yasama Yılı 5, (S. Sayısı: 622), s. 2.

âkit devletlere tanınan bazı hükümlere çekince koyma hakkının⁵⁷, Cape Town Konvansiyonu'nun ve bu Konvansiyona ek Protokollerin bütün âkit devletlerde aynı şekilde uygulanmasını engelleyebileceğini unutmamak gerekir.

Cape Town Konvansiyonu ve bu Konvansiyona ek Hava Aracı Protokolü, Türkiye tarafından onaylanmıştır. Türkiye, Cape Town Konvansiyonu ve Hava Aracı Protokolü'nden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek için 2012 yılında Sivil Havacılık Kanunu'na 68A maddesini; 2014 yılında İİK'ya ek 2. maddeyi eklemiş ve böylece teminat sahibinin bazı hakları açısından mahkeme kararı aranmaksızın doğrudan Ankara icra dairesine başvurma olanağını sağlamıştır. İç hukukun, Cape Town Konvansiyonu ve Hava Aracı Protokolü ile uyumlaştırılması için atılan bu

57 Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Cape Town Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Belge Depo Edilirken Mezkûr Sözleşmeye İlişkin Olarak Yapılan Deklarasyonlar

(i) *Form No 1 (Madde 39(1)(a) kapsamında yapılan özel katılım deklarasyonu)*

Türkiye Cumhuriyeti, iflas takibatı kapsamında olsun ya da olmasın, Türk yasalarına göre bir nesne üzerindeki teminata nazaran önceliğe sahip olan veya ileride önceliğe sahip olacak, kayıtlı uluslararası teminat sahibine eşdeğer her türlü rızaya bağlı olmayan hakların veya teminatların (Cape Town Sözleşmesi'nin 40. maddesinin uygulanacağı bir hak veya teminat hariç olmak üzere), kayıtlı uluslararası teminata nazaran yasada öngörülen oranda önceliğe sahip olacağını deklare eder.

(ii) *Form No. 4 (Madde 39(1)(b) kapsamında yapılan özel katılım deklarasyonu)*

Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme'deki hiç bir hususun, kendisinin veya herhangi bir Devlet kuruluşunun herhangi bir hükümetlerarası kuruluşun veya diğer özel bir kamu hizmetleri tedarikçisinin, Türkiye Cumhuriyeti yasaları uyarınca doğrudan söz konusu nesneye veya başka bir nesneye dair verilen hizmetler nedeniyle Türkiye Cumhuriyeti'ne, herhangi bir Devlet kurumuna, kuruluşa veya tedarikçiye borçlu olunan meblağların ödenmesini teminen, mezkûr nesneyi bağlama veya alkoyma hakkını etkilemeyeceğini deklare eder.

(iii) *Form No. 6 (Madde 40 kapsamında yapılan katılım deklarasyonu)*

Türkiye Cumhuriyeti, her türlü hava aracı nesnelere ilişkin olarak aşağıda sıralanan rızaya bağlı olmayan hak veya teminat kategorilerinin, Sözleşme uyarınca uluslararası bir teminatmış gibi tescil edilebileceğini ve bu şekilde muamele göreceğini deklare eder.

a. Bir mahkeme kararının kısmen veya tamamen yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, bir hava aracı nesnesinin haczedilmesine izin veren mahkeme emri tedarik etmiş olan kişinin hakları, ve

b. Bir devlet kuruluşunun vergi veya yapılmamış diğer ödemelere ilişkin rehin veya diğer hakları.

(iv) *Form No 8 (Madde 50 kapsamında yapılan deklarasyon)*

Türkiye Cumhuriyeti, 50(2). maddenin hükümleri saklı kalmak kaydıyla, Sözleşme'nin veya Protokol'ün uygulama alanına giren her türlü nesneye ilişkin olarak, Sözleşme'nin ve Protokol'ün Türkiye Cumhuriyeti açısından iç işlem sayılan herhangi bir işleme uygulanmayacağını deklare eder.

(v) *Form 13-A (Madde 54(2) çerçevesinde yapılan zorunlu deklarasyon)*

Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme çerçevesinde alacaklının başvurabileceği her türlü yasal yolun, Konvansiyonun ilgili hükmünde açıkça mahkemeye müracaat edilmesi gerektiği şart koşulmadıkça mahkemede dava açılmadan ve mahkeme izni olmadan icra edilebileceğini deklare eder.

Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Hava Aracı Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Belge Depo Edilirken Mezkûr Protokole İlişkin Olarak Yapılan Deklarasyonlar

(i) *Form No. 19 (Madde XXX(1) çerçevesinde Madde VIII'e ilişkin olarak yapılan katılım deklarasyonu)*

Türkiye Cumhuriyeti madde VIII'i uygulayacağını deklare eder.

(ii) *Form No. 21 (Madde XXX(2) çerçevesinde, Madde X'a ilişkin olarak mezkûr maddenin tamamen uygulanacağına dair yapılan katılım deklarasyonu)*

Türkiye Cumhuriyeti, madde X'un tamamını uygulayacağını ve madde X(2)'de yer alan zaman limitini belirlemek amacıyla kullanılacak iş gününün sayısı, Sözleşme'nin 13(1)(a), (b) ve (c) maddelerinde belirtilen kanun yollarına (hava aracı nesnelere ve değerlerinin korunması; hava aracı nesnelere zilyetlik, kontrol veya muhafazasının ele geçirilmesi; ve hava aracı nesnesinin hareket etmesinin engellenmesi) ilişkin olarak on (10) takvim gününden, Sözleşme'nin 13(1)(d)-(e) maddelerinde belirtilen kanun yollarına (hava aracı nesnelere kiraya verilmesi veya ondan elde edilen gelirin idaresi ve hava aracı ekipmanlarının satılarak gelirin paylaşılması) ilişkin olarak ise otuz (30) takvim gününden fazla olmayacağını deklare eder.

Türkiye Cumhuriyeti, madde XI'de yer alan A Alternatifinin her türlü iflas takibatında bütünüyle uygulanacağını ve madde XI(3) bakımından mezkûr alternatifte ilişkin bekleme süresinin altmış (60) takvim günü olacağını deklare eder.

(iv) *Form No 26 (Madde XXX(1) çerçevesinde Madde XIII'e ilişkin olarak yapılan katılım deklarasyonu)*

Türkiye Cumhuriyeti, Madde XII'yi uygulayacağını deklare eder.

(v) *Form No. 27 (Madde XXX(1) çerçevesinde Madde XIII'e ilişkin olarak yapılan katılım deklarasyonu)*

Türkiye Cumhuriyeti, Madde XIII'yi uygulayacağını deklare eder.

adımların, Anayasa ve AİHS ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ile AİHS'e ek 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesiyle düzenlenen mülkiyet hakkını ihlal edip etmediği ise üzerinde durulması gereken önemli bir sorun teşkil etmektedir. Zira mahkeme kararı olmaksızın icra dairesine başvurularak yapılacak haciz ve haczi takip edecek satış işlemleri açısından adil yargılanma hakkının yanı sıra mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiaları gündeme gelebilecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Aral F, Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (11th edn, Yetkin 2018).
- Atamer K, *Gemi ve Uçak İpoteginin Hukuksal Temelleri*, (1st edn, Oniki Levha 2012).
- Başara GT, Yeni Bir Müessese: Borca Katılma, (2014) 63(2) AÜHFD, 419-447.
- Bilge N, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, (1st edn, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını 1971).
- Calme Sandie, 'Relationship between the European Union Railway Transport Law and the Railway Protocol', (2016) 5(1) Cape Town Convention Journal, 153-166.
- Council Decision of 4 December 2014 on the approval, on behalf of the European Union, of the Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Railway Rolling Stock, adopted in Luxembourg on 23 February 2007 (2014/888/EU), OJ 10.12.2014 L353, 9-10
- Ekşi N, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, (3rd edn, Beta 2019).
- Ekşi N, *Dış Ticaret Hukuku El Kitabı*, (1st edn, Beta 2020).
- Erdoğan HF, Finansal Kiralama Sözleşmesi ve Hava Aracı ve Parçalarının Finansal Kiralama Yöntemi ile Temini, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, (İstanbul 2014).
- European Commission Brussels, 11.6.2013 COM(2013) 349 final 2013/0184 (NLE) Proposal for a Council Decision on the approval, on behalf of the European Union, of the Luxembourg Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment.
- Gerber ND, Walton DR, 'De-registration and Export Remedies under the Cape Town Convention', (2014) November, Cape Town Convention Journal, 49-68.
- Hatemi H, Serozan R and Arpacı A, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, (1st edn, Filiz 1992).
- Implementing the Cape Town Convention and the Domestic Laws on Secured Transaction, Editör Souichirou Kozuka, *Ius Comparatum-Global Studies in Comparative Law*, Springer International Publishing AG 2017.
- Kılınc Konuk M, 'Cape Town Konvansiyonu ve Hava Aracı Protokolüne Genel Bakış, Hava Hukuku Sempozyumu', Editörler Hasan Tahsin Fendoğlu/Banu Şit Köşgeroğlu, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi 15 Aralık 2016, 81-90.
- Kozuka Souichirou, 'The Cape Town Convention and Its Implementation in Domestic Law: Between Tradition and Innovation' (*in*) Implementing the Cape Town Convention and the Domestic Laws on Secured Transaction, Editör Souichirou Kozuka, *Ius Comparatum-Global Studies in Comparative Law*, (Springer International Publishing AG 2017), 15-59.
- Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, (3 rd edn, Yetkin 2019).
- Kuru B, Aslan R, Yılmaz E, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, (28 th edn. Yetkin 2014).
- OECD Secretariat Sector Understanding on Export Credits for Civil Aircraft Cape Town List of States Qualifying for the Reduction of the Minimum Premium Rates Referred to in Article 36 of Appendix II of the ASU for Official Use Last Updated 30 August 2018: <http://www.oecd.org/trade/topics/export-credits/documents/oecd-export-credits-prevailing-cape-town-list-asu.pdf> (29.12.2019).
- Oktay Özdemir S, 'Teminat Amacıyla Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri', (1999) LVII (1-2) İÜHFİM, 265-299.
- Öztürk Y, Cape Town Konvansiyonu TBMM'de kabul edildi, 4 Temmuz 2011: <http://www.gokyuzuhaberci.com/yazi.php?id=304> (23.12.2019).

- Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M, Özekes M, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, (6th edn, Oniki Levha 2013).
- Rosen H, 'The Luxembourg Rail Protocol: An Essential Element of International Transport by Rail', (2018) 126(2), *Bulletin of International Carriage by Rail*, 18-21.
- Şafak A, *Teminat Amaçlı Alacağın Temliki*, (1st edn, Seçkin 2013).
- Taşınır Donanım Üzerindeki Uluslararası Teminatlar Hakkında Sözleşme ve Bu Sözleşmeye İlişkin Hava Aracı Donanımına Özgü Konulara Dair Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun Tasarısı ile Dışişleri Komisyonu Raporu (1/904), Dönem 23, Yasama Yılı 5, (S. Sayısı: 622).
- Taşkın M, 'General Principles for Creation of an "International Interest" in an Aircraft Object within Frame of Cape Town Convention', (2019) 7(13) *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 199-218.
- Turan Başara G, 'Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma', (2014) 63(2) *AÜHFD*, 419-447.
- Tümoğlu MT, 'Sivil Havacılığın Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu Cape Town Konvansiyonu'na Genel Bakış', (2015) 13(148) *Legal Hukuk Dergisi*, 151-154.
- Ülgen H, Aydoğan F, 'Genel Hatlarıyla Cape Town Konvansiyonu ve Hava Aracı Protokolü', Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, (Oniki Levha 2017), 712-735.
- Ülkemiz Cape Town Sözleşmesi İndirim Listesine kabul edilmiştir, 20 Kasım 2014: <http://web.shgm.gov.tr/s/4419-cape-town-sozlesmesi-indirim-listesi> (1.1.2020).
- Vogenauer S, Kleinheisterkamp J, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts-PICC*, (1st edn, Oxford University Press 2009).
- Yazıcı Ç, 'Cape Town Konvansiyonu ve Protokolü Çerçevesinde İcra ve İflas Kanunu'na Eklenen Ek Madde 2 Hükümünün Değerlendirilmesi', *Sivil Havacılık Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, Editörler Havva Karagöz/Kazım Sedat Sirmen/Bilge Erson Asar, MEF Üniversitesi 27 Şubat 2018, (Oniki Levha 2019), 239-255.
- Yavuz C, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (10th edn, Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Beta 2014).
- Zevkliler A, Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (18th edn, Turhan 2018).



Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu

Erhan Kanışlı*

Öz

Üreticinin sorumluluğu, üreticinin piyasaya sürdüğü hatalı (uygun olmayan) ürün nedeniyle ortaya çıkan zararlardan tazminat sorumluluğunu ifade eder. Türk hukukunda üreticinin sorumluluğu, 12 Mart 2020 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’nda (ÜGTDK) düzenlenmiştir. Kanun’da ürün sorumluluğu, üç temel hüküm üzerine inşa edilmiştir. Bu bağlamda, ÜGTDK m 6’da ürün sorumluluğu tazminatı, m 11’de ürünün tedarik zincirinde yer alan, örneğin toptancı, bayi, perakendeci gibi dağıtıcıların ikincil sorumluluğu ve m 21’de sorumluluktan kurtulma sebepleri yer almaktadır. ÜGTDK’deki sorumluluk sistemi çerçevesinde, hatalı ürün nedeniyle kişivarlığı ya da malları zarar gören herkes, sorumluluğu kusura bağlı olmayan üreticiden tazminat talep edebilir. Üreticinin sorumluluğunu sınırlandıran ya da kaldıran sorumsuzluk anlaşmaları kesin hükümsüzdür. Üreticinin sorumlu olması için, zarar görenin üründeki hatayı (uygunsuzluğu), zararı ve hata ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi gerekir. Tazminat talebi, zarar görenin zararı ve üreticinin kimliğini öğrendiği tarihten itibaren üç yıl ve her halde zararın ortaya çıktığı tarihten itibaren on yıllık zamanaşımı sürelerine tabidir. ÜGTDK m 21’e göre, üretici, ürünü piyasaya kendisinin sürmediğini, hatanın dağıtıcının ya da üçüncü bir kişinin ürüne müdahalesinden veya kullanıcıdan kaynaklandığını ya da üründeki hatanın teknik düzenlemelere veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun şekilde gerçekleştirilen üretim nedeniyle meydana geldiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

Anahtar Kelimeler

Üretici, Hatalı ürün, Üreticinin sorumluluğu, Ürün sorumluluğu, Ürün sorumluluğu tazminatı, Ürün güvenliği ve teknik düzenlemeler

Producer’s Liability under the Product Safety and Technical Regulations Law (PSTRL)

Abstract

A producer’s liability is defined as compensation liability of the producer for damages resulting from defective (noncompliant) products put into circulation by him. Under Turkish law, a producer’s liability is governed by Product Safety and Technical Regulations Law (PSTRL) number 7223, which was promulgated into the Official Gazette on March 12, 2020. Under the PSTRL, product liability is based on three fundamental provisions: Product liability compensation is regulated under Article 6; Article 11 covers secondary liability of suppliers, such as wholesaler, vendor, retailer, which are involved in the product supply chain; and Article 21 sets the grounds for exoneration from liability. Within the framework of the PSTRL, any injured person who has suffered personal injury or property damage because of a defective product can claim compensation from a producer with no-fault liability; agreements that exclude or limit a producer’s liability in advance are null and void. However, for the producer to be held liable, the injured person has to prove the defect (noncompliance) in the product, the damage, and the causal link between defect and damage. The compensation claim

* **Sorumlu Yazar:** Erhan Kanışlı (Dr. Öğr. Üyesi), Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: erhan.kanisli@yeditepe.edu.tr ORCID: 0000-0003-0395-4267

Atf: Kanışlı E, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu” (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1413. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.3.0009>



period is subject to a three-year limitation that begins on the date the injured person became aware of the damage and the producer's identity as well as a ten-year limitation period that begins on the date the damage arose. Under Article 21 of the PSTRL, producers can be freed from liability if they prove that they did not place the product on the market, the defect (noncompliance) resulted from the supplier's, a third party's or the product user's intervention, or the defect was a result of compliance with technical regulations or other mandatory technical rules.

Keywords

Producer, Defective product, Producer's liability, Product liability, Product liability compensation, Product safety and technical regulations

Extended Summary

After a relatively long period of legal vacuum regarding product liability issues in Turkish legal system, eventually the Product Safety and Technical Regulations Law No. 7223 (hereinafter referred to as PSTRL) was introduced to cover these issues with special provisions. Published in the Official Gazette on March 12, 2020, the PSTRL is basically composed of two complementary structures; product safety and product liability. Although they have different legal bases and mechanisms, both serve the purpose of protecting individuals from personal injury and/or property damage caused by defective (unsafe) products by ensuring that products put into circulation are safe. The former functions as *a priori* protection primarily by laying down obligations of producers, authorized representatives, importers, and suppliers against competent (public) authorities, procedures, and principles regarding putting products into circulation; the product safety provisions of the PSTRL also address market surveillance, product inspection, and administrative sanctions. In contrast, the product liability provisions of the PSTRL furnish *a posteriori* protection by imposing the liability for compensation on the producer (or liable others). The PSTRL will enter into force one year from its date of publication (i.e., March 12, 2021) as per Article 26.

The aim of this study is to address producers' liability under the PSTRL. To this end, we first present and compare the main structure and characteristics of the PSTRL and Council Directive 85/374/EEC (hereinafter referred to as the Directive) pertaining to product liability. Subsequently, we examine who is held liable for damage that results from a defective product, requirements for liability, grounds for exoneration from liability, limitation period for compensation claim..

Producer's liability, in essence, refers to compensation liability of the producer for damages resulting from defective (noncompliant) products placed on the market by him. Under the PSTRL, product liability is grounded on three fundamental provisions: Article 6 addresses product liability compensation; Article 11 covers secondary liability of suppliers, such as wholesaler, vendor, retailer, involved in the product supply chain; and Article 21 stipulates reasons for exoneration from liability.

Within the scope of the PSTRL, any injured person who has incurred personal injury or property damage because of a defective (noncompliant) product has the right to claim compensation from the producer. Product liability claims are technically tort-based claims, and correspondingly, the injured person is entitled to damages irrespective of whether there is a contractual relationship between the injured person and the liable persons (mainly producer, importer, or distributor) or whether the defective product is purchased through a contract. As with the Directive, the sphere of protection under the PSTRL is extensive, covering any person whose life, health, or property has been damaged because of a defective product. In other

words, whether or not the person would legally be considered a consumer, any person injured by a defective (noncompliant) product can demand compensation from the producer or importer for the damages incurred. Article 6 of the PSTRL governs product liability compensation, specifically imposing strict no-fault liability on the producer and importer.

Under Article 3/1 (g) of the PSTRL, a producer is a person (whether real or legal) who has produced a product or placed it on the market by affixing a name or trademark to the product. Although it is not expressly stated, the term “producer” also encompasses persons who produced raw material or a component part of a final product (viz. partial producers). On this subject, the PSTRL seems compatible with the Directive, albeit with some differences.

Under the PSTRL, the injured person who suffered damage due to a defective product can demand product liability compensation from the importer apart from the producer, and under Article 6, the producer and the importer are liable jointly and severally. Aside from this primary liability, the PSTRL also established secondary liability of suppliers (e.g., wholesaler, vendor, and retailer) under Article 11/3, for better protection of the injured person. Accordingly, in cases where a producer or importer cannot be identified, each supplier of the product shall be liable as if he is the producer unless he provides the injured person with the identity and contact details of the producer or the person who supplied the product to him within ten days of a demand from the injured person to this effect.

Article 3/1 of the PSTRL also defines the term “product” sufficiently broadly such that it can refer to all sorts of items including both movables and immovables. Here it deviates from the Directive because the Directive does not cover liability for immovables. Another key term in the parlance of product liability law is “defect (noncompliant).” In the literature, a product is considered defective when it does not provide the safety that a circle of ordinary and reasonable users are entitled to expect considering the circumstances of the individual case.

Article 6/2 of the PSTRL stipulates that for injured persons to demand product liability compensation, they must prove a defect and a causal link between the defect (noncompliance) and damage. The scope of liability under both the PSTRL and the Directive consists of damages caused by death or bodily injury or damages to any item of property other than the defective product itself.

Pursuant to Article 6/6 of the PSTRL, the compensation claim is subject to a three-year limitation period that begins on the date the injured person became aware of the damage and the identity of the producer, and in any case a ten-year limitation period begins as of the date the damage occurred.

Article 21 of the PSTRL releases a producer from liability if the producer proves that (i) he did not put the product in circulation or (ii) the defect (noncompliance) stemmed from the intervention of the supplier or a third party into the product or from the user of the product, or (iii) the defect occurred as a result of production compliance with technical regulations or other mandatory technical rules. Distinct from the Directive, the PSTRL does not incorporate the development risk defense i.e., the state of scientific and technical knowledge at the time the producer placed the product on the market was such that the defect would not be discovered. Moreover, under Article 6/4 of the PSTRL, agreements that exclude or limit the producer's liability in advance are null and void.

Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu

I. Genel Bakış

Üreticinin sorumluluğu konusu ve buna ilişkin tartışmalar, esas itibariyle endüstri devrimi sonrasında gerçekleşen bilim ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkmıştır¹. Modern üretim teknikleri ve gelişmiş sürüm faaliyetleri neticesinde, alışveriş hayatına baş döndürücü sayıda ürün sunulmakta ve bu durum, özellikle seri üretilen ürünler açısından, gerek ürünün kullanıcılarının gerekse ürünle tesadüfen temas halinde olanların zarar görme riskini artırmaktadır. Söz gelimi, bir ürünün tasarımının ya da hammadde seçiminin yanlış yapılması veya üretimde kullanılan bir makinedeki teknik bir sorun, çok sayıda kullanıcının sağlığının, can ve mal güvenliğinin zarara uğramasına neden olabilmektedir. İşte üreticinin sorumluluğu konusu, üründen kaynaklanan zarar riskinin, ürünü kendi hâkimiyeti altında üreten ve ürün güvenliğine etki eden üretici ile üründen zarar gören kişi arasında adil şekilde nasıl paylaşılacağı sorusunu merkeze alır.

Üreticinin sorumluluğuna ilişkin (ilk) özel düzenleme, AB hukukuna uyum sağlamak amacıyla 2003 yılında 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da² yapılan bir değişiklikle hukuk sistemimize dâhil olmuştu³. Ayrıca, bu sorumluluğun ayrıntıları da bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 2003 tarihli Ayıplı Mal Yönetmeliği'nde⁴ düzenlenmişti. Ancak doktrinde, getirilen sorumluluğun kusursuz sorumluluk olup olmadığı ve bu Yönetmelik'in Kanun'a uygun olup olmadığı tartışmalıydı⁵. 2014 yılında yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da (TKHK)⁶ ise, kanun koyucunun tercihi üreticinin sorumluluğuna ilişkin düzenleme yapmamak yönünde olmuştu. Bu itibarla, üreticinin sorumluluğuyla ilgili olaylarda, genel haksız fiil (TBK⁷ m 49 vd) hükümleri dışında,

¹ Üreticinin sorumluluğunun tarihi gelişimi konusunda geniş bilgi için bkz Simon Whittaker, 'Introduction to Fault in Product Liability' Simon Whittaker (ed), *The Development of Product Liability Volume 1* (Cambridge University Press 2010) 9; Tuba Akçura Karaman, *Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu* (Vedat Kitapçılık 2008) 17 vd; Gary T Schwartz, 'Understanding Products Liability' (1979) 67 (3) California Law Review 435, 437 vd.

² Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4077, Kabul Tarihi: 23.02.1995, RG 08.03.1995/22221.

³ Bu düzenleme şu şekildeydi: 4077 sayılı TKHK m 4/2: "Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölümler ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir".

⁴ Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik, RG 14.06.2003/25137.

⁵ Bu tartışmalar için bkz. Ayşe Havutçu, *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık 2005) 117 vd; Çiğdem Kirca, *Ürün Sorumluluğu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007) 85 vd; Karaman (n 1) 139 vd.

⁶ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG 28.11.2013/28835. 4077 sayılı TKHK m 4/2'deki düzenlemenin, yani üreticinin sorumluluğunun 6502 sayılı TKHK'ya alınmamasının nedeni kanun koyucunun bu konuyu Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nda düzenlemeyi arzu etmesiydi. Nitekim TKHK tasarı taslağı m 4/C'de 85/374 sayılı Avrupa Birliği Konsey Direktifi'ndeki sorumluluk sistemi neredeyse aynı şekilde kaleme alınmış ve fakat bu düzenleme kanunlaşmamıştı.

⁷ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011, RG 04.02.2011/27836.

doktrinde, zarar görenin menfaatleri gereği üreticiyi kusursuz sorumlu kılma amacı dikkate alınarak, adam çalıştırmanın sorumluluğu, tehlike sorumluluğu ve çeşitli diğer sorumluluk hükümleri çerçevesinde çözüm yolları aranmaktaydı.

Nihayet, yaklaşık altı yıllık bir düzenleme boşluğundan sonra, üreticinin piyasaya sürdüğü hatalı (uygun olmayan) ürünlerden kaynaklanan tazminat sorumluluğu, 5.3.2020 tarihinde kabul edilen 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu⁸ (bundan böyle “ÜGTDK” olarak anılacaktır) ile birlikte özel bir düzenlemeye kavuşmuştur. 12.3.2020 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan bu Kanun’un yürürlüğü, m 26 uyarınca yayımından itibaren bir yıl sonraya bırakılmıştır. Kanun’un yapısı ve kurduğu sorumluluk sistemi aşağıda daha ayrıntılı incelenecektir, Ancak, şimdiden şu özelliğini vurgulamak gerekirse, Kanun, kamu hukuku karakterli “ürün güvenliği” ile özel hukuk karakterli “ürün sorumluluğunu” bir arada düzenleyerek, aralarında simbiyotik ilişki bulunan bu iki alanı tek bir çatı altında toplamıştır. Bu bağlamda, (i) hem ürünün piyasaya arz koşulları, piyasa gözetimi ve denetimi, üretici, ithalatçı ve dağıtıcıların yükümleri, hatalı ürün nedeniyle gündeme gelecek idari ve cezai yaptırımları içeren ve ürünlere ilişkin çıkarılan teknik düzenlemelere çerçeve teşkil edecek ürün güvenliği konusu, (ii) hem de üretici ve üretici gibi sorumlu olanların zarar görenlere karşı özel hukuk sorumluluğu aynı Kanun’da hükme bağlanmıştır⁹.

Üreticinin sorumluluğu kavramının teknik anlamda karşılığı, üreticinin piyasaya sürdüğü hatalı ürünler dolayısıyla zarar görenlere karşı tazminat sorumluluğudur¹⁰. Bu bağlamda, üreticinin sorumlu olduğu zararlar, hatalı ürünün yol açtığı ölüm ve yaralanmadan doğan zararlar (kişiye verilen zararlar) ile malların hasara uğraması veya telef olmasından doğan zararlardır (mala verilen zararlardır)¹¹. Örneğin ABS (kilitlemeyi önleyen fren sistemi) sensörü hatalı üretilen otomobil, elektrik aksamında bozukluk olan mikrodalga, kanserojen madde içeren oyuncak, genetiği değiştirilmiş gıda maddesi, termostatı bozuk kahve makinesi, bileşiminde cilt hastalıklarına yol açabilecek kimyasal bulunan saç bakım şampuanı gibi ürünlerin vücut bütünlüğüne ya

⁸ Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu, Kanun Numarası: 7223, Kabul Tarihi: 05.03.2020, RG 12.03.2020/31066. Aslında daha önce kanunlaşması gündemde olan, Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanan “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Taslağı”, 29.3.2018 tarihinde Bakanlar Kurulunca TBMM Başkanlığına tasarı olarak sunulmuştu. Komisyonlardan da geçen bu metin, Genel Kurul gündeminde olmasına rağmen, 24.6.2018’de gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı ve Milletvekili Genel Seçimi (hükümet sistemi değişikliği) nedeniyle kadük olmuştu.

⁹ Nitekim ÜGTDK m 25: “(1) 29/6/2001 tarihli ve 4703 sayılı Ürünlerle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. (2) Mevzuatta 4703 sayılı Kanuna yapılan atıflar bu Kanuna yapılmış kabul edilir”.

¹⁰ Bilge Öztan, *İmalatçının Sorumluluğu* (Turhan Kitabevi 1982) 21; Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 21; Kırca (n 5) 2; Heinz Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (4. Bası, Schulthess 2008) N 1177; Heinrich Honsell, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (5. Bası, Schulthess 2013) § 21 N 1; İbrahim Kaplan, ‘İmalatçının Sorumluluğu Üzerine Düşünceler’ (1985) 13(1) BATİDER 137, 138; Zeynep Derya Tarman, ‘Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bakış’ (2007) 65(2) İÜHF 299, 299; Akın Ünal ve Arif Kalkan, ‘Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler’ (2019) (39) TAAD 45, 63.

¹¹ Öztan (n 10) 93 vd.; Rey (n 10) N 1167; Honsell (n 10) §21 N 50, 51; Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 82 vd.; Kırca (n 5) 153; Karaman (n 1) 243, 244; Yeşim M Atamer, ‘Avrupa Topluluğu Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu’ Ebru Ceylan (ed), *Tüketicinin Korunması Semineri 2-4 Kasım 2006* (Yetkin Yayınevi 2006) 73, 79.

da diğer mallara verdikleri zararlar bu sorumluluğun kapsamına girer¹². Bu noktada, üreticinin sorumluluğu kavramının tüketici hukuku bakımından başka anlamlarının olduğuna da dikkat çekmek gerekir. Bunlardan biri, TKHK m 11/2'ye göre, satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna bağlı olarak ve tüketicinin ücretsiz onarım ve ayıpsız benzeri ile değiştirme hakları kapsamında ortaya çıkan kanuni sorumluluktur. Bu hüküm uyarınca, “*ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi hakları üretici veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir. Bu fıkradaki hakların yerine getirilmesi konusunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur*”. Ayrıca, üreticinin garanti belgesiyle satılması zorunlu olan mallar bakımından, TKHK m 56'ya göre garanti sözleşmesinden doğan sorumluluğu da bulunmaktadır.

Şu halde, bugün için Türk hukuku açısından, üreticinin üç farklı sorumluluğu söz konusudur: (i) tüketici işlemleri kapsamında, ayıplı ifadan doğan sınırlı sorumluluk, (ii) yine tüketici işlemleri kapsamında, zorunlu garantiye dayanan sorumluluk ve (iii) zarar görenin tüketici sıfatına sahip olup olmamasından ya da ürünü tüketici işlemi ile elde edip etmemesinden bağımsız olarak, ÜGTDK m 6 uyarınca hatalı ürünlerden kaynaklanan tazminat sorumluluğu. Bu üç sorumluluk türü, bazı olaylarda kesişmekle birlikte, esas olarak hukuki temelleri, şartları ve kapsamaları açısından farklılık arz ederler.

Bu çalışmada, üreticinin ÜGTDK çerçevesindeki tazminat sorumluluğu incelenecektir. Bu amaç doğrultusunda, öncelikle ÜGTDK'nın ve ürün sorumluluğuna ilişkin 85/374 sayılı Avrupa Birliği Konsey Direktifi'nin¹³ genel yapısı ortaya konulacak, daha sonra sırasıyla ÜGTDK açısından hatalı (uygun olmayan) ürünün verdiği zararlardan kimlerin sorumlu olduğu, sorumluluğun şartları, sorumluluktan kurtulma sebepleri, zamanaşımı ve bu sorumluluğun TBK'daki çeşitli kusursuz sorumluluk türleriyle ilişkisi ele alınacaktır. Çalışmanın ilgili başlıkları altında ayrıca, üreticinin sorumluluğuyla ilgili tartışmalı noktalara, ÜGTDK bağlamında yorum uyumsuzluklarına yol açabilecek hususlara ve ÜGTDK'nın Direktif ile uyuşmayan yönlerine ilişkin değerlendirme yapılacaktır. Çalışmanın başlığında olduğu gibi, içeriğinde de odak kavram üreticidir. Ancak, şimdiden dikkat çekilmelidir ki, eğer yurt dışında üretilip Türkiye'ye ithal edilen bir ürün varsa, ithalatçı da üreticiyle birlikte müteselsil sorumlu tutulmaktadır. Bu nedenle, ifadenin akışı gereği, sadece üreticiden bahsedildiği durumlarda, aksi belirtilmedikçe, ithalatçının da üretici gibi sorumlu olacağı hatırlanmalıdır.

¹² Ürün güvenliğini sağlama yönünde gerçekleştirilen piyasa gözetimi ve denetimi neticesinde tüketicilerin sağlık ve güvenliklerini tehdit ettiği tespit edilen ürünler, Ticaret Bakanlığı tarafından “Güvensiz Ürün Bilgi Sistemi (GÜBİS)” üzerinden kamuoyuna duyurulmaktadır. GÜBİS'in internet sayfasında, insan sağlığını, can ve mal güvenliğini tehlikeye atabilecek çok sayıda ürüne rastlamak mümkündür. Bu yönde bkz. <<http://www.guvensizurun.gov.tr>> Erişim Tarihi 29 Temmuz 2020.

¹³ 25.07.1985 tarihli 85/374 sayılı Hatalı Ürünler Nedeniyle Sorumluluğa İlişkin Üye Devletlerin Hukuki ve İdari Düzenlemelerinin Uyumlaştırılması Hakkında Avrupa Konseyi Direktifi, RG L 210, 7.8.1985 (Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the Approximation of the Laws, Regulations and Administrative Provisions of the Member States concerning Liability for Defective Products OJ L 210, 7.8.1985). Söz konusu Direktif, çalışmada bundan böyle yer yer “AB Konsey Direktifi” ya da “Direktif” olarak ifade edilecektir.

II. Üreticinin ÜGTDK Uyarınca Sorumluluğu

ÜGTDK, hem kamu hukuku alanındaki ürün güvenliğini hem de özel hukuk alanındaki ürün sorumluluğunu bir arada düzenlemektedir. Ürün güvenliği; üretici, ithalatçı ve dağıtıcıların idari makamlara karşı yükümlerini (m 7-12), ürünün piyasaya arz koşulları, piyasa gözetimi ve denetimini ve yükümlere uyulmadığı takdirde uygulanacak idari yaptırımları (m 13 vd) konu edinir. Ürün sorumluluğu ise, üreticinin (ve diğer sorumluların), hatalı ürün nedeniyle ortaya çıkan zararlardan zarar görenlere karşı özel hukuk kapsamındaki tazminat sorumluluğunu (m 6, 11) ifade eder. şu halde denebilir ki, ürün güvenliği hükümleri toplumun sağlığı, can ve mal güvenliğini tehlikeye sokabilecek güvenli olmayan ürünlere ilişkin *a priori* (önsel) bir koruma getirirken; üreticinin tazminat sorumluluğu ise *a posteriori* (sonsal) bir koruma getirir. ÜGTDK m 1’de Kanun’un amacı şu şekilde belirtilir: “*Bu Kanunun amacı; ürünlerin piyasaya arzı, uygunluk değerlendirmesi, piyasa gözetimi ve denetimi ile bunlarla ilgili olarak yapılacak bildirimlere ilişkin usul ve esasları belirlemektir*”¹⁴.

Üreticinin hatalı (uygun olmayan) ürünler nedeniyle sorumluluğu esas itibariyle haksız fiil temeline dayanır¹⁵. Zira tazmin edilecek zararların kaynağı, bütünlük menfaatinin ihlali, yani zarar görenin kişivarlığı ve malları üzerindeki mutlak hakların ihlalidir¹⁶. Kuşkusuz, üreticinin aynı zamanda satıcı olduğu nadir durumlarda, sözleşmesel sorumluluğun da gündeme gelmesi mümkündür. Bu durumda, zarar gören, üreticiyi aynı zamanda sözleşmeye aykırılık (kötü ifa) çerçevesinde sorumlu tutabilir. Ancak günümüzdeki uzmanlaşma ve işbölümüne dayalı tedarik zinciri dikkate alındığında, olayların büyük çoğunluğunda üretici ile ürünün kullanıcısı arasında sözleşme ilişkisi bulunmaz. Hatta hatalı üründen sadece ürünün kullanıcısı değil, ürünle ilgisi olmayan üçüncü kişiler (*innocent bystanders*) de zarar görebilir. Dolayısıyla, hatalı bir üründen dolayı zarar görenlerin üreticiyi sorumlu tutabilmesi,

¹⁴ Bu maddenin ifadesi eksiktir, zira Kanun’un ürün sorumluluğunu düzenleme yönündeki amacı maddede yer almamaktadır.

¹⁵ Yeşim M Atamer ve Kerem Cem Sanlı, ‘Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden İmalatçının Kusursuz Sorumluluğuna Dair Bir Değerlendirme’ (2012) (Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş’a Armağan) 769, 773; Stefan Lenze, ‘German Product Liability Law: Between European Directives, American Restatements and Common Sense’ Duncan Fairgrieve (ed), *Product Liability in Comparative Perspective* (Cambridge University Press 2005) 100, 102; Ayşe Havutçu, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Ayıplı Mal Ve Hizmet Nedeniyle Tüketicinin Tazminat Hakkı (Özellikle Bedensel Zararlar Yönünden)’ *Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Cilt 2* (TBB Yayınları 2016) 91, 92 vd; Kadir Berk Kapancı, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayrıtan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesen Garanti Taahhütleri* (XII Levha Yayıncılık 2012) 87; Emrah Kulaklı, *Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı* (XII Levha Yayıncılık 2009) 23; Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2019) N 3.120.

¹⁶ Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 33, 34; Kırca (n 5) 87, 88; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (6. Baskı, Stämpflverlag 2009) N 53.31; Yeşim M Atamer ve Ece Baş, ‘Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırılmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayrıtan Doğan Sorumluluk’ (2014) 88(1) İstanbul Barosu Dergisi (Tüketicici Hakları Ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı) 19, 50, 51; Kapancı (n 15) 87.

çoğu zaman sadece sözleşme dışı sorumluluk hükümleriyle mümkündür¹⁷. Nitekim ÜGTDK ile getirilen sorumluluk rejimi de zarar göreni sözleşme dışı koruma amacını taşır.

ÜGTDK’da öngörülen ürün sorumluluğu rejimi, üç temel hüküm üzerine inşa edilmiştir. Bunlar, ürün sorumluluğu tazminatını düzenleyen ÜGTDK m 6, tedarik zincirinde yer alan dağıtıcıların ikincil sorumluluğuyla ilgili ÜGTDK m 11 ve bu sorumluluk sükellerinin sorumluluktan kurtulma hallerine ilişkin ÜGTDK m 21’dir. Kanun’un, üretici ile zarar gören arasındaki adil risk dağılımını yansıtacak bir sorumluluk rejimi getirip getirmediği hususunda daha sağlıklı değerlendirme yapabilmek için, öncelikle bu rejimin temel özellikleri ve akabinde AB Konsey Direktifi’ndeki yapının ana hatları üzerinde durmak faydalı olacaktır. ÜGTDK’da düzenlenen ürün sorumluluğunun temel özellikleri şu şekilde sıralanabilir:

- Hatalı (uygun olmayan) ürünün sebep olduğu zararlardan dolayı, ilk planda üretici ve ithalatçının kusursuz ve müteselsil sorumluluğu öngörülmüştür (m 6/1)¹⁸. Madde 6’nın gerekçesinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: *“Madde ile, uygun olmayan bir ürünün sebep olduğu zarara ilişkin birden fazla imalatçı veya ithalatçının tazminat yükümlülüğü doğuyor ise imalatçı ve ithalatçının müteselsilen sorumlu olduğu düzenlenmektedir”*. Üretici veya ithalatçının tespit edilemediği hallerde ise, dağıtıcıların (toptancı, acente, satıcı vb) ikincil sorumluluğu düzenlenmiştir (m 11/3).
- Üretici ya da ithalatçıdan tazminat talep edebilecek kişiler, sadece tüketicilerle sınırlı tutulmamış, hatalı üründen zarar gören herkes koruma altına alınmıştır¹⁹.
- Üretici ve ithalatçının sorumlu olabilmesi için, zarar görenin ürünündeki hatayı (uygunsuzluğu), zararı ve hata ile zarar arasındaki uygun nedensellik bağımlı ispat etmesi gerekir (m 6/2).

¹⁷ Havuçtu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 46, 47; Karaman (n 1) 54, 55; Schwenzler (n 16) N 53.31; Andreas Furrer ve Nadine S Reinfried, ‘Producer’s and Seller’s Liability under Swiss Law – A Comparative Analysis under European Perspectives’ *European Perspectives on Producers’ Liability* (Sellier 2009) 563, 571; Şebnem Akipek, ‘Bedensel Zararların Tazmini Kapsamında Tüketici Hukuku Yöntünden Ürün Sorumluluğu’ *Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Cilt 2* (TBB Yayınları 2016) 23, 23; Meliha Sermin Paksoy ve Gizem Arslan Demir, ‘Üreticinin Tbk 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması’ (2013) 71(2) İÜHF 299, 302; Önder Canpolat, ‘Üretici ve Sorumluluğu’ (2013) (2) Ankara Barosu Dergisi 369, 383; Tarmam (n 10) 301.

¹⁸ Teorik olarak, zarar görenin karşısında tazminat talep edebileceği iki kişi bulunsa da, pratikte çoğu zaman ya üreticiye ya da ithalatçıya başvurulacaktır. Zira eğer ürün yurt içinde üretilmişse, zaten ithalatçının varlığından söz edilemez. Ürünün yurt dışında üretilip, Türkiye’ye ithal edildiği hallerde ise, zarar gören çoğu zaman daha kolay ulaşacağı ithalatçıya dava açmayı tercih edecektir.

¹⁹ Bilindiği üzere, 4077 sayılı (eski) TKHK’da, üreticinin sorumluluğuna, ayıptan doğan sorumluluğun düzenlendiği madde 4 içinde yer verilmişti ve bu durum birçok sorunu beraberinde getirmişti. Özellikle, sadece tüketici sözleşmesine konu olan hatalı ürünler için üreticinin sorumluluğuna başvurulabilecek olması ve tazminat talebinin de sadece sözleşme tarafı olan (bu nokta tartışmalı olmakla birlikte) tüketici tarafından ileri sürülebilecek olması doktrinde oldukça eleştirilmekteydi. Doktrinde birçok yazar, haklı olarak, üreticinin sorumluluğunun dayandığı temel düşünce ve menfaatler dengesi dikkate alındığında, tıpkı Direktif’teki gibi, koruma alanının sadece tüketicilerle sınırlı olmaması gerektiğini vurgulamaktaydı. Gerçekten de, üreticinin sorumluluğu konusu bir tüketici hukuku sorunu değildir. Bu eleştirileri dikkate alan kanun koyucu, Direktif’e de uygun olarak, tüketici sıfatına sahip olsun ya da olmasın hatalı üründen zarar gören herkesin üreticinin kusursuz sorumluluğu çerçevesinde tazminat talep edebileceği yönünde düzenleme yapmıştır. Eski TKHK döneminde yapılan eleştiriler için bkz Havuçtu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 111-118; Kırcı (n 5) 86-101; Karaman (n 1) 139 vd; Atamer ve Sanlı (n 15) 773, 774; Atamer ve Baş (n 16) 49 vd; Akipek (n 17) 26, 27.

- Üreticinin ve ithalatçının tazminle sorumlu olduğu zararlar, kişiye ve mala verilen zararlar olup, esas amaç, zarar görenin bütünlük menfaatinin korunmasıdır.
- Üreticinin veya ithalatçının sorumsuzluk anlaşması yaparak, tazminat sorumluluğunu sınırlandırması ya da kaldırması mümkün değildir (ÜGTDK m 6/4).
- ÜGTDK’da, Direktif’ten farklı olarak, üretici ve ithalatçıya ürünün gelişim risklerinden sorumlu olmadıkları yönünde kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanınmamıştır²⁰.

A. Direktif’e Göre Üreticinin Sorumluluğu

Üreticinin (ve üretici gibi sorumlu olanların) hatalı ürünler nedeniyle tazminat sorumluluğunu düzenleyen AB Konsey Direktifi, gerekçesinde de belirtildiği üzere, başlıca tüketicilerin sağlığının ve mülkiyet hakkının korunması ve ortak pazardaki serbest rekabetin sorunsuz işlemlerini sağlama amacını taşır²¹. Kurulan sorumluluk rejimi sayesinde, piyasadaki hatalı ürünlerin doğuracağı ekonomik risk, tüketici (nihai kullanıcı) ile üretici arasında adil şekilde dağıtılmıştır²².

Direktif’e göre, bir taşınının ya da taşınmazın bütünlüğü parçası olsun ya da olmasın, elektrik dâhil her türlü taşınır, “ürün” kavramının kapsamındadır (m 2). Buna bağlı olarak, taşınmaz mallar, hizmetler ve maddi varlıkta cisimleşmemiş gayri maddi mallar ürün kavramı dışında kalır²³.

Sorumluluğun süjesi olan üretici, piyasaya sürdüğu hatalı ürünün neden olduğu zararlardan “kusursuz” sorumludur (m 1 ve 4). Üretici kavramı, öncelikle hem hammadde, ara ürün ve nihai ürünü üreten “gerçek üreticileri” hem de bir ürüne markasını, unvanını ya da herhangi bir ayırt edici işareti koyarak kendisinin üretici gibi gösteren “üretici benzerlerini” kapsar (m 3/1). Ayrıca, ürünün ithalatçısı da Direktif’e göre üretici sayılır ve onunla birlikte hatalı üründen kaynaklanan zararlardan müteselsil sorumludur (m 5). Bunun dışında, üreticinin veya ithalatçının tespit edilemediği hallerde, ürünün pazarlama ağında yer alan toptancı, satıcı gibi dağıtıcıların da sorumluluğu söz konusudur. Ancak, kendisine başvuru alan dağıtıcı, ürünü kendisine tedarik edeni ya da üreticinin kim olduğunu (adını ve adresini) uygun süre içinde zarar görene bildirdiği takdirde, bu “ikincil sorumluluktan” kurtulur. İthal edilen ürünlerde ise, üretici bilirse dahi, dağıtıcının sorumluluktan kurtulması için ithalatçının kim olduğunu da bildirmesi gerekir (m 3/3)²⁴.

²⁰ Bu konuda bkz aşağıda II(D).

²¹ Direktif, Gerekçe m 1 (L. 210/29); 7.5.2018 tarihli AB Komisyonu Raporu, COM(2018) 246 final, 1.

²² Thomas Verheyen, ‘Modern Theories of Product Warnings and European Product Liability Law’ (2019) 15(3) Utrecht L Rev 44, 44; Direktif, Gerekçe m 7 (L 210/29).

²³ Havuçtu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 70. Gayri maddi mallara ilişkin tartışma için bkz aşağıda II(C)(1)(a).

²⁴ Havuçtu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 91, 92; Kırcı (n 5) 222, 223.

Direktif'e göre, tazminat sorumluluğunun kapsamı, yalnızca ölüm ve yaralanma sonucu ortaya çıkan zararlar ile hatalı ürün dışında kalan, tüketim ve kişisel kullanım amacına yönelik malların uğradığı zararlardan oluşur (m 9/1). Manevi zararın tazmini ise, ulusal hukuk kurallarına bırakılmıştır (m 9/2). Mala verilen zararlar açısından, zararın 500 Euro'luk kısmına zarar görenin katlanacağı öngörülmüştür (m 9/1 b). Bununla birlikte, kişiye verilen zararlar açısından, Direktif, üye devletlere, üreticinin sorumluluğuna 70 milyon Euro'dan az olmamak şartıyla üst sınır getirme serbestisi tanımıştır (m 16). Her ne kadar Direktif'in asli amacı tüketicileri korumak şeklinde ifade edilmişse de, hatalı üründen zarar gören herkes, tüketici sıfatından bağımsız olarak, üreticiden tazminat talep edebilecektir. Dolayısıyla, koruma alanı sadece tüketicilere hasredilmemiş, üründen zarar gören, örneğin ürünün alıcısı, kullanıcısı, alıcının hâkimiyet alanındaki kişiler ya da ürünle tesadüfen karşılaşan kişiler tazminat talebine yetkili kılınmıştır²⁵.

Üretici ve üretici gibi sorumlu olanların, madde 7'de sayılan hallerden birini kanıtlamaları halinde sorumluluktan kurtulmaları mümkündür. Ayrıca, zararın ortaya çıkmasında, zarar görenin ya da onun fiillerinden sorumlu olduğu bir kişinin kusur varsa, duruma göre, üreticinin sorumluluğu azaltılabilir ya da kaldırılabilir (m 8/2). Öte taraftan, üreticinin sorumluluğunu azaltan ya da kaldıran anlaşmalar geçersizdir (m 12). Kurtuluş kanıtları içinde, modern üretim teknikleri ve bilimsel gelişmeler dikkate alındığında pratik önemi en fazla olan, üreticinin gelişim risklerinden sorumlu olmayacağını belirten (e) bendidir²⁶. Buna göre; *"ürünün piyasaya sürülmesi zamanındaki bilimin ve tekniğin düzeyine göre üründeki hatanın belirlenmesinin mümkün olmaması"* halinde üretici sorumlu tutulmaz. Bununla beraber, Direktif, üye devletlere, iç hukuklarında üreticinin gelişim risklerinden de sorumlu olabileceğine yönelik düzenleme yapma serbestisi tanımıştır (m 15/1 b.). Bu anlatılanlar ışığında, Direktifin karakteristik özelliklerini şu şekilde sıralamak mümkündür²⁷:

- Üretici (ve ithalatçı), hatalı ürünün yol açtığı zararlardan kusursuz ve müteselsilen sorumludur.
- Dağıtıcıların ikincil sorumluluğu benimsenmiştir.

²⁵ Havuçtu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 108; Karaman (n 1) 312, 313; Kahveci Nalan, *Taşınır Satımında Ayrıltı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi* (Adalet Yayınevi 2014) 72, 73.

²⁶ Gelişim riski konusunda bkz aşağıda II(D).

²⁷ İşbölümüne ve makineleşmeye dayalı modern üretim teknikleri dikkate alındığında, hatalı ürünlerden kaynaklanan sorumluluğun kime atfedileceği sorusu, ürün sorumluluğunun merkezinde yer alır. Acaba güvenli olmayan ürüne ilişkin zarar riski, üreticiye mi, zarar görene mi yoksa devlete mi yansıtılmalıdır? AB Konsey Direktifi tercihi üreticiden yana yapmıştır (Duncan Fairgrieve ve Gonzales Vaque, 'Introduction' Duncan Fairgrieve (ed), *Product Liability in Comparative Perspective* (Cambridge University Press 2005) 1, 1; Hans Claudius Taschner, 'Product Liability: Basic Problem in a Comparative Law Perspective' Duncan Fairgrieve (ed), *Product Liability in Comparative Perspective* (Cambridge University Press 2005) 155, 155). Ancak hemen belirtmek gerekir ki, riskin mutlak taşıyıcısı her zaman üretici olmayabilir. Duruma göre, riskin zarar görende kalması da mümkündür. Bu bağlamda, zarar görenin ispat yükünü yerine getirememesi (m 4), Direktif m 7'de zikredilen sebeplerden birinin gerçekleşmesi sonucunda üreticinin sorumluluktan kurtulması, hatalı ürünün kendisinde ortaya çıkan zararın Direktif'in kapsamı dışında kalması (m 9/b), mala verilen zararlarda 500 Euro'ya kadar olan zarar miktarına zarar görenin katlanacak olması (m 9/b), 3 yıllık zaman aşımı ve 10 yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olması (m 10, m 11) gibi durumlar sayılabilir.

- Üreticinin sorumluluk kapsamı kişiye ve mala verilen zararlardan oluşur. Dolayısıyla, hatalı üründeki değer eksikliği ya da saf ekonomik zararlar (salt malvarlığı zararları) sorumluluk dışında kalır²⁸.
- Üretici sadece tüketicilere karşı değil, sağlığı, vücut bütünlüğü ya da malları üründen zarar gören herkese karşı sorumludur.
- Üreticinin gelişim risklerinden dolayı sorumluluğu bulunmamaktadır. Üretici, bu yönde kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulabilir.
- Üreticinin sorumsuzluk anlaşması yapma yasağı vardır.

Bu noktada önemle belirtelim ki, yeni dijital teknolojilerin (başlıca yapay zekâ, nesnelerin interneti ve akıllı robotların) ortaya çıkması neticesinde, ürün güvenliği ve ürün sorumluluğuyla ilgili birçok konunun tekrar gözden geçirilmesi gerekmektedir. Özellikle ürünlerin internet üzerinden birbirine bağlanabilmesi, yapay zekâ sayesinde farklı seviyelerde otonomi kazanması, çeşitli algoritmalara dayalı kompleks yazılımlar içermesi ve sürekli güncellenebilmeleri gibi hususlar, yakın gelecekte ürün güvenliği ve ürün sorumluluğu açısından tartışılması ve hukuki çerçeveye oturtulması gereken en önemli konulardır. Bu bakımdan, AB Komisyonunun ve Avrupa Tüketici Örgütünün (BEUC) yakın tarihli raporlarında, Direktif'in yeni teknolojilere uygunluğu açısından gözden geçirilmesi, özellikle "hata", "nedensellik bağının ve hatanın ispat yükü", "zarar" kavramlarının içeriğinin yeniden düşünülmesi ve anlamlarının açıkça ortaya konması gerektiği vurgulanmaktadır²⁹. Kuşkusuz, bu konular çözüme bağlanırken, eski tarz ürünlerden zarar görenlere sağlanan korumanın yeni tarz ürünlerden zarar görenler için de sağlanması ve üreticilerin yeni teknolojilere dayanan ürünleri piyasaya sürme ve inovasyon ihtiyaçlarının göz ardı edilmemesi gerekir³⁰.

²⁸ Schwenzer (n 16) N 53.40; Karaman (n 1) 251. Direktifin dışarıda bıraktığı bu zararların, ulusal hukuk kurallarına göre, haksız fiil ya da ürünü satın alan ile satıcı arasındaki sözleşme sorumluluğu kapsamında tazmin edilebilmesi mümkündür.

²⁹ Yapay zekâ, nesnelerin interneti ve robotiğin ürün güvenliği ve sorumluluğuna yönelik etkilerine ilişkin 19.2.2020 tarihli AB Komisyonu Raporu, COM(2020) 64 final, 13, 14 (Report on the Safety and Liability Implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and Robotics, COM(2020) 64 final, 19.2.2020); 7.5.2018 tarihli AB Komisyonu Raporu, COM(2018) 246 final, 6; Avrupa Tüketici Örgütünün 2020 tarihli Raporunda ise, sayılan sorunların çözümü için yapılması gerekenin Direktif'in tadil edilerek güncellenmesi olduğu sonucuna varılmıştır. Bu rapor için bkz 7.5.2020 tarihli "Ürün Sorumluluğu 2.0 - Dijital çağda, Avrupa Birliği kuralları tüketiciler için nasıl uygun hale getirilir" başlıklı Görüş Raporu (Product Liability 2.0 - How to make EU rules fit for consumers in the digital age, BEUC-X-2020-024, 07.05.2020).

³⁰ 19.2.2020 tarihli AB Komisyonu Raporu, COM(2020) 64 final, 16, 17.

B. Sorumlu Olan Kişiler

1. Üretici

Sorumluluğun süjesi olan üretici (imalatçı), ÜGTDK m 3/1 (g)'de, “ürünü imal ederek veya ürünün tasarımını veya imalatını yaptırarak kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır³¹. Bu tanım, açıkça olmasa da, hem hammadde, ara ürün ve nihai ürünü üreten gerçek üreticileri hem de bir ürüne markasını, unvanını ya da herhangi bir ayırt edici işaretini koyarak kendisinin üretici gibi gösteren üretici benzerlerini (görünüşte üreticileri) kapsar³².

Bu düzenleme, AB Konsey Direktifi'ndeki tanım (m 3/1) ile ana hatları itibariyle örtüşmektedir³³. Ancak yakından bakıldığında, bazı açılardan sorunludur. Öncelikle, “ürünü imal eden” ifadesinin hammadde ve ara ürün üreticilerini (yani kısmi üreticileri³⁴) kapsadığı açık değildir. Hâlbuki Direktif'te bu husus açıkça hükümde yer almakta ve bu kişiler kendi ürettiği ürünlerin hatalı olmasından dolayı nihai üreticiyle birlikte sorumlu tutulmaktadır. Örneğin arıtmalı bir su sebiline motoru, elektrik aksamı veya su tankı gibi bütünleyici parçaları ara ürün, sebilin tamamı ise nihai üründür. Şayet ÜGTDK'daki üretici tanımının sadece nihai üreticilere ilişkin olduğunu düşünürsek, sebilin elektrik aksamındaki bir sorun nedeniyle yangına yol açması ihtimalinde, eşyaları ya da vücut bütünlüğü zarara uğrayan kullanıcı, elektrik aksamını üreten üreticiye gidemeyecek, sadece nihai üreticiye (ve varsa ithalatçıya) başvurabilecektir. Buna karşılık, Direktif'e göre, aynı kullanıcı hem elektrik aksamını üreten üreticiden hem de nihai üreticiden tazminat talep edebilecektir. Ayrıca, ÜGTDK'daki tanım bu haliyle, lafzi olarak TKHK m 3/1 (h)'deki üretici tanımıyla da uyuşmamaktadır. Aslında kanun koyucu, Direktif'le de tamamen örtüşen TKHK'daki tanımı doğrudan buraya aktarsa, hiçbir sorun kalmazdı. Gerekçede neden bu şekilde

³¹ Kanunda “imalatçı” kavramı kullanılmakla birlikte, bunun bilinçli bir tercih olmadığını düşünüyoruz. Zira imalat kelimesinin sözlük anlamı “işlenerek yapılan üretim” veya “hammadde işlenerek yapılan her türlü mal” olup, asıl olarak sınai ürünler için kullanılmaktadır (<<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 29 Temmuz 2020). Hâlbuki üretim kavramı, imalat kavramını da kapsamakta olup, bu bakımdan sadece işlenmiş ürünleri değil, ayrıca tarımsal, hayvansal üretim ya da hammadde üretimini de içermektedir (Kırca (n 5) 203; Karaman (n 1) 13). Dolayısıyla, ürün sorumluluğunun anlamı ve koruma amacı dikkate alındığında, imalatçı kavramını da kapsayan “üretici” kavramının kullanılması daha isabetli olacaktır. Keza hükümdeki “ürünü imal ederek” ibaresini de buna paralel şekilde anlamlandırmak gerekecektir. Kanun koyucunun kavram tercihi yaparken bu ayırımı dikkate almadığı, gerek Kanun'un gerekçesindeki ifadelerden ve Komisyon Raporunda yer yer üretici kavramının kullanılmasından, gerekse Kanun'da zarar göreni Direktif'tekine oranla daha çok korumayı amaçlayan bir sorumluluk sistemi getirilmiş olmasından anlaşılmaktadır. Görünen o ki, kanun koyucu, imalatçı kavramını üretici kavramıyla eş anlamlı kabul etmektedir. Şu halde, mevzuatımızdaki birçok metinde (örneğin TKHK, 4703 sayılı Ürünlerle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun, Garanti Belgesi Yönetmeliği, Satış Sonrası Hizmetler Yönetmeliği) “üretici” kavramı tercih edilmiş olmasına rağmen, neden ÜGTDK'da gereksiz ikilik yaratacak şekilde imalatçı kavramının kullanıldığına anlam vermek zordur. Bu açıklamalardan hareketle, biz, çalışmada üretici kavramını kullanmayı daha uygun buluyoruz.

³² Bu kavramlar için bkz Vito Roberto, *Haftpflichtrecht* (Stämpfli Verlag 2013) N 09.23; Hans-Joachim Hess, *Kommentar zum Produkthaftpflichtgesetz* (2. Bası, Paul Haupt Verlag 1996) Art 2 N 23, 61-67; Walter Fellmann ve Gabrielle von Büren-von Moos, *Grundriss der Produkthaftpflicht* (Stämpfli Verlag 1993) N 44 vd; Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 89 vd; Kırca (n 5) 202 vd.

³³ Direktif m 3/1: “Bir ürünü, hammaddeyi veya bütünleyici parçayı üreten kişi ile, ürün üzerine adını, markasını veya diğer ayırtıcı bir işaretini koyarak kendisini üretici olarak gösteren herkes üretici anlamına gelir”.

³⁴ Kavram için bkz Honsell (n 10) § 21 N 45.

düzenleme yapıldığına dair açıklama bulunmamakla birlikte, bu noktada doktrine ve mahkemelere düşen, bu maddeyi, hükmün amacını dikkate alarak Direktif’e uygun şekilde yorumlamaktır. Nitekim ürün sorumluluğu tazminatına ilişkin ÜGTDK m 6’nın gerekçesinde, “*madde ile, ürünün bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısının veya ithalatçısının zarardan dolayı tazminat yükümlülüğü düzenlenmektedir. Söz konusu düzenleme AB’nin üye devletlerin ürün sorumluluğuna ilişkin 25 Temmuz 1985 tarihli ve 85/3 74/AET sayılı Konsey Direktifi doğrultusunda hazırlanmaktadır*” denmektedir. Buna ek olarak, ÜGTDK m 6/3’teki “*ürünün sebep olduğu zarardan birden fazla imalatçı veya ithalatçının sorumlu olması halinde*” ibaresi de bu yönde bir yorumu destekler.

Gerek Direktif’te gerekse TKHK’da hatalı üründen zarar görenlerin korunması amacıyla, üretici olarak kabul edilecek kişilerin kapsamı geniş tutulmuş ve tek tek sayılmış, ancak üretici tanımı yapılmamıştır. Doktrinde benimsenen tanıma göre, ürüne ilişkin üretim faaliyetini kendi sorumluluğunda gerçekleştiren, ürünün oluşumunu ve güvenliğini belirleyecek şekilde üretime katılan kişi, gerçek anlamda üreticidir³⁵. Kuşkusuz, pratikte zarar gören, çoğu zaman tespiti daha kolay olduğundan hammadde ve ara ürün üreticisinden ziyade, daha çok nihai üreticiye başvuracaktır³⁶. Nihai üreticinin tespiti ayrıca şu açıdan önemlidir: Direktif gereğince, nihai üretici, üründeki hata, hammadde ya da ara ürün üreticisinden kaynaklansa dahi bunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz³⁷. Aynı sonuç ÜGTDK açısından da kabul edilmelidir.

ÜGTDK’nın üretici tanımında, TKHK ve Direktif’ten sapan bir diğer kısım da, “*imalatını yaptırarak kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişi*” ibaresidir. Hükmün bu kısmı, gerçek anlamda üretici olmamasına rağmen, pazarda tanındığı ve belli bir üne sahip olduğu için ürüne markasını ya da ayırt edici işaretini koyan üretici benzerlerine ilişkindir. Üretici benzerlerinin sorumluluğu, bazı hallerde, hatalı üründen zarar görenlerin bu kişilere karşı da tazminat talep edebilmeleri ihtiyacına dayanır. Zira özellikle fason üretimlerde, ürün üzerindeki marka, sembol veya amblemlere bakan tüketici, ürünü, kendisini üretici gibi gösteren kişiye güvenerek alır, onu gerçek üretici zanneder. Kaldı ki, bu tür durumlarda gerçek üreticiye ulaşılması da oldukça zor olabilmekte ve hatta bazen üreticinin kimliği belli

³⁵ Hess (n 32) Art 2 N 5; Kirca (n 5) 204, 205; Fellmann ve von Büren-von Moos (n 32) N 42, 46.

³⁶ Atamer, ‘İmalatçının Sorumluluğu’ (n 11) 75. Doğaldır ki, daha sonra nihai üretici de zarar görene ödediği tazminat nedeniyle, üründeki hataya sebebiyet verdikleri ölçüde hammadde ya da ara ürün üreticisine rücu edecektir.

³⁷ Fellmann ve von Büren-von Moos (n 32) N 50; Havuççu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 90.

olmamaktadır³⁸. Ancak ÜGTDK’da, Direktif’ten farklı olarak, ürün üzerine isim ya da marka koyarak ürünü piyasaya süren kişinin kendini “üretici gibi göstermesi” aranmamaktadır. Yani söz gelimi ünlü bir marketler zinciri, başka bir işletmeye ürettiği gıda ürünlerinin üzerine kendi ismini koysa ve ayrıca üretici olmadığını (gerçek üreticiyi de belirterek) açıklasa dahi, tüketicinin zehirlenmesi durumunda, tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Bu noktada, malda gerçek üreticinin bilgilerinin yer aldığı bir olasılıkta, aslında niteliği itibarıyla dağıtıcı (perakendeci) olan marketler zincirinin kusurdan bağımsız ve gerçek üreticiyle birlikte müteselsil sorumlu tutulmasının, risk dağılımı ve ürün sorumluluğunun koruma amacı açısından yerindeliği tartışılır.

2. İthalatçı

Hatalı (uygun olmayan) ürün nedeniyle kişivarlığı ya da malları zarar gören kişi, tazminat talebini üretici ile birlikte ya da üretici dışında ürünün ithalatçısına karşı da ileri sürebilir (ÜGTDK m 6/1). Yani ÜGTDK’ya göre kusursuz sorumluluğun bir diğer süjesi ithalatçıdır. Aynı şekilde, Direktif’te de üretici ile ithalatçının kusursuz ve müteselsil sorumluluğu öngörülmüştür (m 3/2). Bu bakımdan, yurt dışında üretilen ürünlerde, zarar görenin gerçek üreticiye başvurması ve dava açmasındaki zorluklar dikkate alındığında, Türk hukuku açısından da, ithalatçının üretici gibi ve onunla birlikte sorumlu tutulması son derece önemlidir³⁹. Özellikle Türkiye’nin ithal ürünler konusunda çok zengin bir pazara sahip olması, bu önemi daha da belirgin hale getirmekte, zarar görenlerin etkin korunması için ithalatçının da sorumlu olmasını adeta zorunlu kılmaktadır.

İthalatçı, ÜGTDK m 3/1 (ğ)’de, “ürünü ithal ederek piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişiyi” ifade eder. Direktif m 3/2’ye göre ise, ithalatçı, “ticari faaliyeti çerçevesinde, satış, kiralama, leasing veya herhangi bir şekilde dağıtım amacıyla ürünü Topluluğa ithal eden herkes” olarak tanımlanır. Görüleceği üzere, Direktif’teki tanımında, bir ürünün ticari veya mesleki faaliyet kapsamında Topluluğa ithal edilmesi aranırken, ÜGTDK’da bu amaç unsuru yer almamaktadır. Ancak, hükmü yine de bu amaç unsurunu gözeterek yorumlamak uygun olacaktır. Zira tazminat riskinin yansıtıldığı kişinin, ürünü mesleki ve ticari faaliyeti gereği ithal ederek kâr sağlama

³⁸ Havuçtu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 91; Kırcı (n 5) 213, 214; Karaman (n 1) 298; Atamer, ‘İmalatçının Sorumluluğu’ (n 11) 75, 76. Hemen belirtelim ki, üretici benzerlerinin Direktif uyarınca sorumluluğu, teknik anlamda güven sorumluluğu değildir. Üretici benzerinin sorumluluğu, zarar görenin gerçek üreticiyi bilip bilmemesinden bağımsız olarak, üçüncü kişiler nezdinde üreticiymiş gibi görüntü yaratmalarına dayanan objektif bir sorumluluktur. Hatta üretici benzerinin bilinçli olarak bu yönde bir görüntü yaratma isteği içinde olup olmadığını da bir önemi yoktur (bkz. Fellmann ve von Büren-von Moos (n 32) N 61, 62; Hess (n 30) Art 2 N 72 vd). Oysaki güven sorumluluğunun gerçekleşmesi için, *inter alia*, zarar görenin subjektif anlamda haklı güveni aranır ki, bu güven konusu şeyin gerçeğe uygun olmadığını bilinmemesi ve bilinmesinin gerekmemesi şarttır (Kırcı (n 5) 214; Rona Serozan, *(Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı) Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (7. Bası, Filiz Kitabevi 2016) § 19 N 3). Ancak Direktif dışında konuya yaklaşıldığında, üretici benzerlerinin sorumluluğunun, şayet şartları gerçekleşmişse güven sorumluluğu olarak nitelendirilmesi düşünülebilir.

³⁹ Fellmann ve von Büren-von Moos (n 32) N 71; Hess (n 32) Art 2 N 83; Honsell (n 10) § 21 N 47; Havuçtu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 91; Kırcı (n 5) 217; Candan Yasan, *İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk* (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, yayınlanmamış doktora tezi 2015) 41.

amacı bulunan kişi olması, ürün sorumluluğunun doğası gereğidir. Nitekim bu durum, ÜGTDK m 3/1 (f)'de ithalatçının, üretici ve dağıtıcılarla birlikte “iktisadi işletmeci” olarak anılacağına belirtilmesiyle de doğrulanır. Öte yandan, Direktif'ten farklı olarak, satış, kiralama, leasing ve diğer dağıtım tarzlarının hükümde ifade edilmemesinin bir önemi yoktur. Zira bu sayım örnekleyici olup, ÜGTDK'daki “ürünü ithal ederek piyasaya arz eden” şeklindeki geniş tarifi içinde rahatlıkla yer alır. Ayrıca, aksi yönde bir ifadeye rastlanmadığından, hükümdeki ithalatçı tüzel kişi, özel hukuk ya da kamu hukuku tüzel kişisi olabilir.

İthalatçı tanımıyla ilgili bir başka nokta, hammadde ve ara ürün ithalatçılarının (kısmi ithalatçıların) da hükümdeki tanıma dâhil olup olmadığına anlaşılmamasıdır. Söz gelimi bir otomobilin motorunu ya da kahve makinesinin termostatını ithal eden kişi, acaba ÜGTDK kapsamında, bu ürünlerdeki uygunsuzluklardan dolayı sorumlu olur mu? Bu soruya, yine Direktif'e uygun yorum ilkesi çerçevesinde, evet cevabı vermek gerekir. Gerçi, Direktif'te kısmi ithalatçılardan açıkça bahsedilmese bile, bu kişilerin de tıpkı üretici tanımında olduğu gibi ithalatçı tanımına dâhil olduğu kabul edilmektedir⁴⁰.

3. Dağıtıcılar

ÜGTDK'nın en olumlu düzenlemelerinden biri, ürün tedarik zinciri içinde yer alan toptancı, bayi, perakendeci gibi dağıtıcıların, hatalı üründen kaynaklanan zararlardan belirli hallerde sorumlu tutulmaları yönündeki düzenlemedir. Bu düzenleme ÜGTDK m. 11/3'te karşımıza çıkar: “Üründen kaynaklanan tazminat sorumluluğuna ilişkin olarak ürünün imalatçısı, yetkili temsilcisi veya ithalatçısının belirlenemediği durumlarda, zarara uğrayan kişiye bu iktisadi işletmecilerin isim ve irtibat bilgilerini, bu bilgilere sahip değil ise tedarik zincirinde yer alan bir önceki iktisadi işletmecinin isim ve irtibat bilgilerini bu talebin kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on iş günü içinde bildirmeyen dağıtıcı, bu Kanun kapsamında imalatçı gibi tazminattan sorumlu tutulur”. Görüldüğü üzere, ürünün pazarlama ve dağıtım aşında yer alan kişiler (toptancı, bayi, perakendeci, finansal kiracı gibi kişiler), aslında faaliyetleri ile ürünün güvenliğini etkilememelerine rağmen, üretici, üreticinin yetkili temsilcisi veya ithalatçının tespit edilemediği hallerde, üretici gibi sorumlu olacaklardır. Dağıtıcıların ikincil sorumluluğunun temelinde, zarar görenin, her zaman zararını tazmin ettirebilecek bir kişiye ulaşabilmesini sağlama amacı yer alır⁴¹.

⁴⁰ Fellmann ve von Büren-von Moos (n 32) N 70; Hess (n 32) Art 2 N 85.

⁴¹ Atamer, ‘İmalatçının Sorumluluğu’ (n 11) 76. Kanaatimizce, TKHK m 48/5'te zikredilen, mesafeli sözleşmenin kurulmasına satıcı adına aracılık eden ve tüketiciden satış bedelini satıcı adına tahsil eden kişiler de (yani online pazarda aracı olanlar da) dağıtıcı kategorisine dâhildir (bu kişiler TKHK m 48/5'te şu şekilde belirtilir: “Oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullanılmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler”).

Hükümde, dağıtıcının on iş günü içinde gerekli bilgileri vermemesi halinde üretici gibi sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Burada akla şu soru takılır; acaba on iş günü sonrasında (gecikmeli olarak) söz konusu bilgileri paylaşan dağıtıcı da, yine üretici gibi (ve onunla birlikte müteselsilen) sorumlu mudur? Bu konuda azınlık görüş, hükmün teleolojik sınırlamaya tabi tutulması ve böylece üreticiyi (ve varsa ithalatçıyı) geç bildiren dağıtıcının, zarar görenin sadece bu gecikmeden dolayı uğradığı zararları (örneğin yargılama giderlerini) karşılaması gerektiği yönündedir. Buna karşılık, hâkim görüşe göre, geç bildirim halinde dağıtıcı, üretici gibi sorumlu tutulmaktan kurtulamaz⁴².

C. Sorumluluğun Şartları

Üreticinin (ve diğer sorumluların) tazminat sorumluluğuna açısından merkezî hüküm, ÜGTDK m 6'dır. Bu madde şu şekildedir:

“(1) Ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlüdür.

(2) İmalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören tarafın uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi zorunludur.

(3) Ürünün sebep olduğu zarardan birden fazla imalatçı veya ithalatçının sorumlu olması halinde, bunlar müteselsilen sorumlu tutulurlar.

(4) İmalatçı veya ithalatçıyı üründen kaynaklanan tazminat sorumluluğundan kurtaran ya da bu sorumluluğu azaltan sözleşmelerin ilgili maddeleri hükümsüzdür.

(5) Ürünün sebep olduğu zarar nedeniyle ödenecek maddi ve manevi tazminat miktarının belirlenmesinde 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

(6) Tazminat talebi için zamanaşımı süresi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren üç yıl ve her halde zararın doğduğu tarihten itibaren on yıldır.

(7) Diğer kanunlardaki tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır”.

Görüldüğü üzere, ilk fıkrada ürün sorumluluğunun kapsamı, yani tazmin edilecek zarar; ikinci fıkrada sorumluluğun şartları; üçüncü fıkrada sorumluların zarar görene karşı müteselsilen sorumlu oldukları; dördüncü fıkrada, sorumsuzluk anlaşmalarının geçersizliği; beşinci fıkrada zararın ve tazminatın belirlenmesinde TBK hükümlerinin uygulanacağı; altıncı fıkrada zamanaşımı ve yedinci fıkrada, zarar görenin diğer kanunlardaki sorumluluk hükümlerine dayanarak da tazminat talep edebileceği kaleme alınmıştır.

⁴² Görüşler için bkz Hess (n 32) Art 2 N 130; Honsell (n 10) § 21 N 49.

1. Hatalı (Uygun Olmayan) Ürün

a. Ürün Kavramı

ÜGTDK m 3/1 (s)'ye göre, “ürün: her türlü madde, müstahzar veya eşyayı” ifade eder. Görüleceği üzere, hükümde ürün kavramı son derece geniş tutulmuş ve böylece Direktif’e nazaran üreticinin sorumluluk alanı genişletilmiştir. Bununla birlikte, Direktif’e uygun olarak, hizmetler kapsam dışında bırakılmıştır⁴³.

Ürün tanımına, üretilen her türlü taşınır, söz gelimi tarım ürünleri, bitkisel ürünler, el yapımı ürünler, hayvancılık ürünleri, sanayi ürünleri, edinmeye elverişli doğal güçler (örneğin elektrik, doğal gaz), doğal ya da işlenmiş hammaddeler dâhildir. Direktif m 2’ye göre, “Direktif çerçevesinde, ürün, başka bir taşınır ya da taşınmazla birleştirilmiş olsa bile her türlü taşınırı ifade eder. Elektrik de ürün sayılır”. ÜGTDK’da ise, taşınmazla birleştirilerek, ona takılarak ya da başka bir şekilde onun bütünleyici parçası haline getirilen taşınırın ürün sayılacağına ilişkin açıklık yoktur. Kanaatimizce, zarar görenlerin korunması açısından ve Direktif’e uygun yorum gereği⁴⁴, bir taşınmazın bütünleyici parçası olacak şekilde ona takılan, işlenen ya da onunla birleştirilen taşınırlar da, her ne kadar eşya hukuku esaslarına göre (TMK m 684) taşınır mal olma niteliklerini kaybetse de, “ürün” niteliklerini koruyarak ürün sorumluluğunun konusu olabilirler⁴⁵. Mesela bir binada bulunan asansörün, elektrik tesisatının, kaloriferin, çimento, briket, demir ve diğer yapı malzemelerinin hatalı olmaları halinde, bunları üreten kişilerden (kismi üreticilerden) ürün sorumluluğu tazminatı istenebilir⁴⁶. Öte yandan, taşınmazın eklentisi görevini gören taşınırlar açısından herhangi bir tartışmaya yer yoktur. Bunlar zaten asıl şeyin (taşınmazın) eklentisi olmakla taşınır mal niteliklerini kaybetmeyeceklerinden, her halükarda ürün sayılırlar⁴⁷.

⁴³ Direktifle ilgili olarak bkz. Hess (n 32) Art 3 N 38; Rey (n 10) N 1186; Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 70; Kırcı (n 5) 197.

⁴⁴ ÜGTDK m 6’nın gerekçesinde, “madde ile, ürünün bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısının veya ithalatçısının zarardan dolayı tazminat yükümlülüğü düzenlenmektedir. Söz konusu düzenleme AB’nin üye devletlerin ürün sorumluluğuna ilişkin 25 Temmuz 1985 tarihli ve 85/374/AET sayılı Konsey Direktifi doğrultusunda hazırlanmaktadır” denerek, Direktif’in amaçsal yorum açısından belirleyici bir kılavuz olduğuna işaret edilmektedir.

⁴⁵ 4077 sayılı (eski) TKHK döneminde, Türk doktrinindeki birçok yazar, Direktif’te kabul edilen esasın Türk hukuku açısından da benimsenmesi gerektiği görüşündeydi. Bu görüşün, şu an için de geçerli olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bu yazarlar için bkz Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 68; Kırcı (n 5) 191; Karaman (n 1) 283. Aynı görüş İsviçre hukuku açısından da kabul edilmektedir (Hess (n 32) Art 3 N 6; Rey (n 10) N 1186; Schwenzer (n 16) N 53.35).

⁴⁶ Böylelikle, ara ürün ve hammadde üreticilerinin, ürettikleri hatalı ürünlerden sorumlu tutulmaları sağlanmış olur (Kırcı (n 5) 191). Keza Yargıtay da buna benzer şekilde, davacının oturduğu dairedeki mutfak dolabının çökmesi nedeniyle eşyaların zarar görmesi ve davacının yaralanmasına ilişkin olayda, mutfak dolabını ayrı bir mal olarak telakki etmiştir (Yargıtay 13 HD, 974/1603, 23.2.1988, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 29.07.2020). Belirtilmelidir ki, ÜGTDK’da taşınmazlar da sorumluluk kapsamına alındığından, güvenli olmayan malzemeler kullanarak taşınmazı (yapıyı) inşa eden müteahhidin de, nihai üretici olarak kusursuz sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu durumda, Direktif’ten farklı olarak, taşınmazın tamamının bağımsız bir sorumluluk objesi olarak öngörülmesi karşısında, ara ürün ve hammadde üreticilerinin sorumluluğunun pek bir önemi kalmamaktadır. Nitekim zarar gören, pratikte çoğu zaman taşınmazın nihai üreticisi konumundaki yükleniciye ya da TBK m 69 üzerinden yapı malikine başvuru olacaktır.

⁴⁷ Kırcı (n 5) 192; Karaman (n 1) 283.

ÜGTDK'daki ürün kavramına taşınmazlar da dâhil edilmiştir. Buna karşılık, Direktif açısından taşınmazlar üreticinin sorumluluğunun kapsamı dışındadır. Bunun altında yatan *ratio* ise, üye devletlerin taşınmazlara ilişkin özel haksız fiil hükümleri öngörmüş olması, bu tür hükümlerin bulunmadığı hukuk sistemlerinde ise sorunların sözleşme sorumluluğu ile çözümlenmiş olmasıdır⁴⁸. Şu halde, insanların hayatına, vücut bütünlüğüne ve mallarına zarar veren taşınmazlara ilişkin hâlihazırda yapı malikinin kusursuz sorumluluğu (TBK m 69) hükmü varken, taşınmazların yapımındaki bozuklukları ayrıca üreticinin sorumluluğu rejimine dâhil etmenin gereği tartışılır. Bize göre, ürün sorumluluğunun dayandığı temel düşünce ve koruma amacı, taşınmazların ürün sayılmasına engeldir⁴⁹.

ÜGTDK m 3'te ürün sayılacağı zikredilen "müstahzar" kavramından tam olarak ne anlaşılması gerektiği açık değildir⁵⁰. Gereçede de bu yönde bir açıklama yapılmamıştır. Kelime anlamı itibarıyla "*kullanıma hazır duruma getirilmiş, hazırlanmış*" manasına gelen müstahzar⁵¹, uygulamada daha çok kozmetik müstahzarları, tuvalet müstahzarları ya da tıbbi müstahzarlar⁵² şeklinde kullanılmaktadır. Kanuni tanımda, herhangi bir sınırlama yapılmadığından, müstahzar kavramını, başkaca bir değiştirme ya da ekleme işlemi yapılmasına gerek olmaksızın, piyasaya sürülmeye hazır hale getirilen ürün şeklinde anlamak gerekir. Hiç şüphesiz, maddede ürün kavramı için "*her türlü madde, ...eşyayı*" tarzında olabildiğince geniş bir ifade kullanılmışken, ayrıca müstahzardan bahsedilmesine gerek olmadığı açıktır.

Gayri maddi malların ürün sayılıp sayılmayacağı konusunda ÜGTDK m 3'te bir açıklık olmasa da, hükümdeki ürün kavramı çok geniş kaleme alındığından, bu tür mallar kural olarak ürün sorumluluğunun konusu olabilecektir. Bilindiği üzere, gayri maddi mallar, cismani bir varlığı olmayan, özünde herhangi bir değişiklik olmadan geçmişte ve gelecekte algılanabilen, fikir ürünü olan ve para ile ölçülebilen değerlerdir. Edebi eser, patent, marka, işletme adı, know-how ve dijital içerikler örnek olarak

⁴⁸ 31.1.2001 tarihli AB Komisyonu Raporu, COM(2000) 893 final, 24.

⁴⁹ Aynı görüşte bkz Havuççu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 122; Kırcı (n 5) 192.

⁵⁰ TKHK m 3/1 (h), bu noktada daha spesifik ve "... elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar" mal kavramına dâhil edilmiştir. Bu kapsama sadece maddi varlıkta cisimleşmiş gayri maddi malların gireceği yönündeki görüş için bkz Mustafa Alper Gümüş, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Şerhi Cilt 1* (Vedat Kitapçılık 2016) 28, 29. Bu kapsama maddi varlıkta cisimleşmiş olsun ya da olmasın tüm gayri maddi malların gireceği yönündeki görüş için bkz Sezer Çabri, *6502 sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Adalet Yayınevi 2016) 43, 44; Ümit Gezder, 'Elektronik Ticaret Hukuki İşlemlerinin Ayrımı – Dijital İçerik ve Hukuki Niteliği' (2016) 22(3) MÜHF-HAD (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan) 1119, 1131.

⁵¹ TDK Sözlüğünde müstahzar, (i) sıfat olarak, "*kullanıma hazır duruma getirilmiş, hazırlanmış*", (ii) isim olarak, "*önceden hazırlanarak eczanede bulundurulmuş ticari ilaç, preparat*" şeklinde tanımlanır (bkz <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi 29 Temmuz 2020).

⁵² Bu kelime tıbbi anlamda kullanıldığında, yetkili idari makam (Sağlık Bakanlığı) tarafından verilen ruhsat çerçevesinde, ilaç firmaları veya ilaç laboratuvarlarıca hazırlanan ilaçlar manasına gelir. Nitekim İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu m 1'de "*kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyari ve tıbbi müstahzarlar ismi verilir*" denmektedir (İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu, Kanun Numarası: 1262, Kabul Tarihi: 14.5.1928, RG 26.05.1928/898).

sayılabilir⁵³. Güncel teknolojik gelişmeler dikkate alındığında, ürün sorumluluğu açısından özellikle dijital içerikli ürünlerin son derece önem arz ettikleri rahatlıkla söylenebilir. Dijital içerik, dijital şekilde üretilen ve sunulan verileri ifade eder⁵⁴. Bu bağlamda, maddi bir veri taşıyıcısı aracılığıyla ya da başka araçlarla, indirilerek (*downloading*) veya veri akışıyla (*streaming*) ulaşıp ulaşılmadığına bakılmaksızın, bilgisayar programları, ses kayıtları, yazılımlar, videolar, uygulamalar, dijital oyunlar, müzikler, e-kitaplar, e-yayınlar dijital içeriktir⁵⁵.

Öte yandan, Direktif açısından, gayri maddi malın maddi bir varlıkta cisimleşmiş (örneğin donanım, basılı eser, hafıza kartı, CD, taşınır disk) ya da maddi varlıkta cisimleşmemiş (örneğin sadece elektronik ortamda bulunan film, video) olması ayırımına göre yapılan tartışma, ÜGTDK için de gündeme gelecektir. Bu tartışmada doktrindeki hâkim görüş, maddi varlıkta cisimleşmiş gayri maddi malların Direktif'in uygulama alanına gireceği yönündedir⁵⁶. Kanaatimizce, ÜGTDK açısından bu konunun tartışılmasına gerek yoktur. Zira bugün kullandığımız akıllı telefon, bilgisayar ve akıllı ev aletleri gibi çoğu ürün, algoritma temelli ve yazılımla işlev gören ürünlerdir. Bu sebeple, maddi varlıkta somutlaşan gayri maddi malların ÜGTDK anlamında ürün sayılacağından tereddüt duyulmamalıdır.

Buna karşılık, maddi varlıkta cisimleşmemiş gayri maddi malların ürün kavramına dâhil olup olmadığı oldukça tartışmalıdır. Acaba donanıma ihtiyaç duymadan aktarılabilen bir yazılım, örneğin akıllı bir ürüne internetten indirilen bir program ya da uygulamanın kişivarlığına ya da eşyaya verdiği zararlardan dolayı yazılım geliştiricisinin sorumluluğu gündeme gelir mi? Bu konuda bir görüş, maddi varlığı olmayan gayri maddi malların (dijital içeriğin) ürün tanımına girmeyeceğini savunur⁵⁷. Aksi görüşteki yazarlar ise, bir yandan elektriğin ürün sayılacağına ilişkin Direktif'teki hükmü esas alarak; diğer yandan, ister maddi veri taşıyıcısıyla

⁵³ Kırcı (n 5) 192; Gezder (n 50) 1127.

⁵⁴ AB Tüketicilerin Hakları Direktifi m 2/11 (Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, OJ L 304/64, 22.11.2011); AB Dijital İçerik ve Dijital Hizmetler Direktifi m 2/1 (Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services OJ L 136, 22.5.2019).

⁵⁵ AB Tüketicilerin Hakları Direktifi, Gerekeçe m 19; aynı şekilde bkz AB Dijital İçerik ve Dijital Hizmetler Direktifi, Gerekeçe m 19; benzer şekilde Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği, m 4/4 (a)'ya göre, "dijital içerik: Bilgisayar programı, uygulama, oyun, müzik, video ve metin gibi dijital şekilde sunulan her türlü veriyi" ifade eder (Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği, RG 27.11.2014/29188).

⁵⁶ Hess (n 32) Art 3 N 41, 43; Fellmann ve von Büren-von Moos (n 32) N 150; Havuççu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 70, 71; Kırcı (n 5) 194; Karaman (n 1) 288; Gerhard Wagner, 'Produkthaftung für autonome Systeme' (2017) 217 Archiv für die civilistische Praxis 707, 715; Fulya Erlüle, 'Yapımcının Sorumluluğu' (2008) 14(4) MÜHF-HAD 303, 315, 316.

⁵⁷ Martin Ebers, 'Yapay Zekâ için Sözleşmeden Kaynaklanmayan Sorumluluk – Temel Sorunlar' Zehra Başer Doğan (çev) (2019) 16(16) Rechtsbrücke – Hukuk Köprüsü 75, 87; Havuççu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 122; Honsell (n 10) § 21 N 131; Kırcı (n 5) 195 dn 878'de anılan yazarlar.

isterse online olarak aktarılsın, yazılımın sebep olacağı tehlikenin zarar görenler için farkı olmadığını ileri sürerek yazılımları ürün kavramı içine dâhil ederler⁵⁸.

Bize göre, dijital teknolojilerin gün geçtikçe yaygınlaşması ve geleneksel ürünlerin içerdiği tehlikelerin yazılımlar için de söz konusu olabileceği gerçeği karşısında, ikinci görüşün benimsenmesi daha doğru olacaktır. Gerçekten de, ürün sorumluluğu kapsamındaki zararın, internetten indirilen bir yazılımdan veya maddi veri taşıyıcısıyla aktarılan yazılımdan kaynaklanmasının zarar görenin korunması açısından önemi yoktur. İki ihtimalde de, korunması gereken kişi ve korunması gereken menfaat aynıdır. Ayrıca, yazılımlar, artık birçok platformda maddi veri taşıyıcısı (donanım) olmadan da satılmakta (veya kiralanmakta) ve kullanıcılar tarafından hâlihazırdaki ürünlere yüklenebilmekte ya da bunlar sayesinde mevcut ürünlerindeki yazılımlar güncellenebilmektedir⁵⁹. Bu durumlarda da kullanıcının can ve mal güvenliğinin tehlikeye düşmesi mümkündür. Mesela bir kullanıcı, satın aldığı akıllı (internetle bağlı) bir buzdolabına, daha sonra online sipariş verebilen bir yazılım yükler. Fakat yazılımdaki hata nedeniyle buzdolabı kapanır ve içindeki gıdalar bozulur⁶⁰. Burada eğer akıllı olmayan bir buzdolabı alınmış ve fakat buzdolabının soğutma ünitesindeki üretim hatası nedeniyle aynı sonuç gerçekleşmiş olsaydı, zararın ürün sorumluluğunun kapsamına gireceğinden herhangi bir şüphe duyulmazdı. Hâlbuki iki ihtimalde de meydana gelen zarar ve zarar gören kişi aynı olup, ayırım yapmanın haklı gerekçesi yoktur. Sonuç olarak, söz konusu ayırım ürün sorumluluğunun koruma amacıyla bağdaşmamaktadır⁶¹.

b. Hata (Uygunsuzluk) Kavramı

Kanun koyucu, ürün sorumluluğunun merkez kavramı olarak, gerek Türk literatüründe gerekse yabancı literatürde yaygın şekilde kullanılan hata ya da ayıp⁶² kavramları yerine, “uygunsuzluk” (ÜGTDK m 6/2); hatalı ürün kavramı yerine de “uygun olmayan” ürün (ÜGTDK m 3/1 r) kavramını tercih etmiştir.

⁵⁸ Roberto (n 32) N 09.10; Wagner (n 56) 717 vd; Friedrich Graf von Westphalen, ‘Software und Produzentenhaftung’ (1993) 6 NJW-CoR 22, 24 (Hess (n 32) Art 3 N 49’dan naklen); bu gerçekçelerle olmasa da aynı görüşte bkz Rey (n 10) N 1186c; Karaman (n 1) 289. Bazı yazarlar da, standartlaştırılmış şekilde seri üretime tabi yazılımlar ile siparişe göre özel hazırlanan yazılımlar arasında ayırım yapmaktadırlar. Bu görüşe göre, ilk gruptakiler ürün, ikinci gruptakiler ise hizmet olarak tasnif edilmektedir (Geraint Howells, Christian Twigg-Flesner ve Chris Willett, ‘Product Liability and Digital Products’ *EU Internet Law* (Springer 2017) 183, 186; bu ayırma ilişkin ayrıca bkz Hess (n 32) Art 3 N 46).

⁵⁹ Avrupa Tüketici Örgütünün 2020 tarihli Raporu (n 29) 12. Ayrıca raporda, dijital hizmet ve dijital içerik dâhil, maddi varlıkta cisimleşsin ya da cisimleşmesin, Direktif’in tüm mallara uygulanması gerektiği tavsiye edilmiştir (ibid 113).

⁶⁰ Wagner (n 56) 716.

⁶¹ Ürün kavramı açısından Direktif’i (ve elbette ÜGTDK’yı da) bekleyen bir diğer tartışma, bilhassa yapay zekâlı ürünlerde, ürün ile hizmetin sürekli olarak birbiriyle etkileşim içinde olması nedeniyle bu ikisi arasında keskin bir sınır çizmenin elverişli olup olmadığı yönündedir (19.2.2020 tarihli AB Komisyonu Raporu, COM(2020) 64 final, 13; Avrupa Tüketici Örgütünün 2020 tarihli Raporu (n 29) 7; Yapay Zekâ ve Diğer Gelişen Dijital Teknolojilerden Sorumluluğa İlişkin 21.11.2019 tarihli AB Komisyonu Uzman Raporu, 28 (Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, ‘Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies’ 21.11.2019); 7.5.2018 tarihli AB Komisyonu Raporu, COM(2018) 246 final, 13, 14).

⁶² Yabancı literatürde hemen her zaman “hatanın” karşılığı olarak, Almandaca “*Fehler*”, İngilizcede “*defect*” kelimeleri kullanılır. Türk literatüründe ise, “hata” kavramını tercih eden yazarlar olduğu gibi (örneğin bkz Havutçu (n 5) 17; Gümüş (n 50) 105; Atamer, ‘İmalatçının Sorumluluğu’ (n 11) 73; Tarman (n 10) 299), “ayıp” kavramını kullanan yazarlar da bulunmaktadır (örneğin Öztan (n 10) 1; Kirca (n 5) 1; Karaman (n 1) 2).

Öncelikle “uygunsuzluk” kavramının çağrışım ve anlam gücü açısından yerinde bir tercih olup olmadığı pekâlâ tartışılır. Nitekim biz bu çalışmada, Kanun’daki terminolojiyle uyuşmaması pahasına, ürün sorumluluğu açısından yerleşmiş olan “hata” kavramını kullanmayı daha uygun gördük. Ancak Kanun’un terminolojisine bakıldığında daha çarpıcı olan, “uygun olmayan” kavramının (sıfatının) çoğunlukla ürün sorumluluğu maddelerinde değil, üreticinin kamu hukuku alanındaki sorumluluğuna ilişkin ürün güvenliği maddelerinde (örneğin m 4/1, m 7/1 (d), m 9/1 (g), m 15/6, m 16/6 (b), m 17/2, 3) kullanılıyor olmasıdır. Diğer taraftan, “uygunsuzluk” kavramı da, hem ürün sorumluluğuyla ilgili maddelerde (m 6/2 ve m 21/3) hem de ürün güvenliğiyle ilgili maddelerde (örneğin m 4/1, m 14/5, m 16/4, m 20/4, 8, m 21/1, 2) geçmektedir. Ancak önemle belirtelim ki, ürün güvenliği ile ürün sorumluluğu farklı konulardır ve bu durum, kavramların birbirine karışmasına yol açabilecektir. Ürün güvenliği, üretici, ithalatçı ve dağıtıcıların idari makamlara karşı yükümlerini ve bu yükümlere uymadıkları takdirde uygulanacak idari yaptırımları konu edinirken; ürün sorumluluğu, üreticinin (ve diğer sorumluların), hatalı ürün nedeniyle ortaya çıkan zararlardan zarar görenlere karşı özel hukuk kapsamındaki tazminat sorumluluğunu ifade eder⁶³. Ürün güvenliği açısından bir ürünün güvenli olup olmadığı, esas itibarıyla teknik düzenlemelere uygunluğuna göre değerlendirilir (ÜGTDK m 5)⁶⁴. Ancak ürün sorumluluğu bakımından, ürünün teknik düzenlemelere uygun üretilmiş olması, ürünün mutlaka hatalı olmadığı anlamına gelmez. Elbette ürünün hatalı olup olmadığı noktasında teknik düzenlemeler de dikkate alınır, ancak bunlar mutlak belirleyici değildir⁶⁵. Zira teknik düzenlemeler üründen beklenecek asgari güvenlik standardını ifade eder ve bunlara uygun üretim yapan üretici, kamu hukuku açısından yeterli görülen yükümünü yerine getirmiş olsa dahi, ürün sorumluluğu (özel hukuk) açısından tazminat ödemekle yükümlü olabilir⁶⁶. Çünkü birazdan inceleyeceğimiz üzere, ürünlerdeki hata kavramı farklı anlam taşır.

Ürün sorumluluğuna sebep olan ürünlerdeki hata (uygunsuzluk), ÜGTDK m 3/1 (r)’de yetersiz bir şekilde şöyle tanımlanır: “*Uygunsuzluk: Ürünün ilgili teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olmama halini ifade eder*”. Bu ifadeden, ürünün uygunsuzluğuna ilişkin bir tanım çıkarmak zordur. Üreticinin

⁶³ Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 66; Kırcı (n 5) 176, 177; Karaman (n 1) 153; Pelin Oğuzer, ‘Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Üreticinin Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri’ Başak Baysal (ed) *Sorumluluk Hukuku (Seminerler)* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 351, 379 vd; Ünal ve Kalkan (n 10) 63.

⁶⁴ ÜGTDK m 5: “(1) Ürünün güvenli olması zorunludur. (2) Teknik düzenlemenin insan sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlerine uygun ürün, aksi ispatlanana kadar güvenli kabul edilir. (3) Teknik düzenlemenin bulunmadığı veya insan sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler içermediği durumlarda, bir ürünün güvenli olup olmadığının değerlendirilmesi genel ürün güvenliği mevzuatına göre yapılır”. Teknik düzenleme ise, ÜGTDK m 3/1 (n)’de, “Teknik düzenleme: İdari hükümler de dâhil olmak üzere, ürünün niteliğini, işleme veya üretim yöntemlerini veya bunlarla ilgili terminoloji, sembol, ambalajlama, işaretleme, etiketleme veya uygunluk değerlendirme işlemlerini tek tek veya birkaçını ele alarak belirleyen uyulması zorunlu mevzuatı” şeklinde tanımlanır. Teknik düzenlemelere, Tıbbi Cihazlar Yönetmeliği, Yapı Malzemeleri Yönetmeliği, Oyuncak Güvenliği Yönetmeliği, Asansörlerin Tasarımına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ, Pamukların Kontrolüne İlişkin Tebliğ, Tıbbi Cihazların İthalat Denetimi Tebliği, Yapı Malzemelerinin İthalat Denetimi Tebliği gibi örnekler verilebilir.

⁶⁵ Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 78, 79; Schwenzer (n 16) N 53.39; Lenze (n 15) 109.

⁶⁶ Kırcı (n 5) 176, 177; Karaman (n 1) 344.

sorumlu olup olmadığının belirlenmesinde kilit öneme sahip “uygunsuzluk” kavramının içeriğini hâkim dolduracaktır. Bu noktada hâkim, söz konusu kavramı, ÜGTDK m 6’nın gerekçesinde zikredilen “söz konusu düzenleme AB’nin üye devletlerin ürün sorumluluğuna ilişkin 25 Temmuz 1985 tarihli ve 85/3 74/AET sayılı Konsey Direktifi doğrultusunda hazırlanmaktadır” ifadesinden hareketle, hükmün amacına uygun şekilde yorumlamalıdır. Bu doğrultuda, hâkim, uygunsuzluk (hata) kavramının içeriği ve bunun nasıl belirleneceği konusunda ilgili Direktif hükmünü (m 6) dikkate almalı ve ayrıca karar verirken, Direktif’e ilişkin bilimsel görüşlerden ve içtihatlardan da yararlanmalıdır (TMK m 1/3).

Doktrinadaki tanımıyla hatalı ürün, somut olayın şartları çerçevesinde, makul ve ortalama kullanıcı çevresinin beklemekte haklı olduğu güvenliği sağlamayan üründür⁶⁷. Diğer bir deyişle, hatalı ürün, insan sağlığına, can ve mal güvenliğine zarar verme tehlikesi bulunan ürün olarak tanımlanabilir⁶⁸. Söz gelimi, şarj aleti patlayan cep telefonu, sensörü hatalı üretilen otomobil, elektrik aksamında bozukluk bulunan mikrodalga, zararlı yan etkisine ilişkin uyarı yapılmamış ilaç, kanserojen madde içeren oyuncak, genetiği değiştirilmiş gıda maddesi, termostatu bozuk kahve makinesi gibi ürünler hatalı (uygun olmayan) ürünlerdir.

Bu noktada, sözleşme hukukunda yer alan ayıp kavramı ile hatalı ürün kavramlarının farklı olduğunu belirtmek gerekir. Ayıp, kısaca malın sözleşmeye göre sahip olması gereken nitelikleri taşımasıdır. Bu bakımdan, ayıp, kullanım ve tahsis amacı dikkate alındığında malın değerini ve ondan beklenen faydayı azaltan ya da ortadan kaldıran nitelik eksikliğidir. Buna karşılık, üründeki hata ise taraflar arasındaki sözleşmeden bağımsız olarak, piyasaya sürülen bir ürünün objektif açıdan başkalarının kişivariğine ve mallarına zarar verme tehlikesi içerdiği hallerde, yani güvenlik eksikliği bulunan hallerde gündeme gelir. Ayıptan doğan sorumluluk, esas itibarıyla sözleşme tarafının ifa menfaatini korumayı amaçlarken; hatalı üründen doğan sorumluluk kişilerin bütünlük menfaatini korumayı hedefler. Önceki sözleşmesel talep temeli yaratırken, sonraki haksız fiile dayanan talep temeli sağlar⁶⁹. Her ne kadar üründeki hata ile ayıp birbirinden farklı olsa da, bazı durumlarda bu iki nitelik eksikliği örtüşür. Buna göre, her hatalı ürün aynı zamanda satıcı ile alıcı (veya kiracı ile kiraya veren ya da iş sahibi ile yüklenici) arasındaki sözleşme bakımından ayıplı üründür. Yani alıcıya satılan hatalı ürün, dürüstlük kuralına göre sözleşme konusu malda bulunması gereken (lüzumlu) nitelikleri taşımayan ayıplı maldır. Fakat

⁶⁷ Rey (n 10) N 1190; Hess (n 32) Art 4 N 4; Honsell (n 10) § 21 N 32; Havutçu *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 31, 72; Kırca (n 5) 131; Roberto (n 32) N 09.11; Atamer, ‘İmalatçının Sorumluluğu’ (n 11) 78; Bettül Tiryaki, ‘Avrupa Konseyi’nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi’ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı İle Mukayesesi’ (2006) 55(2) AÜHFD 229, 238; Baysal, *Haksız Fiil* (n 15) N 3.126.

⁶⁸ Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 21, 22; Roberto (n 32) N 09.11; Karaman (n 1) 190.

⁶⁹ Fellmann ve von Büren-von Moos (n 32) N 196 vd; Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 32 vd; Havutçu, ‘Tüketici’ (n 15) 96, 97; Karaman (n 1) 189 vd; Kahveci (n 25) 8, 9; Atamer ve Sanlı (n 15) 774 dn 15; Kapanıcı (n 15) 89 vd; Kulaklı (n 15) 100 vd.

her ayıplı ürün hatalı ürün teşkil etmez. Zira ayıbın kapsamı daha geniş olup, satıcının nitelik vaatlerini ve niteliği etkileyen nicelik eksikliklerini de içerir⁷⁰.

Üreticinin sorumluluğuyla ilgili olaylarda son derece önem arz eden husus, uyumsuzluk konusu ürünün minimum ne kadar güvenli olması gerektiği, yani üründen beklenen güvenlik standardının ne olduğudur. Zira her ürünün her türlü tehlikeyi önleyecek şekilde % 100 güvenli olması beklenemez⁷¹. Direktif’te esas alınan “haklı olarak” beklenen güvenlik kriteri de aynı duruma işaret eder. Buna bağlı olarak, her ürünün makul (kabul edilebilir) bir tehlike alanı bulunduğunu da belirtmek gerekir. Bu bağlamda, kullanıcıların öngörebildikleri genel ürün riskleri, ürünün piyasaya sürüldüğü sıradaki bilim ve teknolojinin düzeyi, ürünün niteliğinden kaynaklanan tehlikeler (söz gelimi, alkolün, sigaranın sağlığa zararlı olması, bıçağın kesici olması vb) gibi faktörler dikkate alınır⁷². Hiç kuşkusuz, üründen beklenen asgari güvenlik düzeyi konusunda, üretici ile zarar gören arasındaki risk dağılımı karşısında hukuk düzeninin aldığı tavır da belirleyicidir.

Bir ürünün hatalı olup olmadığı, yani kullanıcı çevresindeki haklı güvenlik beklentisini karşılayıp karşılamadığı, çeşitli ölçütler dikkate alınarak belirlenir. Bu ölçütler, hâkime, bir ürünün hatalı olup olmadığına karar verirken yol gösterici nitelikte olup, başlıca şunlardır⁷³:

(i) Ürünün piyasaya sunum tarzı: Yani ürünün bileşimi, ürünün dış görünümü, ürünün ambalajında, paketinde veya kullanım kitapçığında yer alan tanımı, kullanma talimatındaki bilgiler, reklamlar, ilanlardır. Bunlar, kullanıcının o üründen ne oranda güvenlik beklediğinin belirlenmesinde önemli rol oynar.

(ii) Ürünün makul kullanım amacı ve makul kullanım tarzı: Ürünün potansiyel kullanıcı çevresi bakımından makul şekilde nasıl ve hangi amaçlarla kullanılabileceğinin dikkate alınmasıdır. Üretici tarafından öngörülebilir yanlış kullanımlar da makul kullanım tarzına dâhildir. Mesela el kremlerinin bazı kullanıcılar tarafından yüz için de kullanılabileceği, dolayısıyla yüze zararlı bir bileşenin üretimde kullanılmaması gerektiği üretici tarafından öngörülmelidir. Ancak, kullanıcının bilinçli olarak ürünü amacına aykırı şekilde kötüye kullanması halinde, ürünün hatalı

⁷⁰ Atamer ve Baş (n 16) 50 dn 81; Karaman (n 1) 191; Murat Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri* (Adalet Yayınevi 2015) 73; İ Yılmaz Aslan, *Tüketici Hukuku* (5. Baskı, Ekin 2015) 219; Doktrindeki bir görüş, her hatalı ürünün mutlaka “ayıplı” ürün olarak nitelendirilemeyeceği yönündedir. Örneğin bir halı şampuanı temizleme işlevini gereği gibi yerine getiriyor, ancak bileşiminde kanserojen madde ihtiva ediyorsa, bu ürün hatalı olmasına karşın ayıplı değildir (Gümüş (n 50) 106; Havuçtu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 32).

⁷¹ Havuçtu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 72; Kırca (n 5) 131; Karaman (n 1) 208, 209; Taschner (n 26) 159, 160; Stephan Weatherill, *EU Consumer Law and Policy* (Elgar 2005) 139.

⁷² Kırca (n 5) 130, 131; Karaman (n 1) 209.

⁷³ Hess (n 32) Art 4 N 63 vd; Rey (n 10) N 1191 vd; Roberto (n 32) N 09.17 vd; Havuçtu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 74 vd; Kırca (n 5) 134 vd; Karaman (n 1) 217 vd; Atamer, ‘İmalatçının Sorumluluğu’ (n 11) 78, 79; Baysal, *Haksız Fiil* (n 15) N 3.127. Bu ölçütler, Direktif m 6’da örnekleyici olarak şu şekilde sayılmıştır: “Bir ürün, sunumu, makul şekilde beklenen kullanım tarzı ve piyasaya sürüldüğü zaman gibi somut olayın tüm özellikleri dikkate alındığında, ondan haklı olarak beklenen güvenliği karşılamaması halinde hatalıdır”.

olduğundan söz etmek imkânı yoktur. Örneğin kolonya içen ve zehirlenen kişi için o ürün hatalı değildir.

(iii) Ürünün piyasaya sürülme anı: Ürünün hatalı olup olmadığı, ürünün piyasaya arz edildiği an baz alınarak belirlenir. Hâkim değerlendirme yaparken, kullanıcı çevresinin ürün piyasaya sürüldüğü andaki haklı güvenlik beklentisini araştıracaktır. Bu husus Direktif m 6/2’de “*bir ürün sadece piyasaya daha iyi bir ürünün sürülmesi sebebiyle hatalı sayılmaz*” şeklinde belirtilir. Benzer bir hüküm ÜGTDK’da olmasa da, üreticiyi hakkaniyete aykırı ve orantısız şekilde sorumluluk riskine maruz bırakmamak adına, aynı kriter burada da geçerli olmalıdır.

(iv) Ürüne ilişkin teknik düzenlemeler ve ürün güvenliği mevzuatı.

Üründeki uygunsuzluk (hata) çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Bu noktada somutlaştırmak gerekirse, ürünün bileşiminde, hammadde seçiminde yanlışlık yapılmış olması, üretim aşamasında çalışan işçinin, teknik elemanın dikkatsizliği, makinenin bir anlık durması veya ürün üzerindeki uyarıların yetersiz ya da yanlış olması gibi örnekler verilebilir. Şu halde, hatalı ürün, “tasarım hatalarından”, yani ürünün formülü, bileşimi, hammadde seçimi ve ürünün dizaynı gibi konularda yapılan hatalardan; tasarıma uygun bir ürünün üretilmemiş olmasından, söz gelimi üretim aşamasında çalışan işçinin, teknik elemanın dikkatsizliğinden veya makinenin bir anlık tutukluk yapmasından doğan “üretim hatalarından” ve ürüne ilişkin yeterli veya doğru bir bilgilendirme ya da uyarı yapılmaması sonucu ortaya çıkan “bilgilendirme hatalarından” kaynaklanabilir⁷⁴.

Son olarak, ÜGTDK m 3/1 (r)’deki “uygunsuzluk” tanımıyla ilgili kafa karıştırıcı şu hususun aydınlatılması gerekir. İfadeden, kanun koyucunun sanki üründeki hatayı, salt teknik düzenlemelere ve ürün güvenliği mevzuatına uygun olmamaya indirgemiş anlamı çıkmaktadır. Hükmü bu şekilde yorumlamak, amacı göz ardı ettiğinden oldukça sakıncalıdır. Çünkü yukarıda açıklandığı üzere, teknik düzenlemeler sadece ürünün asgari güvenlik standardını belirler. Ürünün kullanıcı çevresinin beklemekte haklı olduğu güvenlik, birçok durumda teknik düzenlemeler ve ürün güvenliği mevzuatında aranan seviyeden daha yüksek olabilir. Keza üreticilerin asgari standardın daha üzerinde üretim yapabilme imkânı da vardır. Bu bakımdan, zarara sebebiyet veren ürünün, kullanıcıların haklı güvenlik beklentisini karşılamamasına rağmen, teknik düzenlemelere uygun olduğu için hatasız kabul edilmesine imkân tanınmamalıdır. Teknik düzenlemeler ve ürün güvenliği mevzuatı, ürünün uygunsuzluğunun tespitinde ancak yardımcı bir ölçüt olarak dikkate alınabilir. Dolayısıyla, burada da Direktif’e uygun yorum yapılması zorunludur.

⁷⁴ Hess (n 32) Art 4 N 22 vd; Rey (n 10) N 1202 vd; Roberto (n 32) N 08.27 vd; Schwenzer (n 16) N 53.36; Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 29, 30; Kirca (n 5) 150 vd; Karaman (n 1) 51, 52; Honsell (n 10) § 21 N 33 vd; Aslan (n 70) 222; Ergun Özsunay, ‘Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu’ (1979) 10(1) BATİDER 97, 108, 109; Atamer, ‘İmalatçının Sorumluluğu’ (n 11) 79; Taschner (n 26) 157; Lenze (n 15) 107 vd; Tiryaki (n 67) 240 vd.

2. Zarar

Üreticinin ve ithalatçının tazminat sorumluluğunun kapsamı, ÜGTDK m 6/1’de, “ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlüdür” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme, bazı farklılıklar dışında, Direktif ile uyumludur. Zira iki düzenlemede de, üreticinin hatalı ürünün kişiye ve mala verdiği zararlardan sorumlu olacağı kabul edilir. Nitekim ürün sorumluluğu hükümlerinin koruma alanı kişiye ve mala verilen zararlar olup, esas amaç, zarar görenin bütünlük menfaatinin korunmasıdır⁷⁵. Bu noktada, ÜGTDK m 6/1 hükmünü amaca uygun yorumlamak için Direktif’teki düzenlemeye bakmak faydalı olacaktır.

Ürün sorumluluğunun kapsamı, Direktif m 9’da daha ayrıntılı kaleme alınmış ve zarar kavramının, ölüm veya yaralanma neticesinde doğan zararlar ile hatalı ürünün kendisi dışındaki malların uğradığı zararları kapsayacağı belirtilmiştir. Direktif m 9: “(1) 1’inci madde anlamında zarar kavramı, a) ölüm veya yaralanma sonucu doğan zararları, b) hatalı ürünün kendisi dışında, 500 ECU (Euro)’ya kadar zarar görenin katlanması kaydıyla, (i) alışılmış biçimde kişisel kullanım ya da tüketim amacına yönelik olan ve (ii) zarar gören tarafından da esas olarak kişisel kullanım ya da tüketim amacıyla kullanılan başka bir eşyanın hasara uğramasından veya telef olmasından doğan zararları kapsar. (2) Bu madde, üye devletlerin iç hukuklarına göre manevi zararlar ilgili hükümlerin uygulanmasını engellemez”.

Gerek ÜGTDK gerekse Direktif’e göre, üretici, hatalı ürünün neden olduğu ölüm ve yaralanmadan doğan zararlar ile malların hasara uğraması veya telef olmasından doğan zararlardan sorumludur. Söz gelimi cep telefonunun hatalı şarj aletinin patlaması, termostatu bozuk kahve makinesinin çıkardığı yangın veya sensörü hatalı üretilen otomobilin kaza yapması nedeniyle yaralanan kişinin uğradığı bedensel zararlar, kişiye verilen zararlar olarak üreticinin sorumluluğuna dâhildir. Yine, termostatu bozuk kahve makinesinin çıkardığı yangın nedeniyle kişinin eşyaları zarar görmüşse, mala gelen bu zarardan da üretici sorumlu tutulur.

Öte yandan, Direktif m 9’a bakıldığında mala verilen zararlara ilişkin birkaç sınırlama dikkati çekmektedir. Öncelikle hatalı ürünün kendisinde meydana gelen zarar, üreticinin sorumluluğuna dâhil değildir⁷⁶. Diğer bir ifadeyle, üretici, hatalı ürün dışındaki mallara gelen zarardan sorumludur. Buna göre, patlama nedeniyle telef olan şarj aleti, kahve makinesindeki değer eksikliği ya da otomobilin kaza sonucu gördüğü hasar için zarar gören, Direktif çerçevesinde tazminat talebinde bulunamaz. Bunun nedeni, zarar görenin, hatalı ürünün kendisinde ortaya çıkan zararı, sözleşme tarafı olan satıcıdan ayıptan doğan kusursuz sorumluluk hükümlerine dayanarak zaten

⁷⁵ Hess (n 32) Art 1 N 29; Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 81; Havutçu, ‘Tüketici’ (n 15) 96, 97; Karaman (n 1) 189 vd.

⁷⁶ Hess (n 32) Art 1 N 68; Rey (n 10) N 1185; Honsell (n 10) § 121 N 50; Roberto (n 32) N 09.07.

tazmin edebilecek olmasıdır (TBK m 229/1 b 3)⁷⁷. Aynı sınırlama ÜGTDK açısından da geçerlidir. Gerçi, ÜGTDK m 6/1’de hatalı ürüne ilişkin zararın sorumluluk dışında kaldığı açıkça belirtilmese de, hükümdeki, “ürünün, ... bir mala zarar vermesi” ibaresindeki “mala” kelimesinden, hatalı ürün dışındaki malın kastedildiği rahatlıkla söylenebilir. Nitekim bu sonuca, hükmün amaçsal yorumuyla da ulaşılır.

Direktif m 9’daki başka bir sınırlama, mala verilen zararlar açısından, zarar görenin zararın 500 Euro’luk kısmına katlanacak olması şeklindedir. Bu düzenleme ile, alt limitin altında kalan ufak zararlar için çok sayıda dava açılmasının ve böylece mahkemelerin meşgul edilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır⁷⁸. ÜGTDK’da böyle bir sınırlama yoktur.

Direktif m 9’daki başka bir sınırlama, hatalı ürün nedeniyle zarar gören diğer malların niteliğine ilişkindir. Buna göre, üreticinin mala verilen zararlardan sorumluluğu, kişisel kullanım ve tüketim amacına yönelik mallarla sınırlıdır. Üreticinin sorumlu olması için, hatalı ürün dışındaki malın, hem alışılagelmiş şekilde kişisel kullanım ve tüketim amacına hizmet eden mal olması hem de kullanıcı tarafından esas olarak (ve fiilen) kişisel kullanım ve tüketim amacıyla kullanılması aranır⁷⁹. Örneğin, termostatu bozuk kahve makinesi veya hatalı üretilen jeneratör bir fabrikada yangına sebebiyet vermişse, fabrika binası, makineler ve satılmak üzere bekletilen mallar gibi eşyalara gelen zararlar, üreticinin sorumluluk kapsamı dışında kalır. Buna karşılık, kahve makinesi ya da jeneratör, kullanıcının evinde yangına yol açmışsa, mobilyalara, beyaz eşyaya ve mutfak aletleri gibi özel amaçlı kullanılan eşyalara gelen zararlar için, zarar gören, üreticiden tazminat talep edebilir. Direktif’teki bu sınırlamanın birkaç nedeni vardır. Evvela ticari ve mesleki amaçla kullanılan eşyalara gelen zarar miktarı ciddi rakamlara ulaşabileceğinden, üreticinin gereğinden fazla sorumluluk riski

⁷⁷ Rey (n 10) N 1185; Kırcı (n 5) 153; Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 84; Atamer, ‘İmalatçının Sorumluluğu’ (n 11) 79; Tiryaki (n 67) 242; Tarman (n 10) 300. Kullanıcının (tüketicinin) hatalı ürünündeki zararları, ayıp zararları (yani hatalı ürünün kendisinde ortaya çıkan değer eksikliği, ürünün hatalı olması nedeniyle yapılan masraflar ve kazanç kayıpları) olup, ifa menfaatinin ihlali anlamına gelir. Bu zararların tazmini, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde (TBK m 227, TKHK m 11/6 veya TBK m 112) satıcıdan talep edilebilecektir (bu konuda bkz. Kırcı (n 5) 88; Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 37; Atamer, ‘İmalatçının Sorumluluğu’ (n 11) 79, 80; Furrer ve Reinfried (n 17) 572). Öte yandan, satıcının ayıp hükümleri çerçevesinde alıcıya tazminat ödemiş olması halinde, kendi tedarikçisine karşı uğradığı zararlara ilişkin rücu edebilmesi mümkündür. Burada, tedarik zinciri içinde yer alanların birbirlerine karşı sorumlulukları, ilk olarak aralarındaki sözleşme hükümlerine göre değerlendirilir. Sözleşmede aksi belirtilmeyen hallerde, her satıcının kendi tedarikçisiyle arasındaki ilişkisi yine ayıp hükümlerine göre çözülecektir. Bu senaryoda, son satıcıdan üreticiye kadar giden rücu zinciri gündeme gelebilir (Furrer ve Reinfried (n 17) 575; Yeşim M Atamer, ‘Third Persons’ Liability for Non-conformity in Sales Contracts and Sellers’ Right of Redress in Turkey’ *European Perspectives on Producers’ Liability* (Sellier 2009) 579, 579, 593). Kuşkusuz, kendisine başvurulmuş tedarikçinin kusuru bulunmadığını ispat etmesiyle zincirin kopması mümkündür. Zira dönme hakkının kullanılması çerçevesinde, üçüncü kişiye ödenen tazminattan doğan zararın (sorumluluk menfaati ihlalinin) TBK m 229/2 anlamında “diğer zarar” kategorisine dâhil olduğu kabul edilmektedir ki, bu zararlardan dolayı satıcının (veya kendisine başvurulmuş tedarikçinin) sorumluluğu kusur karinesine dayanır. Bkz Fahrettin Aral ve Hasan Ayranıcı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (12. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) 149; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (5. Baskı, Yetkin Yayınları 2017) 146. Doğrudan-dolaylı zarar ayırımına ilişkin kapsamlı bir çalışma için bkz Doğan Kara, ‘İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayrılan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayırımı’ (2018) (1) GÜHFD 483, 483 vd.

⁷⁸ Rey (n 10) N 1183; Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 88; Karaman (n 1) 249; Atamer, ‘İmalatçının Sorumluluğu’ (n 11) 80.

⁷⁹ Hess (n 32) Art 1 N 73 vd; Rey (n 10) N 1181; Kırcı (n 5) 157 vd; Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 87; Karaman (n 1) 245; Atamer, ‘İmalatçının Sorumluluğu’ (n 11) 80.

altında kalabilecek olmasından endişe edilmiştir. Bunun dışında, zarar görenlerin bu tür mallara gelen zararlardan kendilerini sözleşmesel düzenlemelerle ya da mesleki sigorta kapsamında koruyabileceği düşünülmüştür⁸⁰. ÜGTDK’da bu yönde bir sınırlama öngörülmemiştir. Dolayısıyla hukukumuzda, mala gelen zararlar açısından, malın kullanıcı tarafından hangi amaçla kullanıldığına üreticinin sorumluluğu açısından bir önemi yoktur.

Ürün sorumluluğu kapsamındaki zararın ve tazminatın belirlenmesi, ÜGTDK m 6/5’te, “ürünün sebep olduğu zarar nedeniyle ödenecek maddi ve manevi tazminat miktarının belirlenmesinde 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir. Öncelikle bu hükümde manevi tazminatın da açıkça belirtilmesi, Direktif kapsamında yapılan tartışmanın bize aktarılmasının önüne geçmesi sebebiyle gayet olumludur⁸¹. Dolayısıyla, maddi tazminat gibi, manevi tazminat talebi de, kusura bağlı olmaksızın talep edilecektir. Burada yollama yapılan merkezî hüküm, ölüm ve vücut bütünlüğünün ihlali halinde manevi zararın tazminini düzenleyen TBK m. 56’dır.

Kişiyeye verilen maddi zararlara ilişkin tazminatın kapsamı ise, ÜGTDK m 6/5’in yollamasıyla, TBK m 53 ve 54 çerçevesinde belirlenecektir. Buna göre, ölüm hemen gerçekleşmişse, cenaze masrafları ve destekten yoksun kalma tazminatı; ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi masrafları ve çalışma gücünün kaybindan doğan zararlar tazmin edilecektir. Kişiyeye yönelen zarar vücut bütünlüğü ihlalinden kaynaklanıyorsa, bedensel zararlar, yani tedavi masrafları, kazanç kaybı, çalışma gücünün tamamen ya da kısmen kaybindan ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar tazminat talebine konu olacaktır⁸². Mala verilen zararlarda ise, mal telef olmuşsa; tazminat hesaplanırken, o şeyin eskime-yıpranma payı düşülerek, yenisi için ödenmesi gereken piyasa değeri, zarar görenin yoksun kaldığı kâr ve yaptığı masraflar dikkate alınacaktır. Eğer mal hasar görmüşse, onarım masrafları, onarım dolayısıyla şeydeki ticari değer kaybı, şeyin kullanılmadığı süre için yoksun kalınan kâr ve yapılan masraflar göz önüne alınacaktır⁸³.

⁸⁰ Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 87, 88; Kırcı (n 5) 157; Karaman (n 1) 247.

⁸¹ Direktif m 9/2’de, manevi zarar konusunda üye devletlerin iç hukukunun uygulanacağı zikredildiğinden, doktrinde manevi tazminat talebinin kusurdan bağımsız olarak mı, yoksa kusura bağlı olarak mı talep edileceği tartışmalıdır. Bu konuda bkz Hess (n 32) Art 1 N 57 vd; Rey (n 10) N 1180; Honsell (n 10) § 21 N 51; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (6. Baskı, Stämpflverlag 2009) N 53.40.

⁸² Hess (n 32) Art 1 N 33 vd; Kırcı (n 5) 154; Hâlık Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2010) 283 vd; O Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1, 2* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 161 vd; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Yetkin Yayınları 2017) 770 vd; Hâlık N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Beta Yayıncılık 2020) N 129.1 vd.

⁸³ Hess (n 32) Art 1 N 81 vd; Tandoğan (n 82) 278 vd; Antalya (n 82) 202 vd; Karaman (n 1) 231, 232; Eren, *BG* (n 82) 766 vd.

3. Nedensellik Bağı

Tazminat sorumluluğu için, üründeki hata (uygunsuzluk) ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunması gerekir. Bu bakımdan, üründeki hata, zararlı sonucun uygun sebebi teşkil etmelidir. Hata ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunduğunu ispat yükü zarar görendedir⁸⁴. Ancak doktrinde⁸⁵ ve çeşitli Avrupa Birliği Komisyon raporlarında, üreticinin sorumluluğu için nedensellik bağını zarar görenin ispat etmek zorunda olması eleştirilmektedir. Zira modern üretim teknikleri ve ürünlerin karmaşık yapıları dikkate alındığında, bilhassa tıbbi ilaçlar ve yapay zekâlı ürünlerde, zarar görenin hatalı ürüne ilişkin teknik bilgi eksikliği nedeniyle çoğu zaman bu ispat yükünü yerine getirmesi mümkün olmayacaktır. Kaldı ki, bu yönde hâkimi ikna çabası içindeki zarar görenin, nedensellik bağını ispat için önden birçok masraf yapmak zorunda kalacağı da açıktır⁸⁶. Hatta şu da bir gerçektir ki, üretim sürecine hâkim ve teknik bilgiye sahip olan üreticinin, nedenselliğe ilişkin olguları ispatlaması zarar görene nazaran çok daha kolaydır⁸⁷. Dolayısıyla, mahkemelerin çeşitli usul hukuku imkânlarından yararlanmak suretiyle, bu ispat yükünü zarar gören lehine yumuşatması doğru olacaktır. Bu bağlamda, üründeki hatanın (uygunsuzluğun) ve zararın ispatlanması halinde, arada nedensellik bağı bulunması hayatın olağan akışına uygunsuzsa, bu bağı varlığı karine olarak kabul edilebilir⁸⁸. Yine, hatalı ürünün, ilgili teknik düzenlemelere uygun üretilmediğinin anlaşılması durumunda da, nedensellik bağı kurulduğu sonucuna varılabilir⁸⁹.

⁸⁴ Uygun nedensellik bağı, “somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayülü itibarıyla meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şart ile söz konusu sonuç arasındaki bağ” olarak tanımlanır (Eren, *BG* (n 82) 565’ten naklen; bu konuda ayrıca bkz Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2* (15. Bası, Vedat Kitapçılık 2020) 45, 46; Baysal, *Haksız Fiil* (n 15) N 2.276 vd.

⁸⁵ Karaman (n 1) 275 vd; Baysal, *Haksız Fiil* (n 15) N 3. 145 vd.

⁸⁶ 7.5.2018 tarihli AB Komisyonu Raporu, COM(2018) 246 final, 6.

⁸⁷ Avrupa Tüketici Örgütünün 2020 tarihli Raporu (n 29) 17, 18. Hatta raporda, çeşitli gerekçelerle, hatayı ve nedensellik bağını ispat yükünün ters çevrilmesi önerilmektedir.

⁸⁸ 31.1.2001 tarihli AB Komisyonu Raporu, COM(2000) 893 final, 13, 14; Karaman (n 1) 215 (yazar, bu imkânı ürünlerdeki hata için zikretmişse de, aynı sonuç nedensellik bağı açısından da pekâlâ kabul edilebilir).

⁸⁹ 19.2.2020 tarihli AB Komisyonu Raporu, COM(2020) 64 final, 14.

Hatta duruma göre, bir ürün grubu ya da aynı ürün serisi içinde bulunan ürünlerin kullanıcılara zarar verme riski içerdiği ve bu nedenle potansiyel hatalı olduğu tespit edildiği takdirde, somut uyuşmazlıktaki o gruba ya da seriye ait ürününün de hatalı kabul edilmesi düşünülebilir⁹⁰. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarındaki yerleşik görüş, nedensellik bağına ilişkin ispat yükünün zarar görende olduğu kuralını ihlal etmemek kaydıyla, ulusal mahkemelerin çeşitli ispat kuralları ve usul hukuku araçlarıyla (burasını biz ekliyoruz, örneğin fiili karineler, ilk görüntüş ispatı vb araçlarla) zarar görenin ispat yükünü hafifletebilecekleri yönündedir⁹¹.

Mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru ya da zarar görenin kusuru, üreticinin sorumluluğunu için gerekli uygun nedensellik bağıni kesebilir⁹². Üçüncü kişinin kusuru, nedensellik bağıni kesecek yoğunlukta değilse, diğer bir deyişle, üçüncü kişinin müdahalesi nedensellik bağıni kesmiyor ve fakat zararın doğmasına ya da artmasına sebebiyet veriyorsa, üretici ve üçüncü kişi, zarar görene karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Nitekim bu durum, ÜGTDK m 21/3'te şu şekilde kaleme alınmıştır: *“imalatçı veya ithalatçı, ikinci fıkrada belirtilen şartlardan birini ispatladığı takdirde, 6'ncı maddede belirtilen tazminat sorumluluğu kalkar. Zararın, üründeki uygunsuzluğun yanı sıra üçüncü bir kişinin fiili veya ihmalden kaynaklanmış olması imalatçı veya ithalatçının 6'ncı maddede düzenlenen tazminat sorumluluğunu azaltmaz. Ancak, imalatçı veya ithalatçının üçüncü kişiye rücu hakkı saklıdır”*. Bu hüküm ile Direktif m 8/1 paralellik arz eder. Diğer taraftan, zarar görenin nedenselliği kesmeyecek yoğunlukta kusuru ise tazminatta indirim sebebi teşkil edecektir. ÜGTDK m 21/4'e göre, *“zararın, üründeki uygunsuzluğun yanı sıra zarar görenin veya zarar görenin sorumluluğundaki bir kişinin kusurundan kaynaklanmış olması halinde, imalatçı veya ithalatçının 6'ncı maddede düzenlenen tazminat sorumluluğu, hal ve şartlara göre azaltılabileceği gibi tamamen de kaldırılabilir”*. Bu hüküm Direktif m 8/2'ile uyumludur.

D. Sorumluluktan Kurtulma Sebepleri

ÜGTDK m 6'ya göre, hatalı (uygun olmayan) ürünlerden kaynaklanan zararlardan, üretici (ve ithalatçı) kusursuz sorumludur. Ancak, sorumluluk şartları gerçekleşmesine karşın, üreticinin çeşitli olguları ispatlayarak sorumluluktan kurtulması ve böylece zararın zarar gören üzerinde kalması mümkündür. Öte yandan, ÜGTDK m 6/4'e göre,

⁹⁰ ABAD'ın 05.03.2015 tarihli, Case C-503/13 *Boston Scientific Medizintechnik GmbH v AOK Sachsen-Anhalt*, Case C-504/13 *Boston Scientific Medizintechnik GmbH v Betriebskrankenkasse RWE* [2015] ECJ kararları.

⁹¹ 05.03.2015 tarihli, Case C-503/13 *Boston Scientific Medizintechnik GmbH v AOK Sachsen-Anhalt*, Case C-504/13 *Boston Scientific Medizintechnik GmbH v Betriebskrankenkasse RWE* [2015] ECJ kararları; 21.06.2017 tarihli, Case C-621/15 *N.W, L.W & C.W v Sanofi Pasteur MSD SNC* [2017] ECJ kararı. Doktrinde hayli tartışılan bu kararlarla ilgili kapsamlı çalışmalar için bkz Thomas Verheyen, 'Full Harmonization, Consumer Protection and Products Liability: A Fresh Reading of the Case Law of the ECJ' (2018) 26(1) *European Review of Private Law* 119, 123 vd; Marco Rizzi, 'A Dangerous Method: Correlations and Proof of Causation in Vaccine Related Injuries' (2018) 9(3) *Journal of European Tort Law* 1, 1 vd.

⁹² Nedensellik bağının kesilmesi konusunda bkz Eren, *BG* 581 vd; Baysal, *Haksız Fiil* (n 15) N 2.301 vd; Nomer (n 82) N 113. Direktif açısından da aynı sebepler kabul edilmektedir (Kırca (n 5) 163, 164; Karaman (n 1) 275).

üreticinin veya ithalatçının sorumsuzluk anlaşması yaparak, tazminat sorumluluğunu sınırlaması ya da kaldırması mümkün değildir. Böyle bir sözleşme hükmü, kesin hükümsüz sayılır⁹³.

Sorumluluktan kurtulma sebepleri, ÜGTDK m 21’de şu şekilde düzenlenir: “(2) İmalatçı veya ithalatçı; a) Ürünü piyasaya kendisinin arz etmediğini, b) Uygunsuzluğun dağıtıcının veya üçüncü bir tarafın ürüne müdahalesinden veya kullanıcıdan kaynaklandığını, c) Üründeki uygunsuzluğun, teknik düzenlemelere veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun olarak üretilmesinden kaynaklandığını, ispatladığı takdirde bu Kanunda düzenlenen idari yaptırımlar uygulanmaz. (3) İmalatçı veya ithalatçı, ikinci fıkrada belirtilen şartlardan birini ispatladığı takdirde, 6 ncı maddede belirtilen tazminat sorumluluğu kalkar. Zararın, ürünün uygunsuzluğun yanı sıra üçüncü bir kişinin fiili veya ihmalden kaynaklanması imalatçı veya ithalatçının 6 ncı maddede düzenlenen tazminat sorumluluğunu azaltmaz. Ancak, imalatçı veya ithalatçının üçüncü kişiye rücu hakkı saklıdır”.

ÜGTDK m 21/2 (a) bendindeki kurtuluş kanıtı, Direktif m 7/(a) ile örtüşür. Bununla kastedilen, ürünün üretici tarafından piyasaya sürülmemiş olduğunun ispatıdır. Bu noktada “piyasaya arzdan” ne anlaşılması gerektiği son derece önemlidir. ÜGTDK m 3/1 (k)’ya göre “piyasaya arz: Ürünün piyasada ilk kez bulundurulmasını” ifade eder. Ancak bu bize pek bir şey söylememektedir. Bu nedenle, ürünün piyasaya arzını, ürünün üreticinin (veya ithalatçının) iradesi doğrultusunda onun hâkimiyet alanından çıkararak sürüm ve dağıtım zincirine sokulması şeklinde anlamak gerekir. Böylelikle ürün, üreticinin ya da ithalatçının fiili hâkimiyetinden çıkararak başkasının tasarrufuna bırakıldığında piyasaya sürülmüş sayılır⁹⁴.

Üretici, bu kurtuluş kanıtından şu iki ihtimalde yararlanır. Birincisi, ürün, henüz üretim aşamasında ya da kontrol aşamasında, yani piyasaya arz edilmeden zarara sebebiyet vermiştir⁹⁵. Örneğin termostati bozuk olan su ısıtıcısı fabrikadaki kontrol aşamasında yangına yol açar ve işçiler yaralanır⁹⁶. İkinci ihtimal ise, ürünün, (örneğin çalınarak) üreticinin iradesi dışında hâkimiyet alanından (üretim alanından) çıkarılmasıdır⁹⁷.

⁹³ Roberto (n 32) N 09.26; Honsell (n 10) §21 N 52a; Rey (n 10) N 1228. Zararın ortaya çıkmasından sonra, tarafların zararın sonuçlarına ilişkin yaptıkları anlaşmalar geçerlidir (Roberto (n 32) N 09.26; Rey (n 10) N 1229). Zira zararın gerçekleşmesiyle birlikte, artık zarar görenin üzerinde tasarruf edebileceği bir alacak hakkı söz konusudur.

⁹⁴ Hess (n 32) Art 5 N 3; Rey (n 10) N 1208; Öztan (n 10) 22; Kırcı (n 5) 167, 168; Fellmann ve von Büren-von Moos (n 32) N 313; Karaman (n 1) 342; Erlüle (n 56) 331. Avusturya Ürün Sorumluluğu Kanunu § 6’da piyasaya sürme, “girişimcinin ürünü, hangi hukuki sebebe dayandığı önem arz etmeksizin, bir başkasının hâkimiyet alanına sokması veya kullanımına bırakması” şeklinde tanımlanmıştır.

⁹⁵ Hess (n 32) Art 5 N 4; Karaman (n 1) 341.

⁹⁶ Bu durumda, zarar gören işçilerin gerek sözleşmesel sorumluluk gerekse haksız fiil sorumluluğuna dayanarak tazminat talep etmeleri mümkündür.

⁹⁷ Hess (n 32) Art 5 N 4; Rey (n 10) N 1207; Havuçtu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 102; Kırcı (n 5) 167.

İkinci kurtuluş imkânı ise, üreticinin, “*uygunsuzluğun dağıtıcının veya üçüncü bir tarafın ürüne müdahalesinden veya kullanıcıdan kaynaklandığını*” ispat etmesidir (ÜGTDK m 21/2 (b)). Bu ihtimalde, üretici ürünü kendisi piyasaya sürmüştür, ancak üründeki hata kendisinden kaynaklanmamaktadır. Bu kurtuluş kanıtı, Direktif m 7/ (b)’ye içerik açısından benzemektedir. Direktif’e göre, “*durum ve koşullardan, zarar neden olan hatanın ürünün piyasaya sürüldüğü sırada mevcut olmadığına veya hatanın daha sonra oluştuğunun söylenebilmesi*” halinde, üreticinin sorumluluktan kurtulacağı ifade edilir⁹⁸. Bu bağlamda, örneğin ürünün piyasaya sürüldükten sonra nakliye sırasında ya da satıcının deposunda bulunurken hatalı hale gelmesi, toptancı tarafından ürünün muhafaza koşullarına uygun davranılmaması, kullanıcı tarafından kullanım amacına aykırı kullanılması veya son tüketim tarihine riayet edilmeden tüketilmesi halleri, ÜGTDK ve Direktif açısından üreticinin sorumluluktan kurtulmasını sağlar⁹⁹.

Üçüncü kurtuluş imkânı ise, üreticinin, “*üründeki uygunsuzluğun, teknik düzenlemelere veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun olarak üretilmesinden kaynaklandığını*” ispat etmesidir. Teknik düzenleme, ÜGTDK m 3/1 (n)’ye göre, “*idari hükümler de dâhil olmak üzere, ürünün niteliğini, işleme veya üretim yöntemlerini veya bunlarla ilgili terminoloji, sembol, ambalajlama, işaretleme, etiketleme veya uygunluk değerlendirme işlemlerini tek tek veya birkaçını ele alarak belirleyen uyulması zorunlu mevzuatı*” ifade eder.

Teknik düzenlemeler, genel olarak, ürünün tanımı, içerdiği riskler, sahip olması gereken minimum güvenlik şartları, uygunluk değerlendirme prosedürleri gibi hususları içerir. Bu bağlamda, Tıbbi Cihazlar Yönetmeliği, Yapı Malzemeleri Yönetmeliği, Oyuncak Güvenliği Yönetmeliği, Asansörlerin Tasarımına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ, Pamukların Kontrolüne İlişkin Tebliğ, Tıbbi Cihazların İthalat Denetimi Tebliği, Yapı Malzemelerinin İthalat Denetimi Tebliği vb çok sayıda teknik düzenleme bulunmaktadır. Bunların çoğu AB’nin ticarete teknik engelleri kaldırma ve üye devletlerin teknik mevzuatını uyumlaştırma amacıyla çıkardığı Yeni Yaklaşım Direktifleri ile paralellik arz eder. Üreticinin sorumluluğu açısından teknik düzenlemeler büyük öneme sahiptir, zira bir ürünün teknik düzenlemede belirtilen güvenlik standardını taşımaması, aslında o ürünün hatalı olduğuna işaret eder¹⁰⁰. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, teknik düzenlemelere uygunluk mutlaka o ürünün hatalı olmadığı anlamına gelmez. Bu durumda sadece üretici lehine bir karine doğar. Zira bu tür düzenlemeler ürün güvenliğine ilişkin sadece asgari standardı belirler ve dolayısıyla, üreticilerin bundan daha yüksek güvenlik seviyesi

⁹⁸ Ürünün hatalı olması halinde, karine olarak, hatanın ürün piyasaya sürüldüğü sırada var olduğu kabul edilir. İşte üreticinin söz konusu kurtuluş imkânını kullanması, bu karinenin çürütülmesi amacını taşır (Fellmann ve von Büren-von Moos (n 32) N 324).

⁹⁹ Benzer örnekler için bkz Havuçtu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 103; Kırcı (n 5) 169; Karaman (n 1) 343.

¹⁰⁰ Teknik düzenlemeye uygun olmayan ürünün, her zaman doğrudan hatalı olduğunun söylenemeyeceği, üreticinin bu düzenlemeye sadık kalmadan da ürün güvenliğini sağlayabileceği yönünde bkz Fellmann ve von Büren-von Moos (n 32) N 293; Havuçtu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 79.

içeren ürünler üretebilme imkânı vardır. Daha yüksek bir güvenlik seviyesinde ürün üretebilecekken, asgari seviyede kalan üreticinin hukuk normuna uyduğunu iddia ederek sorumluluktan kurtulabilmesi amaca uygun düşmez¹⁰¹. Kaldı ki, teknik düzenlemeler, çoğunlukla arkadan gelip, bilim ve tekniğin ulaştığı o günkü düzeyi yansıtmazlar. Dolayısıyla, üreticinin salt teknik düzenlemeye uygun bir ürün ürettiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulması mümkün olmamalıdır¹⁰². Şu halde, üreticinin sorumluluktan kurtulabilmesini kolaylaştıran bu kurtuluş kanıtının dar yorumlanması ve üreticinin sorumlu olmadığına “adi karine” olarak değerlendirilmesi gerekir¹⁰³. Hâkim, durumun şartlarına göre, ürünün hatalı olup olmadığına ilişkin üreticiden başka deliller sunmasını isteyebilir.

ÜGTDK m 21 Direktif’teki karşılığıyla kıyaslandığında ilk göze çarpan, Direktif’te öngörülen sorumluluktan kurtuluş sebeplerinden bazılarının ÜGTDK’ya alınmamış olmasıdır. Bunlar, Direktif m 7/(c)’deki “ürünün ne satılmak ya da başka yollarla piyasaya sürülmek üzere ticari amaçla üretilmiş ne de mesleki faaliyet çerçevesinde üretilmiş veya piyasaya sürülmüş olması”; m 7/(e)’deki “ürünün piyasaya sürülmesi zamanındaki bilimin ve tekniğin düzeyine göre üründeki hatanın belirlenmesinin mümkün olmaması” ve m 7/(f)’deki “bir bütünleyici parçanın üreticisinin sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde, hatanın, nihai ürünün tasarımından veya nihai ürünün üreticisinin talimatlarına uyulmasından kaynaklanması” şeklindeki kurtuluş sebepleridir.

ÜGTDK’daki sorumluluk rejimi açısından hayli dikkat çekici bir özellik, Direktif’ten farklı olarak, üreticinin gelişim riski savunmasında bulunamayacak olmasıdır. Üreticinin sorumluluğunun ciddi anlamda artmasına sebep olacak bu durum, ÜGTDK’daki sorumluluğu tehlike sorumluluğuna yaklaştıran bir unsur olarak telakki edilebilir¹⁰⁴. Gelişim riski, bir ürünün piyasaya sürüldüğü sırada tespit edilemeyen hatasının, ürünün dağıtımı ya da kullanımı sürecindeki bilimsel ve teknolojik gelişmeler sonucunda ortaya çıkmasıdır¹⁰⁵. Gelişim riski içeren ürünler, aslında piyasaya sürüldüğünde hatalıdır, fakat bu hatanın o zamanki bilim ve tekniğin düzeyine göre farkına varılması, tespit edilmesi objektif açıdan imkânsızdır. Bilim ve tekniğin gelişmesi neticesinde ortaya çıkan hatalar, doktrinde gelişim hatası

¹⁰¹ Fellmann ve von Büren-von Moos (n 32) N 297; Havuçtu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 79; Kırca (n 5) 145, 176, 177; Karaman (n 1) 344; Lenze (n 15) 109; Oğuzer (n 63) 362.

¹⁰² Havuçtu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 104; Kırca (n 5) 176.

¹⁰³ Bu yorumun başka bir dayanağını, her ne kadar ürün güvenliğine ilişkin olsa da, ÜGTDK m 5/2’de bulmak mümkündür. Hükme göre, “teknik düzenlemenin insan sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlerine uygun ürün, aksi ispatlanana kadar güvenli kabul edilir”. Zarar gören, örneğin teknik düzenlemenin bilim ve teknik gelişmelerin gerisinde kaldığını, yanlış olduğunu (Fellmann ve von Büren-von Moos (n 32) N 297) ya da ürüne ilişkin beklemekte haklı olduğu güvenliğin daha yüksek seviyede olduğunu ispatlayarak karineyi çürütebilir.

¹⁰⁴ Havuçtu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 101.

¹⁰⁵ Hess (n 32) Art 4 N 54; Havuçtu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 30 ve orada dn 28; Karaman (n 1) 200; Özsunay (n 74) 109; İsmail Kırca ve Ramazan Aydın, ‘İnkışaf Riski – İmalatçının/Üreticinin Sorumluluğu’ Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan (Yetkin Yayınları 2006) 679, 680; Kulaklı (n 15) 90 vd.

olarak da ifade edilmektedir¹⁰⁶. Gelişim riskleri, özellikle ilaç, kimya, kozmetik sanayi ve yapay zekâ, robotik gibi dijital teknolojilerde önem taşır. Zira çoğunlukla bu tür alanlarda üretilen ürünlerde, o zamanki bilim ve teknoloji düzeyine göre belirlenemeyecek birçok tehlike (risk) söz konusudur¹⁰⁷. Örneğin kullanılan ilacın bir süre sonra solunum hastalıklarına sebep olduğu, cilt kreminin uzun süreli kullanımda cilt kanserine yol açtığı veya yapay zekâyâ dayalı sürücüsüz bir aracın yazılımında bir zaman sonra güvenlik açığı bulunduğu ortaya çıktığında, bu risk gerçekleşmiş olacaktır¹⁰⁸.

Direktif'te ise üreticilerin gelişim riski savunmasında bulunarak sorumluluktan kurtulabilecekleri düzenlenmiştir. Direktif m 7/(e)'ye göre, bir üretici, “ürünün piyasaya sürülmesi zamanındaki bilimin ve teknolojinin düzeyine göre üründeki hatanın belirlenmesinin mümkün olmaması” halinde sorumlu tutulmaz. Üreticinin bu savunmadan yararlanabilmesi için, üretim sürecinin tamamında ve ürünün piyasaya sürülmesi sırasında ilgili alanda en güncel bilimsel ve teknik gelişmeleri dikkate alarak, ürünün hatalı olup olmadığını kontrol etmesi gerekir¹⁰⁹. Direktif, üye devletlere, iç hukuklarında üreticinin gelişim risklerinden de sorumlu olabileceğine yönelik düzenleme yapma serbestisi tanımıştır (m 15/1 b)¹¹⁰. Üreticiye gelişim riski savunması tanınmasının altında yatan mantık, böyle bir savunma imkânı verilmediği takdirde, üreticilerin yeni ürünlere yatırım yapmaktan ve inovasyondan çekineceği, sanayideki teknolojik gelişmelerin yavaşlayacağı düşüncesidir. Ayrıca, gelişim hatalarından dolayı üreticilerin sorumlu tutulmasının, riskin öngörülemezliği nedeniyle sigorta primlerinin ciddi anlamda fazla olmasına yol açacağı ve bunun da ürün maliyetlerine yansyarak, ürün fiyatlarını artıracığı ileri sürülmektedir¹¹¹.

¹⁰⁶ Hess (n 32) Art 4 N 54; Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 30; Karaman (n 1) 200.

¹⁰⁷ Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 30 dn 28; Karaman (n 1) 345; Avrupa Tüketici Örgütünün 2020 tarihli Raporu (n 29) 20.

¹⁰⁸ İlaç üreticilerinin sorumluluğuna ilişkin ünlü “*Contergan*” vakası da gelişim riski konusuna çarpıcı bir örnektir. Olayda, etkin maddesi “*thalidomide*” olan *Contergan* marka ilaç, birçok hamile kadın tarafından bulantıları önlemek amacıyla kullanılmış ve bir süre sonra çok sayıda kadının bebeği engelli ya da ölü doğmuştur. Bu konuda bkz Kırca ve Aydın (n 105) 683; Ünsal Dönmez, “Türk ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk ve Özel Sorumluluk Halleri” (2016) 7(1) İÜHFD 381, 384, 385; Karaman (n 1) 173. Elbette, ilacın muhtevasında bulunan *thalidomidenin* söz konusu olumsuz etkilerinin ilacın piyasaya sürülmesinden önce bilinebilir olması halinde, artık gelişim hatasından değil, tasarım hatasından söz etmek doğru olacaktır (bu yönde bkz M Fadıl Yıldırım, ‘Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin İlacın Ayrılarından Sorumluluğu’ Murat Şen ve Ahmet Başözen (ed), *İlaç Hukuku: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009* (2009) 19, 29 dn 18).

¹⁰⁹ Kırca (n 5) 179, 180; Karaman (n 1) 345.

¹¹⁰ Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu (§ 1/2 b. 5) ve İsviçre Ürün Sorumluluğu Kanunu'nda (m 5/e) gelişim riski savunması kabul edilmektedir. Buna karşılık, Alman İlaç Kanunu'nda (§ 84) üreticiye bu sebeple sorumluluktan kurtulma imkânı verilmemektedir. Macaristan'da da tıbbi ilaçlar açısından aynı durum söz konusudur. İspanya, genel olarak bu savunmayı kabul etmesine karşın, tıbbi ürünlerde ve insanların tüketimi için üretilen gıda maddelerinde üreticiye bu savunmayı yapabileceği imkânı tanımamaktadır. Bununla beraber, Finlandiya ve Lüksemburg ise bu savunmayı hiçbir şekilde kabul etmeyen ülkelerdendir (bkz 7.5.2018 tarihli AB Komisyonu Raporu, COM(2018) 246 final, 4; Mark Mildred, ‘The Development Risks Defence’ Duncan Fairgrieve (ed), *Product Liability in Comparative Perspective* (Cambridge University Press 2005) 167, 168; Duncan Fairgrieve ve Geraint Howells, ‘Rethinking Product Liability: A Missing Element in the European Commission’s Third Review of the European Product Liability Directive’ (2007) 70(6) *The Modern Law Review* 962, 970).

¹¹¹ Weatherill (n 67) 141; Mildred (n 110) 169, 170; Fairgrieve ve Howells (n 110) 970; Karaman (n 1) 350; Rosselli Raporu, 3, 4 (Fondazione Rosselli, Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products, Study for the European Commission (2004)); 14.9.2006 tarihli AB Komisyonu Raporu, COM(2006) 496 final, 7.

Bu açıklamalar ışığında, gelişim riski savunmasının, üreticilerin teknolojik buluşlara yatırım yapma ihtiyacı ile tüketicilerin korunması ihtiyacı arasında adil bir orta yol bulma amacıyla tanındığı söylenebilir¹¹². Bununla birlikte, üreticinin gelişim riski savunmasını ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilmesi farklı açılardan tartışılabilir ve bu en nihayetinde bir hukuk politikası tercihidir. Nitekim bu konu çeşitli AB Komisyonu raporlarında da analiz edilerek, gelişim riski savunmasının amaca uygunluğu ve ekonomik etkileri konusunda bazı sonuçlara varılmıştır. Her ne kadar AB Komisyonu raporları tavsiye niteliğinde olsalar dahi, Direktif’te yapılacak olası bir değişiklikte yol gösterici olacaklarında şüphe yoktur¹¹³. Bu raporlarda ulaşılan sonuçlar şu şekilde özetlenebilir: Gelişim riski savunması, tüketicilerin korunması ile inovasyonun gelişmesi arasındaki doğru dengenin korunmasında önemli rol oynamakta, ürün sorumluluğu sigortası masraflarını öngörülebilir kılmakta ve dava masraflarının makul seviyede kalmasını sağlamaktadır¹¹⁴. Ancak bu, gelişim riski savunmasının her zaman amaca uygun ve menfaatler durumunu gözetmediği anlamına gelmez. Özellikle, yapay zekâ ve robotlardan (örneğin akıllı telefonlar, üçboyutlu yazıcılar, robotlar, sürücüsüz araçlardan) kaynaklanan zararlarda, gelişim riski savunmasının tüketicilerin korunması açısından gerekliliği ve etkililiği sorgulanmalıdır. Zira bu tip durumlarda Direktif’in bu hükmü, üreticiler tarafından her zaman sorumluluktan kaçış olarak kullanılabilir¹¹⁵. Bununla birlikte, AB Komisyonu için hazırlanan “*Gelişim Riskinin Ekonomik Etkilerine İlişkin Rosselli Raporunda*”, yazar, bazı sorunlara dikkat çekmekle birlikte, gelişim riski savunmasının üretici ve tüketicinin menfaatlerinin dengelenmesinde önemli rol oynadığı ve korunması gerektiği sonucuna varmıştır¹¹⁶. Öte yandan, doğaldır ki, tüketici örgütleri ve temsilcileri, bu kurtuluş kanıtının kaldırılması gerektiğini, zira tehlikeli sonuçları olabilecek alanlarda üretim yapanların, nasıl ki bu ürünlerden kâr elde ediyorlarsa, bunların yol açacağı zararları da tazmin etmek zorunda olduklarını savunmaktadırlar¹¹⁷.

¹¹² Aynı yönde bkz 14.9.2006 tarihli AB Komisyonu Raporu, COM(2006) 496 final, 7; Rosselli Raporu (n 111) 3.

¹¹³ Direktif’in hazırlık çalışmaları sırasındaki gelişim riskine ilişkin tartışmalar için bkz Mildred (n 110) 167 vd.

¹¹⁴ AB Komisyonu Değerlendirme Raporu (2018) 29, 88 (Evaluation of Council Directive 85/374/EEC on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (2018) <<https://op.europa.eu/s/oa8S>> Erişim Tarihi 29 Temmuz 2020); Rosselli Raporu (n 111) 4.

¹¹⁵ AB Komisyonu Değerlendirme Raporu (2018) (n 114) 82. Ancak raporda, gelişim riski savunmasının olumlu yanları ile yeni teknolojilerin ortaya çıkmasıyla gündeme gelecek olumsuz yanları belirtilerek, gelişim riskine ilişkin hükmün kaldırılmasına ya da tadil edilmesine ilişkin çeşitli görüşlere yer verilmiş ve fakat nihai bir sonuca varılmamıştır (ibid 96, 97).

¹¹⁶ Rosselli Raporu (n 111) 4, 5, 132, 133; Aynı sonuca 2011 tarihli AB Komisyonu Raporu çerçevesinde de varılmaktadır (8.9.2011 tarihli AB Komisyonu Raporu, COM(2011) 547 final, 11); Rosselli, üreticilerin bu savunmadan yararlandığı bazı hallerde, tüketicilerin korunması açısından, Topluluk bünyesinde tazminat fonu oluşturulması gibi alternatif çözümler önermektedir (Rosselli Raporu (n 111) 120 vd; aynı yönde bkz Erdem Büyüksağış, ‘Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler’ (2006) 8(1) DEÜHFD 1, 16).

¹¹⁷ 8.9.2011 tarihli AB Komisyonu Raporu, COM(2011) 547 final, 9; Avrupa Tüketici Örgütünün 2020 tarihli Raporu (n 29) 20. Üreticinin gelişim risklerinden dolayı sorumlu olması gerektiği yönünde ayrıca bkz Taschner (n 26) 164, 165. *Baysal*’a göre, üreticiye gelişim riski savunmasında bulunarak sorumluluktan kurtulma imkânı vermek, bir anlamda kusur sorumluluğuna yaklaşımları anlamına gelecektir (Baysal, *Haksız Fiil* (n 15) N 3.134).

ÜGTDK’da düzenlenmeyen bir diğer sorumluluktan kurtulma sebebi, ara ürün ve hammadde üreticilerine ilişkindir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, hammadde ve ara ürün üreticileri (kısmi üreticiler) de, üründeki hatadan dolayı nihai üretici ile birlikte kusursuz sorumludurlar. ÜGTDK’daki üretici tanımı bu sorumlular grubunu bu şekilde açıkça ifade etmiş olmasa dahi, gerek adil risk dağılımı ilkesi gerekse Direktif’e uygun yorum yöntemi açısından bu sonuç kabul edilmelidir. Şu halde, söz gelimi evde yangına sebep olan bir su sebilinden zarar gören kişi, tazminat talebini nihai üretici dışında, su sebilinin motoru, elektrik aksamı ya da su tankı gibi ara ürünlerini üreten üreticiye karşı da ileri sürebilir. Yazılımındaki hatadan dolayı ev sıcaklığını doğru algılamayıp, gereğinden fazla sıcaklık vererek evdeki çiçeklerin kurumasına sebep olan klimanın kullanıcısı, zararının klima üreticisi veya yazılım geliştiricisi tarafından tazmin edilmesini isteyebilir. Aynı sorumluluk, hammadde üreticisi için de geçerlidir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, kısmi üreticilerin (ara ürün ya da hammadde üreticilerinin) ürünün güvenliğine herhangi bir etkisinin bulunmadığı, yani ürettikleri ürünlerin hatalı olmadığı hallerde, onları yine de nihai üreticiyle birlikte sorumlu tutmak adil olmaz. Bu sebeple, Direktif’te, kısmi üreticilerin çeşitli kurtuluş kanıtları getirerek sorumluluktan kurtulmaları imkânı tanınmıştır. Direktif m 7/(f)’ye göre, “*bir bütünleyici parçanın üreticisinin sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde, hatanın, nihai ürünün tasarımından veya nihai ürünün üreticisinin talimatlarına uyulmasından kaynaklanması*” halinde, bu kişiler sorumlu tutulmazlar. İlk kurtuluş imkânında, kısmi üretici kendi ürününü hatalı üretmemiştir, fakat bu ürün kullanılarak üretilen nihai ürün hatalıdır ve bu hatanın kaynağı ise nihai ürünün tasarımıdır¹¹⁸. İkinci kurtuluş imkânında ise, kısmi ürün (ara ürün ya da hammadde) hatalıdır, ancak bu hataya sebep olan, nihai üreticinin, üretim şekli, malzeme gibi konularda kısmi üreticileri bağlayacak şekilde verdiği kesin talimatlarıdır¹¹⁹.

ÜGTDK açısından ise, m 21’de düzenlenen sorumluluktan kurtuluş sebepleri arasında, spesifik olarak hammadde ya da ara ürün üreticileri için öngörölmüş bir savunma imkânı yoktur¹²⁰. Buna rağmen, Direktif’teki gibi bir sonuca, dolaylı ve sınırlı olarak ulaşmak yine de mümkündür. ÜGTDK m 21/2 (b)’deki, “*uygunsuzluğun dağıtıcının veya üçüncü bir tarafın ürüne müdahalesinden veya kullanıcıdan kaynakladığının*” ispatlanması yönündeki kurtuluş kanıtındaki “*üçüncü bir tarafın ürüne müdahalesinden*” ibaresi, nihai ürün hatalı olmasına rağmen, ürettikleri hammadde ya da ara ürünlerde hata (uygunsuzluk) bulunmayan kısmi üreticilere sorumluluktan kurtulma imkânı sağlayabilir. Buna karşılık, kısmi üreticinin, nihai üretici tarafından verilen talimatları gerekçe göstererek sorumluluktan kurtulması mevcut düzenleme açısından mümkün gözükmemektedir. Bu ihtimalde, üründen

¹¹⁸ Hess (n 32) Art 5 N 78.

¹¹⁹ Hess (n 32) Art 5 N 80, 81.

¹²⁰ Bu noktada belirtelim ki, ÜGTDK m 21/2’deki sorumluluktan kurtulma sebeplerine ara ürün ve hammadde üreticilerinin de dayanabilmesi mümkündür.

zarar gören kişiye tazminat ödemek durumunda kalan kısmi üretici, nihai üreticiye aralarındaki sözleşme çerçevesinde rücu edecektir. Ancak, pratikte zarar gören kişilerin çoğunlukla nihai üreticiye başvuracak olması, böyle bir durumun ortaya çıkma ihtimalini oldukça azaltacaktır.

E. Zamanaşımı

ÜGTDK m 6/6 uyarınca, “*tazminat talebi için zamanaşımı süresi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren üç yıl ve her halde zararın doğduğu tarihten itibaren on yıldır*”. Görüldüğü üzere, ÜGTDK’da, zarar görenin tazminat alacağı için üç yıllık (nispi süre) ve on yıllık (mutlak süre) zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. Nispi süre (normal süre), zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren başlar ve üç yılın geçmesiyle tazminat alacağı zamanaşımına uğrar. Zararın öğrenilmesi için zararın miktarına ilişkin ayrıntılı bilgi sahibi olunması gerekmez. Zarar gören tarafından, zararın varlığı, niteliği ve temel unsurları hakkında dava açmaya veya takipte bulunmaya yetecek şekilde bilgi sahibi olmak yeterlidir¹²¹. Tazminat yükümlüsünün öğrenilmesiyle kastedilen, zarar görenin üreticinin kimliğini öğrenmesi, yani üreticiye karşı dava açmak ya da takipte bulunmak için yeterli bilgiye sahip olmasıdır¹²². Mutlak süre (üst süre) ise, hatalı üründen kaynaklanan zararın gerçekleştiği tarihten itibaren on yıldır.

Direktif m 10’da, normal süre üç yıl olarak belirlenmiş ve bu sürenin, zarar görenin zararı, üründeki hatayı ve üreticinin kimliğini öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği tarihten itibaren başlayacağı öngörülmüştür. Bu noktada, iki hüküm kıyaslandığında göze çarpan farklardan biri, Direktif’e göre, üç yıllık sürenin başlaması için, diğer unsurlar dışında, zarar görenin üründeki hatayı da öğrenmiş olması gerektirir. Bu hükmün zarar görenin lehine olduğu söylenebilir¹²³. Diğer bir fark ise, zarar görenin zararı sübjektif olarak öğrenmediği ve fakat somut olayın şartları çerçevesinde, objektif olarak öğrenebilecek durumda olduğu hallerde dahi Direktif açısından zamanaşımı süresinin başlayacak olmasıdır. ÜGTDK’da ise, sadece zarar görenin sübjektif bilgi durumu dikkate alınmıştır. Burada zarar görenin daha fazla korunduğunu söylemek mümkündür.

¹²¹ Erdem Mehmet, *Özel Hukukta Zamanaşımı* (XXII Levha Yayıncılık 2010) 175, 176; Antalya (n 82) 613; Baysal, *Haksız Fiil* (n 15) N. 9.19; Oğuzman ve Öz (n 84) 73; Nomer (n 82) N 137.2; Hüseyin Murat Develioğlu, ‘Haksız Fiilden Doğan Taleplerin Tabii Olduğu Bir Yıllık Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı’ Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan (XII Levha Yayıncılık 2010) 787, 805.

¹²² Hess (n 32) Art 9 N 3; Erdem, *Zamanaşımı* (n 121) 173, 174 (sürenin başlangıcı, müteselsilen sorumlu olan üretici ve ithalatçı için ayrı ayrı değerlendirilir); Develioğlu (n 121) 799. Dağıtıcılar açısından bu sürenin başlangıcı, üretici ya da ithalatçının belirlenmediği durumlarda gündeme gelecektir. Buna göre, dağıtıcı, bu kişilerin isim ve irtibat bilgilerini ya da kendi tedarikçisinin isim ve irtibat bilgilerini on iş günü içinde zarar görene vermediği takdirde, ÜGTDK m 11/3 uyarınca sorumlu olacak ve zamanaşımı bu andan itibaren başlayacaktır (aynı yönde bkz Hess (n 32) Art 9 N 9).

¹²³ Gerçi olayların çoğunda, zararın ve tazminat yükümlüsünün (üretici veya ithalatçının) öğrenilmesi, aynı zamanda hatanın da öğrenilmiş olmasını gerektirecektir (aynı yönde bkz Kırca (n 5) 247).

On yıllık mutlak süre açısından, Direktif ile ÜGTDK arasında iki önemli fark söz konusudur. İlk olarak, Direktif’te bu süre, zarar görenin tazminat alacağını ortadan kaldıran hak düşürücü süre iken; ÜGTDK’daki süre zamanaşımı niteliğindedir¹²⁴. Bu bakımdan, ÜGTDK’daki sürelerin TBK m 153 ve 154 uyarınca durması ya da kesilmesi mümkündür¹²⁵. Direktif ile ÜGTDK arasındaki diğer fark ise üreticinin sorumluluğu açısından son derece çarpıcıdır. Bu fark şudur: Direktif m 11 uyarınca on yıllık sürenin başlangıç anı, hatalı ürünün piyasaya sürülmesi iken; ÜGTDK’daki sürenin zararın gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlayacağı öngörölmüştür. Ayrıca, bu hüküm sadece Direktif’e göre farklılık arz etmemekte, TBK’daki haksız fiil zamanaşımına ilişkin hükmünden (TBK m 72’den) de önemli bir sapmayı ifade etmektedir¹²⁶. ÜGTDK’nın bu farklı zamanaşımı düzenlemesi, Kanun’un gerekçesinde bir taraftan ürün sorumluluğunun Direktif doğrultusunda hazırlandığı açıkça belirtilirken, diğer taraftan bu farklılığa ilişkin herhangi bir açıklamanın bulunmaması karşısında düşündürücüdür. Bu noktada, akla hemen şu soru gelmektedir: Zarar gören ile üretici arasındaki risk dağılımında, acaba üretici aleyhine bu kadar aşırıya kaçılmasının haklı bir gerekçesi olabilir mi?

Belirtmek gerekir ki, birçok modern hukuk sisteminde, zarar görenin menfaatlerini korumak adına, nispi süre, zarar görenin tazminat talebinin farkında olmasından (zararı ve faili öğrenmesinden) itibaren başlatılmakta; bunu dengelemek için de, zarar görenin sübjektif bilgi durumundan bağımsız olarak, objektif bir durum ya da fiilden itibaren işleyecek mutlak süre öngörölmektedir. Zira aksi takdirde, yani zarar görenin sübjektif bilgi durumuna bağlı olan normal sürenin objektif bir durum ya da fiilin gerçekleşmesiyle başlayan üst süreyle sınırlanmadığı bir durumda, sorumlu kişinin sınırı bilinmeyen bir risk altına gireceği ve bunun hukuk güvenliğine aykırı olacağı kabul edilmektedir¹²⁷. Nitekim Direktif m 11’de, zarar görenin tazminat talep etme hakkının, hatalı ürünün piyasaya sürülmesinden (zarara sebep olan olaydan) itibaren on yıl sonra ortadan kalkacağı hükme bağlanmıştır. Hatta bu süre, üreticiye sürenin bitiminden sonra sadece zamanaşımı def’inde bulunma şansı veren bir zamanaşımı süresi olarak değil, zarar görenin tazminat alacağını ortadan kaldıran ve üreticiye

¹²⁴ Direktif’teki 10 yıllık hak düşürücü süreyle ilgili açıklamalar için bkz Hess (n 32) Art 9 N 1; Rey (n 10) N 1232; Roberto (n 32) N 09.29; Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 110; Kırcı (n 5) 248.

¹²⁵ Zamanaşımını durduran ve kesen sebepler konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz Erdem, *Zamanaşımı* (n 121) 238 vd, 275 vd.

¹²⁶ TBK m 72/1: “Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır”.

¹²⁷ Erdem, *Zamanaşımı* (n 121) 183; Ayça Akkayan Yıldırım, ‘Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararların Tazmini Taleplerinde Uygulanacak Zamanaşımının Yeni Eğilimler Çerçevesinde Değerlendirilmesi’ (2016) 74(1) İÜHF 185, 199-201 (ayrıca zamanaşımı süresinin sübjektif veya objektif başlangıç kriterlerine bağlı olmasının, borçlu ile alacaklı arasındaki menfaatler çatışmasında ne anlama geldiğine ilişkin değerlendirmeler için bkz ibid 212, 213). Mutlak sürenin haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren başlayacağı öngören kanunlara örnek olarak bkz İsviçre Ürün Sorumluluğu Kanunu (PrHG) m 10/1, Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu (ProdHaftG) § 13/1, Alman Medeni Kanunu (BGB) § 199/2, İsviçre Borçlar Kanunu (ÖR) m 60/1 ve İbis. Hatırlanacağı üzere, TBK tasarısında üst süre, fiilin işlendiği tarihten başlayarak 20 yıl olarak düzenlenmiş ve fakat kanunlaşma sırasında 10 yıl olarak değiştirilmişti.

itiraz imkânı tanıyan hak düşürücü süre olarak düzenlenmiştir¹²⁸. Bu sebeple, Direktif uyarınca, ürünün piyasaya sürülmesinden on yıl sonra bir zarar ortaya çıktığı takdirde, artık zarar görenin ileri sürebileceği bir tazminat talebi yoktur. Direktif'in gerekçesinde bu düzenlemenin *ratio legis* şu şekilde belirtilir: Zamanla ürünlerin eskimesi, bilim ve teknolojinin sürekli ilerlemesi ve ürünlere ilişkin git gide daha yüksek güvenlik standartlarının getirilmesi karşısında, üreticinin ürünlerdeki hatadan dolayı zamansal yönden sınırsız şekilde sorumlu tutulması hakkaniyetle bağdaşmaz, bu nedenle, makul bir süre sonra üreticinin sorumluluğunun sona ermesi gerekir.

Öte yandan, ürünün piyasaya sürülmesinden çok uzun süre sonra ortaya çıkan zararlar açısından, zarar görenlerin tazminat talebinin zamanaşımına uğraması, bazı olaylarda somut olay adaleti açısından elbette sorgulanabilir¹²⁹, ¹³⁰. Ancak zamanaşımı kurumunun asıl amacının hukuk güvenliğini tesis etmek olduğu da hatırdan tutulmalıdır¹³¹. Kanun koyucu burada, mutlaka ürünün piyasaya sürülmesinden çok uzun yıllar sonra ortaya çıkan zararları da koruma altına almak istiyorsa, yapacağı şey mutlak sürenin başlangıcıyla oynamak değil, mutlak süreyi artırmak olabilirdi¹³². ÜGTDK m 6/6'daki zamanaşımı düzenlemesi şu haliyle, ucu açık bir zamanaşımı süresi öngörerek üreticinin durumunu oldukça ağırlaştırmaktadır.

¹²⁸ Direktif m 11'de, bu süre içinde dava açılması halinde bu taleplere dokunulmayacağı, yani dava süresince hak düşürücü sürenin duracağı ifade edilerek, 10 yıllık sürenin hak düşürücü niteliğine bir istisna getirilmiştir (Hess (n 32) Art 10 N 4; Rey (n 10) N 1232).

¹²⁹ Bu endişenin bir tezahürü olarak, 1999 Marmara depremi sonrasında verdiği kararlarda Yargıtay, eski Borçlar Kanunu m 60'taki mutlak sürenin başlangıcını farklı yorumlamaktaydı. Buna göre Yargıtay, 10 yıllık zamanaşımının "zararın doğduğu" andan itibaren başlayacağı yönünde görüş oluşturmuştu (Yargıtay HGK, 4-603/594, 22.10.2003, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 29.07.2020; diğer kararlar için bkz. Erdem, *Zamanaşımı* (n 121) 185 dn 699'daki kararlar; Akkayan Yıldırım (n 127) 192 dn 40'taki kararlar). Zira Yargıtay'a göre, zararın haksız fiilin işlenmesinden 10 yıl sonra gerçekleştiği durumlarda, zarar görenin tazminat alacağına zamanaşımına uğraması hakkaniyete aykırıydı. Buna karşılık, Yargıtay'ın bu görüşü doktrinde eleştirilmiştir (Erdem, *Zamanaşımı* (n 121) 187 vd; Ayşe Havutçu, 'Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı' (2010) 12 DEÜHFD Özel Sayı 579, 590 vd; Veysel Başpınar ve Mehmet Altunkaya, 'Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması Ve Süresi' (2008) 57(1) AÜHFD 95, 118 vd; Nart Serdar, 'Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi' (2012) MÜHF-HAD Özel Sayısı (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan) 215, 236 vd). Nitekim maddenin yorumlanması açısından ortaya çıkan bu belirsizliğin giderilmesi amacıyla, eski Borçlar Kanunu'ndaki "zararı müstelzim fiilin vukuunda itibaren" (zarara yol açacak fiilin işlendiği andan itibaren) ibaresi, TBK'da daha net bir şekilde "fiilin işlendiği tarihten itibaren" olarak kaleme alınmıştır (Antalya (n 82) 618, 619; Akkayan Yıldırım (n 127) 191, 192; Nart (n 129) 232 dn 32).

¹³⁰ Keza, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 11 Mart 2014 tarihli kararında aynı soruna dikkat çekilerek, haksız fiilden çok uzun yıllar sonra ortaya çıkan hastalıklarda, zararın ortaya çıktığı anda üst sürenin geçmiş olması ve dolayısıyla henüz muaccel olmayan bir tazminat talebinin zamanaşımına uğramasının, zarar görenin adil yargılanma hakkının ihlaline yol açtığına karar verilmiştir. Olayda bir işçi, fabrikada çalıştığı zamanlarda asbeste maruz kalmış ve bunun sağlık açısından zararlı sonuçları yıllar sonra ortaya çıkmıştır (*Howald Moor and Others v Switzerland App no 52067/10 and 41072/11* (ECHR, 11 March 2014). Kararla ilgili açıklamalar için bkz Akkayan Yıldırım (n 127) 208 vd. Üst sürenin zararın gerçekleşmesinden itibaren başlaması gerektiği yönündeki görüş hakkında bkz Erdem, *Zamanaşımı* (n 121) 184.

¹³¹ Erdem, *Zamanaşımı* (n 121) 192 ("Ayrıca, kanunda öngörülen zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlayacağı an, başlangıçta belirli veya en azından objektif olarak belirlenebilir bir şekilde öngörülmedikten sonra, bir zamanaşımı süresi öngörmekle öngörmek arasında bir fark kalmayacaktır". İbid 193'ten naklen); Başpınar ve Altunkaya (n 129) 1118, 119; Nart (n 129) 227.

¹³² Nitekim 1 Ocak 2020 tarihinde revize edilen İsviçre Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümlerinden m 60/1bis'e göre, "Ölüm ya da bedensel zarar halinde maddi veya manevi tazminat talebi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünün öğrendiği tarihten itibaren üç yılın ve her halde zarar verici fiilin işlendiği veya sona erdiği tarihten itibaren yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar". Benzer şekilde, BGB § 195/2'e göre "Hayat, vücut bütünlüğü, sağlık ve özgürlüğün ihlaline dayanan tazminat talepleri, ne zaman doğdukları ve alacaklıların bunları bilmesi ya da ağır ihmali sebebiyle bilmemesi dikkate alınmaksızın, haksız fiilin işlendiği, yükümlülüğün ihlal edildiği ya da zarara yol açan olgunun gerçekleştiği andan itibaren otuz yıl sonra zamanaşımına uğrar".

Şu halde, on yıllık zamanaşımının zararın gerçekleşmesinden itibaren işleyecek olması, üreticiler için ne zaman biteceği belli olmayan ve öngörülemeyen bir sorumluluk süresi yaratacağından, riskin sigortalanması ya da fiyatlara yansıtılması gibi zorluklar dışında, evvela hukuk güvenliği açısından sakıncalıdır. Ayrıca ÜGTDK’da üreticiler gelişim risklerinden dolayı da sorumlu tutulduğundan, sorumluluğun zaman bakımından bu denli genişlemesi üreticileri çok güç durumlarda bırakabilecektir¹³³. Kaldı ki, zararın, ürünün piyasaya sürülmesinden çok uzun yıllar ortaya çıktığı durumlarda, üründeki uygunsuzluğun, yani üretim hatasının, tasarım hatasının, bilgilendirme hatasının ya da gelişim hatasının ispatı da oldukça zorlaşacaktır. Bu açıklamalar çerçevesinde, *de lege ferenda*, üreticinin sorumluluğuna ilişkin on yıldan daha fazla bir üst sürenin öngörülebileceği ve fakat bu süre ne olursa olsun, sürenin zararın ortaya çıktığı tarihten değil, ürünün piyasaya sürüldüğü tarihten itibaren başlaması gerektiği düşüncesindeyiz¹³⁴. Ancak, *de lege lata*, hükmün lafzı ve kanun koyucunun iradesi açıktır. On yıllık üst süre, zararın gerçekleşmesinden itibaren başlayacaktır. Bu durumun, Türkiye pazarına girmeyi düşünen yatırımcılar ve ithal ürünler açısından ticaret engeli teşkil edeceği söylenebilir.

F. Diğer Sorumluluk Hükümleriyle İlişki ve ÜGTDK’nın Zaman Bakımından Uygulanma Alanı

Hatalı (uygun olmayan) ürünler nedeniyle kişivarlığı ya da malları zarar gören kişi, tazminat talebini, ÜGTDK’nın yanısıra, şartları gerçekleştiği takdirde TBK’daki çeşitli kusursuz sorumluluk hükümlerine dayanarak da ileri sürebilir. Burada zarar görenin, gerek Direktif açısından (m 13) gerekse ÜGTDK açısından (m 6/7: “*Diğer kanunlardaki tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır*”) yarışan talepleri bulunur¹³⁵. Ancak, genel haksız fiil hükmüne dayalı talebin (TBK m 49), ÜGTDK’nın ve diğer kusursuz sorumluluk hükümlerinin kapsamına giren konularda ileri sürülemeyeceği; başka bir anlatımla, ÜGTDK ve diğer kusursuz sorumluluk hükümlerinin, özel hüküm olarak TBK m 49’un uygulanmasını engelleyeceği

¹³³ Kırcı (n 5) 248.

¹³⁴ Kusursuz sorumluluk hallerinde, sorumluluk failin davranışına değil, sorumluluğa sebep olan olaya bağlandığında, ÜGTDK açısından bu sürenin başlangıcı, hatalı ürünün piyasaya sürülmesi anına karşılık gelir. Kusursuz sorumluluk hallerinde zamanaşımı süresinin hangi andan itibaren başlayacağı konusunda bkz Antalya (n 82) 620; Havutçu, ‘Zamanaşımı’ (n 129) 586; Başpınar ve Altunkaya (n 129) 109, 110; Akkayan Yıldırım (n 127) 192.

¹³⁵ Doktrinde, birden fazla kusursuz sorumluluk temeline dayalı talep söz konusu olduğunda, eğer bunlar arasında birbirini dışlama amacı yoksa, bu taleplerin yarışacağı kabul edilir (Oğuzman ve Öz (n 84) 298). Direktif kapsamında yarışan taleplere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Hess (n 32) Art 11 N 5 vd; Rey (n 10) N 1235 vd.

ayrıca belirtilmelidir.¹³⁶ Buna karşılık, ürün sorumluluğu tazminatında da, zararın ve tazminatın belirlenmesi TBK m 50 vd hükümleri çerçevesinde gerçekleşecektir. Nitekim ÜGTDK m 6/5'e göre; “ürünün sebep olduğu zarar nedeniyle ödenecek maddi ve manevi tazminat miktarının belirlenmesinde 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır”.

Aşağıda TBK'da düzenlenen çeşitli kusursuz sorumluluk türlerinin, ÜGTDK'daki ürün sorumluluğu hükümleri dışında, üreticinin sorumluluğuna yasal dayanak oluşturup oluşturamayacağına temas edilecektir.¹³⁷ Ancak, bu adımdan önce dikkat çekmek istediğimiz başka bir husus var: ÜGTDK m 26'da, Kanun'un, Resmi Gazete'de yayımlandığı 12.3.2020 tarihinden bir yıl sonra (12.3.2021 tarihi itibarıyla) yürürlüğe gireceği öngörülmektedir. Ancak yürürlük tarihinin belirli olması, bir kanunun zaman bakımından uygulanması açısından her zaman belirleyici değildir. Bu noktada, ÜGTDK'nın zaman bakımından uygulanma alanına ilişkin şu iki ihtimali birbirinden ayırt etmek gerekir. Şayet, üreticinin sorumluluğunu doğuran haksız fiil (hatalı ürünün piyasaya sürülmesi) yürürlük tarihinden önce işlenmiş ve zarar görenin açtığı tazminat davası yine yürürlük tarihinden önce sonuçlanmışsa, bu ihtimale verilecek cevap basittir. ÜGTDK hükümleri, geçmişe etki yasağı gereği, kendi yürürlüğünden önce kurulmuş ve sonuçlanmış hukuki durumlara uygulanmaz¹³⁸. İkinci ihtimalde ise, ürün sorumluluğunu doğuran haksız fiil, yürürlük tarihinden önce işlenmiş ve fakat tazminat davası ÜGTDK'nın yürürlüğe girmesinden sonra açılmıştır ya da devam etmektedir. Bu durumda, acaba zarar gören, ÜGTDK dönemi öncesinde gerçekleşen haksız fiilin (hatalı ürünün piyasaya sürülmesinin), ÜGTDK anlamında “üreticinin sorumluluğu şartlarını” taşıdığından hareketle, ÜGTDK m 6'nın uygulanması ve bu kapsamdaki zararlarının

¹³⁶ Hess (n 32) Art 11 N 10; Oğuzman ve Öz (n 84) 296, 297; Eren BG (n 82) 647, 669; Baysal, *Haksız Fiil* (n 15) N 7.16; Vedat Buz, ‘Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK. M. 60 Üzerine Düşünceler’ (2013) 29(2) BATİDER 19, 44; M Ali Erten, *Türk Borçlar Hukukuna göre Bina ve İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu* (BK. md. 58) (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2000) 255; Ece Baş, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk* (XII Levha Yayıncılık 2011) 163; Asım Kaya, ‘6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması’ (2016) 1(2) ÇÜHFD 207, 213; dolaylı olarak aynı yönde bkz. Honsell (n 10) § 21 N. 63, 64. Karşı görüş için bkz Fellmann ve von Büren-von Moos (n 32) N 31; Antalya (n 82) 645; Simge Saraçoğlu, *Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yapı Malikinin Sorumluluğu* (TBK m. 69) (On İki Levha Yayıncılık 2019) 165. Burada şu noktanın gözden kaçırılmaması gerekir: Zarar gören, ürün sorumluluğu tazminatı için TBK m 49'a değil, ancak ÜGTDK m 6'ya dayanarak talepte bulunabilir. Zira katıldığımız hâkim görüş uyarınca, ÜGTDK m 6 (ve diğer kusursuz sorumluluk hükümleri), genel haksız fiil hükmüne göre özel hüküm teşkil eder. Ancak bu, ÜGTDK'da koruma altına alınmayan zararlar için TBK m 49'a dayalı tazminat talep edilmesini engellemez. Mesela ÜGTDK'da dağıtıcıların, ancak üretici ve ithalatçının belirlenmediği durumlara özgü ikincil sorumluluğu düzenlenmiş, fakat dağıtıcıların ürünün hatalı olmasında kusurlu olduğu durumlara ilişkin düzenleme yapılmamıştır. Bu hallerde, yani örneğin satıcı veya toptancı, üretilen gıda ürününü saklama koşullarına aykırı şekilde muhafaza etmiş ve bu ürünü tüketen kişi yaralanmışsa, zarar gören kişinin satıcı ya da toptancıya karşı genel haksız fiil hükmüne dayanarak tazminat talep etmesi mümkündür. Bunun dışında, ürünün kendisinde ortaya çıkan zararlar da ÜGTDK m 6'daki tazminatın kapsamına girmektedir. Dolayısıyla, hatalı üretim nedeniyle patlayan kahve makinesinde meydana gelen zararlar için de, tartışmalı olmakla birlikte, haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep edilebilir. O halde, örneklerden anlaşılacağı üzere, genel haksız fiil hükmünün ÜGTDK'daki boşlukları tamamlayıcı işlevi vardır ve bunun yarışma konusuyla ilgisi yoktur (aynı yönde bkz Hess (n 32) Art 11 N 1, 8; ayrıca bkz Buz (n 136) 47, 48).

¹³⁷ Önemle belirtelim ki, üretici veya ithalatçının aynı zamanda satıcı sıfatıyla zarar gören ile arasında bir sözleşme ilişkisi varsa, ayrıca ayrıntı doğan sorumluluk çerçevesinde tazminat ödeme yükümü de gündeme gelecektir (Hess (n 32) Art 11 N 7; Honsell (n 10) § 21 N 55).

¹³⁸ Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (25. Bası, Vedat Kitapçılık 2019) N 268; Baysal, *Haksız Fiil* (n 15) N 1.51; Başak Baysal, ‘Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü’ Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan (Seçkin Yayıncılık 2004) 475, 486 vd.

tazmin edilmesini isteyebilecek midir? Yürürlük hukuku ilkeleri çerçevesinde, haksız fiil sorumluluğun unsurlarına ve sorumluluk kapsamına (zararın belirlenmesine) hangi kuralların uygulanacağı, “haksız fiilin işlendiği tarihe” göre belirlenir¹³⁹. Dolayısıyla bu gibi durumlarda, zarar görenin tazminat talebine ÜGTDK değil, hatalı ürünün piyasaya sürüldüğü tarihte yürürlükte bulunan kurallar uygulanacaktır. Bu sonuç, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 1’inci maddesiyle de desteklenir. Bu hükme göre; “*Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır*”.

ÜGTDK’nın zaman bakımından uygulama alanı bulmadığı hallerde, üreticinin sorumluluğuyla ilgili olaylarda her zaman TBK m 49/1 uyarınca genel haksız fiil hükmünün uygulanabilme imkânı vardır.¹⁴⁰ Bunun dışında, zarar görenin hatalı üründen kaynaklanan tazminat talebini, belirli durumlarda, TBK’deki bazı kusursuz sorumluluk hükümlerine dayanarak ileri sürmesi de mümkündür¹⁴¹. Öte yandan, bazı yazarlar, üreticinin sorumluluğunun, 2001 tarihli ve 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun’da düzenlendiği görüşündedirler¹⁴². Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira bu Kanun, kamu hukuku nitelikli hükümler içermekte olup, genel ürün güvenliğine ilişkindir¹⁴³. Yani burada, ürünlerin piyasaya arz koşulları, üretici ve dağıtıcıların

¹³⁹ Baysal, *Haksız Fiil* (n 15) N 1. 56, 1.58.

¹⁴⁰ Yargıtay HGK, 4-114/84, 13.2.2002, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 29.07.2020. Ancak genel haksız fiil hükümleri, üreticinin sorumluluğuyla ilgili sorunları halletmede yetersiz kalmaktadır (Karaman (n 1) 3, 109; Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 93). Zira bilindiği üzere, klasik haksız fiil sorumluluğunda kusurun ispat yükü zarar görenin omuzlarındadır. Ancak, üretim faaliyetlerinin karmaşıklığı, sürüm ve dağıtım zincirinde birçok aktörün yer alması, nihai kullanıcının üretim sürecine ilişkin bilgisiz olması vb sebepler dikkate alındığında, zarar görenin üreticinin piyasaya hatalı ürün sürmesinde kusurlu olduğunu ispat etmesi son derece zordur (Karaman (n 1) 2, 3, 97; Atamer ve Sanlı (n 15) 772; Paksoy ve Demir (n 17) 303). Bununla birlikte, kusura dayanan haksız fiil kuralları çerçevesinde, gerek doktrin gerekse uygulama tarafından bazı çözüm yollarının geliştirildiği de görülmektedir. Bunlardan biri, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1996 yılında verdiği kararda kabul edilen, fiili karinelerin ispat yerine geçebilecek olmasıdır (Yargıtay HGK, 4-5888/831, 27.11.1996; aynı şekilde Yargıtay 4 HD, 6256/2596, 27.3.1995, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 29.07.2020) Böylece zarar görenin kusuru ispat yükü hafifletilmiştir. Hatta doktrinde, üreticinin sorumluluğu bakımından, genel haksız fiil sorumluluğundaki ispat yükü kuralının amaca uygun olmadığı ve adalete aykırı sonuç doğuracağı savunularak, bu yönde bir örtülü boşluk bulunduğu ileri sürülmektedir. Burada TMK m 1 uyarınca hâkim, kusuru ispat yükünü ters çevirerek bu boşluğu doldurabilecektir (Özcan (n 10) 236, 237; Karaman (n 1) 117, 118). Bir diğer çözüm yolu ise, üreticinin kusurunun objektifleştirilerek, kişisel özelliklerini (söz gelimi tecrübe ya da yetenek eksikliği, hastalığı, bilgi düzeyini, eğitim veya ekonomik durumunu) ileri sürmesinin engellenmesidir (Özcan (n 10) 108 vd; Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 50; Karaman (n 1) 97, 119). Burada, aynı meslekteki makul, dürüst ve orta zekâda bir üreticinin göstereceği özen esas alınır (objektif kusur teorisi için bkz Eren, *BG* (n 82) 595, 596; Oğuzman ve Öz (n 84) 60; Baysal, *Haksız Fiil* (n 15) N 2.26, 2.27). Şüphesiz, üreticilerin çoğunlukla tacir oldukları dikkate alınır, aynı çözüme 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m 18/2 uyarınca “basiretli bir tacir gibi hareket etme” ölçütüyle de varlılabılır (Turgut Öz, ‘Üreticinin Sorumluluğu’ (2007) 6(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7, 9).

¹⁴¹ Aşağıda inceleneceği üzere, bu alternatif yasal dayanaklar, ÜGTDK’nın yürürlük dönemi açısından da zarar görenin tazminat talebine temel teşkil edebilecektir.

¹⁴² Hemen belirtelim ki, yazarların bu görüşü ÜGTDK öncesi dönem geçerlidir. Bu yazarlar için bkz Oğuzman ve Öz (n 84) 40 vd; Öz (n 140) 16, 17; Aslan (n 70) 217 vd; Aydoğdu (n 70) 183.

¹⁴³ 92/59 sayılı AB Genel Ürün Güvenliği Direktifi’ni esas alarak çıkarılan bu Kanun, ürünlere ilişkin teknik düzenlemelerin, standartların hazırlanması ve uygulanmasına ilişkin çerçeve kanundur (Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 4703, Kabul Tarihi: 29.06.2001, RG 11.07.2001/24459). Ancak hemen hatırlatalım ki, bu Kanun, ÜGTDK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte ilga olacaktır (ÜGTDK m 25).

yükümleri, uygunluk değerlendirmesi, piyasa gözetimi ve denetimi gibi konular düzenlenmektedir. Kısacası, bu Kanun'da üreticinin zarar gören kişilere karşı tazminat sorumluluğu değil, belirli yükümleri yerine getirmediği takdirde idari makamlara (yetkili kuruluşlara) karşı sorumluluğu öngörülmektedir.

Tekrar ÜGTDK'nın zaman bakımından yürürlüğe girmesinden sonraki taleplerin (sorumluluk sebeplerinin) yarışması konusuna dönersek, acaba zarar gören, tazminat talebini, ÜGTDK'daki ürün sorumluluğu hükümleri dışında TBK'da düzenlenen çeşitli kusursuz sorumluluk hükümleriyle ileri sürebilir mi? Bu bağlamda, aşağıda, adam çalıştırmanın sorumluluğu, yapı malikinin sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu hallerinin ürün sorumluluğuyla ilgili olaylara uygulanıp uygulanmayacağı incelenecek ve ÜGTDK ile yarışma ilişkisi ortaya konacaktır.

1. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu

Adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen TBK m 66'ya göre; “(1) *adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.* (2) *Adam çalıştıran, çalışanı seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.* (3) *Bir işletmede adam çalıştıran o işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür*”.

TBK'da düzenlenen kusursuz sorumluluk türlerinden, üreticinin sorumluluğuyla ilgili olayların büyük çoğunluğuna uygulanabilecek en elverişli düzenleme adam çalıştırmanın sorumluluğu hükmüdür. Zira modern üretim teknikleri ve üretim sürecindeki makineleşme neticesinde, bir kişinin üretim faaliyetini tek başına yürütmesi çoğu zaman mümkün olmadığından, işçi, teknik eleman, mühendis ve benzeri yardımcı kişilerden faydalanması adeta zorunluluktur¹⁴⁴. Buna bağlı olarak da, bir işçinin hatası, makinelerin ve araç gereçlerin işe uygun olmaması ya da hammaddenin veya ara ürünlerin üretim sürecine yanlış şekilde uygulanması gibi sebeplerden dolayı hatalı ürünler üretilmiş olabilir. İşte bu tür hallerde, meydana gelen zararlardan, üreticinin adam çalıştırın sıfatıyla sorumlu olması mümkündür.

¹⁴⁴ Öz (n 140) 11; Karaman (n 1) 101 vd; Ahmet Türkmen, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m 66/III)’ (2012) 70(2) İÜHF 257, 257.

TBK m 66'da düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğu, objektif özen yükümünün ihlaline dayanan kusursuz sorumluluktur. Adam çalıştırın kimse, hâkimiyeti altındaki kişilerin (çalışanların) işlerini gördükleri sırada üçüncü kişilere zarar vermelerini önlemek için, aynı koşullar altındaki makul bir çalıştırının göstermesi gereken özeni göstermekle yükümlüdür. Çalışanın gördüğü iş dolayısıyla üçüncü kişiye hukuka aykırı bir fiil ile zarar vermesi halinde, çalıştırının sorumluluğu doğmaktadır¹⁴⁵.

Bilindiği üzere, TBK m 66/3 ile adam çalıştırana, eski Borçlar Kanunu'nda olmayan ve fakat doktrinde birçok yazar tarafından öteden beri kabul edilen yeni bir sorumluluk getirilmiştir. Organizasyon sorumluluğu olarak nitelendirilen bu sorumluluk, adam çalıştırının işletmeyi başkalarının zarara uğramasını engelleyecek şekilde organize etme yükümünün ihlalden kaynaklanır¹⁴⁶. Bu hüküm ile, adam çalıştırının objektif özen yükümüne, işletme organizasyonuna özen yükümü de dâhil edilmiş ve böylece göstermesi gereken özenin kapsamı genişletilmiştir. Buna bağlı olarak, kurtuluş kanıtı getirebilme imkânı zorlaştırılmıştır¹⁴⁷. Şöyle ki, çalışanın üçüncü kişiye hukuka aykırı bir fiil ile zarar vermesi halinde, adam çalıştırının sorumluluktan kurtulabilmesi için, çalışana yönelik, seçmede, talimat vermede ve denetimde gerekli özeni gösterdiğini ispatlaması yeterli olmayacak, ayrıca işletme organizasyonuna gerekli özeni gösterdiğini (işletme organizasyonunda bir eksiklik bulunmadığını) ispatlaması gerekecektir¹⁴⁸. Başka bir deyişle, üretim faaliyetinin bir işletmede gerçekleştiği durumlarda, üretici hem çalışanlarına yönelik özen yükümünü yerine getirmeli hem de işletmenin üretimde herhangi bir hataya yol açmayacak şekilde organizasyonu için gerekli özeni göstermelidir. O halde, örneğin adam çalıştırın, işletmede rasyonel, uygun bir işbölümü yapmamışsa, işletme faaliyetine uygun malzeme, araç ve makine sağlamamışsa, çalışanları aşırı iş yükü altında ve yetiştirdiği alanlar dışında çalıştırmışsa, iş yüküne göre yeterli sayıda çalışan istihdam etmemişse, çalışanlara yönelik özen yükümünü yerine getirmiş olsa dahi, işletme düzenine (organizasyonuna) gerekli özeni göstermediği için meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Tandoğan (n 82) 106, 107; Eren, *BG* (n 82) 642 vd; Oğuzman ve Öz (n 84) 142; Antalya (n 82) 329 vd; Nomer (n 82) N 118 vd; Baysal, *Haksız Fiil* (n 15) N 3.48 vd; Mustafa Ünlütepe, *Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III)* (Legal Yayıncılık 2016) 184; Seda Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştırının Sorumluluğu* (Turhan Kitabevi 2017) 20, 21; Sabah Altay, '6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırının İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK m. 66/3)' (2012) MÜHF-HAD Özel Sayısı (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan) 171, 172, 173; İpek Sağlam, 'Adam Çalıştırının Sorumluluğu' (2012) MÜHF-HAD Özel Sayısı (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan) 161, 163.

¹⁴⁶ Ünlütepe, *Organizasyon Sorumluluğu* (n 145) 405; Kılıçarslan (n 145) 132 vd; Antalya (n 82) 356; Mustafa Ünlütepe, 'Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III) ve Tehlike Sorumluluğu (TBK m. 71) İlişkinin Değerlendirilmesi' (2017) 12(2) ERÜHFD 1, 19; Türkmen (n 144) 260.

¹⁴⁷ Öz (n 140) 12; Altay (n 145) 179. Buna karşılık, doktrindeki bir görüş, TBK m 66/3'te öngörülen adam çalıştırının organizasyon sorumluluğunun, TBK m 66/1 ve 2'de düzenlenen adam çalıştırının genel sorumluluğundan bağımsız ve ayrı (özel) bir sorumluluk teşkil ettiğini savunmaktadır. Buna göre, TBK m 66/1'deki sorumluluk için zararın çalışanın fiilinden kaynaklanması gerekirken; TBK m 66/3'teki sorumluluk için, çalışanın fiilinden bağımsız olarak, zararın işletme faaliyetinden doğması aranmaktadır (Antalya (n 82) 359, 360; Ünlütepe, *Organizasyon Sorumluluğu* (n 145) 167 vd; Kılıçarslan (n 145) 66, 135.

¹⁴⁸ Oğuzman ve Öz (n 84) 151, 152; Baysal, *Haksız Fiil* (n 15) N 3.67; Öz (n 140) 12; Altay (n 145) 183; Türkmen (n 144) 274.

¹⁴⁹ Ünlütepe, *Organizasyon Sorumluluğu* (n 145) 452; Kılıçarslan (n 145) 152, 153; Oğuzman ve Öz (n 84) 152; Altay (n 145) 175; Sağlam (n 145) 168; Ünlütepe, 'Organizasyon ve Tehlike Sorumluluğu' (n 146) 8; Türkmen (n 144) 268.

İsviçre Federal Mahkemesi, 1993 tarihli Ürün Sorumluluğu Kanunu'ndan önceki dönemde verdiği birçok kararında, üreticinin sorumluluğunu, İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m 41'in (TBK m 49) yanısıra adam çalıştırının sorumluluğu (OR m 55) maddesi ile temellendirmekteydi¹⁵⁰. Özellikle 1964 tarihli "fritöz kararı", 1984 tarihli "menfez çerçevesi kararı" ve 1986 tarihli "katlanabilir koltuk kararında", üreticinin adam çalıştırın sıfatıyla organizasyon sorumluluğu kabul edilmiş ve Mahkeme'nin daha sonraki kararlarında bu görüş yerleşmiştir¹⁵¹. Bu konuda son derece önem taşıyan menfez çerçevesi kararında, Mahkeme, üreticinin OR m 55 çerçevesinde göstermesi gereken özenin, çalıştırılan yardımcıyı seçme, talimat verme ve denetleme ile sınırlı olmayıp, işletmenin amaca uygun biçimde örgütlenmesi ve başkalarının zarar görmesini önlemek için gerekliyse, ürünün nihai kontrollerinin yapılmasını da içerdiğini ifade etmiştir. Yine Mahkeme, "işletmenin amaca uygun organizasyonunda, adam çalıştırının, işçilerinden birinin hatasını engelleyip engellemeyeceğinin değil, işletmenin üretimde hiçbir hataya yol açmayacak şekilde örgütlenmiş olup olmadığının önem taşıdığını" belirtmiştir.

Şu halde, ÜGTDK'daki sorumluluk rejimi dışında, zarar görenin üreticinin sorumluluğu açısından başvurabileceği en elverişli yasal dayanağın TBK m 66 olduğu görülmektedir. Yani, zarar görenin birçok olayda hem ÜGTDK hem de TBK m 66'ya dayalı yarışan tazminat talepleri söz konusu olacaktır.

Öte yandan, her ne kadar üreticinin sorumluluğuyla ilgili olaylar açısından elverişli bir sorumluluk türü olsa da, bazı hallerde zarar görenin korunması açısından TBK m 66 yetersiz kalmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, TBK m 66'daki sorumluluk her ne kadar kusura dayanmayan bir sorumluluk türü olsa da, adam çalıştırın sıfatına sahip üreticinin kurtuluş kanıtı getirerek bu sorumluluktan kurtulabilmesi mümkündür. Bunu için de, ya fil karinesini (objektif özen yükümünü ihlal ettiği yönündeki karineyi) ya da nedensellik karinesini (zararın özen yükümünün ihlalinden

¹⁵⁰ Hess (n 32) Art 1 N 18; Roberto (n 32) N 08.57; Schwenzer (n 16) N 53.32; Furrer ve Reinfried (n 17) 571.

¹⁵¹ Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 52-56; Karaman (n 1) 102 vd. Fritöz kararı olarak bilinen karara konu olayda, bir otelin mutfağında kullanılan fritöz, termostatındaki hata nedeniyle yangına yol açmış ve oteldeki birçok eşya zarar görmüştür. Federal Mahkeme, üretim hatasına dayanan zararlardan üreticinin sorumluluğunu İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m 55 çerçevesinde incelemiştir (BGE 90 II 86, <<https://www.bger.ch/>> Erişim Tarihi 29 Temmuz 2020). Katlanabilir koltuk (ya da dişli koltuğu) kararı olarak bilinen karara konu olayda, bir diş doktoru hastaları için muayenehanesinin bekleme odasına bir ithalatçı firmadan satın aldığı katlanabilir koltuklardan koymuştur. Hastalardan biri oturduğu koltuğun kırılması nedeniyle yaralanmıştır. Federal Mahkeme, kırılan koltuğun hatalı üretildiği sonucuna vararak ithalatçının adam çalıştırın sıfatıyla sorumlu olduğuna hükmetmiştir (bu karar Federal Mahkemenin resmi külliyatında yayınlanmadığından, şu yazarmın eseri üzerinden aktarıyoruz. Bkz Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 57 dn 89). Menfez çerçevesi kararı olarak bilinen karara konu olayda, bir yol inşaatı sırasında taşınan oldukça ağır, beton bir menfez çerçevesi, çerçevenin ortasına bağlı taşıma halkasının kopması nedeniyle işçilerden birinin üstüne düşmüş ve işçi ağır yaralanmıştır. İşçi, adam çalıştırının sorumluluğuna dayanarak tazminat talebinde bulunmuştur. Federal Mahkeme, menfez çerçevesindeki üretim hatası nedeniyle, üreticinin adam çalıştırının sorumluluğu hükmü (OR m 55) uyarınca sorumlu olduğuna karar vermiştir (BGE 110 II 456, 463, <<https://www.bger.ch/>> Erişim Tarihi 29 Temmuz 2020). İsviçre Federal Mahkemesinin bu ve bu konudaki diğer kararlarına ilişkin değerlendirmeler hakkında bkz. Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 49 vd; Karaman (n 1) 102 vd.

kaynaklandığı yönündeki karineyi) çürütmesi gerekir¹⁵². Hâlbuki ÜGTDK m 21/2 ve 3 uyarınca, üreticinin sorumluluktan kurtulma imkânları çok sınırlıdır. ÜGTDK kapsamında üretici, ürünün hatalı olmaması için objektif olarak gerekli tüm özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Bu durum özellikle üretim kaçakları açısından hayli önem taşır. Üretim kaçacağı, üreticinin her türlü özeni gösterse dahi engel olamadığı teknik sorunlardan kaynaklanan, söz gelimi makinenin bir anlık durması, bir anda tutukluk yapması nedeniyle ürün serisinden sadece birkaçının hatalı çıktığı durumları ifade eder (örneğin kola şişesi kapağının patlayacak şekilde açılması gibi)¹⁵³. Gerek ÜGTDK gerekse Direktif uyarınca, üreticiye herhangi bir özen eksikliği atfedilemeyen bu tür hallerde dahi sorumluluk doğar. Yani üreticinin üretim kaçaklarının verdiği zararlara ilişkin sorumluluktan kurtulma imkânı yoktur¹⁵⁴. Oysa üreticiyi adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu kılmaya çalıştığımızda, Türk hukuku açısından, üretici, gerek çalışanlara yönelik gerekse işletme organizasyonuna yönelik gerekli tüm özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecek ve dolayısıyla adil olmayan bir durum ortaya çıkabilecektir. TBK m 66'nın yetersiz kaldığı diğer bir durum da, üreticinin herhangi bir çalışandan yararlanmadığı hallerde söz konusu olur. Söz gelimi bir kişi işletmede tek başına üretim yapıyorsa veya tüzel kişilerin bizzat organı üretim faaliyetinde bulunuyorsa bu maddenin uygulanma imkânı yoktur¹⁵⁵. Hiç kuşkusuz, bu hallerde, zarar görenin tazminat talebi ÜGTDK'ya dayandırılabilir.

Sonuç olarak, ÜGTDK dışında, üreticinin sorumluluğuyla ilgili olaylara, şartları gerçekleştiği takdirde adam çalıştıranın sorumluluğu hükmünün uygulanması (TBK m 66) mümkündür. Bu sorumluluk hükümlerinin uygulama alanları çoğu zaman kesişecek ve buna bağlı olarak, zarar görenin ÜGTDK m 6 ve TBK m 66 uyarınca yarışan tazminat talepleri gündeme gelecektir.

¹⁵² İlk karineyi çürütmesi için, hem çalışını seçmede, talimat vermede ve denetimde gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak çalışına yönelik karineyi çürütmeli; hem de işletme organizasyonuna gerekli özeni gösterdiğini (işletme organizasyonunda bir eksiklik bulunmadığını) ispatlayarak, işletmeye yönelik karineyi çürütmelidir. Nedensellik karinesinin çürütülmesi içinse, çalıştıran, gerekli özeni gösterseydi dahi zararın yine ortaya çıkacağını ispat etmeli; böylece objektif özen yükümü ihlali ile zarar arasında uygun nedensellik bağının mevcut olmadığını kanıtlamalıdır (bu konuda bkz. Eren, *BG* (n 82) 652-654; Nomer (n 82) N 118.11 vd; Baysal, *Haksız Fiil* (n 15) N 3.56 vd).

¹⁵³ Roberto (n 32) N 09.03 ve 09.32; Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 29; Honsell (n 10) § 21 N 34; Kırca (n 5) 109; Karaman (n 1) 128.

¹⁵⁴ Roberto (n 32) N 09.03; Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 29; Honsell (n 10) § 21 N 34; Kırca (n 5) 109; Karaman (n 1) 128, 129, 198.

¹⁵⁵ Kırca (n 5) 40; Kılıçarslan (n 145) 38, 39; Altay (n 145) 181. TBK m 66'nın üreticinin sorumluluğu açısından diğer sorunlu yönleri için bkz Karaman (n 1) 101, 102. Burada zarar görenin, zararın çalışının fiilinden doğduğunu, bu kişinin adam çalıştıranın çalışını olduğunu ispat yükü altında olması önemli bir sorundur (ibid 101). Ancak zarar gören lehine, ispat açısından çeşitli usul hukuku imkânlarından yararlanılması ve böylece ispat yükünün hafifletilmesi düşünülebilir. Bu bağlamda, hayatın olağan akışına uygun vakaların aksini iddia edenin ispatla yükümlü olması ya da zarar görenin fiili karineden (veya ilk görünüş ispatından) yararlanarak ispat yükünü yerine getirmiş sayılması imkânları sayılabilir.

2. Yapı Malikinin Sorumluluğu

Zarar görenin hatalı (uygun olmayan) ürün nedeniyle uğradığı zararlar için, ÜGTDK'daki sorumluluk dışında, üreticiyi ayrıca yapı malikinin sorumluluğu hükmü çerçevesinde sorumlu tutup tutamayacağı konusu doktrinde tartışılmıştır¹⁵⁶. Yapı malikinin sorumluluğu TBK m 69/1'de, “*bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür*” şeklinde düzenlenmiştir.

ÜGTDK m 3/1 (s)'deki ürün tanımının hayli geniş olması dikkate alındığında, üreticinin sorumluluğu ile ilgili olayların bazı hallerde TBK m. 69'un uygulama alanına girmesi mümkündür. Ancak yine de, iki sorumluluk türü arasındaki yarışma ilişkisi çok sınırlı bir alanda gündeme gelecektir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, yapı malikinin sorumluluğu maddesinin hatalı üretilen (yapımında bozukluk bulunan) taşınırlar açısından uygulanma imkânı neredeyse yoktur. Şöyle ki, yapı malikinin sorumluluğu, esas itibariyle taşınmaz yapı eserleri için öngörülmüştür¹⁵⁷. Yani TBK m 69'un konusu olan sabit ve toprağa bağlı yapılar (bina ve diğer yapı eserleri), olayların büyük çoğunluğunda taşınmaz niteliğinde olacaktır. Bu durum, üreticinin TBK m 69 temelinde sorumlu olabileceği ihtimalleri daha en başında oldukça azaltmaktadır. Elbette, doktrinde de kabul edildiği üzere, bazı hallerde sabit ve toprağa bağlı bir taşınırın da TBK m 69 anlamında “yapı eseri” sayılabilmesi mümkündür¹⁵⁸. Ancak hemen işaret edelim ki, yapı eseri sayılan taşınırlarda dahi TBK m 69 uyarınca sorumluluğun gündeme gelebilmesi için, üreticinin zarar gerçekleştiği sırada taşınırın (ürünün) maliki olması şarttır. Ne var ki ürün sorumluluğu kapsamındaki olayların büyük çoğunluğunda, zararın meydana geldiği sırada artık ürünün (taşınır yapının) maliki üretici olmadığından, üreticinin yapı maliki sıfatıyla sorumluluğu gündeme gelmez¹⁵⁹. Dolayısıyla, bu hallerde, hatalı (yapımında bozukluk bulunan) taşınır yapının sebep olduğu zararlar için, zarar gören kişi, üreticiye karşı ancak ÜGTDK m 6'ya dayanan tazminat talebinde bulunabilir. Görüldüğü üzere, bu noktada zarar görenin yarışan talepleri yoktur¹⁶⁰.

Öte yandan, yukarıda da işaret edildiği üzere, ÜGTDK'da sorumluluğun konusuna dair sınırlı bir ürün tanımı yapılmadığından, inşa edilmiş taşınmazlar açısından da üreticinin (yüklenicinin) sorumluluğuna gidilebilmesi mümkündür. Bu noktada, kişilerin can ve mal güvenliğine ve sağlığına zarar veren taşınmaz yapılar açısından,

¹⁵⁶ Öztan (n 10) 257, 264; Karaman (n 1) 106 vd; Özsunay (n 74) 135, 135; Saraçoğlu (n 136) 52, 53. Yargıtay bir kararında, binadaki şofben tesisatı nedeniyle hayatını kaybeden kişinin mirasçılarının şofben üreticisine karşı açtığı davada, imalatçının TBK m 69 (eski BK m 58) uyarınca sorumlu olabileceğini belirtmiştir (Yargıtay 11 HD, 12532/7601, 4.12.2018, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 29.07.2020).

¹⁵⁷ Erten (n 136) 86; Saraçoğlu (n 136) 62 vd; Oğuzman ve Öz (n 84) 172; Eren, *BG* (n 82) 673 vd.

¹⁵⁸ Erten (n 136) 107; Baş (n 136) 77, 78; Saraçoğlu (n 136) 66; Tandoğan (n 82) 185; Eren, *BG* (n 82) 673; Antalya (n 82) 408.

¹⁵⁹ Karaman (n 1) 107; Oğuzman ve Öz (n 84) 175 dn 120; Antalya (n 82) 396; Öz (n 140) 12.

¹⁶⁰ Hiç kuşkusuz, zarar gören kişi, ayrıca taşınır yapının malikine karşı (yoksa üreticiye karşı değil) TBK m 69'a dayanarak tazminat talebinde bulunabilir.

acaba üretici konumundaki yüklenicilerin TBK m 69 çerçevesinde sorumlu tutulması düşünülebilir mi? Teorik olarak bunun önünde herhangi bir engel yoktur. Kendi arsası üzerine yapı inşa eden yüklenici, örneğin çimentosu hatalı ya da kirışleri sağlam olmadığından dolayı yıkılan bir yapıdan zarar görenlere karşı, hem ÜGTDK m 6 hem de TBK m 69 uyarınca kusursuz sorumlu olacaktır. Ancak, olayların büyük çoğunluğunda, zarar meydana geldiği anda (yapının yıkılması anında) yapının maliki yüklenici olmayacağından, zarar gören, TBK m 69 uyarınca yükleniciye (üreticiye) başvuramayacak, ancak yapı malikinden tazminat talep edebilecektir. Görüldüğü üzere, burada da taşınır yapılara benzer bir durumla karşılaşılmaktadır. Hiç kuşkusuz, zarar gören, aynı zarara sebebiyet veren sorumlulardan üreticiye (yükleniciye) karşı ÜGTDK m 6, yapı malikine karşı TBK m 69'a dayanarak tazminat talep edebilir. Sonuç olarak, TBK m 69, üreticinin sorumluluğunu gerektiren olaylara uygun bir yasal dayanak sunmaktan uzaktır. Olayların büyük çoğunluğunda, TBK m 69 ile ÜGTDK m 6 arasında yarışma ilişkisinden söz etme imkânı yoktur.

3. Tehlike Sorumluluğu

TBK m 71'de önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler için genel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüştür. TBK m 71/1'e göre, "*önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur*". Doktrinde bazı yazarlar, üreticinin sorumluluğuyla ilgili olaylara genel tehlike sorumluluğunun uygulanabileceği görüşündedirler¹⁶¹. Buna karşılık, bizce de üstün tutulması gereken hâkim görüşe göre, üreticinin sorumluluğunu gerektiren olaylar tehlike sorumluluğunun kapsamına girmez¹⁶².

Öncelikle, tehlike sorumluluğu için, "*bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile*" bu işletmenin sık sık veya ağır zararlar doğuracak olması aranırken; bir üreticinin, olayların çoğunda gerekli tüm (objektif) özeni göstermesi halinde, ürünün hatalı olmasını ve böylelikle zararın doğmasını engellemesi mümkündür. Bunun istisnaları, gösterilen tüm özene rağmen engel olunamayan üretim kaçakları ve gelişim hatalarıdır¹⁶³. Diğer bir deyişle, tehlike sorumluluğunda, sorumlunun özen yükümüne aykırı davranıp davranmadığı, gerekli tüm tedbirleri alıp almadığı, sorumluluğun ortaya çıkması açısından önemli

¹⁶¹ Öztan (n 10) 282, 283; Mehmet Demir, 'İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu' (2010) (89) TBB Dergisi 96, 118, 119; Nurcihan Dalcı, 'TBK md. 71 Bağlamında İlaç Üreticisinin Tehlike Sorumluluğu' (2014) (114) TBB Dergisi 49, 75, 76; Bu görüşteki diğer yazarlar ve görüşün ayrıntıları için bkz Öztan (n 10) 257 vd; Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 94 vd.

¹⁶² Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 99; Kırcı (n 5) 122; Karaman (n 1) 127; Öz (n 140) 13; Mesut Serdar Çekin, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 169 dn 409; Paksoy ve Demir (n 17) 307, 314; Burcu G. Özcan Büyüktanır, 'Tüketicinin Ve Üçüncü Kişilerin Ayıplı Satılanın Kullanılması Nedeniyle Ortaya Çıkan Bedensel Bütünlük İhlali Halinde Manevi Zararlarının Tazmini' (2018) 67(3) AÜHFD 495, 518.

¹⁶³ Havutçu, *Üreticinin Sorumluluğu* (n 5) 100, 101; Karaman (n 1) 127; Paksoy ve Demir (n 17) 307, 310.

değildir. Zira sorumlulara herhangi bir özen yükümü yüklenmemiştir¹⁶⁴. Oysaki üreticinin sorumluluğu, esas itibarıyla objektif özen yükümünün ihlaline dayanır¹⁶⁵. Öte yandan, tehlike sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için zarara tehlike arz eden bir işletmenin faaliyeti sebep olmalıdır¹⁶⁶. Fakat üreticinin sorumluluğunda zarara sebep olan (tehlike arz eden), esas itibarıyla üretim faaliyeti değil, ürünün kendisidir. Kaldı ki, her ürünün üretim faaliyeti tehlike arz etmez, yani üretim yapan işletmeler her zaman tehlike kaynağı teşkil etmezler¹⁶⁷. Üretim faaliyeti tehlike arz eden (örneğin tüp gaz gibi) belirli ürünlerde ise, tehlike sorumluluğunun doğması için zararın üretim faaliyeti kapsamında gerçekleşen tipik tehlike sonucunda ortaya çıkması gerekir. Yani zarar tehlikeli faaliyet sırasında meydana gelmelidir. Oysa üreticinin sorumluluğuna konu olan olaylarda, zarar üretim faaliyeti sırasında değil, üretimden sonra, yani hatalı ürünün piyasaya sürülmesinden sonra (kullanıcının elindeyken) ortaya çıkar¹⁶⁸. Örneğin tüp üreticinin fabrikasında patlarsa tehlike sorumluluğu, tüpü satın alan kullanıcının evinde ya da işyerinde patlarsa üreticinin sorumluluğu gündeme gelir¹⁶⁹. Sonuç olarak, tehlike sorumluluğu maddesinin, üreticinin sorumluluğuna yasal dayanak teşkil etme ihtimali yoktur. Bu nedenle, TBK m 71 ile ÜGTDK m 6 arasında hiçbir zaman yarışma ilişkisi söz konusu olmayacaktır.

III. Sonuç

Üreticinin ve ithalatçının hatalı (uygun olmayan) ürünler nedeniyle tazminat sorumluluğu ÜGTDK m 6'da düzenlenmiştir. Sorumluluğun kapsamı, hatalı ürünün ölüm ya da yaralanmaya veya malların hasara uğramasına yol açması nedeniyle ortaya çıkan zararlardır. Dolayısıyla hükmün amacı, zarar görenin bütünlük menfaatinin korunmasıdır. Bununla birlikte, hatalı ürünün kendisinde ortaya çıkan zararın sorumluluk dışında kaldığı hükümde açıkça belirtilmemekle birlikte, hükümdeki “*ürünün, ... bir mala zarar vermesi*” ifadesinden bu yönde sonuç çıkarılması mümkündür. Keza, hükmün Direktif'e uygun amaçsal yorumu da bu sonucu destekler.

Kanun'da ürün sorumluluğu tazminatı talep edebilecek kişiler, sadece tüketicilerle sınırlı tutulmamış, hatalı üründen zarar gören herkes koruma altına alınmıştır. Koruma

¹⁶⁴ Çekin (n 162) 264 vd; Kırca (n 5) 122; Karaman (n 1) 126; Mehmet Erdem, 'TBK Uyarınca Tehlike Sorumluluğu' (2012) MÜHF-HAD Özel Sayısı (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan) 213, 218, 219; Başak Başoğlu, 'Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler' (2015) 6(2) İÜHFD 29, 46; Başak Başoğlu, 'Tehlike Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Tartışması' Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan (Der Yayınları 2015) 163, 166; Ünlütepe, 'Organizasyon ve Tehlike Sorumluluğu' (n 146) 14; Eren, *BG* (n 82) 521; Gizem Alper, *İşletme Nedeniyle Tehlike Sorumluluğu* (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Bölümü, yayınlanmamış doktora tezi 2018) 114, 255.

¹⁶⁵ Roberto (n 30) N 08.25, 09.03, Karaman (n 1) 129; Kırca (n 5) 22; Başoğlu, 'Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk' (n 164) 41; Tiryaki (n 67) 240; Ünal ve Kalkan (n 10) 53.

¹⁶⁶ Çekin (n 162) 217, 230; Eren, *BG* (n 82) 528; Antalya (n 82) 458; Nomer (n 82) N 123.1; Erdem, 'Tehlike Sorumluluğu' (n 164) 219; Alper (n 164) 113.

¹⁶⁷ Öz (n 140) 13; Paksoy ve Demir (n 17) 307.

¹⁶⁸ Öz (n 140) 13; Paksoy ve Demir (n 17) 307; Özcan Büyüktanır (n 162) 518; Alper (n 164) 12, 13.

¹⁶⁹ Öz (n 140) 13.

alanının bu şekilde geniş tutulması son derece isabetlidir. Hatalı ürünün sebep olduğu zararlardan kimlerin sorumlu olacağı konusunda ise, ÜGTDK’da, Direktif ile uyumlu şekilde, asli sorumlular ve ikincil sorumlular ayrımı karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, meydana gelen zararlardan ilk planda üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur. Bu sorumluluk kusura dayanmaz. Öte yandan, üretici, üreticinin yetkili temsilcisi veya ithalatçının tespit edilemediği hallerde ise, dağıtıcıların (toptancı, acente, nihai satıcı vb aracılarn) ikincil sorumluluğu düzenlenmiştir. Böylece zarar görenin her halükarda tazminat talebini ileri sürebileceği bir muhatap bulabilmesi amaçlanmıştır.

Üreticinin tazminat sorumluluğu için, zarar görenin üründeki hatayı (uygunsuzluğu), zararı ve hata ile zarar arasındaki nedensellik bağını ispat etmesi gerekir. ÜGTDK’da ürün kavramı, “ürün: her türlü madde, müstahzar veya eşyayı” ifade eder şeklinde oldukça geniş kaleme alınmıştır. Bu sebeple, taşınırlar, taşınmazlar ve gayri maddi mallar bu kavramın içine dâhil olarak, ürün sorumluluğunun konusu olabileceklerdir. Hatalı ürün nedeniyle ortaya çıkan zararlardan kusursuz sorumlu olan üreticinin (ve ithalatçının), ÜGTDK m 21/2’de belirtilen durumları ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmesi mümkündür. Üretici, ürünü kendisinin piyasaya arz etmediğini (m 21/2 a) ya da üründeki uygunsuzluğun dağıtıcıdan veya üçüncü bir kişinin ürüne müdahalesinden veyahut ürünün kullanıcılarından kaynaklandığını (m 21/2 b) ya da üründeki uygunsuzluğa, teknik düzenlemelere veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun şekilde yapılan üretimin yol açtığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir (m 21/2 c). Son kurtuluş kanıtı, üreticinin sorumluluktan kurtulmasını menfaatler dengesine aykırı şekilde kolaylaştırabilecek niteliktedir. Zira teknik düzenlemeler ürüne ilişkin asgari güvelik seviyesini belirlemekten ibarettir ve üreticinin bilimsel ve teknolojik gelişmeleri dikkate alarak daha güvenli ürün üretebilme imkânı vardır. Bu sebeple, söz konusu sorumluluktan kurtuluş sebebinin dar yorumlanması ve hâkimin durumun şartlarını daha sıkı değerlendirmesi gerekir. Öte taraftan, Direktif’ten farklı olarak, üreticinin ÜGTDK uyarınca gelişim riski savunmasında bulunarak sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Üreticinin gelişim risklerinden dolayı da tazminat ödeyebilecek olması, sorumluluğunu oldukça ağırlaştıracaktır. Hatta bu durum sebebiyle, üreticilerin yeni üretim tekniklerini denemekte ve yeni ürünlere yatırım yapmakta tereddüt duyacakları söylenebilir.

ÜGTDK m 6/6’ya göre, zarar görenin tazminat talebi, üç yıllık ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tabidir. Üç yıllık nispi süre, zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesinden; on yıllık mutlak süre ise zararın meydana geldiği tarihten itibaren başlar. Ancak önemle belirtelim ki, on yıllık zamanaşımı süresinin “zararın gerçekleşmesinden” itibaren başlayacak olması, üretici açısından öngörülemez bir sorumluluk süresi teşkil edeceğinden hukuk güvenliği açısından sakıncalıdır. Ayrıca bu denli geniş bir riskin sigortalanması ve fiyatlara yansıtılması da uygulama açısından sorun teşkil edebilecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Akçura Karaman T, *Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu* (Vedat Kitapçılık 2008).
- Akipek Ş, 'Bedensel Zararların Tazmini Kapsamında Tüketici Hukuku Yönünden Ürün Sorumluluğu' *Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Cilt 2* (TBB Yayınları 2016) 23-38.
- Akkayan Yıldırım A, 'Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararların Tazmini Taleplerinde Uygulanacak Zamanaşımının Yeni Eğilimler Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2016) 74(1) İÜHF 185-219.
- Alper G, *İşletme Nedeniyle Tehlike Sorumluluğu* (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Bölümü, yayınlanmamış doktora tezi 2018).
- Altay S, '6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırmanın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK m. 66/3)' (2012) MÜHF-HAD Özel Sayısı (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan) 171-185.
- Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1, 2* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Aral F ve Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (12. Baskı, Yetkin Yayınları 2019).
- Aslan İY, *Tüketici Hukuku* (5. Baskı, Ekin 2015).
- Atamer YM ve Baş E, 'Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Koruması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk' (2014) 88(1) İstanbul Barosu Dergisi (Tüketici Hakları Ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı) 19-60.
- Atamer YM ve Sanlı KC, 'Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden İmalatçının Kusursuz Sorumluluğuna Dair Bir Değerlendirme' (2012) (Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş'a Armağan) 769-813.
- Atamer YM, 'Avrupa Topluluğu Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu' Ebru Ceylan (ed), *Tüketicinin Korunması Semineri 2-4 Kasım 2006* (Yetkin Yayınları 2006) 73-84. (İmalatçının Sorumluluğu)
- Atamer YM, 'Third Persons' Liability for Non-conformity in Sales Contracts and Sellers' Right of Redress in Turkey' *European Perspectives on Producers' Liability* (Sellier 2009) 579-600.
- Aydoğdu M, *Tüketici Hukuku Dersleri* (Adalet Yayınevi 2015).
- Baş E, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk* (XII Levha Yayıncılık 2011).
- Başoğlu B, 'Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler' (2015) 6(2) İÜHFD 29-56.
- Başoğlu B, 'Tehlike Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Tartışması' Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan (Der Yayınları 2015) 163-184.
- Başpınar V ve Altunkaya M, 'Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması Ve Süresi' (2008) 57(1) AÜHFD 95-131.
- Baysal B, 'Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü' Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan (Seçkin Yayıncılık 2004) 475-505.
- Baysal B, *Haksız Fiil Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Buz V, 'Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK. M. 60 Üzerine Düşünceler' (2013) 29(2) BATİDER 19-57.
- Büyüksağış E, 'Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler' (2006) 8(1) DEÜHFD 1-20.
- Canpolat Ö, 'Üretici ve Sorumluluğu' (2013) (2) Ankara Barosu Dergisi 369-398.

- Çabri S, *6502 sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Adalet Yayınevi 2016).
- Çekin MS, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu* (On İki Levha Yayıncılık 2016).
- Dalcı N, 'TBK md. 71 Bağlamında İlaç Üreticisinin Tehlike Sorumluluğu' (2014) (114) TBB Dergisi 49-78.
- Demir M, 'İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu' (2010) (89) TBB Dergisi 96-128.
- Develioğlu HM, 'Haksız Fiilden Doğan Taleplerin Tâbi Olduğu Bir Yıllık Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı' *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan* (XII Levha Yayıncılık 2010) 787-821.
- Dönmez Ü, 'Türk ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk ve Özel Sorumluluk Halleri' (2016) 7(1) İÜHFD 381-406.
- Ebers M, 'Yapay Zekâ için Sözleşmeden Kaynaklanmayan Sorumluluk – Temel Sorunlar' Zehra Başer Doğan (çev) (2019) 16(16) Rechtsbrücke – Hukuk Köprüsü 75-109.
- Erdem M, 'TBK Uyarınca Tehlike Sorumluluğu' (2012) MÜHF-HAD Özel Sayısı (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan) 213-222.
- Erdem M, *Özel Hukukta Zamanaşımı* (XXII Levha Yayıncılık 2010).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Yetkin Yayınları 2017).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (5. Baskı, Yetkin Yayınları 2017).
- Erlüle F, 'Yapımcının Sorumluluğu' (2008) 14(4) MÜHF-HAD 303-340.
- Erten MA, *Türk Borçlar Hukukuna göre Bina ve İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu* (BK. md. 58) (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2000).
- Fairgrieve D ve Howells G, 'Rethinking Product Liability: A Missing Element in the European Commission's Third Review of the European Product Liability Directive' (2007) 70(6) The Modern Law Review 962-978.
- Fairgrieve D ve Vaque G, 'Introduction' Duncan Fairgrieve (ed), *Product Liability in Comparative Perspective* (Cambridge University Press 2005) 1-9.
- Fellmann W ve von Büren-von Moos G, *Grundriss der Produkthaftpflicht* (Stämpfli Verlag 1993).
- Furrer A ve Reinfried SN, 'Producer's and Seller's Liability under Swiss Law – A Comparative Analysis under European Perspectives' *European Perspectives on Producers' Liability* (Sellier 2009) 563-577.
- Gezder Ü, 'Elektronik Ticaret Hukuki İşlemlerinin Ayrımı – Dijital İçerik ve Hukuki Niteliği' (2016) 22(3) MÜHF-HAD (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan) 1119-1132.
- Gümüş MA, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Şerhi Cilt 1* (Vedat Kitapçılık 2016).
- Havutçu A, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıplı Mal Ve Hizmet Nedeniyle Tüketicinin Tazminat Hakkı (Özellikle Bedensel Zararlar Yönünden)' *Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Cilt 2* (TBB Yayınları 2016) 91-114.
- Havutçu A, 'Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı' (2010) 12 DEÜHFD Özel Sayı 579-605.
- Havutçu A, *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık 2005).
- Hess H, *Kommentar zum Produkthaftpflichtgesetz* (2. Bası, Paul Haupt Verlag 1996).
- Honsell H, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (5. Bası, Schulthess 2013).

- Howells G, Twigg-Flesner C ve Willett C, 'Product Liability and Digital Products' *EU Internet Law* (Springer 2017) 183-195.
- Kahveci N, *Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi* (Adalet Yayınevi 2014).
- Kapancı KB, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesen Garanti Taahhütleri* (XII Levha Yayıncılık 2012).
- Kaplan İ, 'İmalatçının Sorumluluğu Üzerine Düşünceler' (1985) 13(1) BATİDER 137-140.
- Kara D, 'İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı' (2018) (1) GÜHFD 483-530.
- Kara KS, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu* (Turhan Kitabevi 2017).
- Kaya A, '6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması' (2016) 1(2) ÇÜHFD 207-228.
- Kırca Ç, *Ürün Sorumluluğu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007).
- Kırca İ ve Aydın R, 'İnkişaf Riski – İmalatçının/Üreticinin Sorumluluğu' *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan* (Yetkin Yayınları 2006) 679-692.
- Kulaklı E, *Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı* (XII Levha Yayıncılık 2009).
- Lenze S, 'German Product Liability Law: Between European Directives, American Restatements and Common Sense' Duncan Fairgrieve (ed), *Product Liability in Comparative Perspective* (Cambridge University Press 2005) 100-125.
- Mildred M, 'The Development Risks Defence' Duncan Fairgrieve (ed), *Product Liability in Comparative Perspective* (Cambridge University Press 2005) 167-191.
- Nart S, 'Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi' (2012) MÜHF-HAD Özel Sayısı (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan) 215-237.
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Beta Yayıncılık 2020).
- Oğuzer P, 'Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Üreticinin Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri' Başak Baysal (ed) *Sorumluluk Hukuku (Seminerler)* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 351-412.
- Oğuzman K ve Barlas N, *Medeni Hukuk* (25. Bası, Vedat Kitapçılık 2019).
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2* (15. Bası, Vedat Kitapçılık 2020).
- Öz T, 'Üreticinin Sorumluluğu' (2007) 6(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7-18.
- Özcan Büyüktanır BG, 'Tüketicinin Ve Üçüncü Kişilerin Ayıplı Satılanın Kullanılması Nedeniyle Ortaya Çıkan Bedensel Bütünlük İhlali Halinde Manevi Zararlarının Tazmini' (2018) 67(3) AÜHFD 495-534.
- Özsunay E, 'Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu' (1979) 10(1) BATİDER 97-158.
- Öztan B, *İmalatçının Sorumluluğu* (Turhan Kitabevi 1982).
- Paksoy MS ve Demir GA, 'Üreticinin Tbk 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması' (2013) 71(2) İÜHFM 299-316.
- Rey H, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (4. Bası, Schulthess 2008).
- Rizzi M, 'A Dangerous Method: Correlations and Proof of Causation in Vaccine Related Injuries' (2018) 9(3) Journal of European Tort Law 1-13.
- Roberto V, *Haftpflichtrecht* (Stämpfli Verlag 2013).
- Sağlam İ, 'Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu' (2012) MÜHF-HAD Özel Sayısı (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan) 161-169.

- Saraçoğlu S, *Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yapı Malikinin Sorumluluğu (TBK m. 69)* (On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Schwartz TG, 'Understanding Products Liability' (1979) 67 (3) California Law Review 435-496.
- Schwenzer I, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (6. Baskı, Stämpfliverlag 2009).
- Serozan R, *(Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı) Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (7. Bası, Filiz Kitabevi 2016).
- Tandoğan H, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2010).
- Tarman ZD, 'Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bakış' (2007) 65(2) İÜHF 299-326.
- Taschner HC, 'Product Liability: Basic Problem in a Comparative Law Perspective' Duncan Fairgrieve (ed), *Product Liability in Comparative Perspective* (Cambridge University Press 2005) 155-166.
- Tiryaki B, 'Avrupa Konseyi'nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi'ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı İle Mukayesesi' (2006) 55(2) AÜHF 229-248.
- Türkmen A, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m 66/III)' (2012) 70(2) İÜHF 257-284.
- Ünal A ve Kalkan A, 'Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler' (2019) (39) TAAD 45-82.
- Ünlütepe M, 'Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III) ve Tehlike Sorumluluğu (TBK m. 71) İlişkinin Değerlendirilmesi' (2017) 12(2) ERÜHF 1-42.
- Ünlütepe M, *Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III)* (Legal Yayıncılık 2016).
- Verheyen T, 'Full Harmonization, Consumer Protection and Products Liability: A Fresh Reading of the Case Law of the ECJ' (2018) 26(1) European Review of Private Law 119-140.
- Verheyen T, 'Modern Theories of Product Warnings and European Product Liability Law' (2019) 15(3) Utrecht L Rev 44-56.
- Wagner G, 'Produkthaftung für autonome Systeme' (2017) 217 Archiv für die civilistische Praxis 707-765.
- Weatherill S, *EU Consumer Law and Policy* (Elgar 2005).
- Whittaker S, 'Introduction to Fault in Product Liability' Simon Whittaker (ed), *The Development of Product Liability Volume 1* (Cambridge University Press 2010) 1-50.
- Yasan C, *İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk* (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, yayınlanmamış doktora tezi 2015).
- Yıldırım MF, 'Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin İlacın Ayıplarından Sorumluluğu' Murat Şen ve Ahmet Başözen (ed), *İlaç Hukuku: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009* (2009) 19-36.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 15.11.2019
Revizyon Talebi: 08.05.2020
Son Revizyon: 20.07.2020
Kabul: 30.10.2020

Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza

Muhammed Demirel*

Öz

Yaşam, vücut ve cinsel özgürlük gibi birçok alana ilişkin olarak bireysel dokunulmazlıklar söz konusudur. Bu dokunulmaz alanlara kural itibarıyla hiçbir şekilde müdahale edilemez. Bununla birlikte kişi, müdahale teşkil eden davranışlara karşı rıza gösterebilir. Kişinin rızası ile birlikte belirli koşulların varlığı halinde bu fiiller haksızlık teşkil etmeyecektir. Bu durum, iki şekilde olabilir. İlk ihtimalde rıza, tipiklik kapsamında yer alabilir ve böylece tipikliğin gerçekleşmesine engel teşkil edebilir. Ya da rıza, hukuka aykırılık unsuru altında bir hukuka uygunluk nedeni olabilir. Böylelikle rızanın konumlandığı yere göre etkisi de değişiklik gösterecektir. Esasen her iki durumda da işlenen fiil, rıza ile meşru olacaktır. Ancak rızanın konumuna göre koşulları ve beraberinde getirdiği sonuçlar değişecektir. İşte bu incelemede konumlandığı yere göre rızanın koşulları ve beraberinde getirdiği sonuçlar, detaylı bir şekilde ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İlgilinin rızası, Rıza ehliyeti, Hata, Cinsel suçlar, Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, Konut dokunulmazlığının ihlali, Hırsızlık

Two Aspects of Consent in Criminal Law: Consent, Which Prevents the Typical Act and Consent, which is the Justification

Abstract

There are individual immunities in many areas such as life, body and sexual freedom. As a rule, these untouchable areas cannot be affected in anyway. However, a person can give a consent against these kinds of acts. These acts do not constitute injustice in the presence of certain circumstances with the consent of the person. This can be done in two ways. Firstly, the consent can fall into the typicality and thus hinder the realization of the typicality. Secondly the consent can be a justification under the element of illegality. The effect of consent thus depends on where the consent is. In fact, in both cases, the act committed will be legal with consent. However, the conditions and consequences of consent vary according to the position of consent. In this review, the conditions of consent and the consequences of consent are discussed in detail according to its position.

Keywords

Consent of the concerned person, Consent capability, Mistake, Sexual crimes, Deprivation of liberty, Home invasion, Theft

* **Sorumlu Yazar:** Muhammed Demirel (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: muhammedemirel@gmail.com ORCID: 0000-0001-9162-1459

Atf: Demirel M, "Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza" (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1469. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.3.0010>



Extended Summary

The importance of consent in the meaning of criminal law goes back to ancient times. Consent appears firstly in Digesta with the expression “*volenti non fit iniuria*”. This statement means that “what happens with the will of the injured person is not unjust.” There is no clear regulation regarding consent in the German Penal Code. With the reform of the criminal law in Turkish law carried out on June 1, 2005, however, the regulation of “consent of the concerned” was incorporated into criminal law and the conditions of consent were clearly defined.

Consent can be positioned in two places in the criminal system. In some cases, consent can be an element of typicality within the framework of typicality. In this case, consent prevents the objective element. In some cases, consent may be under the element of illegality. In this case, consent makes the typical act lawful. If consent is explicitly included in the definition of crime, it is in the objective element. Theft could be given as an example.

Sometimes the position of consent is determined with the interpretation of the elements of the crime. At this point, the function of the crime and the legally protected interest are taken into account. According to German law, the crime of deprivation of liberty (Section 239) can be an important example for that. Under Turkish law, consent exists both in teaching and in court decisions regarding deprivation of liberty under the element of illegality. Likewise, according to German law, consent regarding sexual crimes is found under the objective element. It is also accepted by some authors in Turkish law. In fact, we also share this opinion. However, according to the prevailing view in Turkish law, the victim’s consent lies in the element of illegality.

The position of consent will bring many important results in practice, especially in error. These results are shown as a table:

TWO DIFFERENT CONSENTS¹	
CONSENT UNDER THE ELEMENT OF ILLEGALITY	CONSENT UNDER THE TYPICALLY ACT
<ul style="list-style-type: none"> • There is an effect that makes the act legitimate. • Typical act occurs, but that act becomes lawful because of the consent. 	<ul style="list-style-type: none"> • The consent prevents the act from being typical. • Thus, the objective element does not occur.
<ul style="list-style-type: none"> • The ability to consent must be obtained for the consent. 	<ul style="list-style-type: none"> • Due to the actual structure of the act, only the person's natural will is taken into account. • It is not necessary to have the ability to consent. • The will to consent alone is sufficient.
<ul style="list-style-type: none"> • The consent should be expressed clearly and specifically • The consent form should not be based on a lack of will, such as fraud, threats or errors. • Otherwise the consent is invalid and ineffective. 	<ul style="list-style-type: none"> • It is not necessary to express the consent clearly and specifically. • It is sufficient that the consent actually exists. • However, consent must have been given deliberately. • Passive toleration is not enough due to fear. • The lack of will through fraud is as a rule insignificant.
<p>In case of a mistake:</p> <ul style="list-style-type: none"> • If the offender does not know the current consent, punishment for attempted crimes or for completed crimes will be according to subjective view. According to the objective opinion, there is no punishment. • If the offender believes that there is an existing and valid consent, the offender will not have acted deliberately. Negligent responsibility is affected. • In addition, according to the view prevailing in German teaching, the intention of guilt is lost. Two views emerged here. According to the first view, it is the error that cancels the intention. According to the second opinion, there is an error that influences guilt. 	<p>In case of a mistake:</p> <ul style="list-style-type: none"> • If the perpetrator is not aware of the current consent, an impracticable attempt exists. The impracticable attempt will be punished according to German law. However, an impracticable attempt will not be punished under Turkish law. • If the offender believes that there is an existing and valid consent, the offender will not have acted deliberately. Negligent responsibility is affected.

¹ Schmidt's work was used as the basis for the preparation of the table. See Schmidt (n 2) kn 451.

Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza

I. Genel Olarak

Meşru savunma ve zorunluluk hali kapsamında iki menfaat arasında bir çatışma mevcut olup bir menfaat üzerinde mevzu bahis olan saldırı ya da tehlikeye karşılık bu menfaatin korunması adına söz konusu saldırı veya tehlikenin bertaraf edilebilmesi için başka bir menfaatin ihlal edilmesi söz konusudur. Oysa ki kişinin rızasında belirli koşullar altında belirli hukuki değerlerin yetkili olan, kural olarak bu değerlerin sahibi olan kişi tarafından, bu hukuki değer üzerinde bir *vazgeçiş* mevzu bahis olabilir. Bu durumda da hukuk düzeni açısından kural olarak bu menfaatin korunması için bir gereklilik kalmamakta, bu defa hukuk düzeni bu değeri korumamakta ve gerçekleştirilen hareket cezalandırılmamaktadır¹. Özellikle tıbbi müdahale gibi durumlarda rıza gösteren kişinin karşı tarafça ihlal edilmesine rıza gösterdiği değer, zaten önceden bir şekilde zarar görmüş yahut tehlikeye düşmüş ve tedavi edilmesi gereken bir durum olarak görünmektedir. Örneğin tedavi etmek üzere narkoz vererek hastasını uyuşturan hekim, her ne kadar hastasının vücut dokunulmazlığını ihlal etmekteyse de esasında bu hastanın vücudu zaten tedavi edilmesini gerektirecek şekilde zarar görmüş ya da zarar görme aşamasına gelmiş haldedir. Bu anlamda rızada, büyük ölçüde kişinin kendisi için ve yine kişinin kendisine ait bir değere yönelik saldırı gerçekleştirilirken meşru savunma ve zorunluluk halinde genel olarak kişinin kendisi için başkasına ait bir değere yönelik saldırı gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla meşru savunma ve zorunluluk halinden oldukça farklı olan ve bu anlamda farklı koşul ve kurallara tabi olan rıza kurumu da incelenmeye değer konulardan biri olarak öne çıkmaktadır.

Kişinin rızasının ceza hukuku anlamında önemini tarihi olarak oldukça eski zamanlara kadar uzandığı ifade edilebilir². Bu çerçevede ilk defa *Digesta*'nın 27. Kitabında Roma hukukçusu *Ulpian* tarafından yer verilen ve “*Zarar verilen kişinin iradesiyle olan şey, haksız değildir.*” anlamına gelen “*volenti non fit iniuria*” şeklindeki ifade kapsamında rıza ile karşılaşılmaktadır³. Bu cümlede yer alan “*iniuria*” ibaresinin

¹ Rolf Schmidt, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (14. Auflage, Bremen 2015) kn 428; Alfred Bergmann, ‘Die Grundstruktur des rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB)’ (JuS 1989) 109; Thomas Rönnau, ‘Grundwissen – Strafrecht: Einwilligung und Einverständnis’ (JuS 2007) 18.

² Hans-Heinrich Jescheck and Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (5. Auflage, Duncker&Humblot Berlin 1996) § 34 II 1; Rönnau (n 2) 18.

³ Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (7. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2015) § 12 kn 1 dipnot 1; Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Auflage, Verlag Franz Vahlen München, 2017) § 9 kn 20; Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch and Jörg Eisele, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (12. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2016) § 15 kn 117; Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Band I, 4. Auflage, C. H. Beck, München 2006) § 13 kn 1; Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Auflage, C. H. Beck, München 2017) § 23 kn 7; Jescheck and Weigend, § 34 II 1; Rönnau (n 2) ‘Grundwissen – Strafrecht: Einwilligung und Einverständnis’ 18; Wolfhard Kohte, *Die rechtfertigende Einwilligung* (Mohr Siebeck, 1985) 108; Knut Amelung, ‘Über die Einwilligungsfähigkeit’ (ZStW 104, 1992) 525; Meral Ekici Şahin, *Ceza Hukukunda Rıza* (1. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2012) 55; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükmeler* (11. Bası, Seçkin, Ankara 2018) 288, 289.

dar anlamda sadece hakaret olarak anlaşılması, kişilik haklarının her türlü şekilde ihlali olarak okunması gerektiği belirtilmektedir⁴. Bu bakımdan aynı zamanda bir ilke olarak görülen bu ifade, Roma hukukunda rızanın her “*iniuria*” durumunda (yaşamın ve vücudun zarar görmesi altında kişilik haklarının ihlali) hukuka uygun kılıcı etkisine karşılık gelir. Yani rızanın Roma hukukunda farklı şekilde ele alınmasına ve dogmatik anlamda günümüzdeki durumundan uzaklaşmasına neden olan⁵ bu ilkeye göre, kişinin iradesiyle sonuçlanan hukuki değerine yönelik saldırı, haksızlık teşkil etmeyecektir. Zira her vatandaş, “*kendi yaşam alanı*” üzerinde serbest şekilde tasarrufta bulunabilecektir. Böylelikle suçun yapısını sübjektif hakların ihlal edilmesinde gören doğal hukuk öğretisi için hukuk düzeninin ilgili kişiye ceza hukuku korumasından vazgeçme konusunda ne denli yetki verdiği açıklığa kavuşturulmuştur⁶.

Bununla birlikte her ne kadar tarihi süreç içerisinde hukuk okulları tarafından farklı görüşler⁷ ileri sürülmüş ve rıza konusu bu ifadeden bağımsız olarak tartışılmışsa da bu ifade, nihayetinde günümüzde de bazı sınırlandırmalarla birlikte kabul edilmiştir. Nitekim günümüzde Alman Ceza Kanunu’nda bazı suç tipleri kapsamında örtülü şekilde düzenlenmiş olma dışında rızaya ilişkin açık bir düzenleme yer almazken⁸ doktrinde yalnızca Alman Anayasası’nın 2’nci maddesinde *kendi geleceğini belirleme hakkı* çerçevesinde rıza kurumunun kendine bir yer bulduğuna dikkat çekilmektedir⁹. Bu çerçevede kendi geleceğini belirleme hakkının, sahibine kendisini başkasının yaralamasına izin verebilme de dahil olmak üzere hukuki değerler üzerinde tasarruf etme yetkisi verdiği kabul edilmiş ve kural olarak kişinin rızasına belirli bir değer atfedilmiştir¹⁰. Burada dikkat çekilmesi gereken husus, kişilerin bireysel anlamda

⁴ Roxin (n 4) § 13 kn 1.

⁵ Kohte (n 4) 108, 109.

⁶ Jescheck and Weigend (n 4) § 34 II 1.

⁷ Bir defa tarihi hukuk okulu savunucuları, ceza hukukunun sadece genel yapıya hizmet edebileceği argümanından hareketle rızanın cezalandırılabilirlik üzerindeki etkisini reddetmişler, devlet düzeninin tarihi görüntü şekli olarak ceza hukukunun her bir kişinin hevesine, isteğine tabi kılınmayacağını ileri sürmüşlerdir. Buna karşılık doğal hukuk öğretisinin etkisinde olan yazarlar ve keza *Hegel* etkisinde kalan yazarlar, günümüzdeki hâkim görüşte olduğu gibi saldırıya maruz kalan hukuki değerlerin tasarruf edilebilirliği kriterine dayanmışlar ve böylelikle rızayı sadece sübjektif haklardan vazgeçiş durumunda etkili görmüşlerdir. Dolayısıyla bu görüşe göre her bir kişinin sübjektif iradesinin bir yansıması olan rızaları, çok fazla objektif genel iradesinin reddini de içermemelidir. Bu çerçevede de kişinin tasarruf edebilme ehliyetini dikkate almışlar ve objektif genel iradeye karşı yönelen saldırıları bu kapsamda telakki etmemişlerdir. Nihayet sosyolojik hukuk okulu ise cezalandırılabilir hareketin yapısını menfaatlerin ihlalinde görür ve dolayısıyla da rızanın hareket eden kişinin hayat ve vücut bütünlüğü de dahil olmak üzere hak ihlalini kesin bir şekilde ortadan kaldıracığını kabul ederler. Bu açıklamalar için bakınız Roxin (n 4) § 13 kn 1; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 II 1. Rıza, 20. yüzyıla kadar bilhassa özel hukuk anlamında irade açıklaması olarak telakki edilmiştir. Nitekim bu sebepten dolayı da irade yeteneği ve irade eksikliğine ilişkin hususlar, medeni hukuk kuralları dikkate alınarak belirlenmiştir. Bu etkinin halen devam ettiğine vurgu yapılmıştır. Bununla birlikte irade açıklaması ile rıza arasında farklı norm tipleri kapsamında yer almaları bakımından da keskin bir ayrım olduğuna da işaret edilmiştir. Nitekim rızanın düzenleyici bir norm olduğu, yani insan vücudu gibi mevcut değerleri koruduğu, değerlerin dokunulmazlığının ilgili kişinin menfaatine olmaması halinde hak sahibinin bu normun korumasının kaldırılmasına dair iradesini açıkladığı, özel hukuk anlamındaki irade açıklamasının ise yapıcı bir norm niteliğini haiz olduğu belirtilmiştir. Açıklamalar için bakınız Knut Amelung and Frieder Eymann, ‘Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht’ (JuS 2001) 937, 938.

⁸ Friedrich Geerds, ‘Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf’ (ZStW 1960) 48, 49.

⁹ Uwe Murmann, *Grundkurs Strafrecht* (3. Auflage, C.H. Beck, München 2015) § 25 kn 116; Kühl (n 4) § 9 kn 20; Rengier (n 4) § 23 kn 7; Ekici Şahin (n 4) 55. Alman doktrininde çoğunlukla hukuka uygunluk nedeni olan rızanın örf-adet hukukundan kaynaklı olduğu ifade edilmektedir. Bakınız Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 117.

¹⁰ Kühl (n 4) § 9 kn 20.

kendileriyle ilgili olarak karar verebilme haklarının, korunan hukuki değerler karşısında üstün görülmesidir¹¹. Zaten bu hukuki değerlerin ceza hukuku anlamında korunmasının da bu değerlerin kişinin özgürlüğüyle yakından ilişkili olmasından kaynaklandığının altı çizilmekte, bu bakımdan da bu tür değerlerin ihlal edilmesinin, şayet ilgili kişinin iradesine uygun olarak rızası varsa haksızlık teşkil etmeyeceğine işaret edilmektedir¹². Ancak elbette kişinin kendisi için korunuyor olsalar da hukuki değerler üzerinde tasarruf yetkisinin belirli koşulları öngörülmüş, bu hususta Alman doktrininde bazı tartışmalara yer verilmiştir. Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda 1 Haziran 2005 tarihinde yapılan ceza hukuku reformuyla birlikte ceza kanununda “ilgilinin rızası” düzenlemesi ihdas edilmek suretiyle rızanın koşullarına açıkça yer verilmiştir. Bu bağlamda hiç kuşkusuz Türk ceza hukukunda, rıza mevzusunun çok daha belirgin hale getirildiğinin altı çizilmelidir. Nitekim Alman Ceza Kanunu’nda bu konuya ilişkin genel nitelikte pozitif bir kanuni düzenlemenin bulunmaması nedeniyle Alman doktrininde hukuka uygunluk nedeni olan rızanın unsurları ve yapısına ilişkin tek bir görüş elde edilmesinin zorluğuna işaret edilmiş, rızanın koşulları ve temeli bakımından mahkeme kararları ve literatürdeki görüşler dikkate alındığında çok sayıda belirsiz şartın ortaya konulduğuna vurgu yapılmıştır¹³.

Buna mukabil Alman ceza hukuku doktrininde rızanın hukuka uygunluk nedeni olan ve tipikliğe engel olan rıza olmak üzere iki türü olduğu ileri sürülmüş, Alman doktrini bu yönde bir gelişim göstermiştir. Yoksa failin tipik olarak korunan hukuki değer üzerinde tasarruf yetkisine sahip kişinin iradesiyle hareket etmiş olması durumunda, haksızlığın söz konusu olmayacağı konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır¹⁴. Buna karşılık Alman doktrininde daha çok rızanın hangi suç tiplerinde hukuka uygunluk nedeni olduğu, hangi suç tiplerinde tipikliğe engel olucu bir nitelik arz ettiği tartışması üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda çeşitli tartışmalarla birlikte birtakım sonuçlara ulaşılmış, hatta bu iki rıza türünün koşulları belirli noktalarda birbirinden ayrı olacak şekilde belirginleştirilmiş ve bu farklılıkların ne gibi neticeleri beraberinde getireceği hususu detaylı olarak irdelenmiştir. Ancak Türk hukukunda benzer tartışmalara ve görüşlere pek yer verilmediği, genel itibariyle hukuka uygunluk nedeni olan rıza ile yetinildiği hususu dikkat çekmektedir. Halbuki bu iki rıza türünün ortaya çıkardığı farklı sonuçlar göz önüne alındığında bu ayrımın oldukça önemli olduğu, dolayısıyla da özel olarak irdelenmesi gerektiği belirtilmelidir.

Gerçi Alman Ceza Kanunu’nun aksine, Türk Ceza Kanunu’nda rızaya ilişkin açık bir düzenlemenin var olmasından dolayı Türk hukukunda bu türden bir tartışmaya gerek bulunmadığı ileri sürülebilirse de bu tarz bir karşı görüş, Türk hukukundaki suç tipinde açıkça “rızaya aykırılık” unsurunun belirtildiği suç tipleri de dahil olmak

¹¹ Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Auflage, J. C. B. Mohr, Tübingen 1975) 8/124.

¹² Günter Stratenwerth and Lothar Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. Auflage, Verlag Franz Vahlen München, 2011) § 9 kn 6.

¹³ Rönnau (n 2) 19; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 117.

¹⁴ Kindhäuser (n 4) § 12 kn 2.

üzere bütün suçlar bakımından rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi sonucunu ortaya çıkaracaktır. Bu defa da suç tiplerinde açıkça yer verilen “rızaaya aykırılık” unsurunun ne tür bir anlam ifade ettiği sorusuyla karşılaşılacaktır. Kaldı ki Alman hukukunda “*tipikliğe engel olan rıza/hukuka uygunluk nedeni olan rıza*” şeklinde bir ayrıma gidilmesinin nedeni olarak ceza kanununda rızaya ilişkin açık bir düzenlemenin bulunmayışı da gösterilemez. Şu hâlde Türk Ceza Kanunu’nda zaten rızaya ilişkin açık bir düzenlemenin bulunduğu, dolayısıyla da rızanın niteliğine dair bu şekilde bir ayrıma gidilmesinin bir öneminin bulunmadığı yönünde itirazların¹⁵ ileri sürülmesi yerinde olmayıp bilakis rızanın bu iki farklı niteliğinin irdelenmesi özel bir gereklilik arz etmektedir.

Bu minvalde incelememizin başlığından da anlaşılacağı üzere rızanın bu iki türü üzerine olacak, bu çerçevede öncelikle Alman hukukunda hangi durumlarda bu iki rıza türünün söz konusu olduğu örnekler üzerinden izah edilecek, daha sonra ayırım kriteri ortaya konularak bu ayırımın ortaya çıkardığı etkilerin neler olduğu ele alınacaktır. Elbette bu inceleme yapılırken Türk hukuku kapsamında da bazı açıklamalara yer verilecek, bu anlamda çalışmanın karşılaştırmalı bir yöntemle yapılmasına özen gösterilecektir.

II. Tipikliğe Engel Olan Rıza ile Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza Ayrımı

A. Genel Olarak

Rıza, suç sistematüğinde iki yerde konumlandırılabilir ve bu konumlandırılma biçimine göre de isimlendirilebilir. Buna göre rıza, bazı durumlarda tipiklik kapsamında maddi unsurlar altında tipikliğin bir unsuru olarak görünüm arz edebilir ve “*tipikliğe engel olan rıza*” şeklinde nitelendirilebilir. Bazı durumlarda ise rıza, her ne kadar bu konuda aksi görüşler ileri sürülmekteyse de hukuka aykırılık unsuru altında konumlandırılabilir ve “*hukuka uygunluk nedeni olan rıza*” şeklinde isimlendirilebilir. Bu çerçevede bu ayırım, Alman hukukunda tipikliğe engel olan rıza (*Einverständnis*) ile hukuka uygunluk nedeni olan rıza (*Rechtfertigungsgrund*) arasında farklı terimlerin kullanılması suretiyle de¹⁶ açık ve net bir şekilde ortaya

¹⁵ Koca ve Üzülmöz (n 4) 291.

¹⁶ Horst Schlehofer, *Einwilligung und Einverständnis* (Carl Heymanns Verlag KG, Berlin 1985) 1, 2; Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht* (11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin 1969) 95; Rengier (n 4) § 23 kn 3; Stratenwerth and Kuhlens (n 13) § 9 kn 7; Amelung and Eymann (n 8) 938; Rönnaun (n 2) 18; Murmann (n 10) § 25 kn 118; Thomas Rönnaun, ‘Zur Lehre vom bedingten Einverständnis’ (Festschrift für Claus Roxin, 2011) 487; Thomas Exner, ‘Minderjährige im StGB’ (Jura 2013) 103; Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2014) kn 440; Klaus Hoffmann-Holland, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Auflage, Morh Siebeck, Tübingen 2015) kn 304; Kühl (4) § 9 kn 25; Horst Schlehofer, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB* (Band 1, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017) Vor § 32 kn 140; Schmidhäuser (n 12) 8/127; Sandra Maria Beckert, ‘Einwilligung und Einverständnis’ (JA 2013) 508; Gerd Bichlmeier, ‘Die Wirksamkeit der Einwilligung in einen medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff’ (JZ 1980) 54; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 119. Reddeden görüş için bakınız Roxin (n 4) § 13 kn 11. Bu ayırımı kavramsal olarak ilk defa ifade eden Geerds’tir. Bakınız Geerds (n 9) 43. Türk doktrininde bu konudaki açıklamalar için bakınız Ekici Şahin (n 4) 70 ff; Koca ve Üzülmöz (n 4) 289.

konmuştur. Bu kapsamda örnekler üzerinden bu iki rıza türünün ayırım temeline ve ayırım için kıstaslara değinilecek, daha sonra da bu ayırımın sonuçlarına yer verilecektir.

B. Ayırımın Temeli

Bir suç tipi kapsamında rızanın tipikliğe engel nitelik mi arz ettiği yoksa hukuka uygunluk nedeni mi olduğu hususunda bir karar verebilmek için her durumda suç tanımının dikkate alınması ve buna göre bir sonuca ulaşılması gerekmektedir. Bununla birlikte ilerleyen kısımlarda da incelenecek olduğu üzere Alman doktrininde bazı yazarlar¹⁷, bu ayırımı hiçbir şekilde kabul etmeyip rızanın her durumda tipikliğe engel teşkil ettiği düşüncesinden hareket etmektedirler. Yani bu yazarlara göre rıza, hiçbir şekilde hukuka uygunluk nedeni olarak görülemez. Bu husus bir tarafa bırakıldığında rızanın tipikliğe engel nitelik taşıdığına dair ilk işaret olarak kanuni tanımda açıkça rızaya aykırılık unsuruna yer verilmiş olması gösterilebilir.

a. Kanuni tanımda açıkça yer verilmiş olan rızaya aykırılık unsuru: Bazı suçlarda suç tipini temellendiren haksızlık, kendine ait değer ihlal edilen kişinin doğrudan iradesine aykırılıkta yer alır¹⁸. Suç tipinde tanımlanan hareketin, mağdurun iradesine aykırı olarak yahut iradesi olmaksızın işlenmiş olmasının ya da ihmal edilmesinin açık veya örtülü şekilde şart olduğu suç tiplerinde rıza, tipikliğe engel bir niteliği haiz olup “*tipikliğe engel olan rıza*” şeklinde isimlendirilmektedir¹⁹. Bu suçlarda tipik haksızlık tanımlaması, hukuki değer ait olduğu kişinin iradesi ile ayrılmaz şekilde birbirine bağlanmıştır. O kadar ki hukuki değer korunmasından iradi olarak vazgeçiş, suç tipinin gerçekleşmemesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır²⁰. Buna göre suç tipinin kapsamından suç tipinde tanımlanan hareket için açıkça mağdurun rıza göstermemesinin gerekli görüldüğü anlaşılan suçlarda kesin olarak tipikliğe engel olan rıza söz konusudur²¹. Kanuni tanımında açıkça hareketin rızaya aykırı olarak gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilen suçlarda böylesi bir tartışmadan elbette söz edilemez.

¹⁷ Roxin (n 4) § 13 kn 12; Helmut Gropengießer, ‘Die Rechtswidrigkeit bei der Sachbeschädigung’ (JR 1998) 89; Schlehofer (n 17) 4; Schlehofer (n 17) vor § 32 kn. 126.

¹⁸ Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 b; Walter Grop, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Auflage, Springer 2015) § 5 kn 120; Volker Krey and Robert Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil* (5. Auflage, Stuttgart 2012) kn 656; Ekici Şahin (n 4) s. 90.

¹⁹ BGH NStZ 2014, s. 156 (Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 119); Roxin (n 4) § 13 kn 2; Krey and Esser (n 19) kn 656; Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 8; Amelung and Eymann (8) 938; Beckert (n 17) 507; Murmann (10) § 25 kn 118; Schmidt (n 2) kn 430; Rönnau (n 2) 18; Schlehofer (n 17) vor § 32 kn. 140; Heinrich (n 17) kn 438; Grop (n 19) § 5 kn. 113; Hoffmann-Holland (n 17) kn 304; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 b; Kühl (n 4) § 9 kn 25; Geerds (n 9) 45; Exner (n 17) 103.

²⁰ Schmidt (n 2) kn 430; Beckert (n 17) 508; Rönnau (n 2) 20.

²¹ Schlehofer (n 17) vor § 32 kn 140; Grop (19) § 5 kn 120; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 119; Geerds (n 9) 45; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Seçkin, Ankara 2018) 366; Koca ve Üzülmöz (n 4) 289.

Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 141'inci maddesinde yer alan tanıma göre başkasına ait bir taşınır malı, zilyedin rızası olmaksızın bulunduğu yerden alan kişinin cezalandırılacağına yer verilmiş, zilyedin rızası özel olarak vurgulanmıştır. Ancak aynı durumun Alman hukukunda da geçerli olduğu belirtilemez. Her ne kadar hırsızlık suçu (§ 242) kapsamında rıza Alman doktrininde de tipikliğe engel olan rıza olarak kabul edilmekteyse de²² kanuni tanımda açıkça zilyedin rızasına aykırılıktan söz edilmemektedir. Alman Ceza Kanunu'nun 242'nci paragrafında yer alan tanıma göre başkasına ait taşınır bir malı, hukuka aykırı bir şekilde kendisine mal edinmek veya üçüncü bir kişiye mal edindirmek maksadıyla bulunduğu yerden alan kişinin cezalandırılacağına yer verilmiştir.

Buradan hareketle özellikle ifade edilmelidir ki tipikliğe engel olan rızanın söz konusu olduğu bazı suç tiplerinde, hareketin gerçekleştirilmesinin mağdurun iradesine aykırı olması kanuni tanımda açıkça yer almayabilir. İşte bu suçlarda hareketin kişinin rızasına aykırı olarak gerçekleştirilmesi gerektiği, tanımda yer alan hareketin yorumlanması suretiyle tespit edilecektir²³ ki bu da tipikliğe engel olan rıza ile hukuka uygunluk nedeni olan rızanın ikinci ayırım temelini oluşturur.

b. Yorum suretiyle kanuni tanımda olduğu anlaşılan rıza unsuru: Rızanın bir suç tipi kapsamında hukuka uygunluk nedeni mi olduğu yoksa tipikliğin gerçekleşmesini mi önlediği hususu, suç tipi tanımında açıkça rıza unsuruna yer verildiği durumlarda zor değildir. Buna rağmen kanuni tanımında hareketin rızaya aykırı olarak gerçekleştirilmesi gerektiğine açıkça yer verilmemiş olan, yani hareketin yorumlanması suretiyle rızaya aykırı gerçekleşmesi gerektiğinin öngörüldüğü suçlarda bu husus tam anlamıyla açıklığa kavuşturulmuş değildir²⁴. Kaldı ki esasen çoğu durumda da rızanın tipiklik kapsamında yer aldığı suç tiplerinin bu şekilde olduğuna dikkat çekilmektedir²⁵. İşte bu durumlarda ayırım sorunu, her bir suçun tipiklik unsurlarının yorumlanması suretiyle ortaya konacaktır²⁶.

²² Welzel (n 17) 95; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 b; Schlehofer (n 17) 72; Schlehofer (n 17) vor § 32 kn 140; Geerds (n 9) 74; Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 8; Murmann (n 10) § 25 kn 118; Kindhäuser (n 4) § 12 kn 33; Gropp (n 19) § 5 kn 113; Gunther Arzt, Ulrich Weber, Bernd Heinrich and Eric Hilgendorf, *Strafrecht Besonderer Teil* (3. Auflage, Giese King, 2015) § 13 kn 53. Alman literatüründe garip bir şekilde hırsızlık suçunu işleyeceğinden şüphelenilen kişinin suçüstü halinde yakalanması için suça sevk edilmesi üzerinden örnekler verilmekte ve böylelikle esasen rıza bulunduğundan hırsızlık suçunun tipik olmayacağı, suç kapsamındaki hareketi gerçekleştiren kişinin ise hırsızlık suçuna teşebbüsten cezalandırılacağı temellendirilmeye çalışılmaktadır (Bu örnek için bakınız Schmidt (n 2) kn 430). Kanaatimize göre bu tür örnekler, bilhassa bir hukuk devletinde gerçeklerle uyumlu olmayıp tamamen ütöpik bir nitelik taşımaktadır. Zira bir kimsenin meşru olacak şekilde oldukça sınırlı olmak koşuluyla hangi hallerde suça sevk edilmesinin mümkün olduğu kapsamlı bir tartışmanın konusu olup bu tür hırsızlık gibi daha basit nitelik arz eden suçlarda bu şekilde salt suçun işleneceğinin ispatlanması gibi nedenlerle kişinin suça sevk edilmesi mümkün görülmemelidir. Dolayısıyla da sırf konuyu örneklemek adına bu tür misallerle konunun izah edilmeye çalışılmasını hiçbir şekilde doğru görmediğimizi vurgulamak gerekir.

²³ Hoffmann-Holland (n 17) kn 304; Schmidt (n 2) kn 430; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 a.

²⁴ Kühl (n 4) § 9 kn 21.

²⁵ Schlehofer (n 17) vor § 32 kn 142.

²⁶ Hoffmann-Holland (n 17) kn 304; Heinrich (n 17) kn 441; Krey and Esser (n 19) kn 656; Koca and Üzülmöz (n 4) 289.

Bu noktada ilgili suç tipinin fonksiyonu ve korunan hukuki değerinin yapısından hareketle bir sonuca ulaşılabilmektedir²⁷. Nitekim iradenin kabul etmesi ve kullanması özgürlüğünün tek başına ya da başka bir hukuki değerle birlikte olduğu, iradenin zorlanmasına dair unsurun veya unsurların doğrudan kullanılan kelimelerle değil de yorum yoluyla ortaya konulabildiği suç tipleri bunlara örnek gösterilebilir²⁸. Diğer bir deyişle bazı suç tipleri, amaç ve anlamları veya yapısı gereğince tanımlarında yer alan hareketin mağdurun iradesi olmaksızın ya da bu iradeye aykırı olarak gerçekleştirilmesini şart koşar²⁹. Bu çerçevede Alman hukukunda hırsızlık suçunun kanuni tanımında kullanılan ve “malın zorla alınmasına” karşılık gelen ifade, zilyedin rızasının bulunmaması olarak yorumlanmaktadır³⁰. Nitekim zilyedin rızasının bulunması durumunda malın zorla alınması gibi bir durumdan bahsedilemeyeceğine vurgu yapılmaktadır³¹.

Türk hukukunda ise Türk Ceza Kanunu’nun 141’inci maddesinde yer alan kanuni tanımda “başkasına ait bir taşınır malın bulunduğu yerden zilyedin rızası olmaksızın alınması”na özel olarak vurgu yapılmış olması karşısında rıza, hâkim görüş³² tarafından tipikliğe engel olan bir unsur olarak kabul edilirken bir kısım görüş sahibi³³ tarafından hukuka uygunluk nedeni olarak telakki edilmektedir. Esasen bu suç tipinde dahi rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden yazarların bu görüşlerinin sebebi, madde gerekçesine dayanmaktadır. Zira TCK md. 141 hükmünün gerekçesinde, “Madde metninde, hırsızlığın temel şekli tanımlanmıştır. Buna göre, taşınır malın alınmasının suç oluşturabilmesi için, zilyedinin rızasının bulunmaması gerekir. Rızanın geçerli olması için bulunması gereken koşulların varlığı hâlinde zilyedin rızası bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edecek ve suç oluşmayacaktır.” şeklindeki ifadelerle yer verilmiş suretiyle kanuni tanımda açıkça “rızaya aykırılık” unsuruna yer verilmiş olmasına rağmen rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğu belirtilmiştir. **Madde gerekçesindeki bu izahatın, madde metnine uygun olmadığı özellikle vurgulanmalıdır.** Şu hâlde her ne kadar madde gerekçesi de madde metni kadar önem arz etmekteyse de bu türden bir uyumsuzluğun olduğu durumlarda

²⁷ Beckert (n 17) 507; Schlehofer (n 17) vor § 32 kn 141.

²⁸ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 119.

²⁹ Beckert (n 17) 507

³⁰ Beckert (n 17) 507; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 119; Arzt, Weber, Heinrich and Hilgendof (n 23) § 13 kn 53. Ayrıca bazı görüşler, hırsızlık suçunun yanı sıra yağma suçuna yönelik olarak gösterilen rızayı da tipikliğe engel olan rıza olarak nitelendirmektedir, Gropp (n 19) § 5 kn 113. Ancak kanaatimize göre bu noktada özellikle belirtmek gerekir ki bileşik suçun en önemli örneklerinden biri olan yağma suçu, hırsızlık suçunun yanı sıra kasten yaralama suçunu ya da tehdit suçunu da bünyesinde bulundurmaktadır. Bu bakımdan yağma suçuna yönelik olarak gerçekleştirilecek olan rızanın niteliği değerlendirilirken hırsızlık dışında kalan suçlar da dikkate alınarak bir sonuca ulaşılmalıdır.

³¹ Schlehofer (n 17) vor § 32 kn 140.

³² Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem and R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (16. Bası, Seçkin, Ankara 2018) 691; Koca ve Üzülmöz (n 4) *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 291; Mahmut Koca and İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (5. Bası, Adalet, Ankara 2018) 588; Ekici Şahin (4) 90; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız and İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (13. Bası, Seçkin, Ankara 2018) 641, 542; M. Emin Artuk, Ahmet Gökce, M. Emin Aşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet, Ankara 2018) 466.

³³ Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Yenerer Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (C. I, Beta, 3. Bası, İstanbul 2016) 306; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (Savaş Yayınevi, Ankara 2018), 139.

tabii olarak madde gerekçesindeki açıklamalardan ziyade madde metninin bizzat kendisinin esas alınması bir gerekliliktir³⁴. Bu bakımdan da hırsızlık suçu açısından rıza, bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil, tipikliğe engel olan bir neden olarak görülmelidir.

Alman doktrininde **kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu** (§ 239) bu kapsamda telakki edilmektedir³⁵. Alman Ceza Kanunu'nun 239'uncu paragrafında “*Her kim, bir insanı çıkarmayacağı şekilde bir yere kapatır veya başka bir şekilde hürriyetinden yoksun kılırsa, beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.*” hükmüne yer verilmiş, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu düzenlenmiştir. Alman doktrininde hâkim görüş tarafından bu suçun kanuni tanımında yer alan “*kapatma*” ve “*yoksun bırakma*” hareketlerinin kendi yapılarının mağdurun iradesine aykırı olmalarını ya da iradesi olmaksızın gerçekleştirilmelerini şart koşması nedeniyle bu suç kapsamında mağdurun rızasının, tipikliğe engel olduğu, yani hukuka aykırılığı kaldırmak suretiyle fiili hukuka uygun hale getirmediği kabulünden hareket edilmektedir³⁶. Bu noktada cebir kullanma, tehdit ya da önemli ağırlıktaki başka fiziksel kuvvetleri kullanma suretiyle kişinin özgürlüğünden alıkonulması, “*kapatma*” dışındaki “*yoksun bırakma*” araçları olarak nitelendirilmektedir. Esasen fail, objektif olarak çeşitli şekillerde mağdurun hareket özgürlüğünün önüne geçmektedir³⁷. Dolayısıyla kişinin kapatılması dışındaki hallerde de mağdurun rızasının bulunmaması gibi bir koşulun varlığından söz edilmektedir³⁸. Bununla birlikte Alman doktrininin aksine Alman mahkemelerinin bu konuda ittifak içerisinde olmadığına da vurgu yapılmaktadır³⁹.

³⁴ Öyle ki kanun çalışmalarında yer alan *Özgenç*’in dahi bu suç kapsamında rıza unsurunu maddi unsurlar kapsamında telakki etmiş olması özellikle dikkate alınması gereken bir husustur. Bakınız *Özgenç* (n 22) 366.

³⁵ Roxin (n 4) § 13 kn 2; Beckert (n 17) 507; Klaus Geppert, ‘Stracrecht: Die mißglückte Bierreise’ (JuS 1975) 386; Schlehofer (17) vor § 32 kn 140; Krey and Esser (n 19) kn 656; Stratenwerth and Kuhlén (n 13) § 9 kn 8; Murmann (n 10) § 25 kn 118; Kindhäuser (n 4) § 12 kn 33; Gropp (n 19) § 5 kn 113; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 b; Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen* (66. Auflage, C. H. Beck, 2019) § 239 kn 3a; Geerds (n 9) 62.

³⁶ Johannes Wessels and Michael Hettinger, *Strafrecht Besonderer Teil I* (35. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2011) kn 374. Urs Kindhäuser, *Strafrecht Besonderer Teil I* (4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2009) § 15 kn 27; Reinhart Maurach, Friedrich-Christian Schroeder and Manfred Maiwald, *Strafrecht Besonderer Teil* (Band 1, 10. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2009) § 14 kn 12; Brian Valerius, v. *Heintschel-Heinegg (Hrsg.)*, *Strafgesetzbuch Kommentar, Beck/OK-StGB* (39. Edition) § 239 kn 9 vd.; Bernd-Rüdeger Sonnen, *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch* (5. Auflage, Nomos, 2017) § 239 kn 20; Kristian Kühl, *Lackner/Kühl Strafgesetzbuch* (29. Auflage, C. H. Beck, 2018) § 239 kn 5; Brunhild Wieck-Noodt, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB* (Band 4, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017) § 239 kn 36; Fischer (36) § 239 kn 12. Bu çerçevede *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, görüş beyan etmekten imtina etmişler, rızanın niteliğine ilişkin farklı görüşlerin bulunduğunu belirtmekle yetinmişlerdir. Bakınız Gunther Arzt, Ulrich Weber, Bernd Heinrich and Eric Hilgendorf (n 23) § 9 kn 27. Ancak “*kapatmak*” ve diğer “*yoksun bırakma*”ya yönelik hareketlere dair açıklamaları dikkate alındığında (Arzt, Weber, Heinrich and Hilgendorf (n 23) § 9 kn 26) kendilerinin de rızayı tipikliğe engel olucu nitelikte kabul etmeye yönelik bir eğilim gösterdikleri anlaşılmaktadır.

³⁷ RGSt 7, 259 (Albin Eser and Jörg Eisele, *Schönke/Schroeder Strafgesetzbuch Kommentar* (29. Auflage, C. H. Beck, 2014) § 239 kn 5); Wieck-Noodt (n 37) § 239 kn 21.

³⁸ Volker Krey and Manfred Heinrich, *Strafrecht Besonderer Teil* (Band I, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2008) kn 314; Kindhäuser (n 37) § 15 kn 11, 12, 13.

³⁹ Bakınız BGH NSTz 92, s 33 – Wessels and Hettinger (n 37) kn 374. Rızanın bu suç bakımından tipikliğe engel olan rıza olduğu yönündeki Alman Federal Mahkemesi kararı için bakınız BGH 25.02.1993 – 1 StR 652/92, NJW 1993, s. 1807 (Wieck-Noodt (n 37) § 239 kn 36).

Türk hukukunda ise gerek doktrinde⁴⁰ gerekse mahkeme kararlarında⁴¹ kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından rıza, tipikliğe engel olan bir neden olarak değil, hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirilmektedir. Oysa ki **kanaatimize**

⁴⁰ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (Savaş Yayınevi, Ankara 2018) 89; Erol Cihan, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit)” (1975) İÜHF 63; Tezcan, Erdem ve Önok (n 33) 524; Özbek, Doğan, Bacaksız and Tpe (n 33) *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 433; Koca ve Üzülmöz (n 33) *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 451, 453; Mustafa Artuç, Hasan Tahsin Gözkan ve Osman Yaşar, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* (C. 3, Adalet, Ankara 2015) 2734; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (2. Bası, Adalet, Ankara 2017) 368; Necati Meran, *Hürriyetten Yoksun Bırakma, Tehdit, Şantaj, Konut Dokunulmazlığını Bozma* (Seçkin, Ankara 2014) 127; Özlem Yenerer Çakmut, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK md. 109)” (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 592.

⁴¹ “*Sanık Ziya K'nin mağdureyi para karşılığı tedarik etme eyleminin, temin edilen kişilerin ırza geçme suçlarına katılmak vasfında bulunduğu halde fuhuş aracılık olarak kabulü karşı temyiz olmadığından bozma nedeni sayılmamış, akıl hastası olan mağdurenin bu nedenle de temyiz gücüne ve irade açıklamasına ehil olmayacağına anlaşılması karşısında 5237 sayılı Yasanın 26/2 maddesi çerçevesinde sanıklarca alkonulması eylemine yönelik rızası bulunduğundan söz edilemeyeceğinden mahkemece alkoyma fiilinin 765 sayılı Yasanın 430/2 maddesi kapsamında kabulünde isabetsizlik görülmemekle tebliğnamedeki bu hususa ilişkin bozma isteyen düşünceye iştrak edilmemiştir.*” Y. 5. CD., 01.11.2007, 8599/8066 – İsmail Malkoç, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu* (C. 2, Ankara 2013) 2002. “...Olayın meydana çıkış biçimi, müraacaatın yapıldığı zamanı, savunmalar ile tüm dosya kapsamına göre, sanıklar ile suça sürüklenen çocuğun, mağdureye yönelik eylemlerini zora dayalı gerçeğeyleştirdiklerine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı, mağdure hakkında Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunca düzenlenen 30.05.2012 tarihli raporda “mağduru bulunduğu olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabileceği ve olaya ruhsal yönden muktedir bulunduğu” belirtilmesi de nazara alındığında, suça sürüklenen çocuğun, mağdurenin on beş yaşından küçük olduğu 2008 yılı Aralık ayının ilk haftasındaki eylemine dair olarak TCK'nın 103/2, 31/3 ve 109/1-3-f-5, 31/3. maddeleri uyarınca mahkûmiyetine karar verilmesi, suça sürüklenen çocuk ile sanık haklarında mağdurenin on beş-on sekiz yaş grubunda bulunduğu 2009 yılı Şubat ayındaki çocuğun cinsel istismarı suçundan açılan kamu davalarına konu eylemlerin ise TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup aynı Kanununun 73/1. maddesinde öngörülen 6 aylık şikâyet süresinin geçtiğinin anlaşılması karşısında, bu suçlara dair kamu davalarının şikâyet yokluğu sebebiyle düşmesine ve aynı Kanununun 26/2. maddesi kapsamında mağdurenin hukukun geçerli rızasına istinaden sanık ile suça sürüklenen çocukla birlikte kalması halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı gözetilerek bu suçtan beraatlerine karar verilmesi yerine yazılı şekilde hükümler kurulması, kabul ve uygulamaya göre de; Sanık hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulurken, mağdurenin suç tarihi itibarıyla on beş yaşından büyük olması ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayma yeteneğinin gelişmiş bulunması sebebiyle verilmiş cezada TCK'nın 103/4. maddesinin uygulanmasının mümkün bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...” Y. 14. CD., E. 2016/3510, K. 2016/8162, T. 30.11.2016. Çocukların aileleri tarafından ileri sürülen çocuklarının kaçırıldığı ve zorla alınoudukları yönündeki iddialar karşısında yargılamanın konusu olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mağdurenin rızasına rağmen tipik kabul edilmiş ve fakat bu tipe uygun fiilin salt mağdurenin rızası nedeniyle hukuka uygun hale geldiği sonucuna ulaşılmıştır. Nitekim burada yer verilen Yargıtay kararında da görüldüğü üzere 15-18 yaş arasındaki çocukların cinsel amaçlı olarak kişi hürriyetinden yoksun bırakma suçu kapsamındaki hareketlere yönelik olarak gösterdikleri rıza geçerli addedilmiştir. Yani bu yaş aralığındaki çocuklar, her ne kadar cinsel ilişkiye girme açısından rıza gösterme ehliyetini haiz görülmeseler de cinsel amaçlı olsa dahi olsa kendi iradeleriyle bir yerde kalma ya da bir yere gitme konusunda karar verebilme ehliyetini haiz görmüşlerdir. Halbuki 765 sayılı TCK döneminde mevcut olan “Eğer reşit olmayan kimse, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılmış veya bir yerde alkonulmuş ise ceza altı aydan üç seneye kadar hapisdir.” şeklindeki madde 430/2 özel hükmü nedeniyle reşit olmayan kişilerin rızaları kanun koyucu tarafından hiçbir şekilde muteber görülmemekteydi. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte “Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.” şeklindeki TCK md. 109/1 hükmünün 5'inci fıkrasında “Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır.” şeklindeki nitelikli haline yer verilerek 765 sayılı TCK döneminden farklı bir anlayışla hareket edilmiştir. Buna göre 765 sayılı TCK'daki düzenlemede olduğu gibi reşit olmayan bütün çocukların rızalarını geçersiz kılan bir hükme yer verilmemiş, bilakis hem madde 109 hükmündeki hukuka aykırılığa yönelik özel vurgununun 5'inci fıkrada yer alan nitelikli hal açısından da geçerli olması hem de TCK'da ilgilinin rızası düzenlemesine açıkça yer verilmiş olması, artık çocukların da belirli şartlar dahilinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından rıza gösterebilmelerine imkân tanımıştır. Dolayısıyla artık reşit olmasalar bile 15-18 yaş aralığında olan çocukların cinsel amaçla dahi olsa bir kimsenin yanında bulunmaya yönelik rızaları geçerli görülmüştür. Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2004/8765 Esas ve 2005/22305 Karar sayılı, 22.11.2005 tarihli kararında “Sanığın reşit olmayan mağdureyi rızası ile kaçırıp alkoymak suretiyle 765 Sayılı TCK.nun 430/2. maddesine uyan suçu işlediği sabit ise de; sonradan yürürlüğe giren 5237 Sayılı TCK.nun 26/2. maddesinin “kişinin üzerine mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmmez” hükmü karşısında 16 yaşındaki mağdureyi rızası ile alkoyma sanığın aynı yasanın 109. maddesi anlamında hukuka aykırı bir davranışından söz edilemeyeceğinden rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiğinden, alkoyma suçundan verilen ve sonucu itibarıyla doğru olan beraat kararının (ONANMASINA)...” şeklinde karar vermiştir. Konuya ilişkin olarak verilen Yargıtay kararlarına dair detaylı açıklamalar için bakınız Muhammed Demirel, “Evi Terk Eden Çocuğu Evlenmek Amacıyla Yanında Tutan Kişinin Fiiline İlişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi” (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018).

göre Alman doktrinindeki hâkim görüş, Türk hukukunda da geçerli kabul edilebilir⁴². Zira kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun düzenlendiği Türk Ceza Kanunu'nun 109'uncu maddesinde, “*Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla bu düzenleme, Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeden “*kapatma*” ifadesine yer verilmemesi ve fakat “*hukuka aykırı olarak*” ifadesinin özel olarak belirtilmesi şeklinde olmak üzere iki açıdan farklılık arz etmekte olup bu iki farklılık da Türk hukukunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda mağdurun rızasının tipikliğe engel olan rıza olarak kabul edilmesine engel teşkil etmeyecektir. En nihayetinde kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakılması da kişinin rızası bulunmadan olabilecek bir durum olarak nitelendirilebilir. Madde metninde yer alan “*hukuka aykırı olarak*” ifadesi de bu suç açısından rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğuna işaret etmemekte, yalnızca tutuklama kararı, gözaltı kararı gibi yetkili merciler tarafından verilebilecek olan kanun hükmünü yerine getirme ya da meşru savunma gibi diğer hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmamasına atıfta bulunmakta, yani hukuka aykırılığın değerlendirme derecesine dair özel bir işaret, vurgu olarak öne çıkmaktadır⁴³. Nitekim bu suç kapsamında mağdurun rızasının tipikliğe engel teşkil eden bir durum olarak kabul edilmesi, kanun hükmü, yetkili merci, meşru savunma gibi diğer hukuka uygunluk nedenlerinin varlığına engel teşkil etmeyecektir⁴⁴. Kişinin rızasının tipiklik kapsamında telakki edilmesiyle pikniğe gitmek üzere bir otomobile birlikte binen iki arkadaşın birbirine karşı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tipik hareketini gerçekleştirdikleri kabul edilmeyecek, yani sorun hukuka aykırılık unsuruna bırakılmadan çözülmüş olacak, her ikisinin de rızası bulunduğundan tipik fiilden dahi söz edilmeyecektir. Buradaki “*hukuka aykırı olarak*” şeklindeki ifadeye dair Alman hukukunda ne tür görüşlerin ileri sürülmüş olduğu konut dokunulmazlığının ihlali suçunda görülebilir.

Zaten Alman doktrininde hâkim görüş tarafından⁴⁵ rızanın tipikliğe engel olan rıza olarak kabul edilen suçlardan biri de **konut dokunulmazlığının ihlali suçudur** (§ 123). Alman Ceza Kanunu'nun 123'üncü paragrafına göre *başkasının konutuna, iş yerine, etraftı çevrili özel alanına veya kamu hizmetine veya kamusal ulaşımına*

⁴² Türk doktrininde Önder, bu görüşten yanadır. Bakınız Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994) 31.

⁴³ Peter Rackow, v. *Heintschel-Heinegg (Hrsg.)*, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Beck/OK-StGB (39. Edition) § 123 kn 23, 24.

⁴⁴ Nitekim Alman doktrininde de bu suç bakımından yetkili merciin kararı gibi hukuka uygunluk nedenlerine işaret edilmiştir. Bakınız Arzt, Weber, Heinrich and Hilgendorf (n 23) § 9 kn 27; Maurach, Schroeder and Maiwald (n 37) § 12 kn 15; Sonnen (n 37) § 239 kn 20; Kühl (n 4) § 239 kn 7; Wieck-Noodt (n 37) § 239 kn 38; Eser and Eisele (n 38) § 239 kn 8.

⁴⁵ Detlev Sternberg-Lieben, *Schönke/Schroeder Strafgesetzbuch Kommentar* (29. Auflage, C. H. Beck, 2014) § 123 kn 22; Beckert (n 17) 507; Jürgen Schäfer, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Band 3, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017) § 123 kn 29; Martin Heger, *Lackner/Kühl Strafgesetzbuch* (29. Auflage, C. H. Beck, 2018) § 123 kn 5; Heribert Ostendorf, *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch* (5. Auflage, Nomos, 2017) § 123 kn 29; Wessels and Hettinger (n 37) § 13 kn 584; Milan Kuhl, ‘Grundfälle zum Hausfriedensbruch’ (JuS 2013) 212; Geerds (9) 73; Kindhäuser (n 37) § 33 kn 21; Fischer (36) § 123 kn 14; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 119; Krey and Esser (n 19) kn 656.

tahsis edilen kapalı yerlere, hukuka aykırı bir şekilde giren veya kalmaya yetkisi bulunmadığı halde orada bulunduğu sırada hak sahibinin talebi üzere oradan çıkmayan kimse bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu tanımda yer alan “girme” ve “hak sahibinin talebi üzere oradan çıkmama” şeklindeki ifadelerden hareketle yetkili ev sahibinin iradesi üzerine hareketin tipiklik unsuru olan girmeden söz edilmeyeceği kabul edilmektedir⁴⁶. Yani kelimelerin kanuni tanımdaki anlamlarına sahip olmaları, konut ve iş yeri sahibinin iradesine aykırılığa bağlıdır⁴⁷. Bununla birlikte daha evvel Türk hukukunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda yer alan açıklamalarda ifade edildiği üzere düzenleme kapsamında yer alan “hukuka aykırı” ifadesinin, özel olarak kişinin rızasının bulunmamasına işaret ettiğinden bahsedilemez⁴⁸. Bu ifade, yalnızca müşahhas olarak hukuka aykırılık şeklindeki suçun unsuruna vurgu yapmakta, yetkili merciin emri gibi diğer hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunmuyor olmasının altını çizmektedir. Esasen failin, başka bir kimsenin konut dokunulmazlığını, kendisi bakımından daha kuvvetli bir hak olmaksızın ihlal etmesi gerekir⁴⁹.

Türk doktrininde de konut dokunulmazlığının ihlali suçu (TCK md. 116) açısından aynı görüşün üstün olduğu⁵⁰, 765 sayılı TCK dönemindeki görüşün devam ettirildiği⁵¹ ifade edilebilir. Hatta her ne kadar madde gerekçesinde, “...konut sahibinin rızasının olmaması, bu suçun bir unsurunu oluşturmaktadır...” şeklindeki ifadenin ardından, “Konut dokunulmazlığını ihlâl suçunun hukuka aykırılık vasfını ortadan kaldıran rızanın, hukuken geçerli rıza olması gerekir.” şeklinde bir cümleye yer verilerek rızanın tipikliği değil, hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığına vurgu yapılmış ve bir

⁴⁶ Sternberg-Lieben (n 46) § 123 kn 14/15; Schäfer (n 46) § 123 kn 25; Krey and Esser (n 19) kn 656; Kindhäuser (n 37) *Strafrecht Besonderer Teil I*, § 33 kn 21; Maurach, Schroeder and Maiwald (n 37) § 30 kn 8, 16; Krey and Heinrich (n 17) kn 437; Wessels and Hettinger (n 37) kn 584, 587; Geerds (n 9) 73; Fischer (n 36) § 123 kn 14. Bazı yazarlar tarafından irade kriteri şeklindeki koşul, tek başına önemsiz telakki edilmekte ve girme fiilin konusuyla bağlantılı olarak korunan değeri aşacak ölçüde yorumlanmaktadır. Bu yönde görüş için bakınız Wolfgang Schild, ‘Eindringen’ (§123 I StGB) bei individuellem Betretungsverbot’ (NSiZ 1986) 348. Nitekim Schild, “girme” kelimesinin salt günlük konuşma diliyle de yorumlanamayacağını, başka unsurlarla içeriğinin doldurulmasını gerektiğini belirttikten sonra bunun salt soyut hukuki değer veya irade olmayacağını, konut, iş yeri gibi suçun konusuyla da ilişkilendirilerek belirlenmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Bkz. Schild (n 47) 349.

⁴⁷ Schäfer (n 46) § 123 kn 27; Geerds (n 9) 73. Alman doktrininde bazı yazarlar tarafından, fark edilebilir olan ya da zannedilen iradeye aykırılıktan söz edilirken incelememizde atf yapılan hâkim görüş tarafından bu şekilde özel bir nitelendirme yapılmaksızın iradenin bulunmamasından bahsedilmiştir. Bakınız Heger (n 46) § 123 kn 5.

⁴⁸ Kuhlî (n 46) 214; Rackow (44), § 123 kn 23.

⁴⁹ Ostendorf (n 46) § 123 kn 46; Schäfer (n 46) § 123 kn 48; Sternberg-Lieben (n 46) § 123 kn 31; Heger (n 46) § 123 kn 6. Bu suç açısından mümkün olabilecek hukuka uygunluk nedenleri hakkında detaylı açıklamalar için bakınız Rackow (n 44), § 123 kn 25.1.

⁵⁰ Tezcan, Erdem ve Önok (n 33) 555; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 33) 452; Özen (n 41) 390; Gökcan, Yaşar ve Artuç (n 41) 3920; Güneş Okuyucu Ergün, *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu* (Çakmak Yayınevi, Ankara 2010) 82, 99; Ekici Şahin (n 4) 90; Serap Keskin Kızıroğlu, 5237 *Türk Ceza Kanunu’nda Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu* (Adalet, Ankara 2010) 82; Toroslu (n 41) 100; Koca ve Üzülmüş (n 4) 291; M. Emin Artuk, Ahmet Gökcan, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Adalet, Ankara 2018) 492. Meran’ın eserinde bu suç açısından rızayı özel olarak irdelediği görülmekteyse de (Bakınız Meran (n 41) 364-370) rızanın hangi türde bir niteliği haiz olduğunu belirtmekten kaçındığı dikkat çekmektedir. Rızaya aykırılığın suçun oluşumu için gerekli bir unsur olduğunun ifade edilmesi (Meran (n 41) 364), rızaya ne tür bir nitelik atfettiğini belirsiz kılmaktadır. Nitekim tipikliğe engel teşkil eden rızada da hukuka uygunluk nedeni olan rızada da rıza, suçun oluşumuna engel teşkil eden bir unsur durumundadır.

⁵¹ Önder (n 43) 70.

çelişki içerisine düşülmüşse de⁵² konut dokunulmazlığının ihlali suçu, Türk hukukunda “rıza”nın hukuka uygunluk nedeni değil de tipikliğe engel olan bir neden olarak var olduğu suç tiplerine verilebilecek en bilinen örneklerden biri olarak gösterilebilir. Nitekim, “*Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklindeki tanımdan da anlaşılacağı üzere suç tipinde açıkça “rıza” unsuruna yer verilmiş, böylelikle rıza tipikliğinin bir unsuru olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte düzenleme kapsamında yer alan, “*konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan*” şeklindeki ifade, girmede rızaya aykırılığın aranması, çıkmamada ise böyle bir koşulun bulunmaması şeklinde bir yorum yapılmasına yol açabilecek olmasına rağmen doktrinde her iki durumda da, hem girme hem de çıkmamada, rızaya aykırılığın bulunduğu ve bu rızanın tipiklik kapsamında yer aldığı kabul edilmiştir⁵³.

Buna rağmen şikâyetçinin bahçesinden kiraz yiyen çocukların yargılamasının yapıldığı Yargıtay 13. Ceza Dairesi’nin 05.03.2015 tarihli 2014/16390 Esas ve 2015/3661 Karar sayılı kararında şikâyetçinin 11.10.2012 tarihli duruşmada, ‘*Ben zarar verilmeden önce evimin yanındaki bahçede bulunan ağaçlarımdaki meyvelerden komşularımın faydalanmalarına müsaade etmiştim*’ şeklinde beyanda bulunmuş olması, suça sürüklenen çocuğun şikâyetçinin konutunun eklentisi olan bahçesine kiraz yemek amacıyla gündüz saatlerinde girmesi fiilinde ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin somut olayda mevcut olması sebebiyle suça sürüklenen çocuğun hakkında beraat yerine yazılı şekilde mahkumiyete karar verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur. Görüldüğü üzere Yargıtay, şikâyetçinin daha önce konutunun eklentilerine girilebileceğine yönelik olarak göstermiş olduğu rızayı, suç tanımında yer verilmiş olan rıza unsuruna rağmen bir hukuka uygunluk nedeni olarak telakki etmiştir. Esasen bu durum, Yargıtay’ın bu suç tipi nezdindeki rızaya farklı bir nitelik addetmesinden kaynaklanmamakta, tamamen tipikliğe engel olan rıza-hukuka uygunluk nedeni olan rıza şeklinde bir ayrımı kabul etmemesinden, yani tipikliğe engel olan rızayı hiçbir şekilde dikkate almamasından ileri gelmektedir.

Bu çerçevede üzerinde en çok durulması gereken hususlardan biri, cinsel suçlardır. Nitekim Alman doktrininde mağdurun cinsel ilişkiye müsaade etmesi halinde failin hareketinin cinsel taciz, cinsel zorlama, cinsel saldırı (§ 177) açısından tipik olmayacağı ifade edilerek⁵⁴ cinsel davranışlar bakımından da rızanın tipikliğe engel olucu bir nitelik arz ettiği kabul edilmektedir. Cinsel saldırı suçunda suç tanımında yer alan davranışın geri planında söz konusu olan “*iradeye aykırılık*”

⁵² Bu konuya dair açıklama için bakınız Keskin Kızıroğlu (n 51) 83.

⁵³ Keskin Kızıroğlu (n 51) 80, 81; Ergün (n 51) 82.

⁵⁴ Schmidhäuser (n 12) 8/127; Roxin (4) § 13 kn 2, 8; Beckert (n 17) s 507; Krey and Esser (n 19) kn 656; Stratenwerth and Kuhlén (13) § 9 kn 8; Fischer (n 36) § 177 kn 5; Amelung and Eymann (n 8) 938.

unsuru, esasen suçun oluşması için rızanın bulunmamasını, failin mağdurun iradesine karşı koyan her türlü davranış şekillerini, isteği olmaksızın cinsel davranışları gerekli kılmaktadır⁵⁵. Bu durumu, Alman hukukunda son dönem yapılan değişiklikler çerçevesinde, “Hayır, hayır demektir (Nein heißt nein)” çözümü de açıkça ortaya koymaktadır⁵⁶. Yani cinsel davranışların tipik olabilmesi için muhakkak şekilde zorlama şart olmayıp muhatabın en basit karşı koyucu iradesinin varlığı da yeterlidir.

Bu durum, düzenlemenin belirsizliğine yönelik Alman doktrinindeki eleştiriler⁵⁷ bir tarafa bırakılacak olursa Alman Ceza Kanunu’nun 177’nci paragrafında yer alan hükmün kapsamından rahatlıkla çıkarılabilir. Nitekim söz konusu hükme göre *bir başka kimsenin fark edilebilir iradesine karşı cinsel davranışları gerçekleştiren veya gerçekleştiren yahut da bu kişiye yönelik olarak üçüncü bir kişiyi cinsel davranışları gerçekleştirmeye ya da katlanmaya sevk eden kişinin veya tam tersi bu kişiyi üçüncü bir kişiye yönelik cinsel davranışlarda bulunmaya ya da katlanmaya sevk eden kişinin cezalandırılacağı* ifade edilmiştir (§ 177/1). Bu davranışları gerçekleştiren kişi hakkında altı aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı belirtilmiştir.

Suçun temel şekli olarak düzenlenen 177’inci paragrafın her iki fıkra hükmünde de cinsel davranışların mağdurun iradesine karşı gerçekleştirilmesine vurgu yapılmıştır. Bu düzenlemede esasen üç farklı ihtimalden söz edilmiştir. Buna göre, **1.** Fail, mağdura yönelik olarak cinsel davranışları bizzat kendisi gerçekleştirebilir, **2.** Fail, mağduru cinsel davranışları üçüncü bir kişiye yönelik olarak gerçekleştirmesi için sevk edebilir, **3.** Fail, mağduru üçüncü bir kişinin mağdura karşı gerçekleştireceği cinsel davranışlara katlanmaya sevk edebilir⁵⁸. Düzenlemenin ilk paragrafında açıkça görüldüğü üzere suç tipinde cezalandırılabilirlik açısından esaslı unsur tek başına mağdurun *fark edilebilir* şekilde karşı koyucu iradesi olup⁵⁹ mağdurun cinsel davranışlara karşı rızası bulunmamalı, bu açıdan da tipikliğin oluşmaması için muhataba yönelik olarak herhangi bir zorlama unsuru kullanılmamalıdır⁶⁰. Bu da mağdurun rızasının varlığı durumunda, zorlamadan söz edilemeyeceği anlamına gelmektedir⁶¹. Mağdurun rızasının bulunmadığı hususu “fark edilebilir değilse” tipiklikten de söz edilemeyecektir⁶². Bu noktada mağdurun cinsel davranışlara karşı koyucu iradesinin fark edilebilir olup olmadığı konusundaki tespit, objektif üçüncü

⁵⁵ Kindhäuser (n 4) § 12 kn 33; Steffen Ziegler, v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Beck/OK-StGB (39. Edition) § 177 kn 8; Joachim Renzikowski, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB* (Band 4, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017) § 177 kn 4, 44; Krey and Esser (n 19) kn 656.

⁵⁶ Heger (n 46) § 177 kn 5; Fischer (n 36) § 177 kn 6.

⁵⁷ Renzikowski (n 56) § 177 kn 4.

⁵⁸ Ziegler (n 56) § 177 kn 8; Heger (n 46) § 177 kn 5.

⁵⁹ Heger (n 46) § 177 kn 5; Ziegler (n 56) § 177 kn 9; Renzikowski (n 56) § 177 kn 47; Fischer (n 36) § 177 kn 10.

⁶⁰ Arzt, Weber, Heinrich and Hilgendorf (n 23) § 10 kn 12; Maurach, Schoeder and Maiwald (n 37) § 18 II kn 10; Fischer (n 36) § 177 kn 15.

⁶¹ Kindhäuser (n 37) § 21 kn 2.

⁶² Heger (n 46) § 177 kn 5.

kişinin gözlemlerine göre içsel ve dışsal tüm faktörler dikkate alınarak yapılacaktır⁶³. Buna göre örneğin mağdurun fiilin işlendiği esnada ya açıkça karşı çıkması ya da ağlama yahut şiddetle direnme gibi yanlışa mahal bırakmayacak şekilde somut olayda iradesini ortaya koyan davranışlar sergilemesi halinde fark edilebilir iradeden söz edilebilecektir⁶⁴. Bununla birlikte akıl sağlığı yerinde olan ve bir zorlamaya maruz kalmamış normal durumdaki her kişinin iradesini açık ve net bir şekilde ortaya koyması beklenebileceğinden “içeriği muallak konuşmalarda mağdurun iradesinin fark edilebilir olmadığına” dikkat çekilmektedir⁶⁵.

Türk doktrininde ise hâkim olmaya başlayan bir görüş⁶⁶ tarafından cinsel saldırı (TCK md. 102) suçu bakımından cinsel davranışlardan söz edilebilmesi için mağdurun rızasının bulunmaması gerektiği, mağdurun rızasının varlığı durumunda bu suç tipi nezdinde cinsel davranışlardan bahsedilemeyeceği ifade edilirken diğer görüş⁶⁷ tarafından mağdurun rızası, tipiklik kapsamında değil, hukuka aykırılık unsuru içerisinde konumlandırılmaktadır. Bununla birlikte Türk doktrininde bazı yazarların⁶⁸ bir taraftan cinsel davranışların gerçekleşmesi için mağdurun rızasının bulunmamasını bir şart olarak öngördükleri, diğer taraftan ise rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak telakki ettikleri hususu dikkat çekmektedir. Özellikle belirtmek gerekir ki bu durum, cinsel suçlarda rıza konusunda ancak **bir kararsızlığın emaresi** olarak görülebilir.

Yargıtay kararlarında da cinsel saldırı suçu bakımından rıza, hukuka aykırılık unsuru kapsamında görülmüş ve böylelikle tipikliğe engel olan bir neden olarak değil, bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 17.02.2015 tarih ve 2014/1-572 Esas, 2015/2 Karar sayılı kararında mağdurun rızası cinsel saldırı suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni

⁶³ Ziegler (n 56) § 177 kn 9; Heger (n 46) § 177 kn 5; Renzikowski (56) § 177 kn 47; Fischer (n 36) § 177 kn 12.

⁶⁴ Fischer (n 36) § 177 kn 12; Renzikowski (n 56) § 177 kn 47.

⁶⁵ Renzikowski (n 56) § 177 kn 47.

⁶⁶ Selman Dursun, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış” (2014) 9(24) CHD 57-73; Ekici Şahin (n 4) 90; Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. Bası, Seçkin, Ankara 2017) 173; Ahmet Ceylani Tuğrul ve Murat Ceylani Tuğrul, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar & Envest İlişkiler* (Ankara 2018) 99; Nurullah Kantarcı, *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (Adalet, Ankara 2016) 149. Doktrinde hâkim görüş tarafından açıkça cinsel davranışların mağdurun rızası bulunmaksızın gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bunun da maddede yer alan “saldırı” ve “ihlal etme” şeklindeki ifadelerden çıkarılabileceğine dikkat çekilmiştir. Bakınız Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 41) 3301; Çetin Akkaya, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (Adalet, Ankara 2017) 30; Tuğrul and Tuğrul, 99; Kantarcı (n 67) 149.

⁶⁷ Toroslu, 62; Mustafa Arslantürk, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar* (4. Baskı, Seçkin, Ankara 2018) 128, 169; Pınar Memiş Kartal, *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı* (Der Yayınları, İstanbul 2014) 210.

⁶⁸ Bilgehan Savaşçı, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Legal, İstanbul 2013) 109. Benzer şekilde *Tezcan/Erdem/Önok* da suça rengini veren hususun “rızanın yokluğu” olduğunu, hukuken geçerli bir rızanın bulunmaması gerektiğini, nitekim mukayeseli hukukta suçun unsuru olarak cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka nedenlerden söz edildiğini ifade ederek rızayı adeta suçun tipiklik unsurunda telakki ediyorlarmış gibi bir izlenim vermekteyseler de (*Tezcan, Erdem ve Önok* (n 33) 372) ilerleyen kısımlarda rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığını belirtmektedirler (*Tezcan, Erdem ve Önok* (n 33) 404). Bu çerçevede suça esas rengini veren hususun rızanın yokluğu olduğunu belirten yazarların, bu ifadelerine rağmen rızayı bir hukuka uygunluk nedenleri kapsamında telakki etmiş olmaları karşısında rızanın suça esas rengini veren unsur olmasının ne tür bir önemi haiz olduğu, rızanın zaten hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği diğer birçok suç karşısında ne tür bir farkın bulunduğu gibi sorular akla gelmektedir.

olduğundan TCK'nın 26/2'nci maddesi uyarınca hukuken geçerli olan rızanın cinsel saldırı teşkil eden eylemleri hukuka uygun hale getireceğini belirtmiş, cinsel saldırı suçunun temel şeklinin maddi unsurları arasında yer alan hareket unsurunun, vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi olduğunu vurgulamış, mağdurun rızasının hiçbir şekilde tipiklikle ilişkilendirme gereği duymamıştır. Gerçi Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 03.05.2017 tarih ve 2016/8681 Esas, 2017/2375 Karar sayılı kararında, mağdurenin cinsel ilişkiye rıza gösterdiği olayda “*atlı suçun kanuni unsurları itibariyle oluşmadığı*” şeklinde ifadeler kullanılarak adeta rızanın zımni de olsa kanuni tanımında yer aldığı ve böylelikle hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliğe engel olan bir neden olduğu kabulünden hareket edildiği izlenimi oluşmaktaysa da kararın bütününde yer alan ifadeler ele alındığında bu ifadenin çok fazla önem arz etmediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Nitekim Yargıtay, bu kararında da açıkça TCK madde 26/2 hükmüne atıfta bulunmuş ve herhangi bir tartışmaya yer verilmeksizin rızayı, cinsel suçlar açısından da hukuka uygunluk nedeni olarak addetmiş, yalnızca hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın varlığı halinde kastı kaldıran hatanın söz konusu olduğundan bahisle cezalandırılmama yönünde bir sonuca ulaşmıştır⁶⁹.

Kanaatimize göre cinsel saldırı suçu bakımından rıza, tipikliğe engel olan bir unsurdur. Bu durum, hem cinsel suçların düzenleniş şekli ve düzenleme içeriklerinden hem de madde gerekçesinden açıkça anlaşılmalıdır. Cinsel saldırı suçu kapsamında cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişinin cezalandırılacağı ifade edilmiş, dokunulmazlığın ihlalinden söz edilmiş, bu sayede madde başlığında da yer verildiği üzere cinsel anlamda bir saldırının gerçekleştirilmiş olacağından bahsetmiştir⁷⁰. Bu noktada cebir ya da tehdit unsurlarının kullanılması bir şart olarak görülmemiştir. Burada önemli olan husus, cinsel davranışların mağdurun iradesine aykırı olarak gerçekleştirilmiş olması, mağdurun en basit şekilde “hayır” yönündeki “iradesini yansıtan tavır ve davranışları” sergilemiş olmasıdır⁷¹. Bu açıdan mağdurun bu olumsuz yöndeki iradesini mutlaka sözlü olarak beyan etmiş olması şart değildir. Aynı şekilde mağdurun cinsel davranışlara karşı sessiz kalmış

⁶⁹ “...Olaydan iki yıl kadar önce eşi vefat eden katılanın çocuklarıyla birlikte yaşadığı, eşinin vefatından bir süre sonra sanığın, katılana cinsel yönden birtakım teklif etmeye başlayıp, katılan bunu kabul etmediği halde ısrarla tekliflerine devam ettiği, olaydan birkaç gün önce sanığın, tekrar araması üzerine mağdurenin sanığı yakalamak amacıyla duruma rıza gösterdiğini ve kendisini eve alacağını belirttiği, bunun üzerine olay günü eve gelen sanığın eşikte sarılmak istediği katılanın sanığa içeriye geçmesini, kendisinin kapıyı kontrol edip geleceğini söyledikten sonra kapıyı dışardan kilitleyerek köy muhtarına haber verdiği tüm dosya içeriğinden anlaşılmalı, TCK'nın 102. Maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun konusu mağdurun rızası ve iradesi dışındaki eylemler olup, TCK'nın 26/2. maddesinde de “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına dair olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez” hükmü düzenlenmiştir. Dava konusu olayda katılanın, sanığı yakalamak amacıyla cinsel ilişkiye rıza gösterdiğini belirtmesi ve sanığın da bu beyana istinaden katılanın evine gittiğinin anlaşılması karşısında, atılı suçun kanuni unsurları itibariyle oluşmadığı ve 17.06.2007 tarihli iddianame içeriğine göre de bu olay öncesinde sanık tarafından yapılan cinsel ilişki tekliflerinin kamu davasına konu edilmediği nazara alınarak atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...” Y. 14. CD., E. 2016/8681, K. 2017/2375, T. 03.05.2017.

⁷⁰ Benzer görüş için bakınız Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 41) 3301; Akkaya (n 67) 30.

⁷¹ Akkaya (n 67) 30.

olması hiçbir şekilde bu davranışlara rızası olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Nitekim madde gerekçesinde, “**Cinsel saldırı suçunun özelliği, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesidir. Mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya örneğin uyku hâli dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilirler.**” şeklindeki ifadelerle yer verilerek bu suç kapsamında fiilin gerçekleşmiş sayılabilmesi için bu davranışların mağdurun iradesine aykırı olarak gerçekleştirilmiş olması gerektiği hususu vurgulanmıştır.

Kaldı ki cinsel suçlar bakımından rızanın tipikliğe engel olucu nitelik taşımayıp hukuka uygunluk nedeni olduğunun ileri sürülmesi, karşılıklı rızalarıyla cinsel davranışlarda bulunan kişilerin ve hatta eşlerin dahi bu tür cinsel davranışlarının cinsel saldırı suçu açısından tipik olduğunun kabul edilmesi sonucunu ortaya çıkaracak, en son hukuka aykırılık unsuru kapsamında yapılacak değerlendirmede rızanın varlığından bahisle gerçekleştirilen cinsel davranışların meşru olduğu kabul edilebilecektir. Bu şekilde rıza mevcut olduğunda daha en baştan cinsel saldırı suçu kapsamında sayılabilecek şekildeki cinsel davranışların bulunmadığı ve dolayısıyla da tipik fiilin gerçekleşmediği sonucuna ulaşılabilecekken⁷² meseleyi hukuka aykırılık unsurunda çözüme kavuşturmanın kanaatimize göre makul bir izahı bulunmamaktadır. Bundan daha önemlisi ise cinsel suçlarda rızanın tipikliğe engel olan rıza olarak değil de hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi halinde akıl hastalarının birçok durumda cinsel birlikteliklere karşı rıza gösteremeyecekleri sonucuna ulaşılması gerekli hale gelecektir ki⁷³ bu da akıl hastalarının cinsel yaşamlarının sonlandırılmasından başka bir anlam ifade etmeyecektir. **Elbette bu iki durumun ortaya çıkardığı esas fark, ilerleyen kısımlarda da incelenecek olduğu üzere hata durumunda ortaya çıkmaktadır⁷⁴ ki sadece bu farklılık dahi cinsel suçlarda rızanın tipikliğe engel bir neden olmasının önemini açıkça ortaya koymaktadır⁷⁵.**

C. Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza ile Bu Ayrımı Reddeden Görüş

1. Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza

Alman doktrininde oldukça dar bir alanda kabul edilmekteyse de suçların bazıları bakımından rıza, hukuka uygunluk kapsamında görülmektedir. Bu suçlarda hukuki değer sahibinin iradesi, objektif tipiklik alanında dikkate alınmamakta, tipiklik alanı

⁷² Roxin (n 4) § 13 kn 2.

⁷³ Doktor Öğretim Üyesi Selman Dursun ile 10.10.2018 tarihinde yapılan sözlü konuşma ile edinilen bilgidir.

⁷⁴ Taner (n 67) 174.

⁷⁵ Elbette *Taner*, bu farklılığın hataya etki ettiğini kabul etmekteyse de bunun pratikte bir önemi olmadığına işaret etmiştir (Taner (n 67) 174). Ancak *Dursun*’un da vurguladığı gibi bu farklılık, suçun yapısal analizindeki yerini belirlediği gibi ayrı hata hükümlerinin uygulanması gibi önemli bir sonucu da beraberinde getirebilir. Bakınız Dursun (n 67) 64, dipnot 19.

dışında tipik fiilin meşru hale gelmesine neden olup olmadığı bağlamında göz önünde bulundurulmaktadır⁷⁶. Rızanın tipiklik kapsamında yer almadığı suç tiplerinde yetkili kişinin iradesine binaen işlenmiş olsa dahi fiilin, korunan hukuki değeri ihlal ettiği ve tipiklik kapsamında yer alan rıza durumunun aksine sosyal yaşamın normal sürecinde yer almadığı, bilakis tasarruf özgürlüğü kapsamında olsa bile ağır zararları beraberinde getirebilme potansiyeli taşıdığı kabul edilmektedir. İşte bu tür durumlarda rıza, tipikliğe engel olan rızadan farklı olup “*hukuka uygunluk nedeni olan rıza*” olarak nitelendirilmektedir⁷⁷.

Bu çerçevede kanuni anlamda gerçekleşen tipik fiil, hukuki değer sahibinin tipikliğinin gerçekleşmesine yönelik olarak hukuka uygunluk nedeni olan rızasının söz konusu olması suretiyle meşru hale gelebilir⁷⁸. Hukuka uygunluk nedeni olan rızanın altında yatan neden, ilgili kişinin sahip olduğu hukuki değere riayet edilmesi yönündeki gereklilik karşısında kendi kaderini tayin hakkı çerçevesinde bu hukuki değere yönelik korumadan vazgeçerek saldırıya rıza göstermesi ve buna binaen cezalandırılabilir hareketin kanuni tanımdaki içeriğinin oluşmadığı yönündeki düşüncedir⁷⁹. Böyle durumlarda mağdurun hukuki korumadan vazgeçışı, mağdurun kendine ait olan değerle otonom bir ilişkisi mevzu bahistir⁸⁰. Yani sadece vücut dokunulmazlığı ya da mülkiyetin dokunulmazlığının korunmadığı, aynı zamanda vücut ya da mülkiyetin hak sahibinin isteğine göre tasarruf etme özgürlüğünün korunduğu suç tipleri, kişisel hukuki değer kavramının gerekli olduğu suçlar olarak kabul edilmektedir ve bu suçlar bakımından rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğundan hareket edilmektedir. Buna göre kasten yaralama suçu kapsamında irade yeteneği bulunmayan küçük bir çocuğun otonom şekilde üzerinde tasarruf edemeyeceği bedeni korunmaktadır⁸¹.

Hukuka uygunluk nedeni olan rıza, Türk Ceza Kanunu’nun “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” üst başlığı altında “*İlgilinin Rızası*” başlıklı 26’ncı maddenin ikinci fıkrasında, “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” şeklindeki ifadelerle açıkça hüküm altına alınmıştır. Esasen bu düzenlemeyle birlikte hukuka uygunluk nedeni olan rızanın da koşulları bakımından bir belirlilik sağlanmıştır ki daha evvel de işaret edildiği üzere bu durum, Türk hukukunda ilgilinin rızası kurumuna yaklaşımın daha makul olduğunu göstermektedir.

⁷⁶ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 120.

⁷⁷ Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 c.

⁷⁸ Hoffmann-Holland (n 17) kn 303.

⁷⁹ Welzel (n 17) 95; Groppe (n 19) § 5 kn 109.

⁸⁰ Amelung (n 4) 821; Schmidhäuser (n 12) 8/128.

⁸¹ Amelung and Eymann (8) s. 938.

Buna mukabil Alman Ceza Kanunu'nda hakkın korunması üzerinde ihlal edilen kişinin feragat etmesine ilişkin olan⁸² ilgilinin rızası, Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiş olsa da örf-adet ve teamül gereğince kabul edilmektedir⁸³. Esasen hukuka uygunluk nedenleri, kural olarak failin lehine etki ettiğinden bu şekilde örf-adet kurallarından hareketle bir hukuka uygunluk nedeninin öngörülmesine de müsaade edilebilmektedir⁸⁴. Bu çerçevede Alman hukukunda bu kategorideki en önemli suçlar, kasten yaralama ve mala zarar verme olarak görülmektedir⁸⁵. Buna göre Alman hukukunda malikin, başkasının kendi malına zarar vermesine ya da kırmasına yönelik olarak onay vermesi halinde hukuka uygunluk nedeni olan rızadan söz edilmektedir. İşte hâkim görüşe göre bu rızanın, eşyaya zarar verilmiş olması ve başkasına ait mala tipe uygun bir yapıda zarar verildiği gerçeğini ortadan kaldırmayacağı kabulünden yola çıkılmaktadır⁸⁶.

Bu duruma rağmen Alman kanun koyucunun bazı özel suç tipleri bakımından hukuka uygunluk nedeni olan rızaya ilişkin ayrıca bir düzenleme yaptığı görülmektedir⁸⁷. Nitekim kanuna sonradan eklenen “Rıza” başlıklı kasten yaralama suçunda rızayı düzenleyen § 228 hükmü bu durumu açıkça göstermektedir⁸⁸. Söz konusu düzenlemeye göre kasten yaralama suçunu yaralanan kişinin rızası ile işleyen kişi, sadece fiilinin rızaya rağmen ahlaka aykırı olması halinde hukuka aykırı hareket etmiş olur. Bu ölçüt, sadece hukuka uygunluk nedeni olan rızanın söz konusu olduğu kasten yaralama suçu açısından geçerli olup diğer diğer suç tipleri bakımından geçerli değildir⁸⁹. Yani rıza verenin rıza verme nedenlerinin etik niteliği, rızanın etki etmesi bakımından bir anlam ifade etmemektedir⁹⁰. Buna göre bir kimse, başkasını suç niteliğini haiz bir amaçla evine almış olsa eve girme ahlaka aykırı olsa da konut dokunulmazlığının ihlali suçu açısından tipiklik ortaya çıkmayacaktır. Aynı durum cinsel saldırı suçu açısından da geçerlidir. Kişinin rızasının geçerli olup olmadığı yönünde bir tespit yapılabilmesi, bu rızanın ahlaka uygun olup olmadığına bağlı değildir. *Kişinin cinsel birlikteliğe rıza göstermesiyle birlikte bu birliktelik, ahlaka uygun olsun ya da olmasın bu suç açısından tipiklik gerçekleşmiş olmayacaktır*⁹¹.

⁸² Schlehofer (n 17) 2; Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht* (7. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin 2004) § 8 kn 106.

⁸³ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 117; Heinrich (n 17) kn 438; Kühl (n 4) § 9 kn 20; Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 3; Hoffmann-Holland (n 17) kn 304; Geerds (9) 49, 50.

⁸⁴ Heinrich (n 17) kn 438.

⁸⁵ Beckert (n 17) 507; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 120; Roxin (n 4) § 13 kn 3; Rönnau (2)18.

⁸⁶ Welzel (n 17) 95; Roxin (n 4) § 13 kn 3.

⁸⁷ Hoffmann-Holland (n 17) kn 304; Thomas Weigend, ‘Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen’ (ZStW 98 (1986) 62; Geerds (n 9) 50 ff.

⁸⁸ Welzel (n 17) 95; Beckert (n 17) 508; Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 3; Roxin (n 4) § 13 kn 8; Geerds (n 9) 50, 51; Weigend (n 88) 62.

⁸⁹ Weigend (n 88) 64.

⁹⁰ BGH NSStZ 2000, 88 (Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 145).

⁹¹ Roxin (n 4) § 13 kn 8.

Görüldüğü üzere burada hukuka aykırılığa istisnai bir nitelik verilmiştir. Doktrinde Alman Ceza Kanunu § 228 hükmü olmadan da yaralanmasına yönelik rıza gösteren kişinin bu rızasının fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracabileceği, söz konusu hükmün daha çok hukuka aykırılığın ortadan kalkmış olmayacağı bir durumu gösterdiği belirtilmiştir⁹². Dolayısıyla kasten yaralama suçu üzerinde rıza suretiyle hak korumasından vazgeçişin bu hükümlerle sınırlandırıldığına işaret edilmiştir⁹³. Bu bakımdan rızanın bu suçlarda hukuka uygunluk nedeni olarak görülmesi, yaşam ve beden bütünlüğü gibi değerlerin eşsiz ve üstün değerler (*par excellence*) olmalarından kaynaklanıyor olabilir. Bu çerçevede devlet, bu değerler bakımından tasarruf edebilme hakkını güvence altına aldığı gibi aynı zamanda bu hakkın sınırlarını da belirlemektedir⁹⁴.

2. Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rızayı Kabul Etmeyen ve Bütün Rıza Hallerini Tipikliğe Engel Nitelikte Gören Görüş

Alman doktrininde yeni olan ve yayılmaya başlayan görüşe göre⁹⁵ hukuka uygunluk nedeni olan rıza da tipikliğe engel olan rıza olarak görülmektedir. Diğer bir ifadeyle sırf suç tipinde yer alan tanımdan hareketle rızanın ister açık ister zımni olarak tipikliğe engel bir nitelik arz etmediği hallerde de rıza tipiklik kapsamında görülmekte, özetle rıza her halde ve durumda tipikliğe engel teşkil eder nitelikte görülmekte ve hukuka uygunluk nedeni olan rızanın hiçbir şekilde bulunmadığı kabul edilmektedir. Bu çerçevede Alman hukukunda rızanın ister açık ister yorum yoluyla suç tipinde yer almadığı durumlarda rızanın suç sistematüğünde tam olarak nerede konumlandırılacağı konusu üzerinde bir tartışma ortaya çıkmıştır. Özellikle vurgulamak gerekir ki *bu tartışma, bilhassa tıbbi müdahaleler kapsamında gerçekleştirilen yaralamalarla ilgili olarak ortaya çıkmaktadır*. Buna göre hekimler tarafından tedavi amacıyla tıp mesleğinin kurallarına göre vücut bütünlüğüne yönelik olarak yapılan müdahalelerin başarılı bir şekilde gerçekleştirilmiş olması durumunda tipiklikten söz edilemez. Yani bu görüşe göre, tıbbi müdahaleler kapsamında hasta tarafından gösterilen rıza, tipikliğe engel olan rıza olarak görülür.

⁹² Kühl (n 4) § 9 kn 20.

⁹³ Otto (n 83) § 8 kn 106.

⁹⁴ Weigend (n 88) 62.

⁹⁵ Roxin (n 4) § 13 kn 12; Gropengießer (n 18) 89; Schlehofer (n 17) 4; Schlehofer (n 17) vor § 32 kn 126; Weigend (n 88) 61. Bu konuda Türk doktrininde bilgi için bakınız Koca ve Üzülmöz (n 4) 291.

Buna karşılık Alman mahkeme kararları da dahil olmak üzere doktrindeki geleneksel görüş⁹⁶ tarafından tedavi amaçlı yapılan tıbbi müdahalelerin kapsamında olduğu yaralama suçu bakımından rıza hukuka uygunluk nedenleri kapsamında değerlendirilmektedir. Yani Alman doktrininde bu görüş, kanuni tanımda hareketin açıkça rızaya aykırı olması gerektiği belirtilen yahut açıkça belirtilmese de hareketin yorumlanması suretiyle rızaya aykırı olarak gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilen suç tipleri dışında kalan bütün suçlarda rızanın hukuka aykırılık unsuru altında incelenmesi ve hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerektiğini kabul etmektedir⁹⁷. Hatta o kadar ki bu görüş nezdinde hukuka uygunluk nedeni olan rızanın, özellikle de tıbbi müdahalelerde önem arz ettiği kabul edilmektedir⁹⁸.

3. Değerlendirme

Bu konudaki kanaatimiz, “bireye ilişkin hukuki değer öğretisi” çerçevesinde şekillenecektir. Buna göre kişinin özgür gelişimine zarar vermeyen, bilakis bu ifadenin aksine olacak şekilde hareketin hukuki değer sahibi olan kişinin tasarrufuna dayanması halinde hukuki değer ihlalden söz edilemeyecektir⁹⁹. Elbette kabul ettiğimiz görüşün temeli bu ilkeye uygun olmakla birlikte bundan farklı olarak suç tipi tanımlarında yer alan ifadelerin de dikkate alınması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu minvalde kanaatimiz, rızanın kural olarak tipikliğe engel teşkil eden bir neden

⁹⁶ BGHSt 17, 359 (Kindhäuser (n 4) § 12 kn 2); BGHSt 11, 111; BGH, NJW 2011, 1088, 1089 (Kühl (n 4) § 9 kn 26); Beekert (n 17) 507; Gropp (n 19) § 5 kn 112; Rengier (n 4) § 23 kn 10; Hoffmann-Holland (n 17) kn 303. *Jescheck/Weigend*, her kim kendisine kozmetik operasyon yaptırırsa az ya da çok bir süreliğine vücudunun zarar görmesine tahammül etmesi gerektiğini ifade ederek bu hususu hukuka uygunluk kapsamında değerlendirmektedir (Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 c). *Kindhäuser*’e göre bu suçlarda da rızanın tipikliği kaldırıldığı yönündeki görüş, tipik haksızlığın ortadan kalkması bakımından sonuç itibarıyla gerçeğe uygun olmasına rağmen ve yaralama suçu açısından söz konusu olan sınırlandırmaları açıklayamaması açısından bazı zorluklara sahiptir. Başkasının öldürmesi, rıza durumunda kişinin kendisini öldürmesi olarak anlaşılmış olsaydı kişinin kendisini öldürmesi tipe uygun olmadığından ve dolayısıyla da yasaklanmadığından başkasının öldürmesi de her şekilde cezalandırılmaması gerekirdi. Buna karşılık Alman Ceza Kanunu § 216 hükümü, tersini söylemektedir. İhlal edilen rızasıyla icra edilen tipikliğinin gerçekleşmesi de tek başına fail tarafından başkasının değerine yönelik bir saldırı olarak görünüm arz etmektedir (Kindhäuser (n 4) § 12 kn 5). *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, ilginç bir şekilde ev sahibinin kendisinin de taşı fırlatması durumunda zarar verme ya da kırma unsurlarının gerçekleşmiş olacağına dikkat çekmişler, her ne kadar taşı fırlatan ev sahibi için fiilin konusu başkasına ait nitelik arz etmese de ev sahibi olmayan kimsenin hukuka uygunluk nedeni olan rızasıyla işlenen fiil açısından böyle bir durumdan söz edilemeyeceğine işaret etmişler, bu sayede rızanın esasen hukuka uygunluk nedeni olduğunu belirtmişlerdir (Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 122). Halbuki *yazarların* bu görüşüne göre, ev sahibinin kendi malını kırmamasının mala zarar verme suçu kapsamında hakikaten tipik olacağından bu defa hukuka aykırılık unsuru altında rızasının bulunup bulunmadığına bakılmak durumunda kalınacaktır. Gerçekte mala zarar verme suçu açısından da rıza tipiklik alanında addedilse bu değerlendirme için hukuka aykırılık unsuruna gerek kalmayacak, sorun en baştan tipiklik alanında çözüme kavuşturulmuş olacaktır. Kaldı ki *yazarların* bizzat kendileri de görüşlerinin, iflas durumunda mal sahipleri bakımından söz konusu olduğu üzere hukuki değer sahiplerinin hukuki değerleri üzerinde tasarruf edebilme imkanlarının ellerinden alınmış olduğu durumlarda çelişkisiz bir çözüm bulamadığına vurgu yapmışlardır. Bakınız Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 122.

⁹⁷ Suç tipi ifadesinde “sağlığa zarar verme” ibaresi dikkate alındığında iradeden bağımsız tipikliğinin gerçekleşmesinden söz edildiğine işaret edilmekte, bu açıdan da kasten yaralama suçu açısından rızanın tipikliğe engel olan değil, hukuka uygunluk nedeni olan rıza olduğunun altı çizilmiştir (Murmman (n 10) § 25 kn 123). Bu noktada erkek çocukların sünnet edilmelerinin sosyal anlamda uygun hareketler olarak kasten yaralama suçunun tipikliğini kaldırıp kaldırmayacağı tartışılmaktadır. *Exner*, bu görüşü savunurken hâkim görüş, bunun dini uygulamalar bağlamında bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu belirtmektedir. Bu konudaki görüşler ve ayrıntılı açıklamalar için bakınız Rolf Dietrich Herzberg, ‘Rectliche Probleme der rituellen Beschneidung’ (JZ 2009) 332-339.

⁹⁸ Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 c; Hoffmann-Holland (n 17) kn 303.

⁹⁹ Roxin (n 4) § 13 kn 12.

olarak kabul edilmesi gerektiği, bununla birlikte her durumda tipikliğe engel nitelik arz edemeyeceği, bazı durumlarda hukuka uygunluk nedeni olarak görülmesi gerektiği yönündedir.

Yani görüşümüz, temelde bireye ilişkin hukuki değer anlayışına dayanmakla birlikte bu görüşü ilk defa ortaya koyan ve şekillendiren *Roxin*'in mülkiyet şeklindeki hukuki değerın mala zarar verme suçuyla ihlalinin rızayla hukuka uygun olabilecek gerçek türde bir manevi yapıda olmadığı, malikin özgür kararıyla malın zarar görmesine ya da kırılmasına rıza göstermesi durumunda veya bu yönde bir talepte bulunması halinde burada malik pozisyonunun ihlalinin söz konusu olmadığı, malikin özgür kararının icrasına katılma olduğu yönündeki argümanını¹⁰⁰ benimsemek yönündedir. Zira bu ayırımın tamamen ortadan kaldırılması ve bütün rıza hallerinin tipikliğe engel teşkil ettiği yönünde bir görüşün, rızaya dair genel ve açık bir düzenlemenin bulunmadığı Alman hukukunda ileri sürülebilmesi mümkün görünse de Türk Ceza Kanunu'ndaki "ilgilinin rızası" başlıklı açık düzenleme karşısında Türk hukukunda ileri sürülmesi o denli kolay görünmemektedir. Kaldı ki böyle bir görüşün, § 228 hükmünün yer aldığı Alman Ceza Kanunu karşısında Alman hukukunda da ileri sürülemeyeceğine vurgu yapılmaktadır¹⁰¹.

Türk Ceza Kanunu'ndaki rızaya ilişkin düzenleme olmasaydı dahi suç tipi tanımlarında yer alan ifadeler ve de hukuki değerlerden hareketle yaralama, mala zarar verme gibi suç tipleri bakımından rızanın tipikliğe engel teşkil eder bir nitelik arz ettiğinden söz edilmesinden bahsedilemez. Nitekim hukuka uygunluk nedeni olan rıza olmaksızın malikin eşyasına zarar veren kişi, sadece spesifik olmayacak şekilde onun yapısına değil, aynı zamanda özel olarak mülkiyetten kaynaklı hukuki değere müdahalesi söz konusu olduğundan¹⁰² başkasına ait bir eşya hem kavramsal olarak hem de malikin iradesi olmaksızın zarar verilebilir, kırılabilir. Bu olay malikin rızasıyla gerçekleşmiş de olsa bu durum, söz konusu malın zarar görmesi ya da kırılması gerçeğinde bir değişikliğe neden olmaz¹⁰³. Aynı şekilde kişinin ölmek isteyip istemediğinden bağımsız olarak bir insan öldürülebilir. Öldürülen kişinin rızasının olup olmadığından bağımsız olarak kişinin öldürüldüğü gerçeği değişmeyecektir. Bu açıdan rıza, öldürmenin tipiklik unsurlarını ortadan kaldırmayacaktır¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Roxin (n 4) § 13 kn 12.

¹⁰¹ Krey and Esser (n 19) kn 657; Beckert (n 17) 508.

¹⁰² Gropp (n 19) § 5 kn 112.

¹⁰³ Beckert (n 17) 508; Heinrich (n 17) kn 441.

¹⁰⁴ Heinrich (n 17) kn 441.

Daha açık ifadeyle kasten yaralamada insan ve mala zarar vermede taşınır malın maliki rıza göstermiş olsa bile günlük anlayışa ve normal dil kullanımına göre yaralanmış insanın “vücuduna acı verilmiş”tir, aynı şekilde kırılan vazo “kullanılmaz hale getirilmiş”, bu suretle mala zarar verilmiştir¹⁰⁵.

Bununla birlikte hukuki değerın büyük bir önem arz ettiği bazı suçlar açısından, örneğin yaralama suçu bakımından hukuki değer sahibi olan kişinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak görülmesi daha makul olacaktır. Bu çerçevede hasta A, doktor B tarafından yapılacak müdahaleye rıza gösterir ve bu müdahale tıp biliminin kurallarına uygun şekilde gerçekleştirilerek apandis alınırsa her ne kadar kasten yaralama suçunun tipiklik unsuru gerçekleşmekteyse de hekimin hareketi hastanın rızası nedeniyle hukuka uygun hale gelecektir¹⁰⁶. **Bilhassa tıbbi müdahaleler kapsamında gösterilen rızanın, tipikliğe engel olan rıza olarak değil de hukuka uygunluk nedeni olan rıza olarak kabul edilmesi gerekir** ki bunun en temel sebeplerinden biri, ayırımın sonuçlarında da görüleceği gibi tipikliğe engel teşkil eden rızanın koşullarının daha az olmasıdır. Yani hukuka uygunluk nedeni olan rızanın koşulları daha sıkı olduğundan bu şekilde yaralama teşkil edebilecek türden tıbbi müdahalelere karşı gösterilecek rızanın koşullarının daha dar olmasının hastalar bakımından ve keza hekimler açısından da önemli faydaları olacağını düşünmekteyiz.

Nitekim vücuda yönelik saldırının haksızlığı temellendiren esasî hukuka uygunluk nedeni olan rıza kabulüyle birlikte meşru savunmadaki gibi karmaşaya engel olunmuş olur. Buradan hukuka uygunluk nedeni olan rıza da kural olarak menfaatlerin değerlendirilmesine, karşılaştırılmasına dayanmaktadır. Hukuki değerın sahibi olan kişi, kendisi için fiilden (bacağının kaybının daha uzun yaşamasını sağlaması) ya da fiilin ihmalinden (bacağın kesilmemesinin her iki bacağına da kesilmesine neden olması yahut daha az yaşamasına yol açması) kaynaklı olası sonuçlanabilecek avantaj veya dezavantajların değerlendirilmesine göre hukuka uygunluk nedeni olan rızasına ilişkin kararını ortaya koyar¹⁰⁷. Bu bakımdan hukuka uygunluk nedeni olan rıza, menfaatleri kıyaslama ve değerlendirme aracıdır¹⁰⁸. Elbette rızanın tipikliğe engel mi olduğu yoksa hukuka uygunluk nedeni mi olduğunun ne tür bir öneme sahip olduğu hususu, ayırımın sonuçları incelenirken daha iyi bir şekilde anlaşılacaktır. Burada

¹⁰⁵ Alman doktrininde rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak etkisine gerekçe olarak kasten yaralama suçu bakımından yapılan özel düzenleme (§ 228) örnek gösterilmektedir. Bakınız Kühl (n 4) § 9 kn 22. Gerçi bu argümanı *Roxin*, Alman Ceza Kanunu § 11 I Nr 5 hükmünde yapılan tanıma göre hukuka aykırı fiilin, ceza kanunundaki tipikliğin gerçekleştiği fiil olduğu, ancak bunun Alman Ceza Kanunu § 228 hükmü anlamında hukuka aykırı fiille ilgili olmadığı, zira buradaki hukuka aykırılığın rızayla hukuka uygun hale getirilen fiilin istisnasını norm altına aldığı (Roxin (n 4) § 13 kn 29) yönündeki gerekçelerle kabul etmemekteyse de Alman doktrininde bu görüş oldukça fazladır. Burada rızanın ahlaka aykırı olması durumunda yaralanan kişinin rızasının mevcudiyetinin fiili meşru hale getirmeyeceği vurgulanmaktadır (Kühl (n 4) § 9 kn 22). Dolayısıyla bu suç açısından ihdas edilen bu özel düzenlemedeki ifadenin hareketle bu rızanın tipikliğe engel olan rıza değil, hukuka uygunluk nedeni olan rıza olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

¹⁰⁶ Hoffmann-Holland (n 17) kn 303; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 123. Bu konuyla bağlantılı olarak genital muayene suçu bakımından rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğuna dair açıklamalar için bakınız Oğuzhan Demir, ‘Genital Muayene Suçu (TCK m.287)’, (2017) 5(2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 140.

¹⁰⁷ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 123.

¹⁰⁸ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 124; Amelung and Eymann (n 8) 939.

özellikle de basit nitelik arz etmeyen yaralama sonucunu beraberinde getirebilecek cerrahi müdahaleler açısından rızanın tipikliğe engel teşkil ettiğinin kabul edilmesinin önemli sorunları beraberinde getirme ihtimalinin bulunduğuna değinmekle yetinelim.

Şu hâlde hukuki değerın sahibi olan kişinin rızası olmaksızın da unsurun gerçekleşmesi kavramsal olarak mümkün ise kişinin rızası tipikliğın gerçekleşmesi bakımından bir değışikliğe neden olmaz ve bu noktada rıza, yalnızca bir hukuka uygunluk nedeni olabilir¹⁰⁹. Esasında “girmek” veya “almak” şeklindeki ifadelerin de günlük dil kullanımında ilgili kişinin rızası olmasına rağmen gerçekleşmeleri mümkün görünmektedir¹¹⁰. Zira bu ifadeler, tek başlarına ceza hukuku bakımından tam olarak belirli olmayan ve renksiz olarak görülmektedir¹¹¹. İşte tam da bu nedenle kanun koyucu, bu ifadelerle birlikte “rızaya aykırılık” unsuruna yer vermiş bulunmaktadır.

Bazı durumlarda ise suç tanımında yer alan hareketin varlığının hukuki değer sahibinin rızasının bulunmamasına bağılı olduğu hususu kelimenin kendi anlamından hareketle ortaya konulabilir. Nitekim incelemede yer verilen cinsel saldırı suçu buna örnek olarak gösterilebilir. İşte bu durumlarda hukuki değer sahibinin rızasıyla birlikte ilgili hukuki değere yönelik bir saldırının daha en baştan bulunmadığı varsayımından hareket edilir. Oysa ki etkili bir hukuka uygunluk nedeni olan rızada, korunan hukuki değere yönelik saldırı mevcuttur ve düzenlemelerde tanımlanan değersizliğin gerçekleşmesi söz konusudur¹¹². Yani hukuki değerın ihlal edilmesi ve fakat bunun değersizliğin gerçekleşmesi anlamına gelmemesi, hukuka uygunluk nedeni olan rıza ile hukuka aykırılığın ortadan kalkması sonucu söz konusu olur. Buna cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi örnek gösterilebilir. Daha evvel de belirttiğimiz üzere cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmiş olmasından söz edilebilmesi, kişinin bu cinsel davranışlara yönelik rızasının bulunmamasına bağılıdır. Yani cinsel suçlar açısından rızanın yokluğu, fiil unsurunun oluşmasının ön koşullarından biridir. Dolayısıyla da Türk doktrininde yorum yoluyla bazı suç tiplerinde rızanın tipikliğe dahil edilmemesi gerektiği, bu tür durumlarda rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşe¹¹³ katılmamaktayız.

III. Ayrımın Etkisi ve Sonuçları

Her ne kadar ister tipikliğe engel olarak kabul edilsin isterse hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirilsin, her iki durumda da mağdurun işlenen fiile rıza göstermiş olduğu durumda fail haksız bir fiil gerçekleştirmiş olmayacak ve bu bakımdan içerik

¹⁰⁹ Heinrich (n 17) kn 441.

¹¹⁰ Schlehofer (n 17) vor § 32 kn 142.

¹¹¹ Schild (n 47) 346.

¹¹² Gropp (n 19) § 5 kn 112.

¹¹³ Koca ve Üzülmöz (n 4) 292.

açısından bir fark ortaya çıkmayacaksa da¹¹⁴ bu ayrımın daha evvel de işaret edildiği üzere bazı hususlar bakımından oldukça anlamlı olduğu ifade edilmelidir. Zira kişinin rızasının ceza hukukunda ne şekilde nitelendirileceği ve nerede konumlandırılacağı konusunda verilecek karar, başta hata olmak üzere rızanın koşulları açısından, uygulamada önemli sonuçları beraberinde getirecektir¹¹⁵. Genel olarak tipikliğe engel olan rızanın koşulları, her bir suç tipinin fonksiyonundan ve korunan hukuki değer yapısından kaynaklı olarak gelişim gösterirken hukuka uygunluk nedeni olan rıza genel kurallardan hareketle şekillenir¹¹⁶. Nitekim ilgili kişinin rızasının etkili olması -bu rıza ister hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilsin isterse tipikliğe engel olan bir neden olarak kabul edilsin- ancak belirli koşulların gerçekleşmesine bağlıdır¹¹⁷. Bu kapsamda ayrımın, suçun unsurları bağlamında etkisi, rızanın koşullarının değişmesine olan etkisi ve nihayet hata durumlarına olan etkisi söz konusu olacağından incelememizde de bu başlıklara yer verilecektir.

A. Suçun Unsurları Bağlamında Etkisi

Bu kapsamda tipikliğe engel olan rıza ile hukuka uygunluk nedeni olan rıza arasındaki en önemli farklardan biri, rızanın konumlandığı unsurdan hareketle ortaya çıkmaktadır. Zira biri, tipiklikte yer alırken diğeri hukuka aykırılık unsurundadır¹¹⁸. Bunun sonucu olarak ilkinde rızayla birlikte tipik hareket dahi mevcut olmayacak, bu suretle maddi unsur oluşmayacakken¹¹⁹ ikincisinde rıza olsa bile tipik hareketten söz edilebilecek, bununla birlikte rıza ceza hukuku anlamındaki haksızlığın oluşmasına engel olacaktır¹²⁰. Rıza ile tipikliğe engel olunması suretiyle tipikliğin gerçekleşmemesi, hukuki değer sahibi olan kişinin bu hukuki değer başkası tarafından ihlal edilmesine muvafakat göstermesi halinde, tipikliğin gerçekleşmesi için gerekli hukuki değer ihlalinin mevcudiyetinden söz edilemeyeceği anlamına gelmektedir¹²¹. Burada hukuki değer sahibi olan kişinin irade özgürlüğünün hukuk düzeni tarafından tanınması ve kabul edilmesi suretiyle bu türden bir hukuki değere yönelik saldırının desteklenmesi söz konusudur¹²². Bu temelin arka planında çoğunlukla malvarlığında olduğu gibi her bir hukuki değer üzerinde tasarruf edebilme imkanının anlaşıldığı hallerde tipikliğe engel olan rıza yer alır¹²³.

¹¹⁴ Schlehofer (n 17) 1; Murmann (n 10) § 25 kn 122.

¹¹⁵ Beckert (n 17) 508; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1; Schmidt (n 2) kn 429; Heinrich (n 17) kn 440; Kühl (n 4) § 9 kn 42; Koca and Üzülmöz (n 4) 290, dipnot 807.

¹¹⁶ Schlehofer (n 17) 1, 2.

¹¹⁷ Weigend (n 88) 44; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 3.

¹¹⁸ Beckert (n 17) 508.

¹¹⁹ Schäfer (n 46) § 123 kn 27; Kindhäuser (n 4) § 12 kn 34; Schlehofer (n 17) vor § 32 kn 140; Schmidt (n 2) kn 431; Rengier (n 4) § 23 kn 3; Gropp (n 19) § 5 kn 120; Koca ve Üzülmöz (n 4) 292.

¹²⁰ Geerds (n 9) 43.

¹²¹ Kühl (n 4) § 9 kn 21; Kohte (n 4) 124.

¹²² Kühl (n 4) § 9 kn 21.

¹²³ Kühl (n 4) § 9 kn 21.

Bu çerçevede Alman hukukunda konut dokunulmazlığının ihlali suçunda (§ 123) eve girme hareketi, ev sahibinin davetine icabet etmek üzere gerçekleştirilmişse suç tanımında yer alan “girme”den söz edilemeyecektir. Zira konut dokunulmazlığının ihlali suçu da konut sahibi olan kişinin iradesine karşı hareket etmeyi şart koşmaktadır¹²⁴. Benzer durumun Türk hukuku açısından da geçerli olduğu daha evvel belirtilmişti. Buna göre konut ya da iş yerine girmenin ya da girdikten sonra çıkmamanın bu suçu oluşturabilmesi, konut veya iş yeri sahibinin iradesine aykırı olmasına bağlıdır¹²⁵. Burada yetkili kişinin olumsuz yöndeki iradesi tek başına yeterli olup ayrıca fiili anlamda girişi önlemeye yönelik bir davranışta bulunması ya da çaba sarf etmesi gerekli değildir¹²⁶.

Aynı şekilde hırsızlık suçunda (§ 242) malik, eşyasının korunması için alınmasına razı olmuşsa suç tanımındaki “alma”dan bahsedilemeyecektir¹²⁷. Hırsızlık suçu kapsamında “alma” ifadesi, malikin ya da zilyedin rızası olmaksızın kavramsal olarak bir anlam ifade eder. Aksi takdirde, malikin ya da zilyedin rızasıyla malın alınması durumunda, hırsızlık suçu kapsamında yer alan “alma” hareketi, kavramsal olarak gerçekleşmiş olmayacaktır. Bu suçla bağlantılı olarak malın alınmış olmasından söz edilebilmesi, malik ya da zilyedin iradesine aykırı olarak almayı şart koşmaktadır. Dolayısıyla sigara paketinden sigara alıp alamayacağı sorusuna paketin sahibinin alabileceği yönünde cevap vermesi üzerine paketten sigara alan kişinin bu hareketi, hırsızlık suçu kapsamında bir “alma” olmayıp yalnızca günlük dil kullanımında bir alma olacaktır¹²⁸. Şu hâlde hırsızlık suçu kapsamında yer alan “alma” hareketi, zilyedin rızasına aykırı olmaksızın gerçekleştirilemez¹²⁹. Bu bakımdan kolluk görevlileri tarafından sırf yakalanmak üzere içinde para bulunan çantanın masaya bırakılması ve failin çantayı almasıyla yakalandığı olayda yerel mahkeme, tamamlanmış hırsızlık suçunun olduğunu kabul etmemiş, buna gerekçe olarak çanta sahibinin de bu

¹²⁴ RGSt 5, 109, 111 (Kuhli (n 46)211); OLG Jena NJW 2006, 1892 (Rackow (n 44), § 123 kn 13); Schäfer (n 46) § 123 kn 27, 29; Sternberg-Lieben (n 46) § 123 kn 14/15; Heger (n 46) § 123 kn 5; Wessels and Hettinger (n 37) § 13 kn 587; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 b; Gropp (n 19) § 5 kn 113. Bu noktada Alman doktrininde bazı görüşler, mağdurun iradesine karşı olmanın yanı sıra iradesi olmaksızın da konuta veya iş yerine girmeyi bu kapsamda telakki etmektedir. Yani “girmeyi”, yetkili kişinin iradesine karşı veya iradesi olmaksızın girme olarak kabul etmektedirler. Bu şekilde bir yaklaşım sergilemeleri, genel anlamda rıza gösteren konut veya iş yeri sahibinin, bazı özel durumlarda rıza göstermemesi, bu bakımdan karşı bir irade beyanında bulunmasa da genel anlamda irade beyanında bulunduğu hareketle bu genel iradenin kapsamı dışında bulunan söz konusu özel yere girilmesi durumunda yetkili kişinin iradesine karşı girişten değil, iradesi olmaksızın girişten söz edilecektir. Bu müelliflere göre genel anlamda rızanın ortadan kalkması, sadece iş yeri, sinema gibi kamuya açık alanların dışında kalan konutlarda söz konusu olabilecektir. Bakınız Ostendorf (n 46) § 123 kn 29. Kanaatimize göre yetkili kişinin iradesine aykırı olarak değil de iradesi bulunmayarak girişlerde büyük ölçüde hata durumlarından bahsedileceğinden bu müelliflerin hareket noktasının ne denli makul olduğu şüpheli görünmektedir.

¹²⁵ *Keskin Kızıroğlu* da Alman doktrininde hâkim görüşün kabul ettiği gibi yalnızca iradeye karşı olmaktan, aykırılıktan söz etmiştir. Bakınız Keskin Kızıroğlu (n 51) 77.

¹²⁶ Kuhli (n 46) 211; Ergün (n 51) 87.

¹²⁷ Roxin (n 4) § 13 kn 2; Kühl (n 4) § 9 kn 25; Helmut Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (7. Auflage, C.H. Beck, 2015) 15/1; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 b; Gropp (n 19) § 5 kn 113; Rengier (n 4) § 23 kn 4; Schmidt (n 2) kn 430; Geerds (n 9) 74. Bu kapsamda koşullu muvafakat da tartışılmıştır. Bakınız Rönnau (n 2) 487-506.

¹²⁸ Heinrich (n 17) kn 442.

¹²⁹ Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 1 b.

durumdan haberinin olmasının çantanın fail tarafından alınmasına rıza gösterdiği anlamına gelmiş olmasını göstermiştir¹³⁰.

Buna karşılık hukuka uygunluk nedeni olan rızada, ihlal edilen hukuki değer sahibi olan kişinin rızası olmasına rağmen tipiklik gerçekleşir ve fakat hukuka uygunluk nedeni söz konusu olursa tipik olan fiil hukuka uygun hale gelir¹³¹. Burada rıza, hukuki değer muhafazasına dair cezaya layık menfaatin ortadan kalkmasına neden olur¹³². Bu türden suçlarda, örneğin mülkiyet hakkının korunduğu mala zarar verme suçunda iradenin ihlal edilmesi söz konusu değildir¹³³. Bu çerçevede mal sahibinin izin vermesi üzerine malını kıran kişinin bu hareketi, mala zarar verme suçu açısından tipik olsa da hukuka aykırı olmayacaktır¹³⁴. Alman Ceza Kanunu § 223 hükmüne göre de sadece başkasını özgürce karar verebilme hakkına saldırı altında bedensel olarak ihlal eden veya sağlığına zarar veren kişi tipe uygun hareket etmiş olur. Bilakis ceza hukuku, belirli yaşamsal değerler bakımından kişinin kendi kararını verme hakkını korumaz¹³⁵.

B. Rızanın Koşullarının Değişimine Yönelik Etkisi

Her iki rıza türünün koşulları da birbirinden farklı olup¹³⁶ bu koşullara dair özel kanunlar dışında ceza kanunlarında herhangi bir genel düzenleme bulunmamaktadır¹³⁷. Bu farklılık, yapılarının aynı olmamasından kaynaklanmaktadır. Buna göre hukuka uygunluk nedeni olan rıza, hukuki nitelikte bir yapıya sahipken tipikliğe engel olan rıza, hukuki değil, fiili bir yapıya sahiptir. Koşulların aynı olmaması da bu yapısal farklılık nedeniyle ortaya çıkmaktadır¹³⁸.

Bu kapsamda hukuka uygunluk nedeni olan rızanın uygulanma alanı, tipikliğe engel olan rıza karşısında daha dardır. Hatta burada bir “daraltma”dan söz edilmiş ve bu daraltmanın, hukuka uygunluk nedeni olarak rızanın kapsamına sınırlar çekilerek gerçekleştirilmeye çalışıldığı belirtilmiştir. Bu çerçevede hukuka uygunluk nedeni olan rızanın koşullarının çok daha katı olduğuna dikkat çekilmektedir¹³⁹. Bu koşullar arasındaki farklılıklar, hukuka uygunluk nedeni olan rızanın koşulları kapsamında detaylara girilmeden ele alınmaya çalışılacak ve bu suretle bir karşılaştırma yapılacaktır.

¹³⁰ BayObLG RReg. 3 St 230/78 NJW 1979, s. 729 (Gropp (n 19) § 5 kn 113, 115). Benzer durumun, güveni kötüye kullanma suçu bakımından da geçerli olduğu, nitekim bu suçta da tipik hareketin mağdurun iradesine karşı işlendiği vurgulanmaktadır (Rengier (n 4) § 23 kn 4).

¹³¹ Kohte (n 4) 124.

¹³² Schlehofer (n 17) vor § 32 kn 140.

¹³³ Kühn (n 4) § 9 kn 25.

¹³⁴ Rönnau (n 2) 18.

¹³⁵ Gropp (n 19) § 5 kn 111.

¹³⁶ Gropp (n 19) § 5 kn 117; Exner (n 17) 104.

¹³⁷ Amelung (n 4) 529.

¹³⁸ Rengier (n 4) § 23 kn 40; Frister (n 128) 15/3.

¹³⁹ Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 11.

1. Tasarruf Edilebilir Haklar Bakımından

Hukuka uygunluk nedeni olan rıza konusunda belirleyici olan unsur, hukuk politikasıdır¹⁴⁰. Sosyal bir hukuk devletinde, hukuki değer sahibinin özgürlüğü oldukça geniş olup rızanın bazı özel koşulları bulunmak kaydıyla korunan değerler ihlal edilmesi de bu kapsamda bulunmaktadır. İşte bu özel koşullardan ilki, rızanın sadece bazı bireysel hukuki değerlere ilişkin olması ve rıza gösteren kişinin sadece ilgili hukuki değer sahibi olan kişi olması durumunda dikkate değer olmasıdır¹⁴¹.

Bu çerçevede bireysel malvarlığı değerlerinde ve özgürlüğe ilişkin değerlerde kural olarak vücut bütünlüğünde olduğu gibi tasarruf yetkisinin bulunduğu kabul edilmiştir¹⁴². Ceza hukukunda başkasının değerlerine zarar vermeme şeklinde bir yükümlülüğün genel menfaatler bakımından devlete karşı da söz konusu olduğu, dolayısıyla her ne kadar bu saldırıdan dolayı da olsa etkilenen kişi rıza göstermiş olsa da ceza hukukunun kamusal normları üzerinde tasarruf yetkisinden söz edilemez¹⁴³. Şu hâlde yalan tanıklık, genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçu, çevrenin kasten kirletilmesi gibi genel nitelikli hukuki değerler açısından bu şekilde bir yetkiden söz edilemez, tasarruf edilebilir bir haktan bahsedilemez¹⁴⁴. Zira bu tür durumlarda ne ampirik ne de normatif olarak genelin rızası söz konusudur. Bu bakımdan hukuka uygunluk nedeni olan rıza, devletin korunduğu, kamu güveninin korunduğu suç tiplerinde herhangi bir etki oluşturmaz. Elbette ilgili suç tipi bakımından rızanın mümkün olup olmayacağı, suç tipinin kanunun özel hükümler kısmında konumlandığı yere ve dolayısıyla da hukuki değer analizine bağlı olarak şekillenecektir. Böylelikle mala zarar verme suçunun temel şekli açısından rıza gündeme gelebilecekken kamu malına zarar verilmesi şeklindeki suçun nitelikli hali açısından rıza söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu bakımından tasarruf edilebilir bir hak olmadığı yönünde görüşler bulunmaktaysa da¹⁴⁵ bazı görüşler tarafından sahip olduğu değer tehlikeye düşürülen kişinin rızasının, en azından bireysel anlamda tehlikeye düşürülen kısmı bakımından geçerli olup olmayacağı, hukuka uygun bir karaktere sahip olup olmayacağı tartışılmaktadır¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Jescheck and Weigend (n 4) § 34 II 3.

¹⁴¹ Amelung and Eymann (n 8) 939; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 126; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 II 3.

¹⁴² Schmidt (n 2) kn 434; Beckert (n 17) 509; Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 14; Rengier (n 4) § 23 kn 9; Murmann (n 10) § 25 kn 134; Ekici Şahin (n 4) 112; Özgenç (n 22) 367; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 51) 491, 492.

¹⁴³ Kindhäuser (n 4) § 12 kn 5; Özgenç, (n 22) 368; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 51) 491.

¹⁴⁴ Schmidt (n 2) kn 434; Rengier (n 4) § 23 kn 11; Ekici Şahin (n 4) 123; Koca ve Üzülmöz (n 4) 293, 294.

¹⁴⁵ Amelung and Eymann (n 8) 939. Bilhassa Alman Federal Mahkemesi kararlarında bu yönde görüş oldukça yaygındır. Bu kararlar için bakınız: BGH 23, 261 (Jescheck and Weigend (n 4) § 34 II 3). BGHSt 6, 66 (Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 126).

¹⁴⁶ Rengier (n 4) § 23 kn 12. Bu tür suç tiplerinde korunan bireysel hukuki değerlerin ihlaline yönelik rıza, haksızlığın bir kısmını nötralize edecekse de geride kalan haksızlık tipikliğin tam anlamıyla oluştuğunun belirtilebilmesi için yeterli olmayacaktır. Bu açıdan da hukuka uygun hale getiren rızanın kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüş için bakınız Amelung and Eymann (n 8) 939.

Tüm bu açıklamalardan da açıkça anlaşıldığı üzere tasarruf edilebilir hak, istisnai durumlar hariç olmak üzere bireysel hukuki değerler olarak görülür¹⁴⁷. Yaşam hakkı ise bu istisnalardan biri olarak gösterilebilir. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nda bu konuda açık bir düzenlemeye yer verilmiş, buna göre öldürdüğü insanın açık bir şekilde ifade etmesi ve ciddi isteği üzerine, o kişiyi öldürmeye sevk edilmiş olan bir kişinin altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı yönünde bir hüküm ihdas edilmiştir (§ 216).

Burada iki hususa önemle dikkat çekmek gerekir. Birincisi, kişilerin yaşamları ve vücut bütünlükleri, keza sağlıkları bizatihi kendilerine karşı korunmamakta, ilkesel olarak kendilerini öldürmeleri ya da yaralamaları yasaklanmamaktadır¹⁴⁸. İkincisi ise, kişilerin başkalarından kendilerini öldürmelerini ya da yaralamalarına istemelerine yahut da rıza göstermelerine genel olarak müsaade edilmemektedir. Yani kişinin kendisini öldürmesi yahut da yaralamasına yönelik olarak hukuk düzeni tarafından verilen serbestlik alanı, kişinin rızasına rağmen başkasına verilmemiş, tanınmamıştır¹⁴⁹. Burada kamusal menfaatlerin korunduğu yerde bireysel olarak ilgili kişinin rızasının etkisiz olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁰. Halbuki iki durum arasındaki tek fark, birinde kişinin doğrudan kendi hayatına son vermesi ya da vücudunu yaralaması söz konusuyken diğesinde kişinin bunu doğrudan kendisinin gerçekleştirmeyip bir başkasından rica etmesidir. Bu iki durum karşılaştırıldığında niçin ikincisinin daha ağır nitelikte görüldüğü ve cezalandırılabilirlik alanına dahil edildiği hususunun tartışmalı olduğuna dikkat çekilmiştir¹⁵¹.

Burada altı çizilmesi gereken bazı noktalar bulunmaktadır: **1.** Bir piramit çizildiğinde bu piramidin en alt katında kişinin kendisini öldürmesi yer alacak ve bu davranışlar tipik olmayacak, yani cezalandırılabilir nitelikte görülmeyecektir. Bununla birlikte kişinin kendisine yönelik olarak gerçekleştirdiği bu davranışlara kişiyi sevk eden veya kişiye yardım eden kişilerin de ön plandaki kişinin tipik bir fiili bulunmadığından bağıllık kuralı gereğince şerik olarak öldürme veya yaralama suçlarından sorumlu tutulmaları mümkün olmayacaktır. Bu nedenle kanun koyucu tarafından intihara sevk etme veya yardım etmenin cezasız kalmasını engellemek amacıyla kanunda “*İntihara Yönlendirme*” başlıklı özel bir düzenlemeye yer verilmiştir (TCK md. 84). **2.** Bu piramidin en üst katında kişinin rızası olmaksızın başkası tarafından bu kimsenin öldürülmesi yer almaktadır ki bu fiiller, tamamen cezalandırılabilir bir

¹⁴⁷ Murmann (n 10) § 25 kn 134; Amelung and Eymann (n 8) 939; Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 3; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 126; Koca and Üzülmöz (n 4) 294. Hatta bu, şüpheli de olsa Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarına göre rıza gösteren kişi ölmeyecek, bilakis yaşamı sadece somut olarak tehlikeye düşürülecek kişiler bakımından da geçerlidir (BGH BSZ 2009, 148, 150 - Schmidt (n 2) kn 434). Bu mahkeme kararı temel alınarak yaşamında somut bir tehlike oluşturacak duruma yönelik rızanın geçerli olamayacağı sonucuna ulaşılabilir (Schmidt (n 2) kn 434).

¹⁴⁸ Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 15; Geerds (n 9) 61; Ekici Şahin (n 4) 121, 122.

¹⁴⁹ Amelung and Eymann (n 8) 940.

¹⁵⁰ Welzel (n 17) 96.

¹⁵¹ Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 15.

nitelik arz etmektedir. Nitekim bu tür fiiller, hem mağdurun yaşam gibi bireysel anlamda korunan değerini ihlal etmekte hem de toplum yaşamının düzenli bir şekilde sürdürülmesini tehlikeye düşürmektedir. Bu tür fiillere yönelik azmettirme (TCK md. 38) ve yardım etme (TCK md. 39) de genel hükümlerde yer alan hükümlere binaen cezalandırılabilir niteliktedir. **3.** Piramidin orta katında ise kişinin rızasıyla, yani isteği veya müsaadesiyle, başkası tarafından öldürülmesi yer almaktadır. İşte bu fiiller bakımından Alman hukukunda kişinin rızasına belirli koşullarda ve sınırlarda müsaade edilmiş, talep üzerine öldürmede kişinin rızasının haksızlığı azaltıcı etkisinin olduğu kabulünden hareketle bu şekilde cezada indirim yapılmasını sağlayacak özel bir hükme yer verilmiştir¹⁵². Bu açıdan Alman hukukunda intihara iştirak etme ile talep üzerine öldürme birbirinden ayrılmıştır¹⁵³. Buna göre Alman hukukunda piramidin orta katıyla üst katı arasında bir ayırım yapılmıştır. Sadece bireysel değil, toplumsal yönü de olan yaşam hakkı, her ne kadar kişinin mutlak surette tasarruf edemeyeceği hak olarak görülmüş olsa da rıza olmadan gerçekleştirilen öldürme karşısında daha hafif nitelikli bir fiil olarak telakki edilmiştir. Buna karşılık Türk hukukunda orta katla üst kat arasında bir sınıra yer verilmemiş, her iki alan birleştirilmiş, böylelikle öldürülen kişinin rızasına cezayı azaltıcı olacak şekilde dahi müsaade edilmemiştir.

Tüm bunların yanında vücut bütünlüğünün korunduğu yaralama suçu bakımından Türk hukukunda herhangi bir değişiklik söz konusu olmazken Alman hukukunda farklı bir kabulden hareket edilmiştir. Buna göre Alman Ceza Kanunu'nda rıza konusunda özel bir düzenlemeye (Alm. CK. § 228) yer verilmiştir. Bu çerçevede vücut dokunulmazlığının korunduğu yaralama suçunda verilen rızanın geçerli olabilmesi için ahlaka aykırı olmaması gerekir¹⁵⁴. Bu çerçevede Alman Federal Yüksek Mahkemesi, eroin enjekte etme ya da süratli araç kullanma gibi somut ölüm tehlikesi oluşturan sado-mazoşist davranışlara yönelik rızayı kabul etmemiş ve failin işlediği fiili kasten öldürme olarak telakki etmiştir¹⁵⁵.

Alman literatüründe ahlaka aykırı olmama şeklindeki bu kriter sadece yaralama açısından geçerli görülmüştür. Buna karşılık mahkeme kararlarında ilk dönemlerde literatürdeki bu görüş kabul edilmişse de¹⁵⁶ doktrinde “ahlaka aykırılık” şeklindeki ifadenin belirsiz olduğu yönünde bir görüş bulunmasına rağmen¹⁵⁷ mahkemenin sonraki kararlarında bu kriter, fail ve mağdur tarafından takip edilen amaçla birlikte ihlalin türü ve araçları çerçevesinde bütüncül bir bakış açısıyla kınanabilir nitelik söz konusuysa bütün suçlar açısından kabul edilmiştir¹⁵⁸.

¹⁵² Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 128.

¹⁵³ Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 19.

¹⁵⁴ Murmann (n 10) § 25 kn 134; Geerds (n 9) 51; Hoffmann-Holland (n 17) kn 307; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 3.

¹⁵⁵ BGHSt 49, 34 (Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 19).

¹⁵⁶ BGHSt 49, 34 (Hoffmann-Holland (n 17) kn 307).

¹⁵⁷ Beckert (n 17) s. 510; Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 20; Weigend (88) 64.

¹⁵⁸ BayObLG NJW 1999, s. 372, 373 (Hoffmann-Holland (n 17) kn 307).

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde bir insanın öldürülmesi veya ahlaka aykırı şekilde bir insanın yaralanması şeklindeki fiiller genel menfaatler çerçevesinde koşulsuz olarak dokunulmaz kılınmış ve kişinin bu değerler bakımından tasarruf imkânı ortadan kaldırılmıştır¹⁵⁹. Bu bakımdan rızanın kapsamının kamusal menfaatlerden hareketle sınırlandırıldığı ifade edilebilir¹⁶⁰. Bu kapsamda tüm bireylerin çalışma gücünün muhafaza edilmesi üzerinden toplumun ekonomik menfaatleri esas alınmaktadır¹⁶¹. Ancak elbette konuyu yalnızca ekonomik bir mevzuya indirgememek gerekir. Zira toplumda yaygınlaşabilecek olan muhtemel “rıza üzerine” öldürme ve yaralamaların kamu düzenini bozacak olması da bu noktada büyük bir önem arz etmektedir. Kaldı ki öldürülenin öldürülme konusundaki rızası tam olarak geçerli görülüp öldüren kişiye hiçbir şekilde ceza verilmeseydi öldürülen kişilerin gerçekten rıza gösterip göstermediklerinin tespitinin belirsizliği karşısında öldürme fiili işleyen ve bunu rıza üzerine gerçekleştirdiği iddiasında bulunan kişilerin bu iddialarının, en azından “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince doğru kabul edilmesi gibi oldukça riskli bir sonuç tercih edilebilecektir.

Bunların yanında taksirle öldürmenin ve kasıtlı olarak yaşamı tehlikeye düşürmenin bir taraftan rıza suretiyle hukuka uygunluğundan bahsedilmekte, diğer taraftan ise mağdurun başkası tarafından gerçekleştirilen ve yaşamını tehlikeye düşüren riskli hareketlere rıza göstermesinin yaşamını tam anlamıyla sonlandıracak hareketlerin gerçekleştirilmesine izin verdiği anlamına gelmeyeceği, kuşkusuz ki ihmalin ölümcül neticesi gerçekleştiğinde mağdurun riskin önemini yeterince kavrayıp kavramadığı hususunun dikkatli bir şekilde incelenmesi gerekeceğinin altı çizilmektedir¹⁶².

İşte hukuka uygunluk nedeni olan rızanın tipikliğe engel olan bir nitelik arz ettiğinin kabul edilmesi halinde evvela rıza için tasarruf edilebilir bir hukuki değer bulunması gerektiği şeklindeki koşul ortadan kalkacaktır. Zira bu rızanın tipikliğe engel nitelikte görülmesi, kişinin başkasına rıza göstermesinin o fiili kendi işlemişçesine bir sonuç doğurmasına neden olacaktır. Buna göre kişi, intihar ettiğinde nasıl ki yaşamına yönelik kendi saldırısı öldürme suçu açısından tipik olmayacaksa başkasının kendisini öldürmesine yönelik rıza göstermesi halinde de aynı durumdan söz edilebilecek, başkasının hareketi de tipik olmayacaktır. Böylelikle yaşam ve vücut dokunulmazlığı gibi üstün değerler bakımından da kişilerin sınırsız şekilde tasarruf edebilmelerinden ve rıza gösterebilmelerinden bahsedilebilecektir.

¹⁵⁹ Kindhäuser (n 4) § 12 kn 5; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 128; Özgenç (n 22) 367, 368; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 51) 495.

¹⁶⁰ Beckert (n 17) 509; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 3; Weigend (n 88) 62, 63.

¹⁶¹ Weigend (n 88) 63.

¹⁶² Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 129.

2. Rıza Gösterme Yeterliliği Bakımından

Rıza gösterme yeterliliği, kişinin hukuki etki doğuran rızayı açıklayabilme yeteneğini ifade eder¹⁶³. Bu noktada rızayı sadece fiilin konusunun ait olduğu, korunan hukuki değer taşıyıcısı olan kişi gösterebilir¹⁶⁴. Hukuki değer konusu birden fazla kişiye aitse bu defa bütün kişilerin rıza göstermesi gerekmektedir¹⁶⁵. Rıza gösterme yetkisinin hukuki değer sahibi olmayan kimseye devredilmesi, mülkiyet gibi kişiliğe ilişkin olmayan hukuki değerlerde mümkünken vücut dokunulmazlığı, sağlık, özgürlük gibi kişiliğe ilişkin değerlerde kural olarak mümkün değildir¹⁶⁶. Bu bakımdan tıbbi tedavilerde hukuka uygunluk nedeni olan rızayı kural olarak sadece ilgili hastanın kendisi verebilir.

Hukuka uygunluk nedeni olan rızanın etki gösterebilmesi için rıza gösteren kişinin, davranışının etkisi ve fiilin haksızlığına ilişkin olarak somut olayda belirli bir olgunluk ve anlayışa sahip olması gerekir¹⁶⁷. Buna karşılık rıza gösteren kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalması halinde rızanın hukuka uygunluk etkisinden söz edilemeyecektir¹⁶⁸. Bu noktada hangi tür irade eksikliğinin önemli olduğu konusu tartışmalıdır. Geleneksel görüşe göre rıza gösterenin iradesindeki her türlü eksiklik önemli görülmektedir¹⁶⁹. Yaygınlaşan görüşe göre ise *hukuki değere ilişkin irade eksikliğine önem veren* bir bakış açısı esas alınır¹⁷⁰. Buna göre rıza gösteren kişinin kendi üzerinde bir tehlikeye neden olması bakımından ilgili hukuki değer anlamını ve saldırının ağırlığını anlayabilecek nitelikte algılama yeteneğine sahip olması gerekir¹⁷¹.

Bu görüşe yönelik olarak bilhassa rıza gösteren kişinin hatasının varlığı durumunda ortaya çıkacak sonuç bakımından eleştiriler ileri sürülmektedir. Buna göre rıza gösteren kişinin kendisine ait değere gerçekleştirilecek saldırının amacı veya kapsamı üzerinde hataya düşmesi durumunda rıza gösterenin bu açıklamasının geçersizliğini ileri süremeyeceği, zira bu hatanın dikkate değer görülmeyeceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede bir annenin çocuğu için böbreğini bağışlamasına neden olunması, ancak doktorun bu organı sadece yurt dışına satma planı yapması durumunda annenin rızasının geçersiz olduğu yönünde bir iddia ileri süremeyeceğine vurgu yapılmaktadır. Zira burada en nihayetinde annenin gösterdiği rıza, vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesine yöneliktir ve annenin hatası, kişiye yöneliktir.

¹⁶³ Amelung (n 4) 556.

¹⁶⁴ Welzel (n 17) 96.

¹⁶⁵ Amelung and Eymann (n 8) 940.

¹⁶⁶ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 131.

¹⁶⁷ Geerds (n 9) 44; Exner (n 17) 104; Bichlmeier (n 17) 54; Ekici Şahin (n 4) 73; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 51) 496.

¹⁶⁸ Amelung and Eymann (n 8) 943.

¹⁶⁹ Welzel (n 17) 95.

¹⁷⁰ Schlehofer (n 17) 82, 83. Bu konuda detaylı bilgi için bakınız Knut Amelung, 'Willensmangel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem' (ZStW 109 (1997) 490-518).

¹⁷¹ RGSSt 41, 392; BGHSt 4, 88 (Welzel (n 17) 96; Kindhäuser (n 4) § 12 kn 11); BGHSt 23, 1 (Amelung and Eymann (n 8) 941); Beckert (n 17) 509; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 132; Schmidhäuser (n 12) 8/137; Roxin (4) § 13 kn. 6; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 3; Özgenç (n 22) 369; Özбек, Doğan, Bacaksız and Tepe (n 33) 433.

Yani anne, organının bir kimseye verilmesi için bağışlamaya rıza göstermiştir, organı çocuğuna değil de yurt dışında bir kimseye verilmiş olsa da esas itibariyle annenin rızası dahilinde bir durumun varlığından bahsedilebilir. İşte bu şekilde bir neticenin çok makul olmadığı, hukuki değere ilişkin irade eksikliği şeklindeki kriterin rıza gösteren kişinin menfaatlerini gözetken bir ölçüt olmadığı belirtilmektedir¹⁷².

Bu bakımdan kişinin algılama yeteneğine sahip olup olmadığı konusu yaşından bağımsız şekilde tespit edilmelidir¹⁷³. Yani rıza yeteneğini belirli bir yaşla sınırlandırıp genel kural konulması da mümkün olmamalıdır¹⁷⁴. Özel hukuk anlamında hareket yeteneğinin farklı dereceleri üzerine karar veren eski sınırlandırmaların bu bağlamda bir anlam ifade etmeyeceğine vurgu yapılmış¹⁷⁵, nadiren de olsa doktrinde malvarlığı değerlerine karşı yönelen fiiller açısından bu kuralların geçerli görüldüğünün altı çizilmiştir¹⁷⁶. Bu minvalde özel hukuk anlamında ticaret yapabilme durumu gerekli olmayıp¹⁷⁷ önemli olan rızanın somut durumda hukuki anlamda etki göstermiş olmasıdır ki bunun için de hakkı ihlal edilen kişinin somut olayda hukuki değerden vazgeçişinin bütün sonuçlarıyla birlikte yeterli derecede karar verebilir durumda olup olmadığı dikkate alınacaktır¹⁷⁸.

Rıza yeteneği konusundaki karar, her bir durumun somut koşullarından hareketle sübjektif bir değerlendirme sonucunda elde edilmelidir¹⁷⁹. Dolayısıyla bir ve aynı kişinin basit bir operasyona yönelik olarak gösterdiği rıza geçerli olarak kabul edilebilecekken karmaşık operasyona yönelik rızası geçersiz olarak görülebilecektir¹⁸⁰. Buna göre bir olayda yedi yaşındaki çocuğun rıza yeteneğinin varlığından söz edilebilirken bir başka olayda on dört yaşındaki çocuğun rıza yeteneğinin bulunmadığı sonucuna ulaşılabilir¹⁸¹. Bu çerçevede “diş çekme” kararında Alman Yüksek Mahkemesi, sert şekilde baş ağrısı çekmekte olan hastanın bu ağrısıyla dolgu dişleri arasında bağlantı görmesi üzerine bu dişlerinin çekilmesi konusunda ısrar ettiği ve tıbben gerekli olmamasına rağmen 16 dişinin çekildiği olayda kusur yeteneği tam olmasına rağmen diş hekiminden dişlerini kapsamlı bir şekilde çekmesini isteyen hastanın bu rızasını geçerli bir rıza olarak kabul etmemiş, diş hekiminin kasten yaralama suçundan sorumlu tutulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır¹⁸².

¹⁷² Amelung and Eymann (n 8) 943.

¹⁷³ Beckert (n 17) 509.

¹⁷⁴ Amelung and Eymann (n 8) 941; Kohte (n 4) 113.

¹⁷⁵ Welzel (n 17) 96; Koca and Üzülmez (n 4) 295.

¹⁷⁶ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 132.

¹⁷⁷ BGHSt 12, 379 (Kindhäuser (n 4) § 12 kn 11); Welzel (n 17) 96; Beckert (n 17) 509; Amelung (n 4) 525; Bichlmeier (n 17) 54.

¹⁷⁸ Bichlmeier (n 17) 54; Koca ve Üzülmez (n 4) 295.

¹⁷⁹ Beckert (n 17) 509; Amelung (n 4) 543, 551; Geerds (n 9) 44.

¹⁸⁰ Amelung and Eymann (n 8) 941.

¹⁸¹ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 132.

¹⁸² BGH NJW 1978, 1206 (Beckert (n 17) 509; Bichlmeier (n 17) 53; Otto (n 83) § 8 kn 116).

Kişinin algılama yeteneğinin olmaması durumunda fiili anlamda dışa yansımış olan iradesi önemsizdir. Bu bakımdan on yedi yaşındaki bir hasta, risk üzerindeki açıklamalardan sonra müdahalenin türü ve kapsamını fark edebilir ve bu anlamda rızası da etki gösterebilir¹⁸³. Aksi takdirde bu kişinin iradesinin yanı sıra bu kişi adına irade açıklamasında bulunabilecek kişilere de başvurulur. Yani hukuki değer sahibinin yaş küçüklüğü ya da akıl hastalığı gibi nedenlerle rıza gösterme yeteneğine sahip olmaması durumunda başka bir kişinin daha rızasının gerekliliğinden söz edilmelidir¹⁸⁴. Bu çerçevede üç yaşındaki çocuğun apandis ameliyatına yönelik gösterilecek rıza, mutlaka çocuğun ebeveynleri tarafından açıklanmalıdır¹⁸⁵. Nitekim “İnsan üzerinde deney” başlıklı TCK md. 90 hükmünün üçüncü fıkrasında rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması gerektiğine yer verilmiştir. Benzer şekilde 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70’inci maddesinde de tabipler, diş tabipleri ve dişçilerin yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatinin alınacağı, büyük ameliyei cerrahiyeler için ise bu muvafakatin yazılı olması gerekeceğine yer verilmiştir.

Tipikliğe engel olan rıza için ise ilgili kişinin *doğal irade yeteneğine* sahip olması yeterlidir¹⁸⁶. Bu, tamamen hukuka uygunluk nedeni olan rızanın hukuki bir yapısının bulunmasından, yani norma dayalı bir yapısının söz konusu olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim aynı durumun, tipikliğe engel olan rızada varlığından söz edilemez. Buna göre tipikliğe engel olan rızanın hukuki değil, fiili bir yapısı göze çarpmaktadır¹⁸⁷. Bunun beraberinde getirdiği sonuçlardan biri, tipikliğe engel olan rızada hukuka uygunluk nedeni olan rızada olduğu gibi anlayış gösterme konusunda belirli bir olgunlukta olunmasının ya da belirli bir algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olunmasının bir şart olarak görülmemesidir¹⁸⁸. Bu anlamda söz gelimi hırsızlık suçu kapsamında zilyetlik için doğal hakimiyet iradesi yeterli olup bu iradenin çocuklarda ve hatta akıl hastalarında da bulunduğu kabul edilmekte, altı yaşında topuyla oynayan çocuğa yetişkin durumdaki E’nin, kendisine hediye verirse topunu alıp alamayacağını sorması üzerine S’nin kabul etmesiyle topu alması örneğinde hırsızlık suçu kapsamında “alma” unsurunun gerçekleşmediği ifade edilmektedir¹⁸⁹. Yani çocuğun malını verme yönündeki basit iradesi dahi

¹⁸³ Kindhäuser (n 4) § 12 kn 11.

¹⁸⁴ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 131; Amelung and Eymann (n 8) 940.

¹⁸⁵ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 131.

¹⁸⁶ Welzel (17) 95; Schmidt (2) kn 431; Beckert (17) 510; Amelung (n 4) 542; Geerds (n 9) 45; Ekici Şahin (n 4) 73.

¹⁸⁷ Beckert (n 17) 510; Amelung (n 4) 542.

¹⁸⁸ Roxin (n 4) § 13 kn 6; Murmann (n 10) § 25 kn 119; Gropp (n 19) § 5 kn 118; Heinrich (n 17) kn 445. Farklı görüşler için bakınız Kindhäuser (n 4) § 12 kn. 43, 44.

¹⁸⁹ Kindhäuser (n 4) § 12 kn 42; Roxin (n 4) § 13 kn 6; Murmann (n 10) § 25 kn 119.

yeterli görülecektir¹⁹⁰. Hırsızlık suçunda zilyedin durumunda olduğu gibi ihlalin fiili hakimiyet ilişkisiyle ilgili olduğu durumlarda rıza için çocukların ve akıl hastalarının da yetkili olduğu doğal tipikliğe engel olan rızanın yeterli olduğu belirtilirken daha ziyade ihlalin daha yoğun olması karşısında tıbbi operasyonlara yönelik olarak mağdurun söz konusu müdahalenin anlam ve kapsamına ilişkin idraki zaruri olarak gerekli görülmektedir¹⁹¹. Bu noktada önemle ifade etmek gerekir ki hırsızlık suçunda rızayı tipikliğe engel olan neden olarak görmeyen yazarlarına göre bile akıl hastaları bakımından doğrudan doğruya kendi eşyalarına yönelik makul karar alma yetenekleri ortadan kalkmış olmayacak, akıl hastalığı düzenlemesindeki durumun mevcudiyeti doğrudan rıza yeteneğinin olmaması gibi bir sonucu doğurmayacaktır¹⁹². Bu da göstermektedir ki hırsızlık suçunda rıza, tipikliğe engel nitelikte telakki edilmelidir.

Yine bir kimse çocuğun ya da akıl hastasının doğal iradesiyle bu kişileri bir dağ evine götürürse burada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan bahsedilemez¹⁹³. Ancak aynı durumun hakaret suçu açısından da geçerli olduğunu belirtmek mümkün değildir. Nitekim hakaret suçunda rıza, tipikliğe engel bir neden olarak görülmeyecek, olsa olsa bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülebilecektir. Bu durumda da akıl hastalığı bir kimsenin rızası, hakaret teşkil eden fiili hukuka uygun kılmayacaktır¹⁹⁴. Aynı durum kasten yaralama suçu açısından da geçerli olacaktır. Rıza gösteren kişinin alkol etkisi altında olduğu anda rıza göstermiş olması nedeniyle bu rıza etkisiz olacak, fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir¹⁹⁵.

Bu kapsamda Türk hukuku bakımından özellikle reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK md. 104) suçu kapsamında özel bir irdeleme yapılması gerekmektedir. Bu suçun tanımına göre cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu çerçevede cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak cinsel ilişki de dahil olmak üzere gerçekleştirilen bütün cinsel davranışlar zaten çocukların cinsel istismarı suçunu (TCK md. 103) oluşturacaktır. Bu anlamda reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşması için on beş-on sekiz yaş aralığında bulunan çocuğun cinsel ilişkiye mutlaka rızasıyla girmiş olması şarttır. Aksi takdirde çocuğun rızası olmadan, cebir, tehdit veya hile yahut da iradeyi etkileyen başka nedenlerle cinsel ilişkiye girilmesi durumunda artık reşit olmayanla

¹⁹⁰ Heinrich (n 17) kn 445; Ekici Şahin (n 4) 73.

¹⁹¹ Stratenwerth and Kuhlen (n 13) § 9 kn 12.

¹⁹² Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 132; Amelung and Eymann (n 8) 941.

¹⁹³ Roxin (n 4) § 13 kn 6. Elbette Türk hukukunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından rıza, hâkim görüş tarafından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğinden bu görüşün kabul gördüğünden söz edilemez. Bakınız Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 33) 433.

¹⁹⁴ BGHSt 23, 3 (Roxin (n 4) § 13 kn 6).

¹⁹⁵ Roxin (n 4) § 13 kn 6.

cinsel ilişki suçundan değil, çocukların cinsel istismarı suçundan söz edilecektir¹⁹⁶. Şu hâlde görüldüğü üzere çocuğun rızasının varlığı, zımnen de olsa reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kanuni tanımında yer almaktadır. Bununla birlikte on beş-on sekiz yaş aralığındaki bir çocuğun cinsel ilişkiye girme bakımından gösterdiği rıza, kanun koyucu tarafından geçerli görülmemiş ve bu çocukla cinsel ilişkiye giren kişi açısından bir ceza yaptırımını öngörülmiştir. Diğer bir ifadeyle bu çocuk, on beş-on sekiz yaş aralığında olsa dahi cinsel ilişkide bulunmaya yönelik olarak rıza gösterme ehliyetine sahip olarak nitelendirilmemiştir. Kanun koyucunun bu açık iradesi, zorunlu olarak hem doktrinde hem de uygulamada karşılık bulmuştur.

Benzer durum, çocukların cinsel istismarı suçu açısından da geçerli olup bu suç açısından on beşini tamamlamamış çocukların her türlü cinsel davranışlara karşı rızaları, kanun koyucu tarafından geçersiz addedilmiştir¹⁹⁷. Zaten bu şekilde özel bir düzenlemeye yer verilmiş olması, yani TCK md. 103 hükmünün birinci fıkrası kapsamında on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın suç teşkil ettiğinin özel olarak düzenlenmesine ihtiyaç duyulmuş olması da esasen bu çerçevede muhtemel mağdur konumunda olabilecek çocukların belirli bir kısmının belirli türdeki cinsel davranışlara karşı rızalarının kural olarak kabul edilebilir nitelik arz etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu durum, cinsel suçlar açısından rızanın hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliğe engel olucu bir nitelik arz ettiğini ortaya koymaktadır. Nitekim rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiş olsaydı on dört yaşında bir çocuğun kendisinin yirmi yaşında biri tarafından öpülmesi hareketine yönelik olarak rızasının geçersiz olduğu ve cezalandırılması gerektiği yönündeki TCK md. 103 hükmüne gerek kalmaz, çocuğun rıza ehliyetine sahip olmadığından bahisle TCK md. 102 hükmüne

¹⁹⁶ Nitekim Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 01.12.2015 tarihli 2015/8435 Esas ve 2015/11180 Karar sayılı kararı gereğince "...suç tarihinde on sekiz yaşından küçük, on beş yaşından büyük olan mağdurenin sanığın kendisi ile zorla ilişkiye girdiğine dair beyanlarına itibar edilmeyerek sanığın cebir, tehdit ve hile olmaksızın on beş yaşını bitirmiş çocukla cinsel ilişkiye girme suçundan anılan Kanununun 104/1. maddesine göre cezalandırılmasına karar verilmesine rağmen, hürriyeti tahdit suçu açısından on beş yaşını bitirmiş olan mağdurenin rızasının anılan Kanununun 26/2. maddesi gereğince suçun sübutuna engel olacağı dikkate alınmaksızın hürriyeti tahdit suçundan sanığın cezalandırılmasına karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle..." şeklindeki gerekçeyle cebir, tehdit ve hile ile ilişkiye girilmemesinin ilişkiye rıza ile girilmesi anlamına geldiği ifade edilmiştir. Kaldı ki Yargıtay kararlarında 15-18 yaş arasındaki çocuklarla cinsel ilişkiye girenken cebir, tehdit ve hilenin varlığı ispat edilmediği takdirde de "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi gereğince rızanın var olduğu kabulünden hareket edilerek reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluştuğu sonucuna ulaşılmıştır: "...Mağdure ve sanığın aşamalarındaki beyanları, adli rapor ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın suç tarihinden önce mağdureyi tanıdığı, olay gecesi on altı yaşındaki mağdurenin saat 21.30 sularında sanıkla birlikte onun evine gidip ertesi gün saat 13.00 sularına kadar kaldığı, mağdure ve sanığın anlatımları karşısında bu süre içerisinde cinsel ilişkiye girdikleri hususunda bir tereddüt bulunmadığı, ancak, sanığın bu eylemini cebir tehdit veya hile kullanmak suretiyle gerçekleştirdiğine dair cezalandırılmasına yeter nitelikte kuşku arındırılmış delil elde edilememesi ve "kuşku arındırılmış delil elde edilememesi" ilkesi dikkate alındığında eylemlerin bu haliyle reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturması sebebiyle sanığın TCK'nın 104/1. maddesi gereğince cezalandırılması ve mağdurenin aynı Kanununun 26/2. maddesi kapsamında hukuken geçerli rızasına istinaden sanıkla birlikte kalması halinin kişiyi hürriyetinden yoksun kalma suçunu oluşturmayacağı gözetilerek bu suçtan beraatine karar verilmesi gerekirken, suç vasfının tayininde yanlışlıkla yazılı şekilde mesnet suçlardan mahkûmiyetine hükmedilmesi..." Y. 14. CD., E. 2015/437, K. 2015/6166, T. 06.05.2015.

¹⁹⁷ Murat Aydın, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (3. Baskı, Seçkin, Ankara 2018) 77; Arslantürk (n 68) 310; Bilgehan Savaşçı, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Legal, İstanbul 2013) 75; Taner (n 67) 152; Kartal (n 68) 211.

binaen yirmi yaşındaki kişinin cezalandırılması yoluna gidilebilirdi. Buna rağmen TCK md. 102 gibi genel bir hüküm karşısında TCK md. 103 şeklinde müşahhas bir hükme yer verilmiş olması ve özel olarak belirli durumların da cezalandırılabilirlik kapsamında telakki edilmiş olması, hem cinsel suçlarda rızanın hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliğe engel olan bir nitelik taşıdığını göstermekte, hem de TCK md. 103 hükmünü TCK mad. 102 hükmü karşısında özel bir hüküm haline getirmekte ve iki hükmün birbirleriyle genel norm-özel norm ilişkisi içerisinde olmalarına neden olmaktadır.

3. Rızanın Açıklanması Bakımından

Rıza, mutlaka fiil öncesinde açıklanmış olmalıdır¹⁹⁸. Fiilin işlendiği anda rızanın mevcut olması için rıza açıklaması, fiile başlanmadan evvel ya da en geç fiil başladığı esnada yapılmış olmalıdır. Fiilden sonra yapılan onaylama, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz¹⁹⁹. Bununla birlikte fiilin hukuki değer sahibi tarafından içsel anlamda onaylanmış olması ya da bu fiile bir şekilde katlanması da yeterli olmayıp rızanın yanlışa mahal bırakmayacak şekilde ciddi olarak ortaya konulmuş olması şarttır. Bununla birlikte kural olarak belirli bir açıklama şekli de gerekli değildir. Bu noktada önem arz eden husus, ciddi nitelikteki somut irade açıklamasıdır²⁰⁰. Ayrıca rıza açıklaması, mutlaka failin kendisine yönelik olmalıdır ki fail, bu rıza açıklamasından haberdar olsun. Bu da göstermektedir ki kendisine rıza gösterilen kişi, bu rıza açıklamasından mutlaka haberdar olmalıdır²⁰¹. Zira sadece bu koşul altında rıza veren kişi kendisi tarafından harekete geçirilen olaylar üzerinde kontrolü elde edebilir ve gerektiğinde doğru zamanda rızasını geri alarak fiilin gerçekleştirilmesini önleyebilir²⁰².

Tipikliğe engel olan rızanın *salt gerçek, fiili bir yapısı* bulunduğundan açıklanmış olması şart olmayıp fiilen mevcut olması yeterlidir²⁰³. Bu bakımdan hukuka uygunluk nedeni olan rızadan farklı olarak tipikliğe engel olan rızanın ne açık ne somut olarak verilmesi olması şarttır. Ayrıca bu rızanın ahlaka uygun olması ve fail tarafından bilinmesi de gerekli değildir²⁰⁴. Yani bu rızanın açıkça ifade edilmesine gerek bulunmadığı gibi failin bu rızadan haberdar olmasına da gerek bulunmamaktadır²⁰⁵. Nitekim Avrupa'da bazı ülkelerde benzin istasyonlarında müşteriler araçlarının

¹⁹⁸ Schmidhäuser (n 12) 8/135; Amelung and Eymann (n 8) 941; Geerds (n 9) 44; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn. 133; Ekici Şahin (n 4) 72; Koca ve Üzülmöz (n 4) *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 296.

¹⁹⁹ Welzel (n 17) s. 96; Beckert (n 17) 509; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn. 135; Amelung and Eymann (n 8) 941.

²⁰⁰ Welzel (n 17) 95; Amelung and Eymann (n 8) 941; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn. 133.

²⁰¹ Geerds (n 9) 44.

²⁰² Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn. 133.

²⁰³ BGH 4, 199 (Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 2 a); Welzel (n 17) 95; Beckert (n 17) 510; Roxin (n 4) § 13 kn 6; Krey and Esser (n 19) kn 659; Murmann (n 10) § 25 kn 120; Schmidt (n 2) kn 432; Gropp (n 19) § 5 kn 119; Schäfer (n 46) § 123 kn 29; Sternberg-Lieben (n 46) § 123 kn 22; Geerds (n 9) 45; Exner (n 17) 104; Ekici Şahin (n 4) 72.

²⁰⁴ Heinrich (n 17) kn 448; Schmidt (n 2) kn 431, 432.

²⁰⁵ Roxin (n 4) § 13 kn 5; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 2 a; Krey and Esser (n 19) kn 659; Schmidt (n 2) kn 432.

benzin deposunu kendileri doldurup istasyondan ödeme yapıp ayrıldıklarından bir kimse deposuna benzini doldurur ve ödeme yapmaksızın yoluna devam ederse Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararında istasyon sahibinin müşterinin aracının deposuna benzin doldurmasına açıklamamış olsa da rızası bulunduğundan hırsızlık suçunun oluşmayacağı, burada olsa olsa dolandırıcılık ya da güveni kötüye kullanma suçunun gündeme gelebileceği ifade edilmiştir²⁰⁶.

Bununla birlikte gerçekte tipikliği engelleyen rıza her durumda salt fiili yapıda değildir. Nitekim cebir ve tehdit yoluyla elde edilmişse her ne kadar doktrinde aksi görüşler ileri sürülmekteyse de²⁰⁷ cebir veya tehdidin belirli bir ağırlıkta olması şartıyla²⁰⁸ rızanın geçerliliğinden bahsedilemez²⁰⁹. Şu hâlde kişinin bu rızasını kendi iradesiyle vermiş olması gerekir. Nitekim konut dokunulmazlığının ihlali suçunun nitelikli halleri arasında suçun işlenmesinde cebir veya tehdidin kullanılmasına yer verilmiş olması da (TCK md. 116/4) bu durumlarda rızanın muteber görülmediğini ortaya koymaktadır²¹⁰. Buna göre A, B'yi silahla tehdit eder ve çantasından cüzdanını alırsa burada tipikliğe engel olan bir rızadan söz edilemez²¹¹. Benzer şekilde cinsel saldırı suçunun ortadan kalkması için kadının cinsel ilişkiye yönelik doğal bir rızasının bulunması yeterlidir. Zira cinsel saldırı suçunun tipikliği sadece cebir veya tehditle yahut da vücut üzerinde bir tehlike oluşturmak suretiyle cinsel ilişkinin gerçekleşmesi halinde söz konusudur. Salt cebir veya tehditle, zorlama yoluyla mağdurun cinsel ilişkiye göz yumması ya da katlanması cinsel saldırı suçunun tipe uygun olmasına engel olmayacaktır²¹².

²⁰⁶ BGH NJW 1983, s. 2827 (Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 2 a).

²⁰⁷ Roxin (n 4) § 13 kn 7; Geerds (n 9) 45. Hile veya tehdit yoluyla ev sahibinin gerekli olan rızasının varlığı durumunda fail, ev sahibinin korunan mahrem alanına iradesine uygun olmaksızın girmiş olunacağı yönündeki görüş karşısında *Schmidt*, “zorla girme” unsurunun pekâlâ irade eksikliği durumunda dikkate alınması gereken bir değerlendirmeye dayanmadığı, bilakis gerçek, fiili duruma dayalı bir değerlendirme olduğuna dikkat çekmiştir (*Schmidt* (n 2) kn 431). *Schmidt*’e göre burada rıza sadece mağdurun doğal anlamda iradesini ortaya koyabilme yeteneğine sahip olması yeterli olup bu anlamda hile suretiyle elde edilen rıza durumunda da tipiklik gerçekleşmiş olmayacaktır (*Schmidt* (n 2) kn 431).

²⁰⁸ Eser and Eisele (n 38) § 239 kn 6. Burada önemli olan tek başına rıza gösteren kişinin subjektif olarak değerlendirilmesi ve bu kişinin içsel menfaatinin korunmasıdır. Şayet bu kişi, tehdidin etkisinin önlenmesine ilişkin menfaatinin fiilin konusunun dokunulmazlığına ilişkin menfaatine göre daha yüksek olduğu yönünde bir değerlendirme yaparsa bu, kendisi için tehdit etkisinin fiilin konusunu def etmek için dahi olsa hassas seviyeye ulaştığı, bu anlamda yeterli olduğu anlamına gelecektir. Elbette bu durum, zorlama etkisinin objektif olarak kolaylıkla görülebilir olması ve zorlamaya maruz kalan hukuki değer sahibinin dışardan da görülebilir şekilde zayıf olması ve hassas bir kişiliğe sahip olması durumlarında da geçerlidir. Bu noktada diğer hukuki değer sahibinin ya da varsayımsal (fiktif) olarak ölçüt alınan bir kişinin içsel çatışmasını nasıl çözdüğünün bir önemi bulunmamaktadır. Burada zorlamanın yoğunluk derecesi değil, bilakis bu zorlamanın hukuka aykırılığı önemlidir. Dolayısıyla objektif hassasiyet eşiği altında bir kötülük tehdidi de hukuka uygunluğa engel olacaktır. Açıklamalar için bakınız Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 139.

²⁰⁹ BGH JR 1982, s. 254 (Jescheck and Weigend (4) § 34 I 2a); Schmidhäuser (n 12) 8/136; Heinrich (n 17) kn 447; Kuhli (n 46) 212; Rackow (n 44), § 123 kn 14; Eser and Eisele (n 38) § 239 kn 6.

²¹⁰ Yargıtay kararlarına göre burada cebrin, konuta girmeden bir araç olarak kullanılmış olması gerekir. Konuta girildikten sonra uygulanan cebir, bu minvalde değerlendirilmemektedir. Söz konusu Yargıtay kararları için bakınız Ergün (n 51) 116, dipnot 399. Kanaatimize göre konut sahibinin rızasıyla girdikten sonra çıkılması istenmesine rağmen çıkmamakta direnen failin, cebir kullanarak direnmesi durumunda da konut dokunulmazlığının ihlali suçunun cebir kullanılarak işlenmesinden söz edilebilecektir.

²¹¹ Heinrich (n 17) kn 446.

²¹² BGH JR 1982, s. 254 (Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 2a).

Bununla birlikte mecburiyete dayalı zor durumu, rızanın etki göstermesine engel olmayacaktır. Nitekim bir hasta bacağına kesilmesine rıza göstermezse ciddi ölüm tehdidiyle karşı karşıya kalacağını bilerek bacağına kesilmesine rıza gösterirse hastaya karşı işlenen kasten yaralama suçu kapsamında ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni gündeme gelecektir²¹³. Zira hukuki değer ihlali olmaksızın mağduru baskıdan kurtaramayacak olan fail, hukuki değer sahibinin üçüncü kişi ya da şey yüzünden rıza göstermeye zorlanması durumunda hukuka uygun hareket etmiş kabul edilecek, bu açıdan da failin hareketi meşru olacaktır²¹⁴.

Bu kapsamda özellikle vurgulamak gerekir ki tipikliğe engel olan rızanın fiili yapısı, irade eksikliğine neden olan durumlarda da gündeme gelecek, böylelikle hileye maruz kalma gibi çeşitli nedenlerle hatalı bir şekilde izin verildiğinde ya da saldırıya maruz kalan kişi hukuki değerini önemini anlayamadığı durumlarda da bu rıza geçerli kabul edilecek, failin işlediği fiil tipik olmayacaktır²¹⁵. Buna uygun olarak 765 sayılı TCK'da evlenme vaadiyle cinsel ilişki suçunun sebebi de hilenin rızayı geçersiz hale getirmemesidir. Yani 765 sayılı TCK döneminde esasında bu düşünceye sahip olduğu görülmektedir²¹⁶.

Şu hâlde tipikliğe engel olan rızada salt pasif bir müsamaha yeterli olmasa da²¹⁷ “kabul etme” anlamında bilinçli içsel rıza gösterme yeterli ve gereklidir. Bu çerçevede mağdurun hileye maruz kaldıktan sonraki içsel hissiyatı önem arz etmektedir. Yani yapılan hileli davranış sonrası mağdurun hürriyetinden yoksun bırakıldığı bilincinde olması durumunda, hileli davranış esnasında mağdurun göstermiş olduğu rızanın bir önemi olmayacak, failin işlediği fiilin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından tipik olmasından söz edilecektir²¹⁸.

Her ne kadar Türk doktrininde katılmayan görüşler bulunmakta²¹⁹ ve madde gerekçesinde de, “*Kişinin konuta girme konusunda rıza açıklamaya yetkili olmasının yanı sıra, açıklanan rızanın da örneğin hile dolayısıyla sakatlanmamış olması gerekir.*” şeklindeki ifadeyle kanun koyucunun da iradesi hile durumunda rızayı geçerli kabul etmemek yönünde olsa da esasında rızanın hile ile elde edilmiş olması ya da irade eksikliğine dayalı başka bir nedene dayanılarak elde edilmiş olması halinde de tipikliğe engel olan rıza söz konusu olacaktır²²⁰. Yani soru yoluyla kandırma şeklinde iradeyi

²¹³ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 138.

²¹⁴ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 138.

²¹⁵ Amelung and Eymann (n 8) 938; Schmidt (n 2) kn 431; Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 2a; Ekici Şahin (n 4) 74. Bununla birlikte Alman doktrininde hâkim görüşün kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (§ 239) açısından hileye rağmen işlenen fiilin tipik olacağı ve suçun işlenmiş kabul edileceği yönünde olduğu görülmektedir. Bakınız Eser and Eisele (n 38) § 239 kn 6.

²¹⁶ Doktor Öğretim Üyesi Selman Dursun ile 10.10.2018 tarihinde yapılan sözlü konuşmadan esinlenilmiştir.

²¹⁷ RGSt 68, 306 (Heinrich (n 17) kn 446).

²¹⁸ Eser and Eisele (n 38) § 239 kn 6.

²¹⁹ Keskin Kızıroğlu (n 51) 87; Ergün (51) 96.

²²⁰ Schäfer (n 46) § 123 kn 29; Heinrich (n 17) kn 446; Sternberg-Lieben (n 46) § 123 kn 22; Kuhl (n 46) 212; Rackow (n 44), § 123 kn 14.

sakatlayan durumun varlığı halinde de tipikliğe engel olan rızadan bahsedilmektedir²²¹. Buna göre gerçekte evin içini teşhis edip daha sonradan hırsızlık yapmaya değer bir ev olup olmadığını tespit edebilmek için evin kapısını çalan ve kendisini kazanılan büyük ödülü takdim etmek üzere görevlendirilen bir kişi olarak tanıtan A'nın, kendisine inanan B'nin davetiyle eve girmesi halinde gerçekte hilesi olmasa asla içeri giremeyeceği bir durum söz konusudur. İşte bu örnekte A'nın konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işlemediği, eve girmeye yönelik olarak hile ile elde edilen rızanın zorla girme olarak kabul edilmeyeceği, böylelikle de konut dokunulmazlığının ihlali suçunun tipikliğinin oluşmayacağı, nitekim hile ile de olsa her halükârda A'nın konuta B'nin iradesi ile girmiş olduğu ifade edilmektedir²²². Zira burada hile ile de olsa rızası alınan kişinin gerçek anlamda üstesinden gelinmesi gerekebilecek karşı koyucu bir iradesinden söz edilemeyecek, dolayısıyla da kendi isteğiyle de olsa bir rızasından söz edilecek, en nihayetinde kişinin iradesi üzerinde bir zorlamanın varlığı ileri sürülemeyecektir²²³. Bu bakımdan Türk hukukunda da kabul edilen hile ile alınan rızada ev sahibinin özel alanı üzerine bilinçli ve isteyerek ortaya koyduğu bir irade bulunmadığı yönünde görüş²²⁴ yerinde değildir. Başkasını evine davet eden kişi, hileye maruz bırakılmış olsa da bu davetini bilinçli bir şekilde yapmaktadır; yine üzerinde herhangi bir baskıya maruz bırakılmadığından da bu davetini gönüllü bir şekilde yapmaktadır²²⁵.

Bunun yanında hilenin ve de mağdurun iradesine yönelik aldatıcı şekilde etki eden diğer nedenlerin ne derece etki edeceği ve rızanın dış dünyaya açıklanmasına gerek bulunup bulunmadığı sorularının genel bir kurala bağlanamayacağı, her bir suç tipinin yorumlanması kapsamında suç tiplerinin anlam ve amacına göre cevaplandırılması gerektiği özellikle ifade edilmektedir²²⁶. Bu anlamda tipikliğe engel olan tüm rıza durumları için genel kuralların uygulanabileceği yönünde bir inanç olsa da günümüzde bu şekilde umumileştirmenin hatalı olduğu ve rızanın etki koşullarının ilgili suç tipinin yorumlanmasına bağlı olduğu, dolayısıyla da bu konuya ilişkin tartışmanın ceza hukuku genel hükümler konusu olmaktan çok özel hükümler konusu olduğu hususu vurgulanmaktadır²²⁷.

²²¹ Schmidt (n 2) kn 431.

²²² OLG München NJW 1972, s. 2275 (Heinrich (n 17) kn 447); Wessels and Hettinger (n 37) § 13 kn 587; Schmidt (n 2) kn 431; Roxin (n 4) § 13 kn 7.

²²³ Wessels and Hettinger (n 37) § 13 kn 587. Bu bakımdan bazı yazarlar tarafından hile ile de olsa bir eve giren gizli soruşturmacının eve girme hareketinin tipik olmadığı ifade edilmektedir. Bakınız Schäfer (n 46) § 123 kn 30; Sternberg-Lieben (n 46) § 123 kn 22; Kuhli (n 46) 212; Rackow (n 44), § 123 kn 14. Ayrıca bu konuya ilişkin detaylı bilgi için bakınız Muhammed Demirel, Uyuşturucu Madde Ticareti Suçlarında Alıcı Kılığına Giren Kolluk Görevlisinin Hukuki Niteliği ve Cezalandırılabilirliği, (2018) CHD.

²²⁴ Bu görüş için bakınız Knut Amelung and Hero Schall, 'Zum Einsatz von Polizeispitzeln: Hausfriedensbruch und Notstandsrechtfertigung, Wohnungsgrundrecht und Durchsuchungsbefugnis – OLG München, DVBl 1973' (JuS 1975) 567.

²²⁵ Aynı yönde görüş için bakınız Wessels and Hettinger (n 37) § 13 kn 588.

²²⁶ Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 2 a. Bu çerçevede zorla evlendirme suçunun tipikliğinin oluşmaması için kadının doğal iradesi bu kadın akıl hastası olsa bile yeterli addedilmişken (BGH 23, 1 - Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 2 a) kaza yerinde bulunan yaralı çocuklardan birinin diğer kişiye kendisini bırakıp gitmesini istemesi, yani bu konuda rıza gösterdiği rıza tipikliğe engel görülmemiştir (OLG Hamm VRS 23, 102, 104) Jescheck and Weigend (n 4) § 34 I 2 a; Amelung (n 4) 'Über die Einwilligungsfähigkeit', 525-551; 821-833.

²²⁷ Rengier (n 4) § 23 kn 40; Frister (n 128) 15/3.

Bu çerçevede Alman Ceza Kanunu'nun 177'nci paragrafının ikinci fıkrasında yer alan düzenlemenin de değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır. Nitekim düzenlemenin ikinci fıkrasında ise failin cinsel davranışlarının mağdurun karşı koyucu iradesinin fark edilebilir olmadığı durumlarda da cezalandırılabilir olduğu durumlara yer verilmiştir. Buna göre; *i. Failin, kişinin söz konusu davranışlara karşı koyan iradesini açıklamamasını ya da şekillendirmesini engelleyen durumlar içerisinde bulunmasını kullanmış olması, ii. Failin, kişinin onayına güvenmiş olmamak kaydıyla mağdurun bedensel ya da ruhsal nedenlerle iradesini şekillendirme ya da ifade etme durumunun önemli ölçüde sınırlandırılmış olmasını kullanmış olması, iii. Failin sürpriz unsurunu kullanmış olması, iv. Failin, kişinin hassas kötü bir duruma karşı koyma tehdidiyle karşı karşıya kaldığı hali kullanmış olması, v. Failin, kişiyi hassas bir kötülükle tehdit ederek, korkutarak kişiyi cinsel davranışları gerçekleştirmesi yahut da bu davranışlara katlanması konusunda zorlamış olması* durumlarından birinin varlığında bu kişiye yönelik olarak cinsel davranışları icra eder veya icra ettirir yahut da bu kişiyi üçüncü kişiye yönelik cinsel davranışların gerçekleştirilmesine sevk eder ya da üçüncü bir kişi tarafından bu kişiye yönelik cinsel davranışlar gerçekleştirilmesine veya bu davranışlara katlanmaya sevk ederse birinci fıkraya göre ceza verilecektir (§ 177/2).

Görüldüğü üzere bu hükümle birlikte sayılan durumlarda mağdurun iradesinin fark edilebilir olmadığı ve bu durumlar altında mağdura yönelik olarak gerçekleştirilen davranışların da bu suç kapsamında cezalandırılabilir olduğu belirtilmiştir. Nitekim mağdurun bazı durumlarda cinsel davranışlara yönelik olarak vermiş olduğu onayı algılayabilecek durumda bulunmaması gibi karşı koyucu iradesini açıklamasının kendisinden beklenemeyecek halde olmasının ya da karşı koyucu iradesini açıklamasının objektif olarak mümkün olmasının söz konusu olabileceğine işaret edilmiştir²²⁸. Yani ikinci fıkraya göre mağdur, iradesini şekillendirme veya açıklamaya mutlak anlamda ehil durumda bulunmamalıdır. Salt yardıma muhtaç durumda olma ya da açıkça yeteneğinin sadece sınırlandırılmış olması yeterli değildir²²⁹.

Alman Ceza Kanunu'nda bu şekilde bir düzenlemenin özel olarak ihdas edilmiş olması, esasen belirtilen bu durumlarda mağdurun somut olayda göstermiş olduğu tavırların rıza olarak kabul edilebilme ihtimalidir. Nitekim bu durumların hiçbirinde belirli bir seviyeye ulaşmış cebir veya tehdit görülmemekte, mağdurun belirli durumların içerisinde bulunmasından faydalanılarak kullanılması suretiyle kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar söz konusudur. Bu bakımdan *failin sürpriz unsurunu kullanmış olması* gibi hilenin daha düşük seviyesinin mevzu bahis olduğu bu durumlarda mağdurun rızasının geçerli kabul edilmesi yönündeki ihtimale binaen böyle bir düzenlemeye gerek duyulması oldukça olağan karşılanabilir. Öyle ki bu

²²⁸ Ziegler (n 56) § 177 kn 11.

²²⁹ Ziegler (n 56) § 177 kn 12.

düzenlemeyle birlikte ilgili kişinin gerçek iradesine bakılmayacak, açık onayını çok fazla ifade edemeyeceği kişilerle her türlü cinsel davranış ceza yaptırımına altına alınacaktır²³⁰.

Benzer duruma Türk hukukunda da rastlanabilir. Buna göre çocukların cinsel istismarı suçu (TCK md. 103) kapsamında on beş yaşın altındaki çocukların her türlü cinsel davranışa yönelik olarak gösterebilecekleri rızaya herhangi bir önem atfedilmemiş, bu tür bir rıza geçerli görülünce bu suç kapsamında cezalandırılabilir hale getirilmiştir. Keza reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda da (TCK md. 104) on beş yaşını bitirmiş çocukla cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişkiye giren kişi açısından çocuğun rızası geçersiz addedilmiştir.

C. Rızaya İlişkin Hata Durumlarına Etkisi

1. *Öncelikle rıza bulunmadığı halde failin rızanın bulunduğu düşüncesiyle hareket etmiş olması durumunda nasıl bir sonuca ulaşılması gerektiği üzerinde durulacak olursa;*

Tipikliğe engel olan rızanın söz konusu olması halinde altı çizilmesi gereken ilk husus, rızaya aykırılığın da tipiklik kapsamında yer alması, yani kast kapsamında olmasıdır. Söz gelimi konut dokunulmazlığının ihlali suçunda fail, konut sahibinin rızasının bulunmadığını bilmeli, bu bilince sahip olup rızanın olmadığı hususunda kasıtlı şekilde hareket etmiş olmalıdır²³¹. Ancak failin özel olarak kişinin konut dokunulmazlığını ihlal etme amacına sahip olması da aranmaz²³². Bu bakımdan failin konutuna girmesine rızası bulunmayan ancak faile ses çıkartmayan ev sahibinin sessizliğini bir onay, rıza olarak gören failin düşmüş olduğu hata, tipiklikte hata olup sonuçları bu minvalde değerlendirilmelidir²³³. Aynı durum, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından kişinin rıza gösterdiği konusunda hataya düşülmesi bakımından da geçerli olup bu durumda da tipikliği kaldıran hatadan söz edilecektir²³⁴.

Keza cinsel saldırı suçunda da mağdurun rızasının tipiklik kapsamında telakki edilmesi halinde bu defa mağdurun karşı koyucu iradesinin fail tarafından bilinmesi yahut da en azından öngörülmesi ve yine de işlenmesi, yani göze alınması gerekecektir²³⁵. Buna göre fail, mağdurun cinsel davranışlara yönelik olarak rızasının bulunmadığı düşüncesinden hareket etmelidir²³⁶. Yani fail, mağdurun karşı koyucu

²³⁰ Renzikowski (n 56) § 177 kn 66.

²³¹ Sternberg-Lieben (n 46) § 123 kn 34; Keskin Kızıroğlu (n 51) 82.

²³² Heger (n 46) § 123 kn 11.

²³³ Sternberg-Lieben (n 46) § 123 kn 34; Geerds (n 9) 45; Keskin Kızıroğlu (n 51) 82.

²³⁴ Valerius, § 239 kn 16; Wieck-Noodt (n 37) § 239 kn 42; Taner (n 67) 174; Ekici Şahin (n 4) 77.

²³⁵ Ziegler (n 56) § 177 kn 9.

²³⁶ BGH 26.08.2008 – 4 StR 373/08, NStZ 2009, s. 29 (Renzikowski (n 56) § 177 kn 56).

iradesini fark etmeli ya da en azından mümkün görmeli ve göze almalıdır. Yani fail, mağdurun karşı koyucu iradesi açısından kasta sahip olmalı, bu konuda en azından olası kasla hareket etmelidir²³⁷. Esasen Alman kanun koyucunun kullanmış olduğu “fark edilebilir irade” kriteri, suçun taksirli halinin de işlenebilmesine imkân verir nitelikte gibi görünse de bu tür bir yorumun takip edilemeyeceğine vurgu yapılmaktadır. Bu çerçevede kanuni düzenlemede faile, “*Evet, evet demektir*” şeklinde mağdurun onayından kesin olarak emin olma şeklinde özel bir özen yükümlülüğünün getirilmediğinin altı çizilmektedir.

Buna göre tipikliği engel olan rıza konusunda hatanın varlığı durumunda objektif anlamda tipiklik gerçekleşmez²³⁸. Fail, hatalı bir şekilde rızanın olduğu düşüncesiyle hareket etmiş olursa tipikliğinin gerçekleşmesi açısından kasten hareket etmiş olmaz. Burada TCK md. 30/1 hükmüne göre kastı kaldıran hatadan söz edilir ve fakat failin taksirli sorumluluk hali saklı kalır²³⁹. Şu hâlde sekiz yaşındaki oğlunun geldiğini zanneden A'nın, kapıdaki komşusuna doğru seslenerek çok güzel yiyecekler yaptığını, içeri gelmesini söylemesi üzerine komşusu B'nin davetin kendisine yapıldığını düşünerek içeri girmesi durumunda B, A'nın rızası olduğunu düşündüğünden kendisi bakımından kastı kaldıran hatadan söz edilecek ve konut dokunulmazlığının ihlali suçu bakımından kasıtlı olarak hareket ettiğinden bahsedilemeyecektir²⁴⁰. Bu suçun taksirli hali de öngörülmediğinden dolayı B, cezasız kalacaktır²⁴¹.

Aynı şekilde failin, mağdurun rızasının bulunduğu yola çıkarak cinsel davranışları gerçekleştirmiş olması durumunda da kastı kaldıran hatadan söz edilecek ve suçun taksirli hali olmadığından fail cezasız kalacaktır. Elbette yanlış anlaşılmalara mümkündür, ancak başka bir kimsenin zorla öpme suretiyle kandırılabilir olduğu düşüncesinin, ilişkiler dışında oldukça uzak bir olasılık olacağına altı çizilmektedir. Failin mağdurun karşı koyucu iradesini fark etmiş olması durumunda, failin yine de rızanın var olduğu yönündeki umudu geride kalacak güzel bir arzu, temenni olarak görünecektir. Failin bu tür bir hatalı düşüncesi, mağdurun muallak hareketlerinin var olduğu her durumda söz konusu olabilecek, bu tür muallak durumlarda da mağdurun karşı koyucu iradesinin çok fazla fark edilebilir olması mevzu bahis edilemeyecektir²⁴².

Hukuka uygunluk nedeni olan rızada ise failin rızanın bulunduğu düşüncesiyle hareket etmiş olması, yani hukuka uygunluk nedeni olan rızanın bulunmaması ve fakat failin bu nedenin bulunduğu düşüncesiyle hareket etmiş olması durumunda ise maddi

²³⁷ Ziegler (n 56) § 177 kn 9.

²³⁸ Heinrich (n 17) kn 449; Keskin Kiziroğlu (n 51) 82; Ekici Şahin (n 4) 77; Koca ve Üzülmöz (n 4) 292.

²³⁹ Beckert (n 17) 510; Wieck-Noodt (n 37) § 239 kn 43; Kindhäuser (n 4) § 12 kn. 34; Roxin (n 4) § 13 kn 10; Schmidt (2) kn 429, 432; Heinrich (n 17) kn 450; Keskin Kiziroğlu (n 51) 82; Koca ve Üzülmöz (n 4) 292. *Ergün* (n 51) bu hatanın kastı kaldıracağını belirtmekle yetinmiş, sonucunun ne olacağına değinmemiştir. Bakınız *Ergün* (n 51) 106.

²⁴⁰ Heinrich (n 17) kn 450.

²⁴¹ Keskin Kiziroğlu (n 51) 83.

²⁴² Renzikowski (n 56) § 177 kn 57.

unsurlarda hatadan değil, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatadan bahsedilecektir²⁴³. Bununla birlikte böyle bir durumda da nasıl bir sonuca ulaşılabileceği konusunda doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Bu çerçevede bir görüşe göre²⁴⁴ kastı kaldıran hata halinden (TCK md. 30/1) söz edilecekse de diğer görüşe göre²⁴⁵ tipiklik kapsamında kastın ortadan kalkmasından bahsedilmez, sadece kusur kastı kalkar ve dolayısıyla da işlenen fiil kasıtlı ve hukuka aykırı olmaya devam eder, kusur bahsinde hatanın kaçınılmaz olup olmadığı değerlendirilir (TCK md. 30/3). Buna göre dalgın haldeki bir ev sahibinin bahçıvanına gerçekte çimlerin kısaltılmasını kast ederken ağaçları kısaltmasını söylemesi karşısında esasen mala zarar verme suçu bakımından tipik bir davranış sergileyen bahçıvanın ağaçları kesmesi rıza yoluyla hukuka uygun olmayacak, hataya ilişkin bu açıklamalar çerçevesinde bir sonuca ulaşılabilecektir²⁴⁶.

Yargıtay'ın kararları incelendiğinde bu hatanın kastla mı yoksa kusurla mı ilişkilendirildiği konusunda net bir sonuca ulaşmanın oldukça zor olduğu anlaşılmaktadır. Öyle ki bazı kararlarında²⁴⁷ failin rızanın varlığı konusunda kaçınılmaz hataya düştüğünü ve cezalandırılmaması gerektiğini belirten, bu suretle bu noktadaki hatayı kusurla ilişkilendiren Yargıtay, ilginç bir şekilde başka kararlarında²⁴⁸ bu hata halinde suçun kanuni unsurlarının oluşmadığı ifadesine yer vermiş, hatayı kastla ilişkilendirmiştir. Elbette kararlarda ulaşılan bu farklı sonuçlar, bağlılık kuralı gereğince kasıtlı ve hukuka aykırı fiilin varlığını şart koşan şeriklik açısından da ayrı bir önem arz etmektedir²⁴⁹.

Bu kapsamda çocukların cinsel istismarı (TCK md. 103) suçu bakımından özel bir irdelenmenin yapılmasında fayda bulunmaktadır. Bu noktada gerçekte on beş yaşını tamamlamamış olan bir çocuğun, on beş yaşını tamamlamış olduğunu düşünen, bu yönde bir zanla hareket eden failin içerisine düştüğü hata, kastı kaldıran hata olarak görülmelidir. Buna göre çocukların cinsel istismarı suçunun da taksirli hali öngörülmediğinden, her ne kadar Yargıtay beraat kararı vererek görmezden gelmişse de²⁵⁰, doktrinde failin yine de reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan sorumlu

²⁴³ Beckert (n 17) 510; Roxin (n 4) § 13 kn 9; Eser and Eisele (n 38) § 239 kn 9; Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 136; Taner (n 67) 174; Ekici Şahin (n 4) 77.

²⁴⁴ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 136; Koca ve Üzülmöz (n 4) 301; Kartal (n 68) 220; Taner (n 67) 193.

²⁴⁵ Wieck-Noodt (n 37) § 239 kn 43; Keskin Kızıroğlu (n 51) 83.

²⁴⁶ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 140.

²⁴⁷ Y. 14. CD., 10.04.2017, 7351/1926 (Akkaya (n 67) 32).

²⁴⁸ Y. 14. CD., 03.05.2017, 8681/2375 (Akkaya (n 67) 32).

²⁴⁹ Schmidt (n 2) kn 429.

²⁵⁰ "...Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı halde, 15 yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdureyle rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikayetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail 5237 Sayılı T.C.K.nun 30. maddesinin 1. fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurenin yaşına dair bu hatasından yaralanacak, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağından ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalandırılmadığından 5271 Sayılı C.M.K.nun 223. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendi gereğince beraatına karar verilmesi gerekecektir...." YCGK, 17.06.2014, E. 2014/14-88, K. 2014/334 – www.kazanci.com.tr.

tutulabileceği ileri sürülmektedir²⁵¹. Gerçekte burada kanuni düzenleme nedeniyle herhangi bir suç oluşmayacaktır. Zira madde metninde özel olarak yaş belirtilmiş, kanuni tanımda on beş yaşını bitirmiş çocukla cinsel ilişkiye girilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre **bu hükümde (TCK md. 104) çocukların yaşına ilişkin bir belirlemenin yapılması, incelediğimiz bu örnek açısından cezasızlık sonucunu ortaya çıkarmakta, bir boşluğa neden olmaktadır ve bu önemli bir sorundur**²⁵².

Tüm bu bilgilerin yanında motive edici hatanın da hukuka uygunluğun etkisine değinmekte fayda bulunmaktadır. Buna göre motive edici hatanın, hukuka uygunluğun etkisini ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir. Bu çerçevede rıza gösteren kişi, yanlış düşünceyle rıza göstermeye motive edilmiş ise etkili bir rızadan söz edilemeyecektir. Söz gelimi bir kimse, yeğenin organ nakli sonrası düzeleceği şeklindeki hatalı kabulle böbreğini bağışlamayı kabul ederse yeğenin gerçekte böbrek nakline ihtiyaç duymaması ya da böbrek nakli yapılsa bile ölecek olması durumunda kasten yaralama suçu bakımından rızası etkisiz kalacaktır²⁵³. Bununla birlikte rıza veren kişideki hatanın failin kendisi tarafından mı yoksa üçüncü bir kişi tarafından mı meydana geldiğinin yahut da tamamen başka bir nedenden mi kaynaklandığının herhangi bir önemi bulunmamaktadır²⁵⁴.

Tüm bu hususlara karşılık hâkim görüşe göre²⁵⁵ motive edici bu hata, hukuki değerlere ilişkin değilse önemsiz addedilecektir. Şu hâlde kan bağışında bulunması halinde 100 TL ödül verileceği gibi hatalı bir kabulle kan vermeye rıza gösteren kişinin bu rızası, kasten yaralama suçu kapsamında işlenen fiili hukuka uygun hale getirecektir. Zira bu hata hukuki değere ilişkin değildir. Alman doktrininde hâkim olan bu görüşe karşılık doktrinde bir görüş, hukuki değere ilişkin olan ve olmayan hata şeklindeki farklılaştırmanın reddedilmesi gerektiğini vurgulamış, açıklanan rıza bakımından nedensel olan her türlü hatanın rızaya etki edeceğine ve böylelikle fiilin hukuka uygun olmasını engelleyeceğine işaret etmiştir²⁵⁶.

²⁵¹ Aydın (n 198) 81; Taner (n 67) 189.

²⁵² Dursun (n 67) 66, dipnot 27. Ayrıca Dursun, tüm bu sorunlar bağlamında mülga TCK'daki düzenlemenin daha yerinde olduğunu, nitekim “*Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde 765 sayılı TCK'nın 416/3 hükmünde düzenlenen suça göre mağdurun yaşında özel bir belirleme yapılmamıştır. Bu eleştiri ve diğer sorunlar için bakınız Dursun (n 67) 66, dipnot 27.

²⁵³ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 140; Amelung and Eymann (n 8) 943.

²⁵⁴ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 140.

²⁵⁵ Beckert (n 17) 509.

²⁵⁶ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 142; Amelung and Eymann (n 8) 943. *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, hâkim görüş tarafından (Amelung and Eymann (n 8) 943) hukuki değere ilişkin olmayan hatanın önemsizliği şeklindeki fikre esasen gönülsüz bir adalet duygusuyla dayanıldığına, böylelikle kendilerinin de bu kriterin elverişli bir ayırım ölçütü olmadığını kabul etmiş olduklarına işaret etmiştir. *Yazarlar*, hukuki değer sahibi olan kimsenin, hatalı koşullar altında hukuki değerini feda etmeyi kendisi açısından uygun görmüş olduğundan esasen bu koşulların da kendisi açısından gerçekten uygun olmadığına değinmişler (Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 142), böylelikle hukuki değerlere ilişkin hatanın hukuki değerlere ilişkin olmayan hata karşısında daha önemsiz ya da daha önemli olmayabileceğine işaret etmişlerdir.

2. Rıza bulunduğu halde failin, rızanın bulunmadığı düşüncesiyle hareket etmiş olması durumunda, yani rızadan haberdar olmadığı halde, nasıl bir sonuca ulaşılması gerektiği üzerinde durulacak olursa;

Tipikliğe engel olan rızada rızanın açıklanmasına da gerek olmadığından esasen failin bu rızadan haberdar olmasına gerek bulunmamaktadır. Yani zaten mevcut olan rızadan failin haberdar olmamasının bir önemi olmayacak, failin fiili bu rıza nedeniyle tipik olmayacaktır. Buna rağmen Alman doktrininde bazı görüşler tarafından failin, mutlaka rızadan haberdar olması gerektiği ifade edilmekte²⁵⁷, failin rızanın varlığından haberdar olmaması durumunda tipikliğe engel olan rıza açısından haksız saldırıdan söz edilemezse de failin hareketinin elverişsiz teşebbüs aşamasında kalmasından bahsedileceğine vurgu yapılmaktadır²⁵⁸. Bu durum, Alman Ceza Kanunu'nda belirli durumlarla sınırlı olmak üzere cezalandırılırken Türk hukukunda cezalandırılmamaktadır. Bu bakımdan Alman hukukuna göre gerçekte fail tarafından bilinmese de ilgili kişi tarafından bir rıza verilmiş olmasına rağmen objektif anlamda tipiklik ortadan kalkmakta ve yalnızca teşebbüsten söz edilmektedir²⁵⁹. Buna göre B'nin sevdiğini düşündüğü için gerçekte B'nin nefret ettiği heykeli B'nin garajına koyan A'nın bu hareketi üzerine B, heykelin biri tarafından çalınması için garajın kapısını açık bırakır ve oradan geçmekte olan R, bu fırsatı kullanarak heykeli çalar. Burada esasen hem konut dokunulmazlığının ihlali hem de hırsızlık suçu açısından tipikliğe engel olan bir rıza söz konusudur. Her iki suç açısından da tipiklik gerçekleşmemiştir. Yine de R, başkasına ait bir eşyayı aldığından teşebbüs aşamasında kalmış hırsızlık suçundan ve teşebbüs aşamasında kalmış konut dokunulmazlığının ihlali suçundan sorumlu tutulacaktır²⁶⁰.

Hukuka uygunluk nedeni olan rızada ise rızanın varlığından habersiz olan failin işlediği fiil bakımından iki farklı görüşten söz edilebilecektir. Bu durumda subjektif görüşe göre failin bu nedenden haberdar olması gerektiğinden tamamlanmış suçtan ya da netice haksız olmadığından suçun teşebbüs aşamasında kalmış halinden sorumlu tutulması gerekmektedir²⁶¹. Objektif görüşe göre ise failin bu nedenden haberdar olması gerekmemekte, failin içsel anlamda rızasının bulunması yeterli addedilip her halükârda bu hatasından yararlanması gerektiği kabul edilmektedir²⁶². Bu çerçevede her ne kadar hukuka uygunluk nedeni olan rızada objektif görüşün benimsenmesi halinde tipikliğe engel olan rıza ile aynı sonuca ulaşılmaktaysa da hukuka uygunluk nedeni olan rızada subjektif görüşten hareket edilmesi durumunda farklı bir sonuca ulaşılması gerekli hale gelecektir.

²⁵⁷ Baumann, Weber, Mitsch and Eisele (n 4) § 15 kn 146.

²⁵⁸ Beckert (n 17) 510; Geerds (n 9) 45; Roxin (n 4) § 13 kn 9; Schmidt (n 2) kn 429; Ekici Şahin (n 4) 75.

²⁵⁹ Gropp (n 19) § 5 kn 120; Heinrich (n 17) kn 451.

²⁶⁰ Heinrich (n 17) kn 451.

²⁶¹ Amelung and Eymann (n 8) 941; Beckert (n 17) 510; Schmidt (n 2) kn 429. Bilgi için bakınız Ekici Şahin (n 4) 75, 76.

²⁶² Selman Dursun ve Ali Emrah Bozbayındır, 'Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi' (2015) 73(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 86, 87.

IV. Sonuç

Rızanın niteliğine ilişkin olan bu incelemede, öncelikle rızanın tipikliğe engel olan ve hukuka uygunluk nedeni olan iki türünün bulunduğu düşüncesinden hareket edilmiştir. Bu kapsamda herhangi bir suç tipinde rızanın hukuka uygunluk nedeni mi yoksa tipikliğe engel olan bir neden mi olduğu hususunda irdeleme yapılırken evvela rızanın tipikliğe engel teşkil edip etmediği üzerinde durulmalıdır. Bu çerçevede rızanın tipikliğe engel bir nitelik arz ettiği yönünde bir sonuca ulaşılabilmesi için ya suç tipinde açıkça rızaya aykırılık ifadesi aranmalı ya da suç tipinde yer alan ifadeler yorumlanmalı ve bu suretle rızaya aykırılığın tipiklik altında konumlandırıldığı tespit edilmelidir.

Buna göre hırsızlık suçu gibi bazı suçlarda suç tipini temellendiren durumun haksızlığın, kendisine ait olan belirli değerleri ihlal edilen kişinin iradesine aykırılığında yer aldığı ifade edilmiştir ki bu suç tiplerinde rıza, tipikliğe engel bir niteliği haiz olup “*tipikliğe engel olan rıza*” şeklinde isimlendirilmektedir. Zaten bunun gibi rızaya aykırılığın açıkça suç tipinde belirtildiği suçlarda rızanın hukuka uygunluk nedeni mi yoksa tipikliğe engel teşkil eden rıza mı olduğu konusunda çalışmada da yer yer belirtildiği üzere istisnalar dışında herhangi bir tartışma bulunmamaktadır.

Bu noktada esas üzerinde durulması gereken husus, rızaya aykırılığın açıkça suç tipinde gösterilmediği durumlarda rızanın niteliğinin ne olduğudur. İşte bu gibi hallerde ilgili suç tipinin fonksiyonu ve korunan hukuki değer yapılarından hareketle bir sonuca ulaşılabilecektir. Nitekim iradenin kabul etmesi ve kullanması özgürlüğünün bir unsur olarak doğrudan kullanılan kelimelerle değil de yorum yoluyla ortaya konulabildiği suç tiplerinde tipikliğe engel olan rızadan söz edilecektir. Yani bu tür suç tiplerinde, amaç ve anlamları veya yapısı gereğince tanımlarında yer alan hareketin mağdurun iradesi olmaksızın ya da bu iradeye aykırı olarak gerçekleştirilmesi şart koşulur. Nitekim Alman doktrininde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun (§ 239) bu kapsamda telakki edildiği üzerinde durulmuş, buna gerekçe olarak da suçun kanuni tanımında yer alan “*kapatma*” ve “*yoksun bırakma*” hareketlerinin kendi yapılarının mağdurun iradesine aykırı olmalarını ya da iradesi olmaksızın gerçekleştirilmelerinin şart koşulması gösterilmiştir. Bu görüşle bağlantılı olarak her ne kadar Türk doktrininde hâkim görüş tarafından kabul edilmese de bizim kanaatimiz Türk hukukunda da kanuni tanımdaki ifadelerden hareketle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından rızanın tipikliğe engel olan bir neden olduğu yönündedir.

Türk doktrininde rızanın niteliğinin ne olduğu konusunda incelenmesi gereken esas suç tiplerinden biri konut dokunulmazlığının ihlali suçuyken (TCK md. 116) diğeri de cinsel suçlardır. Konut dokunulmazlığının ihlali suçu, suç tipinde açıkça

rızaya aykırılıktan bahsedildiğinden esasen “rıza”nın hukuka uygunluk nedeni değil de tipikliğe engel olan bir neden olduğu suç tiplerine verilebilecek en bilinen örneklerden biridir. Nitekim madde gerekçesinde yer alan “...konut sahibinin rızasının olmaması, bu suçun bir unsurunu oluşturmaktadır...” şeklindeki ifade de bu durumu göstermektedir. Bununla birlikte gerekçedeki bu ifadenin hemen ardından gerekçede yer verilen “Konut dokunulmazlığını ihlâl suçunun hukuka aykırılık vasfını ortadan kaldıran rızanın, hukuken geçerli rıza olması gerekir.” şeklindeki ifadenin önceki cümle ile uyumlu olmadığı da vurgulanmıştır.

Cinsel suçlar açısından suç tanımlarında yer alan davranışların geri planında söz konusu olan “iradeye aykırılık” unsuru nedeniyle esasen bu suçların oluşması için rızanın bulunmamasının bir ön koşul olduğu, bu anlamda Alman hukukunda genel olarak kabul edildiği gibi Türk hukukunda da cinsel suçlarda rızanın hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliğe engel olan bir nitelik arz ettiğinin altı çizilmiştir. Nitekim bu durum, hem cinsel suçların düzenleniş şekliyle ve düzenleme içeriklerinden hem de madde gerekçesinden açıkça anlaşılmaktadır. Öyle ki cinsel suçlar bakımından rızanın tipikliğe engel olucu nitelik taşımayıp hukuka uygunluk nedeni olduğunun ileri sürülmesi halinde karşılıklı rızalarıyla cinsel davranışlarda bulunan kişilerin ve hatta eşlerin dahi bu tür cinsel davranışlarının cinsel saldırı suçu açısından tipik olduğunun kabul edilmesi sonucunu ortaya çıkaracağı, en son hukuka aykırılık unsuru kapsamında yapılacak değerlendirmede rızanın varlığından bahisle gerçekleştirilen cinsel davranışların meşru olduğunun kabul edilebileceği, daha önemlisi ise akıl hastalarının birçok durumda cinsel birlikteliklere karşı rıza gösteremeyecekleri sonucuna ulaşılmasının gerekli hale geleceği, bunun da akıl hastalarının cinsel yaşamlarının sonlandırılmasından başka bir anlam ifade etmeyeceği hususlarına dikkat çekilmiştir.

Elbette bu iki rıza türünün bu şekilde ayrılmasının ne yönde önemini olduğu, özellikle de sonuçlarıyla birlikte değerlendirme yapıldığında daha iyi anlaşılmaktadır. Bu nedenle tipikliğe engel olan rıza ile hukuka uygunluk nedeni olan rıza arasındaki ayrımın tablo olarak gösterilmesi daha faydalı olacaktır.

HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLAN RIZA İLE TİPİKLİĞE ENGEL OLAN RIZANIN KARŞILAŞTIRMASI²⁶³	
HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLAN RIZA	TİPİKLİĞE ENGEL OLAN RIZA
<ul style="list-style-type: none"> • Fiili hukuka uygun kılan bir etki söz konusudur. • Maddi ve manevi unsur oluşur, ancak hukuka uygunluk nedeni söz konusu olduğundan fiil hukuka uygun, meşru hale gelir. 	<ul style="list-style-type: none"> • Fiilin tipe uygun olmasına engel olucu bir etki söz konusudur. • Böylelikle maddi unsur oluşmaz.
<ul style="list-style-type: none"> • Rıza gösteren kişinin rıza yeteneğine sahip olması gerekir. 	<ul style="list-style-type: none"> • Fiili yapısı nedeniyle yalnızca ilgili kişinin doğal anlamda iradesini ortaya koyabilme durumu dikkate alınır. • Yani kişinin rıza yeteneğine sahip olması gerekli değildir. • Rızaya yönelik bir iradenin tek başına mevcudiyeti yeterlidir.
<ul style="list-style-type: none"> • Rızanın açık ve somut bir şekilde ifade edilmiş olması gerekir. • Bu açıklama, hile, tehdit, hata gibi nedenlerle iradede meydana gelen bir eksikliğe dayanmamalıdır. • Aksi takdirde rıza geçersiz ve etkisiz olur. 	<ul style="list-style-type: none"> • Rızanın açık ve somut bir şekilde ifade edilmiş olması gerekli değildir. • Fiilin icrası başladığında rızanın fiilen mevcut olması yeterlidir. • Kuşkusuz ki rızanın bilinçli bir şekilde verilmiş olması şarttır. • Korkudan ya da endişeden kaynaklı olarak salt pasif bir katlanma yeterli değildir. • Hile suretiyle iradede meydana gelen eksiklik rızanın salahiyeti açısından kural olarak önemsizdir.
<p>Hata durumlarında;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Failin gerçekte mevcut olan rızadan haberinin olmaması halinde sübjektif görüşe göre teşebbüsten ya da tamamlanmış suçtan bahisle cezalandırma gündeme gelecektir. Objektif görüşe göre ise hiçbir şekilde cezalandırma söz konusu olmayacaktır. • Failin esasen bulunmayan rızayı mevcut zannetmesi halinde ise hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata olacak. Buna göre bu hata durumunda failin kastı kalkar, taksirli sorumluluk hali saklı kalır. Bununla birlikte Alman doktrininde hâkim görüşe göre kusur kastı ortadan kalkacaktır. Tam bu noktada iki görüş ortaya çıkmıştır. Birinci görüş kastı kaldıran hata sonucuna ulaşırken diğer görüş, bu hatayı kusuru etkileyen bir hata olarak görmektedir. 	<p>Hata durumlarında;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Failin gerçekte mevcut olan rızadan haberinin olmaması halinde elverişsiz teşebbüs söz konusu olacaktır. Elverişsiz teşebbüs, Alman hukukunda cezalandırılırken Türk hukukunda cezalandırılmaz. • Failin esasen bulunmayan rızayı mevcut zannetmesi halinde ise maddi unsurlarda hata sonucu kastı kalkar, failin taksirli sorumluluk hali saklı kalır.

²⁶³ Tablo, *Schmidt* 'in eserinden yararlanılarak düzenlenmiştir. Bakınız Schmidt (n 2) kn 451.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Akkaya Ç, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (Adalet, Ankara 2017).
- Amelung K, 'Über die Einwilligungsfähigkeit' (ZStW 104, 1992), 525-551; 821-833.
- Amelung K, 'Willensmangel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem' (ZStW 109, 1997) 490-518.
- Amelung, K and Eymann F, 'Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht' (JuS 2001) 937-946.
- Arslantürk M, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar* (4. Baskı, Seçkin, Ankara 2018).
- Artuç M, Gökcan HT and Yaşar O, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* (C. 3, Adalet, Ankara 2015).
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME and Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Adalet, Ankara 2018).
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME and Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet, Ankara 2018).
- Arzt G, Weber U, Heinrich B and Hilgendorf E, *Strafrecht Besonderer Teil* (3. Auflage, Giese King, 2015).
- Aydın M, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (3. Baskı, Seçkin, Ankara 2018).
- Baumann J, Weber U, Mitsch W and Eisele J, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (12. Auflage, Verlag Ersnt und Werner Gieseking, Bielefeld 2016).
- Beckert SM, 'Einwilligung und Einverständnis' (JA 2013) 507-511.
- Bergmann A, 'Die Grundstruktur des rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB)' (JuS 1989) 109-111.
- Bihlmeier G, 'Die Wirksamkeit der Einwilligung in einen medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff' (JZ 1980) 53-56.
- Centel N, Zafer H and Çakmut ÖY, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (C. I, Beta, 3. Bası, İstanbul 2016).
- Cihan E, 'Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit)' (İÜHF 1975) 47-69.
- Çakmut ÖY, 'Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK md. 109)' (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Y. 2013, C. 19, S. 2) 587-602.
- Demir O, 'Genital Muayene Suçu (TCK m. 287)', Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (C. 5, S. 2, Aralık 2017) 123-147.
- Demirel M, 'Evi Terk Eden Çocuğu Evlenmek Amacıyla Yanında Tutan Kişinin Fiiline İlişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi' (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ekim 2018, S. 2, C. XIII) 289-315.
- Demirel M, 'Uyuşturucu Madde Ticareti Suçlarında Alıcı Kılığına Giren Kolluk Görevlisinin Hukuki Niteliği ve Cezalandırılabilirliği' (Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2018, Y. 13, S. 36) 101-161.
- Dursun S, 'Türk Ceza Hukukunda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış' (Ceza Hukuku Dergisi, Y. 9, S. 24, Nisan 2014) 57-73.
- Dursun S and Bozbayındır A E, 'Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi' (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIII, S. 1, 2015) 63-90.
- Ekici Şahin M, *Ceza Hukukunda Rıza* (1. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2012).
- Ergün GO, *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu* (Çakmak Yayınevi, Ankara 2010).
- Eser A and Eisele J, *Schönke/Schroeder Strafgesetzbuch Kommentar* (29. Auflage, C. H. Beck, 2014).

- Exner T, 'Minderjährige im StGB' (Jura 2013) 103-110.
- Fischer T, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen* (66. Auflage, C. H. Beck, 2019).
- Frister H, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (7. Auflage, C.H. Beck, 2015).
- Geerds F, 'Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf' (ZStW 1953) 42-92.
- Geppert K, 'Stracrecht: Die mißglückte Bierreise' (JuS 1975) 384-390.
- Gropengießer H, 'Die Rechtswidrigkeit bei der Sachbeschädigung' (JR 1998) 89, 91.
- Gropp W, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Auflage, Springer 2015).
- Heger M, *Lackner/Kühl Strafgesetzbuch* (29. Auflage, C. H. Beck, 2018).
- Heinrich B, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2014).
- Herzberg RD, 'Rectliche Probleme der rituellen Beschneidung' (JZ 2009) 332-339.
- Hoffmann-Holland K, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Auflage, Morh Siebeck, Tübingen 2015).
- Jescheck HH and Weigend T, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (5. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin 1996).
- Kantarci N, *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (Adalet, Ankara 2016).
- Kartal PM, *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı* (Der Yayınları, İstanbul 2014).
- Keskin Kiziroğlu S, *5237 Türk Ceza Kanunu'nda Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu* (Adalet, Ankara 2010).
- Kindhäuser U, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (7. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2015).
- Kindhäuser U, *Strafrecht Besonderer Teil I* (4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2009).
- Koca M and Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Bası, Seçkin, Ankara 2018).
- Koca M and Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (5. Bası, Adalet, Ankara 2018).
- Krey V and Esser R, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil* (5. Auflage, Stuttgart 2012).
- Krey V and Heinrich M, *Strafrecht Besonderer Teil* (Band I, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2008).
- Kühl K, *Lackner/Kühl Strafgesetzbuch* (29. Auflage, C. H. Beck, 2018).
- Kühl K, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Auflage, Verlag Franz Vahlen München, 2017).
- Malkoç İ, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu* (C. 2, Ankara 2013).
- Maurach R, Schroeder FC and Maiwald M, *Strafrecht Besonderer Teil* (Band 1, 10. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2009).
- Meran N, *Hürriyetten Yoksun Bırakma, Tehdit, Şantaj, Konut Dokunulmazlığını Bozma* (Seçkin, Ankara 2014).
- Murmann U, *Grundkurs Strafrecht* (3. Auflage, C.H. Beck, München 2015).
- Ostendorf H, *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch* (5. Auflage, Nomos, 2017).
- Otto H, *Grundkurs Strafrecht* (7. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin 2004).
- Önder A, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994).
- Özbek VÖ, Doğan K, Bacaksız P and Tepe İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (13. Bası, Seçkin, Ankara 2018).
- Özen M, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (2. Bası, Adalet, Ankara 2017).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Seçkin, Ankara 2018).
- Rackow P, v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar Beck/OK-StGB* (39. Edition).
- Rengier R, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Auflage, C. H. Beck, München 2017).

- Renzikowski J, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB* (Band 4, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017).
- Roxin C, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Band I, 4. Auflage, C. H. Beck, München 2006).
- Rönnau T, 'Grundwissen – Strafrecht: Einwilligung und Einverständnis' (JuS 2007) 18-20.
- Rönnau T, 'Zur Lehre vom bedingten Einverständnis' (Festschrift für Claus Roxin, 2011) 487-506.
- Savaşçı B, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Legal, İstanbul 2013).
- Schäfer J, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Band 3, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017).
- Schild W, 'Eindringen (§ 123 I StGB) bei individuellem Betretungsverbot' (NSStZ 1986) 346-351.
- Schlehofer H, *Einwilligung und Einverständnis* (Carl Heymanns Verlag KG, Berlin 1985).
- Schlehofer H, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB* (Band 1, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017).
- Schmidhäuser E, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Auflage, J. C. B. Mohr, Tübingen 1975).
- Schmidt R, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (14. Auflage, Bremen 2015).
- Sonnen BR, *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch* (5. Auflage, Nomos, 2017).
- Sternberg-Lieben D, *Schönke/Schroeder Strafgesetzbuch Kommentar* (29. Auflage, C. H. Beck, 2014).
- Stratenwerth G and Kuhlen L, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. Auflage, Verlag Franz Vahlen München, 2011).
- Taner FG, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. Bası, Seçkin, Ankara 2017).
- Tezcan D, Erdem MR and Önok RM, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (16. Bası, Seçkin, Ankara 2018).
- Toroslu N, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (Savaş Yayınevi, Ankara 2018).
- Tuğrul AC and Tuğrul MC, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar & Enstet İlişkiler* (Ankara 2018).
- Valerius B, v. *Heintschel-Heinegg (Hrsg.) Strafgesetzbuch Kommentar; Beck/OK-StGB* (39. Edition).
- Weigend T, 'Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen' (ZStW 98 1986), 44-72.
- Welzel H, *Das Deutsche Strafrecht* (11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin 1969).
- Wessels J and Hettinger M, *Strafrecht Besonderer Teil I* (35. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2011).
- Wieck-Noodt B, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB* (Band 4, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017).
- Ziegler S, v. *Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar Beck/OK-StGB* (39. Edition).



Ceza Muhakemesinde Sanığın Yokluğunda Duruşma

Erkan Sarıtaş*

Öz

Sanığın duruşmada hazır bulunması kendisi açısından bir hak olduğu gibi aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu nedenle sanığın duruşmadan haberdar edilmesi ve duruşmaya katılmasının sağlanması gerektiği gibi kural olarak hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılabilmesi de mümkün değildir. Ancak CMK, bu kurala bazı istisnalar getirmiş ve bazı hallerde sanık hazır bulunmasa da duruşmanın yapılabilmesine olanak tanımıştır. Bu istisnalardan en geniş grubu oluşturan sanığın yokluğu hallerinde, mahkeme sanığa ulaşabilmesine ve onu duruşmada hazır edebilecek olmasına rağmen sanığın yokluğunda duruşma yapılmaktadır. Sanığın yokluğunda duruşmayı düzenleyen hükümler, bu yönüyle istisna hükümleri mahiyetinde olup adil yargılanma hakkı ve ceza muhakemesinin temel amaçları çerçevesinde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Bu çalışmamızda da ilk derece yargılamasında sanığın yokluğu hallerine ilişkin CMK hükümleri, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ve yükümlülüğü bağlamında incelenmektedir. Bu çerçevede sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ve yükümlülüğü, sanığın yokluğu kavramı, sanığın yokluğunda duruşma yapılmasına hakim olan ilkeler, sanığın yokluğunda duruşmanın yürütülmesi ve sanığın yokluğunda duruşma hükümlerine aykırılıkların hukuki sonuçları inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Ceza muhakemesi, Duruşma, Sanığın hazır bulunma hakkı, Sanığın yokluğu, Sanığın yokluğunda yargılama

The Hearing in the Absence of the Accused in Criminal Procedures

Abstract

To be present at the hearing is a right as well as an obligation for the accused. Therefore the accused should be informed of the hearing and ensured to attend the hearing and at the same time, it is not possible to hold a hearing about an accused who is not present as a rule. However, the law brought some exceptions to this rule and, in some cases, allowed the hearing to be held even if the accused was not present. In the absence of the accused, which constitutes the largest group of these exceptions, a hearing is held in the absence of the accused, although the court can reach the accused and make him appear at the hearing. The provisions regulating the hearing in the absence of the accused are in the nature of exemption provisions and should be interpreted and implemented within the framework of the right to a fair trial and the basic objectives of criminal procedure. In this study, TCPC provisions related to the absence of the accused in the first instance trial are examined in the context of the accused's right and obligation to be present at the hearing. In this context, the right and obligation of the accused to be present at the hearing, the concept of the absence of the accused, the principles that dominate the hearing in the absence of the accused, the conduct of the hearing in the absence of the accused, and the legal consequences of the violations of the hearing provisions in the absence of the accused were subject to examination.

Keywords

Criminal procedure, Hearing, Right of the accused to be present, Absence of the accused, Trial in absentia

* **Sorumlu Yazar:** Erkan Sarıtaş (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: esaritas@29mayis.edu.tr ORCID: 0000-0003-4873-9317

Atıf: Sarıtaş E, "Ceza Muhakemesinde Sanığın Yokluğunda Duruşma" (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1525.
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.3.0011>



Extended Summary

In the Turkish criminal procedure system, the accused's presence at the hearing is accepted as a requirement of criminal procedure. In principle, courts cannot hold a hearing in the accused's absence. However, TCPC provides some exceptions under which the courts can hold a hearing and/or establish a judgment in the accused's absence. In the doctrine, all of these cases are named as "the hearing in the absence of the accused (=trial absentia)" in order to distinguish it from similar legal statuses, such as defaulting accused and fugitives.

Court judgements regarding which cases a hearing can be held in the accused's absence and how the hearing will be conducted in such cases are controversial. For this reason, it would be beneficial to determine the meaning of the concept of a hearing in the absence of the accused, and to determine and analyze the principles to be applied there. Within this scope this study addresses the relevant provisions of the TCPC regarding the hearing in the absence of the accused at first instance stage within the scope of the accused's right and obligation to be present at the hearing. In this context, this study analyzes the accused's right and obligation to be present at the hearing, the concept of the absence of the accused, the principles for the hearing in the absence of the accused, the conduct of the hearing in the absence of the accused, and the legal consequences of the violations of the hearing provisions in the absence of the accused.

The scholars examine the following under the concept of the absence of the accused: "the accused's escape from the courtroom, (TCPC art 194/2)", "hearing in the absence of the accused (TCPC art 195, 252)", "the accused's exemption from hearings (TCPC art 196)", "the accused's removal from the courtroom (TCPC art 200, 204)", "the accused's failure to attend the hearing after the Supreme Court's reversed judgement (TCPC art 307/2)". In the doctrine, although it is not accepted among the cases of the trial in the absence of the accused, in my opinion, TCPC art 206, which allows to present the evidence even if the accused does not come, is one of the exceptions of the rule of "presence of the accused" and in this case, essentially, the hearing is held in the absence of the accused.

Looking at all the provisions that allow a hearing to be held in the accused's absence, it is seen that there are certain underlying "principles": In this context, first of all, the hearing in the absence of the accused is *exceptional*. In other words, unless the conditions specified in the law are fulfilled, courts cannot hold a hearing in the accused's absence. Likewise, the hearing in the accused's absence is *discretionary*. In other words, even if all the conditions are met, a court still may not hold a hearing in the accused's absence. In addition, in the absence of the accused, the hearing arises as a rule "*a condition that depends on the will of the accused*". It is not possible to

prevent the accused from attending the hearing, except for some exceptional cases. Likewise, as a rule, *it is not possible to issue a sentence of condemnation in the absence of the accused*. Finally, even if the accused does not come, *their defense counsels may attend all hearings*. The defense counsel cannot be prevented from entering the hearing by citing the absence of the accused.

In the absence of the accused, the interpretation and application of hearings within the framework of these principles will undoubtedly allow us to reach more appropriate and consistent results for the purpose of the law. Holding a hearing in the absence of the accused, which is against the law, means restricting the accused's right to defense. This situation alone may cause the reversal of decision. In this respect, to carry out a fair trial, courts must examine whether the conditions stipulated in the articles of the law allowing a hearing in the accused's absence exist for each case separately and carefully, by keeping in mind the general principles accepted for the purpose of the law.

Ceza Muhakemesinde Sanığın Yokluğunda Duruşma

Giriş

Ceza muhakemesi sistemimizde *sanığın duruşmada hazır bulunması* bir muhakeme şartı olarak kabul edilmiş olup bu çerçevede kural olarak sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacaktır. Bununla birlikte kanunda, istisnai bazı hallerde sanığın yokluğunda duruşma yapılmasına cevaz verilmiş, bu hallerin bir kısmında sanığın yokluğunda hüküm kurulmasına da olanak tanınmıştır. Doktrinde, kaçaklık veya gaiplik gibi benzer ceza muhakemesi kurumlarından ayrılması açısından bu hallerin tümü *sanığın yokluğunda duruşma* olarak isimlendirilmiştir.

İçtihatlarla da yansıdığı üzere, uygulamada hangi hallerde sanık olmasa da duruşmanın yapılabileceği ve bu hallerde duruşmanın nasıl yürütüleceği ciddi tereddütlere konu olmaktadır. Bu nedenle sanığın yokluğunda duruşma kavramının anlamının doğru bir şekilde tespit edilmesinin, sanığın yokluğunda duruşmaya hakim olan ilkelerin belirlenmesinin ve bu ilkeler çerçevesinde sanığın yokluğunda duruşmaya ilişkin hükümlerin incelenmesinin yararlı olacağı müşahede edilmiştir. Bu kapsamda, sanığın yokluğunda duruşmanın konu edildiği bu çalışmamızın ilk ana başlığında evvela sanığın yokluğunda duruşma kavramı, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ve yükümlülüğü bağlamında incelenmiş, sanığın hazır bulunması kuralına ve bunun hukuki niteliğine değinilmiş, takiben ise sanığın yokluğunda duruşma kavramının benzer kavramlardan farkına yer verilmiştir. İkinci başlıkta ise sanığın yokluğunda duruşmaya hakim olan ilkeler incelenmiştir. Üçüncü başlıkta hangi hallerde sanığın yokluğunda duruşma yapılacağı hususu inceleme konusu yapılırken, dördüncü ve son başlıkta ise sanığın yokluğunda duruşmanın hüküm ve sonuçlarına yer verilmiştir.

Bu çerçevede belirtmek isteriz ki çalışmamızda yalnızca Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenen sanığın yokluğunda duruşma hükümleri incelendiğinden söz gelimi İcra ve İflas Kanunu veya Çocuk Koruma Kanunu gibi sanığın yokluğunda duruşmaya dair özel düzenlemeler içeren kanun hükümleri inceleme konusu yapılmamıştır. Keza yine çalışmamızda, sadece ilk derece yargılamasındaki sanığın yokluğunda duruşma meselesi esas alındığından, kanun yollarına başvurma hakkı ile de yakından ilgili olan ve mahiyeti itibariyle ayrı bir çalışma konusu olması gereken kanun yolu muhakemesinde duruşmanın sanığın yokluğunda yapılması meselesine de değinilmemiştir.

I. Sanığın Duruşmada Hazır Bulunması Kuralı ve Genel Olarak Sanığın Yokluğunda Duruşma Kavramı

A. Genel Olarak

Ceza muhakemesinin soruşturma aşamasında şüphelinin ifadesinin alınmasını, soruşturmanın sonuçlandırılması noktasında zaruri bir işlem mahiyetinde görmemizi sağlayacak açık ya da zımni hiçbir düzenleme söz konusu değildir¹. Bu nedenle nerede olduğunun bilinmemesi, davete rağmen gelmemesi, yurt dışına kaçması veya yurt içinde saklanması gibi nedenlerle soruşturmanın şüphelinin hiç ifadesine başvurulmaksızın sonuçlandırılmasının önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır².

Buna karşılık kovuşturma aşamasına geçildiğinde artık ‘sanık’ olarak nitelenen suç şüphesi altındaki kimsenin, mahkeme huzurunda savunmasının alınması (=sorgusunun yapılması) zaruri olarak görülmüş ve çok istisnai bazı haller bir tarafa bırakılırsa, sanığın savunması alınmaksızın hakkında hüküm kurulması kabul edilmemiştir. Yine sanığın duruşmanın bütünü açısından hazır bulunmasının, sağlıklı bir muhakeme açısından önemli olduğu görülmüş ve *sanığın hazır bulunması*, ceza muhakemesinin yürütülebilmesi için temel bir koşul olarak kabul edilmiştir. Kanunumuz da bunu “*kanunun ayırık tuttuğu haller saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz*” (CMK m 193) şeklinde kurala bağlamıştır³. Buna göre kanun, sanığın yokluğunda duruşma yapılamamasını kural haline getirmiş, yalnızca istisnai bazı hallerin varlığı durumunda ve bu yönde açık bir hüküm vaz’etmesi koşuluyla sanık hazır bulunmasa da duruşma yapılabilmesine olanak tanımıştır⁴.

¹ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhuğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Bası, Seçkin 2019) 689; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt I-II-III* (15. Bası, Adalet 2019) 440. Buna karşılık Alman Ceza Muhakemesi Kanununda soruşturma evresi kamu davası açılmak suretiyle tamamlanmadan evvel şüphelinin ifadesinin alınması zorunludur. Nitekim AİCMK para 163a’ya göre “*Kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilmeyen hallerde, en geç araştırma işlemlerinin sona ermesinden önce, şüphelinin ifadesi alınır*” Feridun Yenisey ve Salih Oktar, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu-Strafprozeßordnung (StPO)* (2. Bası, Beta 2015) 266.

² Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Bası, Beta 2017) 238; Yenisey ve Nuhuğlu (n 1) 689. Yargıtay da ağırlıklı olarak bu görüştedir. Nitekim bkz Yargıtay 2 CD, 6104/12460, 27.6.2006. Krş Ünver ve Hakeri (n 1) I 422, III 1373; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10. Bası, Seçkin 2017) 492-493. Bununla birlikte Yargıtay’ın, gaiplik ve kaçaklık gibi zaruri hallerde ifade alınmadan da dava açılabilceği ancak olağan olarak şüphelinin ifadesinin, toplanması gereken önemli bir delil mahiyetinde olduğu, bu nedenle de şüpheli dinlenmeden hazırlanan iddianamenin iade edilebileceği yönünde kararları da bulunmaktadır. Örneğin bkz Yargıtay 13 CD, 27923/2008, 2.2.2012, <https://emsal.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 9 Ağustos 2018.

³ Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I, Genel Kısım* (4. Bası, Acar Matbaacılık 1984), *Cilt II* (2. Bası, Sulhi Garan Matbaası 1976) 269-270; Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (15. Bası, Adalet 2018) 177, 474; Erdener Yurtcan, *Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) Şerhi* (8. Bası, Adalet 2017) 855; Feridun Yenisey, *Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku- Duruşma ve Kanunoyolları* (1. Bası, Beta 1988) 26, 98; Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Bası, Savaş 2016) 128; Doğan Soyaslan (n 3), *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Bası, Yetkin 2018) 411; Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (3. Bası, Adalet 2018) 92; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt I* (10. Bası, Seçkin 2019) 77; Veli Özer Özbek ve Koray Doğan, *CMK-İzmir Şerhi Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı* (1. Bası, Seçkin 2005) 791; Süheyl Donay, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku* (1. Bası, Beta 2015) 350; Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku* (2. Bası, Adalet 2018) 106; Centel ve Zafer (n 2) 732; Yenisey ve Nuhuğlu (n 1) 726; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1424; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 575; Mustafa Artuç ve M Tefvik Elmas, *Ceza Yargılamasında Duruşma Yönetimi ve İstinaf* (2. Bası, Adalet 2017) 130.

⁴ Tosun (n 3) I 270; Yurtcan *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 3) 177; Yurtcan *CMK Şerhi* (n 3) 855; Yenisey ve Nuhuğlu (n 1) 726-727; Şahin ve Göktürk (n 3) I 77; Centel ve Zafer (n 2) 732-733; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1421; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 576; Özen (n 3) 106; Uğur Ersoy, ‘Ceza Muhakemesinde *In Absentia* Duruşma Yapılması ve Mahkumiyet Kararı Verilmesi Üzerine Bazı Düşünceler’ [2020] 10(1) SDÜHFD 54-86, 61.

Görüleceği üzere sanığın hazır bulunması ceza muhakemesi açısından temel bir koşulken, inceleme konumuzu oluşturan *sanığın yokluğunda duruşma* istisnai bir duruma işaret etmektedir. Bu *kural-istisna* ilişkisinin doğal sonucu olarak sanığın yokluğunda duruşma kavramının doğru bir şekilde anlaşılabilmesi ve sınırlarının doğru bir şekilde çizilebilmesi için sanığın duruşmada hazır bulunması kuralının anlamının ve niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir.

B. Kural: Sanığın Duruşmada Hazır Bulunması

1. Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı

Bir hukuk devleti açısından, hem soruşturma hem yargılama işlemleri yönünden amaç salt maddi gerçeğe ulaşmak değil hukuka uygun şekilde maddi gerçeğe ulaşmaktır ve insan haklarının sağlanmadığı bir yargılamada bu amacın hasil olmasından söz etmeye olanak bulunmayacağı şüphesizdir⁵. Tarafların bir yargılamadan haberdar edilmeleri, savunma ve iddiada bulunma haklarının temin edilmesi, bu hakların kullanımında eşitliğin sağlanması, bir avukatın hukuki yardımından yararlanabilmeleri, delil ikamesi imkânı bulmaları gibi hususların tümü adil bir yargılamanın olmazsa olmaz koşulları olarak karşımıza çıkmaktadır ve yapılan yargılamanın *adil olması*, bu yönüyle ceza muhakemesinin amaçlarının ve varlık nedeninin de çatısını oluşturmaktadır⁶. Bu kapsamda *sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının* da genel olarak adil (hakkaniyete uygun) bir şekilde yargılanmayı talep hakkının önemli bir türevi olduğu görülmektedir⁷. Zira bir kimsenin, hakkında yürütülen ve sonuçlarına bizzat katlanacağı bir yargılamaya katılma imkânından yoksun bırakıldığı bir durumda, yargılamanın adil olmasını tahayyül etmek olanaksızdır⁸.

⁵ Bkz Paolo Tonini, *Manuale di Procedura Penale* (11 Edz, Giuffrè 2010) 40 vd; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Özdem Özyayın ve Efser Erden Tütüncü, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Güncellenmiş 13. Bası, Seçkin 2019) 31, 113 vd; Hamide Zafer, 'Savunma Hakkı ve Sınırları' [2013] 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof Dr. Nur Centel'e Armağan 514-515; Centel ve Zafer (n 2) 154; Ünver ve Hakeri (n 1) 115.

⁶ Friedrich Christian Schroeder ve Torsten Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, çev: Salih Oktar (1. Bası, Yetkin 2018) 174; Ünver ve Hakeri (n 1) 130; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 122 vd; Zafer (n 5) 515.

⁷ Bkz David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates and Carle Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights* (Third Ed, Oxford University Press 2014) 410; Karen Reid, *A Practitioner's Guide to The European Convention on Human Rights* (4th Ed, Sweet&Maxwell 2012) 211; Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler* (4. Bası, Beta 2013) 257. *Anayasa Mahkemesi*, 2013/724 Başvuru, 25 Haziran 2015 tarihli kararı: "AİHS'in 6. maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa da duruşmada hazır bulunma hakkı AİHS'in 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki adil muhakeme hakkının bir parçasıdır. Bir sanığın aleyhine açılan ceza davasında duruşmada hazır bulunması genel bir haktır ve AİHS'in 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan (c), (d) ve (e) bentlerinde yer alan hakların bir parçasıdır", Resmi Gazete, 19 Eylül 2015, 29480, para 26.

⁸ Bkz Sarah J. Summers, *Fair Trials – The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights* (Hart Publishing 2007) 113. *Anayasa Mahkemesi*, 2013/724 Başvuru, 25 Haziran 2015 tarihli kararı: "Duruşmada hazır bulunma hakkının tarafların yargılamaya etkili katılmaları ile doğrudan ilişkisi vardır. Adalet yönetiminin adil bir görüntü vermesi önemlidir ve tarafların yargılamaya etkili katılmalarının sağlanması için gerekli önlemler alınmalıdır. Bu hak, kural olarak, sadece duruşmada hazır bulunmayı değil, dinlemeyi, takip etmeyi, iddialarını destekleyecek şeyleri ileri sürmeyi de içerir. Çelişmeli yargılamaların doğasında var olan söz konusu hak, ceza yargılamaları yönünden, AİHS'in 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan sanığın 'kendini savunma' hakkından da çıkarılabilir", Resmi Gazete, 19 Eylül 2015, 29480, para 27.

Adil yargılanma hakkının ele alındığı İHAS m 6'da sanığın duruşmada hazır bulunma hakkına doğrudan yer verilmediği ancak dolaylı olarak bu hakkın öngörüldüğü kabul edilmektedir⁹. Şüphesiz adil bir yargılamanın temini için bir kimsenin savunmada bulunabilme hakkının, evveleminde savunmada bulunabilecek şekilde mahkemeye ulaşma hakkının sağlanması gerektiği açıktır¹⁰. Gerçekten, hakkında bir yargılama yapıldığından dahi haberdar olamayan bir kimsenin “*şahsına tevcih edilen isnadın mahiyet ve sebebinden haberdar edilmek*” (İHAS m 6/3-a) hakkını, yargılamadan haberdar olsa bile buna ilişkin duruşmalara katılmayan bir kimsenin “*müdafaasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak*” (İHAS m 6/3-b) veya “*kendi kendini müdafaa etmek*” (İHAS m 6/3-c) yahut “*iddia şahitlerini sorguya çekmek*” (İHAS m 6/3-d) haklarını zaten kullanamayacağı ve neticede “*yargı mercileri önünde savunma hakkından*” (İHAS m 6/1) yararlanamayacağı açıktır¹¹. Bu nedenle adil yargılanma hakkına ilişkin hemen tüm unsurlar açısından temel olarak¹² sanığın duruşmada bulunma imkânının sağlanması gerektiği ve bu yönüyle duruşmada

⁹ Andrea Conti, *Il Processo All'Imputato Assente* (Università Degli Studi Di Milano, Scuola Di Dottorato In Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria”, Curriculum Diritto Penale e Processuale Penale XXIX Ciclo, Milano, 2016) 13; Björn Elberling, *The Defendant in International Criminal Proceedings: Between Law and Historiography-Studies in International and Comparative Criminal Law* (Hart Publishing 2012) 43; Ryan Goss, *Criminal Fair Trial Rights: Article 6 of the European Convention on Human Rights* (Hart Publishing 2014) 90; Pieter van Dijk, Godefridus JH van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Kluwer Law International 1998) 431; Harris, O'Boyle, Bates and Buckley (n 7) 410; Reid (n 7) 211; Summers (n 8) 113, 115. Ancak Summers, bu ilkeye sözleşme metninde açık bir şekilde temas edilmemesinin mahkeme kararlarında bir tutarsızlık meydana getirdiğini belirtmektedir. Bu nedenle yazar, pek çok erken dönem kararında AİHM'in, kişinin kendi kendini savunma hakkı ile mahkemede hazır bulunma hakkını birbirine karıştırdığını ifade etmektedir, bkz *Ibid* 115. Zaman içinde bu hak, kamuya açık duruşma hakkı (*Stefanelli v San Marino* App no 35396/97 [ECHR, 8 Feb 2000], para 19.), silahların eşitliği (*Belziuk v Poland* App no 23103/93 [ECHR, 25 Mar 1998] para 39), kendi kendini müdafaa etme hakkı veya bunların biri, bir kaçı ya da tümüyle ilişkili görülmüştür (*Ibid* 116). Goss ise söz konusu bu hakkın Mahkeme tarafından adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddeden zımnî bir hak olarak çıkarıldığını belirtmektedir. Bkz Goss (n 9) 103. Nitekim *Colazza v Italy* kararında (App no 9024/80 [ECHR, 12 Feb 1987]) Mahkeme, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının m 6'da açıkça öngörülmediğini ancak bu maddede sanığa tanınan hakların ve genel olarak maddenin amacının, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı söz konusu olmaksızın düşünülemediğini ifade etmiştir. Bkz Conti (n 9) 24. Aynı mahiyette Bkz *Marcello Viola v Italy* App no 45106/04 (ECHR, 5 Oct 2006) para 52.

¹⁰ Conti (n 9) 14; Coral Arangüena Fanego, ‘Requirements in Relation to the Right to a Defence: The Right to Defend Oneself, to Legal Assistance and Legal Aid (Art 6-3-C ECHR)’ in J G Roca and P Santolaya (eds) *Europe of Rights – A Compendium on the European Convention of Human Rights*, (Martinus Nijhoff Publishers, 2012) 269; Harris, O'Boyle, Bates and Buckley (n 7) 410. Bu nedenledir ki Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de 21 Mayıs 1975 yılında “Sanıkların Yokluğunda Yürütülen Süreçlere İlişkin Kriterlere” dair 75 nolu kararı yayınlamıştır. Bilahare Avrupa Konseyi tarafından bu konuda pek çok çerçeve karar da yayınlanmış ve nihayet 26 Şubat 2009'da alınan 2009/299/JHA sayılı çerçeve kararı ile önceki kararlar pek çok açıdan değiştirilerek sanığın yokluğunda yapılacak duruşmaya ilişkin genel ilkeler belirlenmiştir. Bu ilkeler hakkında bkz Conti (n 9) 16-22.

¹¹ Harris, O'Boyle, Bates and Buckley (n 7) 410; Summers (n 8) 116; Fanego (n 10) 270; Conti (n 9) 14; Elberling (n 9) 43; İnceoğlu (n 7) 258; Fahri Gökçen Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği* (Seçkin 2019) 299; *M Viola v Italy* App no 45106/04 (ECHR, 5 Oct 2006) para 51, *Colazza v Italy* App no 9024/80 (ECHR, 12 Feb 1985) para 27, bkz Osman Doğru, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları, C I-II-III* (Legal 2004) I 834.

¹² Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da *Ensslin, Baader ve Raspe v Almanya* kararında sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının AİHS m 6/3'ün herhangi özel bir fıkrasından değil ve fakat adil yargılanma kavramının özünden çıkan bir ilke olduğunu vurgulamıştır. *Ensslin, Baader ve Raspe v Germany* App no 7572/76, 7586/76, 7567/76 (ECHR 1978), bkz Summers (n 8) 115. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Colazza v Italya* kararında AİHS m 6'da açıkça zikredilmese de m 6/1'in anlamı ve amacı nazara alındığında bir ceza yargılamasında sanığın hazır bulunma hakkının güvenceye alındığını kabul etmiştir. Zira Mahkemeye göre “AİHS m 6/3-c, d, ve e, ceza olarak suçlanan herkesin kendi kendisini savunma, tanıkları sorguya çekmek veya çekilmek ve dilini anlamadığı duruşmalarda tercüman yardımından yararlanmak hakkına sahiptir ve sanığın hazır bulunması söz konusu olmadıkça tüm bu hakları kullanmasından bahsetmek oldukça zordur” *Colazza v Italya* App no 9024/80 (ECHR, 12 Feb 1985) para 27, bkz Summers (n 8) 115; Goss (n 9) 103; Conti (n 9) 24-25; Fanego (n 10) 270; Reid (n 7) 211; Doğru (n 11) I 834.

bulunmanın sanık açısından adil yargılanma noktasında en temel hak olduğunu açıktır^{13,14}.

Sanığın duruşmada hazır bulunması ilk başta sanığın kendisini savunma hakkının temelini oluşturmaktadır¹⁵. Zira ceza yargılamasında kovuşturma evresinde *doğrudan doğruluk* ve *sözlülük* esas olup¹⁶ mahkeme ancak huzuruna getirilmiş ve tartışılmış delillere göre değerlendirme yapabilecek ve bu deliller de ancak duruşmada ortaya konulabilecek ve tartışılacaktır¹⁷. Dolayısıyla çelişmeli bir yargılamada sanığın bizzat savunmada bulunabilmesi için duruşmada yer almasının sağlanması şarttır¹⁸. Sanığa duruşmada hazır bulunma imkânı hiç sağlanmadan gıyabında yargılama yapılması adil yargılanma hakkının açık ihlalini teşkil edecektir¹⁹. Bu çerçevede adil yargılanma hakkının temini için sanığın duruşmadan haberdar edilmesi, duruşmada hazır bulunma imkanının sağlanması ve iradesi hilafına duruşmalara dahil olmasının engellenmemesi gerekmektedir²⁰. Sanığın duruşmadan hiç haberdar edilmemesi ya da makul bir mazereti olmasına rağmen duruşmanın yokluğunda yapılması, kendisinin duruşmada hazır bulunma ve haliyle adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olacaktır²¹. Bu nedenle sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının temini açısından Anayasa ve İHAS, Devlete, hem sanığın duruşmadan haberdar edilerek duruşma

¹³ Bkz Summers (n 8) 113; Conti (n 9) 14-16; İnceoğlu (n 7) 257; Centel ve Zafer (n 2) 732; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 77; Ünver ve Hakeri (n 1) 147; Taner (n 11) 295; Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (2. Bası, Savaş 2016) 521; Gizem Dursun, 'Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi' [2016] 11(143-144) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 131.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi, 2013/724 Başvuru, 25 Haziran 2015 tarihli kararı: "Hakkaniyete uygun yargılamanın en önemli unsuru olan sanığın kendini savunma hakkından faydalanmasının ilk koşulu sanığın savunmasını yapabilmesi için mahkeme önünde hazır bulunma olanağına sahip olmasıdır. Suçla itham edilen herkes, iddiayı duymak ve karşı koymak ve savunmasını yapmak üzere mahkemenin huzurunda bulunarak yargılanma hakkına sahiptir", Resmi Gazete, 19 Eylül 2015, 29480, para 26.

¹⁵ Bkz Schroeder ve Verrel (n 6) 174; İnceoğlu (n 7) 258; Tosun (n 3) 1269; Faruk Erem, *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku* (6. Bası, Işık Yayıncılık 1986) 171; Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 292; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 77; Özbek ve Doğan (n 3) 791; Ersoy (n 4) 55; Hakan Karakehya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma* (Savaş 2008) 236.

¹⁶ Kavramlar için bkz Yurtcan *CMK Şerhi* (n 3) 842 vd; Centel ve Zafer (n 2) 713 vd; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 147 vd; Şahin ve Göktürk (n 3) II 110 vd; Ünver ve Hakeri (n 1) I 128 vd, III 1408 vd; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 73-76.

¹⁷ Yurtcan *CMK Şerhi* (n 3) 843; Centel ve Zafer (n 2) 713; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 148; Şahin ve Göktürk (n 3) II 110-111; Ünver ve Hakeri (n 1) I 174-175; Taner (n 11) 297-299; Ersoy (n 4) 59.

¹⁸ Bkz *Barbera, Messegue and Jabardo v Spain* App no 10588/83 (ECHR, 6 Dec 1988) para 78 bkz Summers (n 8) 116. Ayrıca bkz İnceoğlu (n 7) 258; Tosun (n 3) 1269; Erem (n 15) 171; Yurtcan *CMK Şerhi* (n 3) 855; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1421; Özbek ve Doğan (n 3) 791; Taner (n 11) 295-296.

¹⁹ AİHM, *Colozza ve Rubinat v İtalya* davasında devletin, sanığın kendi davası görülürken hazır bulunması açısından yeterli gayreti göstermemesini 6. maddenin ihlali olarak görmüştür. Karara konu olan olayda eski adresinde bulunmadığı için *il latitante* (=aranan kişi) olarak ilan edilen başvuruçunun gıyabında bir ceza yargılaması sürdürülmüş ve neticede mahkûmiyet kararı verilmiştir. Ancak başka bir olayla ilgili olarak Roma polisi ve savcılığın bazı bölümleri, başvuruçunun yeni adresini bulabilmişlerdir. Mahkeme bu durumun, devletin, İHAS m 6'da güvence altına alınmış hakların etkin şekilde kullanımını temin için göstermesi gereken gayretle bağdaşmadığına işaret etmiştir. *Colozza ve Rubinat v Italy* App no 9024/80 (ECHR, 12 Feb 1985) bkz İnceoğlu (n 7) 258-259.

²⁰ *Colazza v İtalya* kararında Mahkeme, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından ancak kesin bir feragati söz konusu olur ise gıyabında duruşma yapılabileceğini kabul etmiştir. Bu feragat açık olabileceği gibi zmnî de olabilir. Ancak sanığın bu hakkından feragat ettiği kesin olarak söylenebilir. Buradaki kesinlik ise her şeyden evvel sanığın, hakkında bir yargılama yapıldığından kesin olarak haberdar olmasını gerekli kılar. *Colozza v Italy* App no 9024/80 (ECHR 12 Feb 1987) bkz Conti (n 9) 25; Doğru (n 11) I 834; Harris, O'Boyle, Bates and Buckley (n 7) 410.

²¹ Conti (n 9) 15-16; Elberling (n 9) 43; Ünver ve Hakeri (n 1) I 47.

salonunda bulunmasının temini anlamında *yapma* hem de sanığın duruşmada hazır bulunmasını engellememe anlamında *yapmama* yükümü yüklemektedir²².

Sanığın duruşmada hazır bulunmasının sağlanması anlamında devlete yüklenen yükümlülük birden fazla boyutu ihtiva etmektedir. Bu çerçevede evvela duruşmanın yapılacağı yer, tarih ve saatin sanığa resmi yollarla bildirilmesi şarttır²³. Zira, hakkında yapılan bir duruşmadan hiç haberdar olamayan sanığın savunma yapabilmesi mümkün değildir²⁴. Bunun yanında sanığa yapılacak bildirim ile duruşma tarihi arasında, savunmanın hazırlanabilmesi için yeterli bir zamanın olması da temin edilmelidir²⁵. Nitekim İHAS m 6'da da sanığın “*müdafaasını hazırlamak için gerekli zamana... malik*” olduğu ifade edilmiştir. Keza sanığa, duruşmaya katılmaması halinde bunun olası sonuçları da bu bildirimle birlikte iletilmelidir. Zira sanığın, ancak duruşmaya katılmamasının olası sonuçlarını bilmesi halinde, gerçek anlamda duruşmaya katılma hakkından feragat ettiği söylenebilecektir²⁶. Bunun yanında, sanığın duruşmada hazır bulunması pek tabidir ki duruşma salonunda bulunabilme hakkını da ihtiva edecektir²⁷. Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı, duruşmanın yalnızca belirli bir devresini değil duruşmanın tümü ve eğer duruşma birden fazla oturuma yayılmakta ise tüm oturumlar açısından hazır bulunmayı kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır²⁸. Bunun yanında sanığa, duruşmada hazır bulunmaması halinde kendisini bir müdafî aracılığı ile savunma imkânı da sağlanmalıdır. Sanığın duruşmada hazır bulunmaması, müdafî vasıtasıyla kendisini savunma hakkından feragat ettiği anlamına gelmeyecektir²⁹. Son olarak sanık, gıyabında yapılan duruşmada verilen kararlarla ilgili hukuki çarelere başvurma hakkına da sahip olmalıdır³⁰. Bu imkân, verilen kararları kanun yoluna götürme hakkının yanı sıra ve hatta bundan evvel, gıyapta yapılan işlemlerin yenilenmesi (= *eski hale iadesini talep etme*) yetkisini de ihtiva etmelidir.

²² İnceoğlu (n 7) 258. Bkz ve krş Taner (n 11) 296-297.

²³ Harris, O'Boyle, Bates and Buckley (n 7) 410-411; Conti (n 9) 37. Bu bildirim, resmi yollarla yapılan bildirim ifade etmektedir. Sanık, mutlak suretle hakkındaki isnatlardan resmi yollarla bilgilendirilmiş olmalıdır. Sanığın dolaylı olarak duruşmadan haberdar olması yeterli değildir. *T v Italy* (ECHR, 12 Oct 1992) para 28, bkz İnceoğlu (n 7) 263, dipnot 163; *Brozicek v Italy* App no 10964/84 (ECHR, 19 Dec 1989) para 43-46, bkz Doğru (n 11) III 186.

²⁴ *Colazza v Italy*, App no 9024/80 (ECHR, 12 Feb 1987); *Brozicek v Italy*, App no 10964/84 (ECHR 19 Dec 1989); *FCB v Italy*, App no 12151/86 (ECHR 28 Aug 1991) bkz Conti (n 9) 24-26; Doğru (n 11) I 834, III 186. Ayrıca bkz Harris, O'Boyle, Bates and Buckley (n 7) 410-411.

²⁵ Harris, O'Boyle, Bates and Buckley (n 7) 411.

²⁶ Conti (n 9) 37.

²⁷ *Zana v Türkiye* App no 18954/91 (ECHR 25 Nov 1997). Karara konu olan olayda sanık, bir gazeteye verdiği röportaj içeriği ile ilgili Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesinde yargılanırken, iradesi hilafına savunması istinabe yoluyla o sırada cezaevinde bulunduğu Aydın'da alınmıştır. Mahkeme, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından feragat ettiği ortaya konulmadığı sürece, bir başka mahkemede savunmasının alınmasının, sanığın duruşmada hazır bulunmasının yerine geçemeyeceğini belirterek İHAS m 6/1 ve 3-c'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.

²⁸ Bkz Summers (n 8) 116-117. Ayrıca bkz Taner (n 11) 321.

²⁹ Conti (n 9) 38; Elberling (n 9) 44.

³⁰ Elberling (n 9) 44; Taner (n 11) 305; *Colazza v Italy* App 9024/80 (ECHR, 12 Feb 1987) para 29, bkz Doğru (n 11) I 835.

Bununla birlikte sanığın, duruşmada hazır bulunma hakkını kötüye kullanarak diğer sùjelerin adil yargılanma hakkını ihlal etmesinin kabulü de elbette olanaksızdır³¹. Bu nedenle maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından oldukça sınırlı bazı hallerde sanığın duruşmadan çıkarılabilmesine cevaz verilmesi de mümkündür. Eğer sanığın duruşmada bulunması, duruşmanın kanuna uygun ve amaca hâsıl olacak şekilde yapılmasını olanaksız kılmakta ise sanığın geçici bir süre duruşmadan çıkarılması mümkün olabilecektir³².

Diğer taraftan elbette sanık isterse duruşmada hazır bulunma hakkından feragat da edebilir³³. Bu açıdan devletin yükümlülüğü, samimi olarak sanığın duruşmaya katılma imkanının sağlanması ile sınırlıdır³⁴. Sanığa duruşmada hazır bulunma hakkı açısından yukarıda belirttiğimiz güvencelerin sağlanmasına rağmen sanık yine de duruşmada hazır bulunmaktan imtina etmişse, duruşmada hazır bulunma hakkından feragat ettiği kabul edilecektir³⁵. Bu açıdan kendisine, duruşma gün ve saati ve duruşmaya katılmamanın olası sonuçları uygun bir şekilde bildirilen, duruşma öncesinde savunmasını hazırlaması için yeterli zaman ve olanak sağlanan, duruşmaya katılma istemi açısından engel teşkil edebilecek hususlar ortadan kaldırılan ve bizatihi duruşmaya katılabilme imkânı sağlanan sanık, tüm bunlara rağmen yine de duruşmada hazır bulunmak istemezse, artık onun yokluğunda yapılan duruşmanın adil yargılanma hakkının ihlali mahiyetinde değerlendirilebilmesi mümkün olmayacaktır³⁶.

2. Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Yükümlülüğü

Sanığın duruşmada hazır bulunması, kendisi açısından esas itibarıyla bir hak ise de ceza muhakemesi sistemimizde, muhakemenin amaçları ve mahiyeti nazara alındığında, aynı zamanda bir yükümlülük olarak da karşımıza çıkmaktadır³⁷. Bu

³¹ Bkz Elberling (n 9) 44; İnceoğlu (n 7) 258.

³² *X v Danimarka*, App no 8395/78 (ECHR, 16 Dec 1981) para 50, 54-55 bkz Elberling (n 9) 44. Ayrıca bkz İnceoğlu (n 7) 258; Taner (n 11) 322-323.

³³ Harris, O'Boyle, Bates and Buckley (n 7) 411; Summers (n 8) 114; Fanego (n 10) 270; Reid (n 7) 212; Conti (n 9) 36; Elberling (n 9) 43; İnceoğlu (n 7) 263 vd.

³⁴ Conti (n 9) 15, 36.

³⁵ Fanego (n 10) 271; Conti (n 9) 36-37; Taner (n 11) 301.

³⁶ Bkz Harris, O'Boyle, Bates and Buckley (n 7) 410 vd; Fanego (n 10) 270-271; Reid (n 7) 212; Conti (n 9) 16; Elberling (n 9) 43. Ancak bunun için sanığın, duruşmadan feragatinin olası sonuçları noktasında bir öngörüsünün olduğu da kabul edilmelidir. Sanığın, sırf duruşmada hazır bulunmaması nedeniyle bir hakkını kaybettiğinin kabulü halinde, eğer sanık bu özel durum açısından daha evvelden uygun bir şekilde uyarılmamışsa, duruşmada hazır bulunma hakkından zımnen feragat ettiği kabul edilemeyecektir, bkz *Jones v Birleşik Krallık*, App no 34356/06 (ECHR, 14 Jan 2014), Harris, O'Boyle, Bates and Buckley (n 7) 411. Kaldı ki yine Mahkemeye göre bu feragatin varlığı "hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ispatlanmalıdır" *Colazza v İtalya* App no 9024/80 (ECHR, 12 Feb 1987) para 28, bkz Doğru (n 11) I 834. Bu hususta ayrıca bkz Taner (n 11) 301; Ersoy (n 4) 71-72.

³⁷ Baha Kantar, *Ceza Muhakemeleri Usulü, İkinci Kitap, Muhakeme Usulü* (Cumhuriyet Matbaası 1946) 102; Tosun (n 3) I 644; Yurtcan *Ceza Yargılanma Hukuku* (n 3) 176, 476; Yurtcan *CMK Şerhi* (n 3) 868; Schroeder ve Verrel (n 6) 174; Yenisey (n 3) 98; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 244, 247; Centel ve Zafer (n 2) 160-161, 183-184; Toroslu ve Fezyioğlu (n 3) 127; Ünver ve Hakeri (n 1) I 443; Şahin ve Göktürk (n 3) I 77; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt II* (9. Baskı, Seçkin 2019) 125-126; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 217; Özbek ve Doğan (n 3) 791; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 726; Özen (n 3) 108, 383, 981; Karakehya *Ceza Muhakemesi Hukuku* (n 13) 522; Karakehya *Duruşma* (n 15) 237; Taner (n 11) 301; Ersoy (n 4) 55-56; Dursun (n 13) 131; Murat Aksan, 'Ceza Muhakemesi İşlemlerinde Hazır Bulunma' [2003] 11(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 175.

noktada evvela sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı, genel olarak adil yargılanma hakkının özel bir görünüşü olduğu gibi hazır bulunma yükümlülüğü de bu hakkın tesisinin doğal bir sonucu olarak görülmektedir³⁸. Zira bir sanığın duruşmada hazır bulunması, o sanığın savunma hakkının sağlanabilmesi kadar, söz gelimi katılanın iddia hakkı veya diğer sanıkların savunma haklarının sağlanması ve yargılamanın makul bir sürede sonuçlandırılabilmesi açısından da önemlidir.

Bunun yanında ceza muhakemesinin, nihai veya hazırlayıcı hükümlerin kolektif verilmesini³⁹ ifade eden sinallagmatik karakteri gereği hakim, hüküm kurarken müspet ve menfi iki çelişik ihtimali hesaba katacak⁴⁰ ve bu iki ihtimali, delillere göre değerlendirerek maddi gerçeğe ulaşacaktır⁴¹. Yalnızca iddianın söz konusu olduğu ve savunmanın hiç var olmadığı bir yargılamanın maddi gerçeğe ulaşma noktasında aksi ihtimale göre zayıf kalacağı açıktır⁴². Dolayısıyla bireysel savunma süjesi olarak sanığın hazır bulunması, ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma ilkesi açısından da önemlidir⁴³.

Diğer taraftan, ceza muhakemesi hukukunda *delillerin doğrudan doğruyalığı* ilkesi çerçevesinde hakimın hüküm kurabilmesi için maddi gerçeği yansıtan tüm delillere herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın ulaşabilmesi ve onlarla doğrudan iletişime geçmesi de gerekmektedir⁴⁴. Bir yargılama açısından sanığın sorgusu, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi noktasında en önemli beyan delillerinden birini teşkil etmektedir⁴⁵. Bu nedenle sanığın sorgusunun yapılması ve duruşmaya katılan kimselere sanığa soru sorma hakkının sağlanması, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi açısından önemli bir vasıta⁴⁶. Elbette bu durum diğer sanıklar ve katılanlar açısından iddia ve savunma hakkının önemli bir ögesini de teşkil

³⁸ Nitekim AİHM de sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ile ifadelerinin doğruluğunun teyit edilmesi ve gerekirse tanık ve mağdurlarla yüzleştirilmesi açısından sanığın hazır bulundurulması noktasında mahkemenin, mazeretsiz şekilde sanığın duruşmaya gelmemesini önleyebilecek tedbirleri alabileceği kanaatinde. *Poitrinol v France* App no 14032/88 (ECHR, 23 Nov 1993) para 35 bkz Summers (n 8) 114.

³⁹ Bkz Tonini (n 5) 8 vd; Tosun (n 3) I 314-316; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 748; Centel ve Zafer (n 2) 3; Ünver ve Hakeri (n 1) I 122-123, III 1424; Karakehya *Ceza Muhakemesi* (n 13) 12.

⁴⁰ CMK m 193'ün Tasarı Gereği: "Madde, kovuşturma evresinin sözlülüğü ve tartışmalılığı ilkesini vurgulamaktadır. Sanık hazır bulunmadan duruşma yapılırsa bu ilkeler uygulanmış olmaz", Kubilay Taşdemir ve Ramazan Özkepir, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Cilt I* (4. Bası, Turhan 2010) 802.

⁴¹ Devdino Siracusano, Giovanni Tranchina e Enzo Zappalà, *Elementi di Diritto Processuale Penale* (3 Edz, Giuffrè 2007) 184; Erem (n 15) 165-166; Tosun (n 3) I 315; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 748; Ünver ve Hakeri (n 1) I 124.

⁴² Siracusano, Tranchina e Zappalà (n 41) 184; Tosun (n 3) I 273; Taşdemir ve Özkepir (n 40) 803; Taner (n 11) 297.

⁴³ Taner (n 11) 297, 308.

⁴⁴ Bahri Öztürk, *Suç Muhakemesi Hukukunda Gaiplik ve Gaiplerin Muhakemesi* (1. Bası, Üçdal Neşriyat 1984) 84; Tosun (n 3) II 146; Yurtcan *CMK Şerhi* (n 3) 843; Yenisey (n 3) 31; Ünver ve Hakeri (n 1) I 128, II, 1409; Centel ve Zafer (n 2) 713; Şahin ve Göktürk (n 37) II 110; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 75; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 726.

⁴⁵ Erem (n 15) 155; Şahin ve Göktürk (n 37) II 35; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 597; Centel ve Zafer (n 2) 237; Taner (n 11) 297.

⁴⁶ Tosun (n 3) I 645; Ünver ve Hakeri (n 1) I 443. "Sanığın hazır bulunması muhakemenin maddi gerçeğe ulaşmasında önemli rol oynayabilir. Sanık olayı en iyi bilen kişidir. Bu nedenle onun davranışları ve sözleri çok değerlidir" Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Kcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 247.

etmektedir⁴⁷. Dolayısıyla sanığın hazır bulunması kuralı, doğrudan doğruyalık ilkesinin somut bir şekilde gerçekleşmesi açısından önemli görülmektedir⁴⁸.

Yalnızca beyan delilleri açısından değil bizatihi belirti delillerinin değerlendirilebilmesi de sanığın duruşmada hazır bulunmasını gerektirebilir. Örneğin sanığın bizatihi fiziksel özellikleri (örneğin görünüşü ya da sesi) bir yargılamada maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından muayene ve tespit konusu edilebilir⁴⁹ veyahut tanıklar ve sanığın yüzleştirilmesi gerekebilir (CMK m 52/2). Bu gibi ihtimallerde sanığın duruşmada hazır bulunmaması, aslında maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesine de engel teşkil edecektir⁵⁰.

Buna ek olarak yapılacak yargılama sonucunda sanığa ceza verilmesi olasılığında bu cezanın *bireyselleştirilmesi* açısından mahkemenin sanığı görmesi ve buna göre bir değerlendirme yapması gerekecektir⁵¹. Nitekim TCK m 62'ye göre “*takdiri indirim nedeni olarak, failin (...) yargılama sürecindeki davranışları, (...) göz önünde bulundurulabilir*”. Keza TCK m 50'ye göre kısa süreli hapis cezası, “*suçlunun kişiliğine, (...) yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa (...) göre*” seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilecektir. Yine TCK m 51'e göre hapis cezasının ertelenebilmesi için “*kişinin (...) yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması, gerekir*” ve yine bu maddeye göre hükümlü hakkında verilen denetim süresi açısından “*mahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verebilir*”. Hakeza CMK m 231'e göre sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için “*mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurulurken yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması*” gereklidir. İşte sanık hakkında uygulanabilecek tüm bu hükümler yönünden sanığın kişiliği, sosyal durumu, yargılamadaki pişmanlığı gibi hususlar sanığın duruşmada hazır bulunması ile değerlendirme konusu olabilecek hususlardır.

⁴⁷ Soyaslan (n 3) 411. Yargıtay 16 CD, 1078/1930, 19.6.2015: “Adil bir ceza yargılaması sürecinin oluşumunda sanığın mahkeme nezdinde hazır bulunmasının büyük önemi bulunmaktadır. Bunun sebebi hem adil yargılama hakkının mevcudiyeti hem de beyanların doğruluğunun anlaşılması ve mağdurla tanıkların beyanlarıyla karşılaştırılmasıdır”, www.corpus.com.tr, erişim tarihi 11 Ekim 2018.

⁴⁸ Schroeder ve Verrel (n 6) 174; Yenisey (n 3) 33.

⁴⁹ Bkz Tosun (n 3) I 273; Centel ve Zafer (n 2) 327.

⁵⁰ Bkz Schroeder ve Verrel (n 6) 174. Ayrıca bkz Ersoy (n 4) 56.

⁵¹ Tosun (n 3) I 644-645; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı, Beta 2008) 485; Soyaslan (n 3) 411; Ünver ve Hakeri (n 1) I 443; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 116; Karakehya *Ceza Muhakemesi Hukuku* (n 13) 522; Karakehya *Duruşma* (n 15) 237; Taner (n 11) 300, 308; Aksan (n 37) 175.

Bu yönüyle sanığın duruşmada hazır bulunması, bazı maddi ceza hukuku veya muhakeme hukuku normlarının uygulanabilmesi açısından da zorunlu olmaktadır⁵².

Bu belirttiğimiz hususlar, pek çok ceza muhakemesi ve bu arada bizim ceza muhakemesi sistemimiz açısından sanığın hazır bulunmasını zorunlu kılmıştır⁵³. Dolayısıyla, sanığın hazır bulunması, kendisi açısından bir hak olduğu kadar aynı zamanda bir yükümlülüktür.

⁵² Özбек ve Doğan (n 3) 791-792. Yargıtay CGK, 9-20/27, 10.3.2005: “Sanığın duruşmada hazır bulunması ve sorgusunun yapılması, ‘yargılamanın yüze karşı olması’, ‘savunma hakkının kısıtlanamayacağı’ ve ‘cezanın kişiselleştirilmesi’ ilkelerinin doğal bir sonucudur. Yasa koyucu somut gerçeğin ortaya çıkarılması, savunma olanağının sağlanması, cezaların kişiselleştirilmesi için sanığın sorgusunun yapılmasını zorunlu kılmıştır. Nitekim, Devletimizin de kabul ettiği İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin dürtüst yargılanma haklarının asgari şartlarını gösteren 6 ncı maddesinin (3-c) bendinde de; sanığın, müdafii tayin etme yetkisiyle belli şartlarla ücretsiz müdafiden yararlanabilme hakkı dışında, ‘kendi kendisini savunma hakkı’ bulunduğu belirtilmiştir” www.corpus.com.tr, erişim tarihi 6 Ekim 2019.

⁵³ Yukarıda belirttiğimiz üzere adil yargılama hakkı çerçevesinde sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı, devlete, aleyhindeki yargılamayı sanığa bildirme ve duruşmaya katılma hakkını verme yükümü yüklemekte ise de sanığı duruşmada mutlaka hazır bulundurma yükümü yüklemektedir. Ancak yine yukarıda belirttiğimiz nedenlerle bazı hukuk sistemleri, sanığın duruşmada hazır bulunmasını bir muhakeme şartı olarak kabul etmektedirler. Örneğin AİCMK p 230’ye göre “(1) *Hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamaz. Sanığın kabul edilebilir mazereti olmaksızın hazır bulunmaması halinde, zorla getirilmesi emredilir veya tutuklama kararı verilir*” Yenisey ve Oktar (n 1) 309. Bu çerçevede Alman Ceza Muhakemesi sisteminde temel kural sanığın yokluğunda duruşmanın yapılamamasıdır. Mahkeme, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın hazır bulunmayan sanık hakkında zorla getirme veya yakalama kararı çıkarabilecektir. Sanığın yokluğunda duruşma ise son derece istisnai haller için kabul edilmiştir. Bkz Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Procedure* (Hart Publishing 2012) 116; Schroeder ve Verrel (n 6) 176; Elberling (n 9) 37-39. Zaten 5271 s CMK’nın ilk kabul ettiği sistem de budur. Buna karşılık bazı ülke kanunları sanığın duruşmada hazır bulunmasını bir muhakeme şartı olarak kabul etmemişlerdir. Örneğin İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu’nda kabul edilen sistemde (gerek *öndürüşme* gerekse de *esas duruşma* açısından) sanığın hazır bulunması, duruşmanın yapılabilmesi için bir önkoşul değildir. Bkz Giorgio Lattanzi ve Ernesto Lupo, *Codice di Procedura Penale – Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina, Vol IV, a cura di Rocco Blaiotta, Giuseppe Borrelli, Giuseppe Casaccia, Maria Lucia di Bionto, Stefano Palla* (Giuffrè 2008), 506. İtalyan Ceza Muhakemesi sisteminde; savcılığın taleplerine göre sanık hakkında bir kamu davası açılıp açılmayacağını denetlediği *öndürüşme* açısından hakim, sanığı ve ilgili diğer kimseleri davet edecektir (İtCMK m 420). Esasında kanun, sanığın duruşmadan haberdar edilmesini ve hakimnin de sanığın duruşmaya katılıp katılmadığını belirli bir prosedüre göre denetlemesini öngörerek sanığın duruşmaya mümkün olduğu kadar katılımına sağlamayı amaçlamıştır bkz Vincenzo Garofoli, *Diritto Processuale Penale* (2 Ediz. Giuffrè 2010) 342; Siracusano, Tranchina e Zappalà (n 41) 184. Ancak sanık bizzat yahut müdafii aracılığıyla duruşmaya katılma hakkından feragat ettiğini beyan etmiş yahut tutuklu sanığın duruşmada bulundurulması kendi istemi çerçevesinde mümkün olamamış ise hakim, onun yokluğunda duruşma yapabilecektir (İtCMK m 420bis/1). Bunun yanında sanığın, tebligat usulüne uygun yapılmamış bile olsa duruşmaya katılma hakkından mahkemeye yapacağı bir bildirimle açıkça feragat etmesi de mümkündür bkz Conti (n 9) 81. Keza, sanık soruşturma sürecinde tebligat için bir adres beyan etmiş veya seçmiş yahut tutuklanmış veya geçici olarak gözaltına alınmış veya hakkında koruma tedbirine hükmedilmiş veya bir müdafii tayin etmiş, bu hallerde de duruşmaya sanığın yokluğunda devam edilebilir. Hakeza, hakim sanığa çağrı kağıdının şahsen tebliğ edildiğinin veya her durumda sanığın duruşmadan haberdar edildiğinin yahut tebligatın kaçındığının kesin olduğu hallerde de duruşmaya devam edebilir (İtCMK m 420bis/2, bu hallerin hangi durumlarda cari olacağı hususunda bkz Conti [n 9] 92 vd). Belirttiğimiz tüm bu hallerde sanığın duruşmadan haberdar olmasına rağmen gelmediği ve bu davranışıyla, duruşmada hazır bulunma hakkından zımni olarak feragat ettiği kabul edilmektedir. Bkz Tonini (n 5) 561; Siracusano, Tranchina e Zappalà (n 41) 185; Lattanzi ve Lupo (n 53) IV 506-507; Garofoli (n 53) 345; Conti (n 9) 79-80, 91-92 vd; Ercole Aprile e Pietro Silvestri *Il Giudizio Dibattimentale* (Giuffrè 2006) 163. Duruşmaya katıldıktan sonra duruşmadan ayrılan yahut takip eden duruşmalara gelmeyen sanık hakkında da ayı durum caridir (İtCMK m 420bis/3). Ancak tüm bu hallerde hakim sanığın duruşmada bulunması gerektiği kanısına varırsa duruşmayı erteleme imkanı da haizdir (bkz Conti [n 9] 92). Sanığın duruşmaya katılmamasının, duruşmadan kusuru olmaksızın haberdar olamamasından kaynaklandığını ispatlaması halinde ise hakim duruşmayı erteler ve bu halde sanık delil toplanması talebinde bulunabilir. Yine bu halde o aşamaya kadar usulüne uygun olarak yapılan işlemlerin geçerliliği saklı kalmak kaydıyla sanık ayrıca yapılmış olan işlemlerin yenilenmesini de isteyebilir (Tonini [n 5] 563; Lattanzi ve Lupo [n 53] IV 507; Aprile e Silvestri [n 53] 167; Garofoli [n 53] 343; Conti [n 9] 78, 143 vd) Aynı prosedür sanığın yokluğunun, kaza, mücbir sebep veya başka bir yasal engel nedeniyle ortaya çıkan mutlak imkansızlıkla ilintili olduğu ve bu durumun sanığın kusuru olmaksızın husule geldiğinin kanıtlandığı yahut hakim tarafından sanığın yokluğunun bu gibi bir durumda kaynaklandığının re’sen tespit edildiği hallerde de takip edilir (İtCMK m 420bis/4, İtCMK m 420ter/1-2) bkz Lattanzi ve Lupo (n 53) IV 522; Siracusano, Tranchina e Zappalà (n 41) 185; Aprile e Silvestri (n 53) 546. Bu hallerde veya sanığa yapılan tebligatın hükümsüzlüğü hallerinde mahkeme duruşmayı erteleyecek ve sanığa tebligat yapılmasına karar verecektir. Tonini (n 5) 561; Lattanzi ve Lupo (n 53) IV 510; Garofoli (n 53) 343; Siracusano, Tranchina e Zappalà (n 41) 184-185; Conti (n 9) 79. Bu tebligatın yapılmasının mümkün olmadığı durumlarda yani sanığın gaipliği halinde ise hakim duruşmanın askıya alınmasına karar verecek ve bu halde yalnızca geçicimesinde sakınca olan delillerin toplanmasına karar verebilecektir (İtCMK m 420quater), bkz Conti (n 9) 145. Hakim, bu askıya alma halini periyodik olarak denetleyecek olup sanığa tebligat bilahare yapılabirleş veya sanığın duruşmadan haberdar olduğunun anlaşılabilirdiği kanunda sayılan sınırlı hallerden biri gerçekleşirse, askıya alma kararını kaldıracaktır (İtCMK m 420quinquies). Bu hal, diğer sanıklardan bir kısmının durumuna müteallik ise mahkeme 18.maddeye göre bu sanıklara ilişkin davanın ayrılmasına da karar verebilir (Aprile e Silvestri [n 53] 167). Bu hükümler sadece *öndürüşme* için değil, sanık hakkında kamu davasının açılması halinde yapılacak *duruşma* için de uygulanabilecektir (İtCMK m 488/3) bkz Tonini (n 5) 630-631; Lattanzi ve Lupo (n 53) IV 551 vd; Aprile e Silvestri (n 53) 167, 544. Ancak bu halde mahkeme başkanına, eğer delillerin durumuna göre sanığın hazır bulunması gerekli görülüyorsa sanığın zorla getirilmesine karar verilebilmesi de mümkündür (İtCMK m 490) bkz Giorgio Lattanzi ve Ernesto Lupo, *Codice di Procedura Penale – Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina, Vol VI, a cura di Mario D’andria, Giorgio Fidelbo, Enrico Galucci* (Giuffrè 2008) 63-64; Mario D’onofrio e Salvatore Caltabiano, *Commentario Giurisprudenziale per il Dibattimento Penale* (Maggioli 2011) 145 vd; Aprile e Silvestri (n 53) 170. Keza hazır bulunmayan sanığın müdafisi de bulunuyorsa mahkemeye sanığa bir müdafii tayin edilecektir (İtCMK m 484/2, m 420/3), bkz Conti (n 9) 117. Buna göre genel olarak sanığın duruşmaya katılmaması, duruşmadan haberdar olmaması yahut duruşmaya katılmamasının mücbir bir sebeple mümkün olamaması gibi meşru nedenlere dayandığı tespit olunmadıkça, hakim sanığın yokluğunda duruşmaya devam edip karar verebilecektir bkz Tonini (n 5) 560 vd, 630 vd; Siracusano, Tranchina e Zappalà (n 41) 215-221; D’onofrio e Caltabiano (n 53) 19 vd.

3. Sanığın Hazır Bulunma Hakkı ve Yükümlülüğü Çerçevesinde Sanığın Duruşmada Hazır Bulunması Kuralının Mahiyeti ve Hukuki Niteliği

Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının mahiyeti ve önemi ile sanığın duruşmada hazır bulunmasının ceza muhakemesi açısından gösterdiği önem bir bütün olarak nazara alındığında, sanık hazır bulunmaksızın duruşma yapılabilmesi kanunda belirtilen çok istisnai hallere irca edilmiş, muhakemenin yürütülebilmesi için kural olarak sanığın hazır bulunması aranmıştır⁵⁴. Gerçekten, CMK m 193'e göre "kanunun ayırık tuttuğu haller saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz. Gelmemesinin geçerli nedeni olmayan sanığın zorla getirilmesine karar verilir". Buna göre asıl olan sanığın yokluğunda duruşma yapılmamasıdır⁵⁵. Öyleyse sanığın hazır bulunması muhakemenin yürütülebilmesi için şarttır, bu şart gerçekleşmedikçe muhakemenin yapılabilmesi kural olarak olanaklı değildir⁵⁶ ve kanun ancak sınırlı bazı hallerde bu şart gerçekleşme bile muhakemenin yürütülebilmesine cevaz vermiştir⁵⁷.

⁵⁴ Yurtcan *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 3) 177; Schroeder ve Verrel (n 6) 174; Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 726; Yenisey (n 3) 98; Centel ve Zafer (n 2) 732; Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 128; Şahin ve Göktürk (n 3) I 77; Soyaslan (n 3) 411; Ünver ve Hakeri (n 1) I 233; Donay (n 3) 351; Özen (n 3) 106, 981; Karakehya *Ceza Muhakemesi Hukuku* (n 13) 523; Karakehya *Duruşma* (n 15) 238; Aksan (n 37) 175; Dursun (n 13) 132. *Anayasa Mahkemesi*, 2013/724 Başvuru, 25 Haziran 2015 tarihli kararı: "...duruşmada hazır bulunma hakkının bir sonucu olarak 5271 sayılı Kanun'un 193. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki istisnalar saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamayacağı hükmüne bağlanmıştır", Resmi Gazete, 19 Eylül 2015, 29480, para 28.

⁵⁵ Yurtcan *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 3) 177; Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 726; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 70; Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 128; Centel ve Zafer (n 2) 732; Şahin ve Göktürk (n 3) I 77; Soyaslan (n 3) 538; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1421; Özbek ve Doğan (n 3) 791; Aksan (n 37) 175; Dursun (n 13) 132.

⁵⁶ Schroeder ve Verrel (n 6) 174; Bohlander (n 53) 116; Elberling (n 9) 37. Yargıtay 2 CD, 38386/7360, 6.7.2017: "Sanıkların hüküm tarihinde aynı yargı çevresi içerisinde bulunan Sincan 1 No'lu L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda başka bir suçtan tutuklu olduğunun, UYAP kayıtlarından anlaşılması karşısında; sanıklara duruşmadan bağışık tutulmak isteyip istemediği sorulmadan ve bu hususta bir karar alınmadan, hükmün esasını oluşturan kısa kararın açıklandığı 26/12/2012 tarihli duruşmada hazır edilmeden mahkumiyetlerine karar verilmesi suretiyle, 5271 sayılı CMK'nın 193 ve 196 ncı maddelerine aykırı olarak savunma hakkının kısıtlanması, bozmayı gerektirmiştir", www.corpus.com.tr, erişim tarihi 5 Ekim 2019.

⁵⁷ Schroeder ve Verrel (n 6) 174; Yurtcan *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 3) 177; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1421.

Sanığın duruşmada hazır bulunması kuralı, bu niteliği karşısında doktrinde bir *muhakeme şartı* olarak ifade edilmektedir⁵⁸. Buna göre davanın açılabilmesi için gerekli olan şartlar yerine getirilerek dava açılmış olsa bile sanık hazır bulunmaksızın yargılama yapılamadığından, sanığın hazır bulunması kuralı da bir muhakeme şartıdır⁵⁹. Doğal olarak bu şart gerçekleşmedikçe veya kanunun ayırık saydığı hallerden birinin varlığı nedeniyle gerçekleşmiş sayılmadıkça muhakeme yapılamayacak, kural olarak herhangi bir usul işlemi icra edilemeyecektir⁶⁰.

C. İstisna: Sanığın Yokluğunda Duruşma

1.Kavram ve Kapsam

Sanığın duruşmada hazır bulunması bir kural ise de kanun bu kuralın istisnalarının da söz konusu olabileceğini kabul etmiş ve bu istisnai hallerde sanığın yokluğunda da duruşma yapılabilmesine olanak tanımıştır⁶¹. Gerçekten hakkındaki ceza kovuşturmasını sonuçsuz kılmak için sanık gizleniyor ya da mahkemece sanığa ulaşamıyor olabilir yahut sanık yapılan çağrıya rağmen duruşmaya katılmayabilir veya mahkeme sanığın duruşma salonundan çıkartılmasına karar verebilir. Genel olarak *sanığın yokluğunda duruşma* ilk etapta, bu istisnai hallerin kapsamına giren tüm ihtimalleri kapsayan bir üst kavram olarak karşımıza çıkmaktadır⁶². Ancak doktrinde isabetli olarak çoğunlukla bu kavrama daha dar bir anlam verilmektedir. Bu dar anlamıyla *sanığın yokluğunda duruşma*, sanığın hazır olmamasına rağmen usul işlemlerinin yapılabildiği tüm ihtimalleri değil, yalnızca kendisine ulaşılabilen

⁵⁸ Tosun (n 3) I 270; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 70, 72; Ünver ve Hakeri (n 1) I 233; Şahin ve Göktürk (n 3) I 77; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 3) 92; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 116; Ersoy (n 4) 55; Dursun (n 13) 132.

⁵⁹ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 72; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 116; Ünver ve Hakeri (n 1) I 233.

⁶⁰ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 116; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1422. Bu niteliği itibarıyla sanığın duruşmada hazır bulunması kuralının, *gerçekleşmesi yalnız kovuşturma evresine engel olan şartlar veya yargılama şartları* başlığı altında değerlendirilmesi kaçınılmazdır. Gerçekten, muhakeme şartları doktrinde çeşitli şekillerde sınıflandırılmış olup bunlardan ilkinde göre bu şartlar, “gerçekleşmemesi her türlü muhakeme faaliyetini engel olan şartlar” ve “gerçekleşmemesi yalnızca kovuşturmanın yapılmasına engel olan şartlar” şeklinde ayrılmaktadır (bkz Toroslu ve Feyzioğlu [n 3] 46). Sanığın hazır bulunmaması mahiyeti gereği yalnızca kovuşturma aşamasına geçildikten sonra zikri mümkün olan bir koşul olduğundan *gerçekleşmemesi yalnızca kovuşturmanın yapılmasına engel olan şartlar* başlığı altında sınıflandırılması kaçınılmazdır. Buna paralel olarak ceza muhakemesi şartları *dava şartları* ve *yargılama şartları* şeklinde de ayrılmaktadır (bkz Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü [n 5] 44 vd; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır [n 3] 70 vd; Ersoy [n 4] 55). Dava şartları bir ceza davasının açılması için varlığı aranan şartlarken yargılama şartları açılmış bir davanın yürütülebilmesi için aranan şartlardır (Tosun [n 3] I 267; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü [n 5] 44). Sanığın duruşmada hazır bulunması açılmış bir dava açısından yargılamanın yürütülebilmesi için varlığı aranan bir şart olduğundan bunu, *yargılama şartları* başlığı altında değerlendirmek gerektiği açıktır (Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü [n 5] 70; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır [n 3] 92; Ersoy [n 4] 55). Muhakeme şartlarını ayrıca *oruşturma şartları* ve *kovuşturma şartları* olarak ayıran ve sanığın hazır bulunmasını kovuşturma şartı olarak nitelleyen görüş için bkz Özen [n 3] 106.

⁶¹ Schroeder ve Verrel (n 6) 174; Centel ve Zafer (n 2) 732; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 70; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu (n 51) 485-486; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 727; Şahin ve Göktürk (n 3) I 77; Şahin ve Göktürk (n 37) II 126; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1428; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 116-117; Özen (n 3) 108, 981; Aksan (n 37) 177; Dursun (n 13) 132-133.

⁶² Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu (n 51) 485. Bu anlamıyla sanığın yokluğunda duruşma “sanığın hazır bulunmaması” olarak ifade edilmiştir bkz Şahin ve Göktürk (n 3) I 77.

sanığın hiç hazır bulunmaması yahut belirli bir aşamadan sonra hazır bulunmamasına rağmen yokluğunda duruşmanın yapılabileceği halleri kapsamaktadır⁶³. Bu anlamıyla *sanığın yokluğunda duruşma*, sanığa herhangi bir şekilde ulaşılabilmemesine rağmen duruşmanın sanığın yokluğunda yapılmasını ifade etmektedir⁶⁴.

Bu yönüyle hem doktrin hem de Yargıtay uygulaması açısından *sanığın yokluğunda duruşma*; sanığın duruşmayı terk etmesi (CMK m 194/2), sanık gelmese bile duruşma yapılabilecek haller (CMK m 195, 252), sanığın duruşmadan başışık tutulması (CMK m 196) ve sanığın duruşma salonundan çıkarılması (CMK m 200, 204) hallerini kapsayan bir üst kavram olarak ele alınmaktadır⁶⁵. Buna, Yargıtay'ın bozma kararı üzerine davaya yeniden bakılması aşamasında sanığın, dosyada var olan adresine davetiye tebliğ olunamaması veya tebliğ olunmasına rağmen duruşmaya gelmemesi nedeniyle duruşmanın yokluğunda yapılması (CMK m 307/2) da eklenebilir.

Asıl sorun, CMK'nın ilk kanunlaşan halinde yer almayan ve kanun henüz yürürlüğe girmeden evvel CMK m 206/1'e dahil edilen "sanığın tebligata rağmen mazeretsiz olarak gelmemesi" nedeniyle "delillerin yokluğunda ortaya konulabilmesine" dair hükümlerle ilgili ortaya çıkmaktadır. Doktrinde haklı olarak, bu düzenlemenin sanığın yokluğunda duruşmaya dair ceza muhakemesinin temel sistemi ile ciddi anlamda çeliştiği belirtilmiştir⁶⁶. Gerçekten, *olması gereken hukuk* açısından kanunun, bir taraftan sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağını kabul edip, diğer taraftan sanığın iradi olarak hazır bulunmadığı duruşmalarda, mahkemeye delilleri ortaya koyma ve haliyle duruşma yapma yetkisi vermesi normatif sistem açısından çelişkili bir durum yaratmıştır. Bu düzenleme karşısında sanığın yokluğunda duruşma yapılmasının istisnai olması ilkesi, ciddi anlamda kağıt üzerinde kalmakta, sanığın hazır bulunmaktan imtina ettiği hemen her dava açısından, -hüküm kurulamamakla birlikte- yoklukta duruşma yapılmasının yolu açılmaktadır.

Bu durumun da etkisiyle *olan hukuk* açısından da bu halde "duruşmanın başlamadığı" ve bunun bir "erkenden dinleme" olduğu ileri sürülmüştür. Nitekim bu görüşte olan yazarlara göre sanığın hazır bulunmaması halinde kanunda "delillerin ortaya

⁶³ Bkz Şahin ve Göktürk (n 37) II 126; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 72 vd; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 3) 93; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 116 vd; Özen (n 3) 108. Krş Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu (n 51) 486 (dipnot 58); Dursun (n 13) 133.

⁶⁴ Özbek ve Doğan (n 3) 793; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 3) 93; Özen (n 3) 107-108. Kanunda, dar anlamda sanığın yokluğunda duruşma yapılabilecek hallerden biri olan "sanık gelmese de duruşma yapılabilmesini" öngören CMK m 195 hükmünün kenar başlığı da "*Sanığın yokluğunda duruşma*" şeklinde düzenlenmiştir. Ancak genel olarak kanuni düzenlemeye bakıldığında, kanun koyucunun sanığın yokluğunda duruşma kavramını yalnızca bu halle sınırlı olarak algılama niyetinde olmadığı kolayca anlaşılmaktadır. Örneğin sanık hakkında eldeki mevcut delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesinin mümkün olması ihtimalini düzenleyen CMK m 193/2'de "*dava yokluğunda bitirilebilir*" ifadesine yer verilmesi de bu durumu göstermektedir. Öyleyse, normatif anlamda da sanığın yokluğunda duruşma, CMK m 195'i de içine alan ancak bununla sınırlı olmayacak şekilde daha geniş bir anlamda kullanılmıştır. Aynı mahiyette bkz Ersoy (n 4) 62.

⁶⁵ Bkz Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 726 vd; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 72 vd; Şahin ve Göktürk (n 3) I 77 vd; Şahin ve Göktürk (n 37) II 126 vd; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 116 vd; Özbek ve Doğan (n 3) 793; Ersoy (n 4) 59.

⁶⁶ Bkz Centel ve Zafer (n 2) 732.

konulacağından” bahsedilmesi “duruşmanın başladığı” anlamına gelmemektedir. Bu halde “duruşma açılır” ancak sanık hazır olmadığı için “başlamaz”. Kanunun delillerin ortaya konulmasına ilişkin düzenlemesi ise duruşma hazırlığında olduğu gibi bir “erken dinlemeyi” ifade eder⁶⁷. Bu nedenle bu hükmü tanık ve bilirkişilerin, sanık hazır bulunduktan sonraki oturumlara gelme ihtimali bulunmayan hallerle sınırlı olarak uygulamak gerekir⁶⁸.

Ancak *olan hukuk* açısından bizzat bu yorum, ne normun lafzı, ne sistematigi ne de erken dinleme kurumunun mahiyet ve koşulları ile uyumlu değildir. Kanun koyucunun kendi deyimiyle “*yargılamanın yapılabilmesini sağlamak amacıyla*”⁶⁹ kanuna bu şekilde bir düzenleme eklemesi ve CMK’nın sistematiginde delillerin ortaya konulmasının “duruşmanın” bir parçası olarak kabul edilmiş olması gerçekleri karşısında, bu halde gerçekte duruşmanın yapılmaya başlanmadığının iddia edilmesi olanaklı görünmemektedir. Nitekim, kanuna göre olağan olarak hakim veya mahkeme başkanı, sanığın ve müdafisinin hazır bulunup bulunmadığını, çağrılmış tanık ve bilirkişilerin gelip gelmediklerini saptayarak “*duruşmaya başlayacak*”, “*duruşmanın başladığını, iddianamenin kabulü kararını okuyarak açıklayacak*”, bilahare de gerekli öncel işlemleri yaparak sanığın sorgusunu yapacak, “*sanığın sorguya çekilmesinden sonra delillerin ortaya konulmasına*” başlayacaktır (CMK m 191). Haliyle, CMK m 206’ya göre delillerin ortaya konulmasının “duruşmanın bir parçası olduğunda”

⁶⁷ Nitekim, *Yenisey/Nuhoğlu*’na göre CMK m 206’nın “...yersiz olarak delillerin ortaya konmasından söz etmesi duruşmanın başladığını göstermez; zira Kanunun bir yandan ‘duruşma yapılamaz’ derken öbür yandan yapıldığını kabul etmesi düşünülemez. Bu dinleme bizzat duruşma hazırlığında olduğu gibi erken dinlemedir. Zira deliller ancak duruşmada ikame edilir, daha doğrusu ortaya konulur. Duruşma yapılmıyorsa delilin ortaya konması da mantık gereği mümkün olamaz” *Yenisey ve Nuhoğlu* (n 1) 741. Yazarlar bu görüşlerinin sonucu olarak bu halde duruşmanın “açıldığını” ancak “başlamadığını”, esasen duruşmanın açılması ile başlamanın farklı hususlar olduğunu ifade etmektedirler. Yazarlara göre “duruşmada hazır bulunması gereken kişiler arasında sanık vardır. Sanık hazır değilse istisna söz konusu olmadıkça, duruşma yapılamaz (CMK 193/1). Yapmak için ‘başlamak’ gerektiğine göre, sanık gelmemişse, duruşmanın başladığı da kabul olunamaz. Böyle olunca *ara verme* de söz konusu olamayacağından duruşma için yeni bir gün tayin edilmeli, nisap olmaması yüzünden yapılamayan toplantılarda olduğu gibi durum bir tutanakla tespit edilip, duruşmanın tayin edilen yeni tarihte yapılması gerekmektedir. Yapılmaya başlatılmaması gereken duruşma yapılmaya başlanmış ise yapılanlar yapılmamış sayılmalıdır” *Yenisey ve Nuhoğlu* (n 1) 732. Keza *Taner*’e göre de sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağını öngören CMK m 193 ile CMK m 206 hükümlerini adil yargılamanın temel ilkeleriyle uygun şekilde yorumlamanın yolu bu ikinci hükmü yalnızca “sanığın katılmadığı duruşmaya gelmiş bulunan ve sonraki oturumlara gelme ihtimali bulunmayan bilirkişi veya tanıkların erken dinlenmesi (CMK m 180)” şeklinde uygulamaktan geçmektedir. *Taner* (n 11) 304.

⁶⁸ *Centel/Zafer*’e göre “CMK m 206’daki düzenleme nedeniyle uygulamada, sanığın yokluğunda deliller ortaya konulup hüküm aşamasına kadar gelinebilecek ve sanık hazır bulunmaksızın duruşma yapılamayacağına ilişkin hüküm anlamsız kalacaktır. Bu nedenle, sanık bulunmadan delillerin tartışılmasına olanak tanıyan bu hükmün, tanık ve bilirkişilerin sanık bulunduktan sonraki oturumlara gelme ihtimali bulunmayan hallerle, yani erken dinleme yapılabilen hallerle sınırlı tutulması, duruşmanın temel ilkelerine daha uygun olacaktır” *Centel ve Zafer* (n 2) 732. Keza *Toroslu/Feyzioğlu*’na göre anılan bu hükmü “sanık hakkında duruşma yapılmayan hallerde dahi yapılabiliyormuş şeklinde değil, gelmiş olan tanık ve bilirkişilerin bir kere daha çağrılmalarındaki güçlükler nedeniyle, bunların mahkemeye dinlenmelerini duruşmadan önce mahkeme tarafından yapılan bir tür erken dinleme olarak anlamak gerekir” *Toroslu ve Feyzioğlu* (n 3) 300. Bununla birlikte yazarlar, bu düzenlemenin erken dinleme olarak uygulanmasının daha doğru olacağına belirtmişlerse de nihayetinde bu hükmü, kanunun, sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağı kuralına istisna getirdiği hallerden biri olarak nitelemişlerdir. *Bkz Toroslu ve Feyzioğlu* (n 3) 129 ve 131.

⁶⁹ CMK m 206’ya bahsi geçen cümleyi ekleyen 5353 s Kanun değişikliğinin gerekçesi “5271 sayılı Kanunun 206 ncı maddesinin birinci fıkrasına bir cümle eklenmiştir. Buna göre, sanığın tebligata rağmen mazeretsiz olarak gelmemesi sebebiyle sorgusunun yapılamamış olması, delillerin ortaya konulmasına engel olmaz. Ortaya konan deliller, sonradan gelen sanığa bildirilir. Böylece, yargılamanın yapılabilir olması sağlanmıştır” şeklindedir. *Bkz Taşdemir ve Özkepir* (n 40) 842.

tereddüt yoktur⁷⁰. Dolayısıyla deliller ortaya konulmaya başlanmışsa, duruşma da yapılıyor demektir: Bu halde duruşmanın açıldığının ancak başlamadığının ileri sürülmesi, CMK'nın bu açık hükümleri ve genel sistemi ile uyumlu olmayacaktır. Kanun açık bir şekilde delillerin ortaya konulabileceğini hükme bağlandığından, mahkemenin hem “duruşmayı yeni bir tarihe ertelemesi” hem de “delilleri ortaya koymaya başlaması” ise çelişik bir duruma sebebiyet verecektir. Keza, CMK m 193/2'de “*sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkumiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir*” hükmüne yer verilmiş olup görüleceği üzere kanun, sanığın “sorgusu yapılmamış olsa bile” davanın yokluğunda “bitirilebileceğini” düzenlemiştir. Eğer sanığın yokluğunda duruşma hiç başlayamamakta ise mahkemenin bu hükme göre karar verebilmesi de olanaklı olmayacak, sanığın sorgusu yapılmasa da davanın bitirilebilmesine olanak tanıyan bu hüküm tamamıyla uygulanamaz hale gelecektir ki elbette bunun kabulü olanaksızdır. Diğer taraftan mazeretsiz olarak sanığın yokluğunda delillerin ortaya konulması aşamasında, aslında duruşmanın yapılmadığının kabulü halinde, bu işlemin CMK sisteminde nereye yerleştirileceği sorusu da kaçınılmaz olarak cevapsız kalacaktır. Buna, yukarıda alıntıladığımız üzere doktrinde “erken dinleme” denilmiş ise de CMK m 206'daki düzenlemede, bu yoruma dayanak teşkil edebilecek herhangi bir ipucu olmadığı gibi erken dinlemeye ilişkin CMK m 180 hükmü de bu tarz bir yoruma elverişli değildir. Nitekim bu maddeye göre “*hastalık veya malullük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle bir tanık veya bilirkişinin uzun ve önceden bilinmeyen bir zaman için duruşmada hazır bulunmasının olanaklı bulunmayacağına anlaşılması*” veya tanık veya bilirkişinin “*konutlarının yetkili mahkemenin yargı çevresi dışında bulunmasından dolayı getirilmelerinin zor olması*” nedeniyle bunların “naip” ya da “istinabe” yoluyla dinlenmeleri mümkün olabilecektir. Görüleceği üzere bu hüküm ancak belirli hallerde uygulanabilecek mahiyette bir “istisna hükmü” olup, bu hükmün burada sayılan hallerden biri var olmamasına rağmen CMK m 206/1, c-2 açısından da tatbiki açıkça “kıyas” olacaktır. Oysa istisna hükümlerinin kıyasa konu edilmeleri mümkün değildir⁷¹. Diğer taraftan CMK m 180 hükmü yalnızca “tanık veya bilirkişinin dinlenmesi” ile ilgilidir, oysa CMK m 206/1, c-2 hükmü herhangi bir ayrıma yer vermediğinden, tüm delillerin ortaya konulması ve bu kapsamda “belge ve kağıtların okunmasına” da cevaz vermektedir. Ayrıca erken dinleme halinde kanun “naip veya istinabe” yoluyla dinlemeden bahsetmektedir, oysa burada delilleri ortaya koyacak olan bizatihi “mahkemedir”. Kaldı ki eğer kanun koyucu CMK m 206/1,c-2'de bir tür erken dinleme halini düzenlemek isteseydi buna uygun bir ifade tarzı kullanırdı oysa bu fıkra da açıkça “delillerin ortaya konulmasından” söz edilmiştir. Bu haliyle ne lafzi, ne

⁷⁰ Bkz Toroslu ve Feyzioglu (n 3) 285.

⁷¹ Bkz Centel ve Zafer (n 2) 51-52; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 37; Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 104; Şahin ve Göktürk (n 37) 145; Ünver ve Hakeri (n 1) 179; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 84.

amaçsal ve ne de sistematik açıdan CMK m 206/1,c-2 düzenlemesinin erken dinleme olarak nitelenmesi ve bu halde gerçekte duruşmanın yapılmadığından bahsedilmesi bizzat olanaklı değildir. *Olmaması gereken hukuk* açısından mahkemenin sanığın yokluğunda duruşma açmaması gerektiği ileri sürülebilir ancak *olan hukuk* açısından kanun koyucunun CMK m 206/1,c-2'yi sanığın yokluğunda duruşma yapılabilecek hallerden biri olarak kabul ettiği açıktır. Haliyle *olması gereken hukuk* açısından eleştiriye son derece açık olmasına rağmen *olan hukuk açısından* kanun koyucunun, sanığın usulüne uygun olarak davet edilmesine rağmen gelmemesini de CMK m 193/1 anlamında “kanunun ayrıktı tuttuğu haller”den biri olarak düzenlediğinin, bir başka ifade ile sanık hazır bulunmaksızın duruşma yapılamaması kuralına yeni bir istisna daha getirmiş olduğunun kabulü kaçınılmaz olmaktadır⁷². Bununla birlikte bu halde kural olarak sanığın yokluğunda hüküm verilemeyecektir⁷³.

2. Sanığın Yokluğunda Duruşma Kavramının Benzer Kavramlardan Ayrılması

Yukarıda belirttiğimiz anlamsal içeriği itibariyle ceza muhakemesinde sanığın yokluğu hallerine benzeyen bazı hukuki durumlar söz konusudur. Bu durumlar, bazı yönlerden sanığın yokluğu hallerine benzemekte iseler de mahiyetleri itibariyle dar anlamda sanığın yokluğu kavramı kapsamına girmezler:

1. Bunlardan ilkinin *sanığın gaipliği* teşkil etmektedir. Gaiplikte, sanığın yokluğu hallerinden farklı olarak sanık herhangi bir suretle Mahkeme önüne getirilememektedir ya da getirilmesi uygun bulunmamaktadır (CMK m 244/1)⁷⁴. Bu durum; sanığın bulunduğu yerin bilinmemesi, yurt dışında bulunması

⁷² Nitekim *Şahin/Göktürk* “sanık duruşmada hazır bulunmadığı için sorgusu yapılamamış olsa bile **duruşmaya devam edilebilir**. Sonradan gelen sanığa, o ana kadar ikame edilen deliller bildirilir” şeklindeki tespitleriyle duruşmanın açılması halinde sanık gelmese de duruşmaya devam edilebileceğini ifade etmişlerdir (Şahin ve Göktürk [n 37] II 132, vurgu bize aittir). Keza *Ünver/Hakeri* de “...CMK 206’da sanığın tebligata rağmen mazeretsiz olarak gelmemesi sebebiyle sorgusunun yapılamamış olması durumunda, delillerin ortaya konulabileceği ve bu delillerin sonradan gelen sanığa bildirileceği hükme bağlanmıştır. Bu suretle, kanundaki istisnalardan birisi bulunmamasına rağmen **sanığın yokluğunda duruşmanın yapılabilmesine olanak tanınmıştır**. Bu olasılıkta sanık sonradan gelmediği takdirde duruşma bitirilemeyecek ise de tüm muhakeme işlemleri yapılabilecektir” değerlendirmesinde bulunarak aynı hususa işaret etmiştir (Ünver ve Hakeri [n 1] III 1429, vurgu bize aittir). Hakeza *Karakehya* da “sanık CMK m 176’da gösterilen usule göre duruşmaya davet edilmişse; ancak buna rağmen gelmemişse, delillerin ikamesine geçilmek suretiyle **duruşma yapılabilir** (CMK m 206/1)” ifadesiyle bu halde duruşma yapıldığını belirtmiştir (Karakehya *Ceza Muhakemesi Hukuku* [n 13] 528, vurgu bize aittir)

⁷³ *Karakehya Ceza Muhakemesi Hukuku* (n 13) 528. Bu çerçevede görülmektedir ki bizim kanun koyucumuz da mehz Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda olduğu gibi duruşmada sanığın hazır bulunmasını temel ilke olarak benimsemiştir. Ancak mehz kanundan farklı olarak bizim kanunumuzda bu kurala getirilen istisnalar çok daha geniştir. Bununla birlikte CMK’nın 206.maddesinin 1.fıkrasının 5353 s Kanun ile yapılan eklemelerden sonra fiiliyatta Alman CMK’sının kabul ettiği sistemden bir kopuş söz konusu olmuş ve sanık hazır bulunmama da gıyabında celse açılıp yargılama işlemlerinin yapılabileceği öngörülmüştür. Ancak bu kopuş, İtalyan CMK’sının kabul ettiği gibi ‘sanığın yokluğunda tüm usul işlemlerinin yapılarak hükmün de kurulabilmesine olanak tanınması’ boyutuna da varmamıştır. Bu haliyle bizim kanunumuzun kabul ettiği sistem açısından sanığın yokluğunda duruşma yine de ‘istisnai’ bir mahiyet arz etmekte olup duruşmanın yapılabilmesi için kural olarak sanığın hazır bulunması gerekmektedir. Ancak bu istisnai haller nihayetinde o derece geniş tutulmuştur ki kanunun fiiliyatta zamanla, ‘sanığın yokluğunda duruşma açılmamasından’ ziyade, ‘duruşmanın sanık hiç hazır bulundurulmaksızın gıyabında bitirilmemesine’ odaklandığını ifade etmemiz hatalı olmayacaktır.

⁷⁴ Kantar (n 37) 97-98; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 70-71; Öztürk (n 44) 208; Yurtcan *CMK Şerhi* (n 3) 792; Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 54; Şahin ve Göktürk (n 3) I 79; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 3) 92-93; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1813; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 117; Özbek ve Doğan (n 3) 793; Özen (n 3) 107.

nedeniyle yetkili mahkeme önüne getirilememesi yahut ağır hastalığı gibi sebepler çerçevesinde getirilmesinin uygun bulunmamasından ileri gelebilir⁷⁵. Her ihtimalde kanun, gaiplik durumunda duruşma açılmamasını kabul etmiştir (CMK m 244/2)⁷⁶.

2. Gaipliğe oranla sanığın yokluğu hallerine daha çok yaklaşan durum ise *sanığın kaçaklığı* halidir. Kaçak sanık, bizatihi hakkındaki soruşturma veya kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamayı amaç edinmekte ve sırf bu nedenle yurt içinde saklanmakta veya yurt dışında bulunmaktadır (CMK m 247/1)⁷⁷. Görüleceği üzere sanığın mahkeme huzuruna getirilmesinin her zaman mümkün olduğu sanığın yokluğu hallerinden farklı olarak sanığın kaçaklığı halinde mahkeme sanığa ulaşamamakta ve haliyle onu duruşmada hazır edememektedir⁷⁸. Ancak gaiplik halinden farklı olarak sanığın duruşmada hazır bulunmaması kendi iradesinin bir sonucu olduğundan, kural olarak kanun, kaçak sanık hakkında duruşma açılmasını kabul etmiştir (CMK m 247/4).
3. *Sanığın istinabe yoluyla dinlenmesi* (CMK m 196/2) halinde de sanık yargılamayı yürüten mahkeme huzurunda dinlenmemiş ise de neticede sorgusu bir hakim tarafından yapılmış olduğundan aslında sanık duruşmaya hiç katılmamış değildir. Elbette sanığın bir başka hakim huzurunda sorgusunun yapılması, delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi ve cezanın bireyselleştirilmesine ilişkin hükümlerin tatbiki açısından tartışmaya açıktır⁷⁹. Ancak bu durumda sanığın duruşmaya katılmama yönünde bir iradesi olmadığı gibi duruşmanın bir aşaması olarak sorgu da yine bir mahkeme önünde yapılmaktadır. Diğer taraftan kanun, sanığa, isterse savunmasını esas mahkemesinde yapma imkânı tanıdığından, sanık isterse asıl mahkemesinde de savunma yapabilecektir⁸⁰. Keza, sanık isterse, sorgusu istinabe olunan mahkemede yapılırsa bile esas mahkemesindeki duruşmaya da katılıp delillerin ortaya konulması ve tartışılması işlemlerine iştirak edebilir ve savunmasını

⁷⁵ Öztürk (n 44) 13, 15; Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 797; Centel ve Zafer (n 2) 940; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 70; Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 54; Donay (n 3) 352; Şahin ve Göktürk (n 3) I 79; Gökçen, Balci, Alşahin ve Çakır (n 3) 92; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1813; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 117.

⁷⁶ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 71; Yurtcan *CMK Şerhi* (n 3) 793; Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 798; Centel ve Zafer (n 2) 941-942; Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 54; Soyaslan (n 3) 505; Donay (n 3) 362; Gökçen, Balci, Alşahin ve Çakır (n 3) 93; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1814; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 117.

⁷⁷ Centel ve Zafer (n 2) 940; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 77; Şahin ve Göktürk (n 3) II 78; Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 799; Soyaslan (n 3) 507; Donay (n 3) 363; Gökçen, Balci, Alşahin ve Çakır (n 3) 98; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 123.

⁷⁸ Şahin ve Göktürk (n 3) I 79; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 78; Gökçen, Balci, Alşahin ve Çakır (n 3) 99; Centel ve Zafer (n 2) 943; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 123; Özen (n 3) 107.

⁷⁹ Bu konuda bkz Taner (n 11) 306 vd.

⁸⁰ Centel ve Zafer (n 2) 733; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 75.

esas mahkemesi önünde de yapabilir⁸¹. Dolayısıyla sanığın istinabe yoluyla dinlenmesinin, dar anlamda bir sanığın yokluğunda duruşma halini teşkil ettiğinden bahsetmeye olanak yoktur⁸².

4. Mahkemece sanığın hazır bulunmasının sağlanması açısından bir kolaylık olarak görülüp kabul edilen sanığın *aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenmesi* (=SEGBİS ile dinleme CMK m 196/4) olarak anılan yöntemde, sanık fiziken duruşma salonunda bulunmamakla birlikte aynı anda hem sesi hem de görüntüsü mahkeme salonuna yansıtılmakta ve anlık olarak uzaktan iletişim yöntemi ile dolaylı olarak duruşmaya katılmış olmaktadır⁸³. SEGBİS ile dinlemenin savunma hakkı açısından taşıdığı mahsurlar bir tarafa⁸⁴, bu ihtimalde de sanık fiziksel olarak duruşma salonunda bulunmasa bile dolaylı da olsa duruşmaya katılmış olmaktadır⁸⁵. Dolayısıyla sanığın bu yolla duruşmaya katılmasına karar verilmesi halinde duruşmanın dar anlamda sanığın yokluğunda yapılması söz konusu değildir.
5. Sanığın *duruşma kabiliyetinin bulunmaması* olarak ifade edebileceğimiz⁸⁶, sanığın duruşmada yapılan işlemleri algılama ve/veya davranışlarını buna göre yönlendirme yeteneğinin bulunmadığı haller de dar anlamda sanığın yokluğunda duruşma hallerinden farklıdır. Bu halde sanık fiziken duruşma salonunda bulunsun da irade yeteneği ve/veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmaması yahut önemli ölçüde azalması nedeniyle duruşmaya aktif bir süje olarak katılabilecek durumda değildir. Bu gibi haller “*sanığın akıl hastası olmaması*” şeklinde ifade edilen diğer bir yargılama şartı ile ilgili olup⁸⁷ bu halde sanık duruşma salonunda bulunduğundan, dar anlamda bir sanığın

⁸¹ Ünver/Hakeri, sanığın istinabe yoluyla sorguya çekilmesini, sanığın hazır bulunmasının istisnaları arasında saymış ancak bunun tüm duruşma safhası açısından bir istisna olmamakla birlikte, kısıtlı bir istisna olarak sorguya münhasır olduğunu belirtmiştir. Bkz Ünver ve Hakeri (n 1) III 1433.

⁸² Krş Ünver ve Hakeri (n 1) II 1433-1434.

⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz Dursun (n 13) 134 vd.

⁸⁴ Bu konuda bkz Fanego (n 10) 270; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 78; Taner (n 11) 309; Dursun (n 13) 141 vd.

⁸⁵ Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 729. Yargıtay uygulamasında SEGBİS yöntemiyle yapılan sorgunun huzurda yapılan sorgu olarak değerlendirildiği yönünde bkz Artuç ve Elmas (n 3) 69.

⁸⁶ Bkz Ersoy (n 4) 56.

⁸⁷ Bkz Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 82; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 594; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 124.

yokluğu halinden söz etme olanağı olmayacaktır⁸⁸. Bunun en önemli sonucu, sanığın duruşma kabiliyetinin bulunmadığı hallerde, sanığın yokluğunda duruşmaya ilişkin hükümlerin uygulanma imkanının bulunmamasıdır.

6. Bu grupta değineceğimiz son kurum *sanığın belirlenen duruşma tarihinden evvel dinlenmesidir*. CMK m 196/6 “*yurt dışında bulunan sanığın, belirlenen duruşma tarihinde hazır bulunmasının zorluğu halinde, bu tarihten önce duruşma açılarak veya istinabe suretiyle sorgusu yapılabilir*” hükmüne yer vermiş böylelikle sanığın belirlenen duruşma tarihinden evvel sorgusunun yapılmasına olanak tanımıştır⁸⁹. Bu durumda sanık, esas mahkemesinde⁹⁰ yapılan duruşmada hazır bulunmakta olup zaten kanun da bunu “...*duruşma açılarak...*” şeklinde ifade etmiştir. Burada yalnızca zamansal bir farklılık bulunmakta olup mahkeme, sanığın sorgusunun yapılması açısından, tensiple belirlenen tarihten önce duruşma açmaktadır⁹¹. Dolayısıyla sanık, esas mahkemesinde ve nihayetinde duruşmada hazır bulunduğundan, yokluğunda duruşma yapılmasından bahsetmeye de olanak yoktur.

II. Sanığın Yokluğunda Duruşma Yapılmasına Hakim Olan İlkeler

A. Sanığın Yokluğunda Duruşmanın İstisnai Olması

Bir muhakeme şartı olarak nitelenmesinin de gösterdiği üzere temel ilke sanığın duruşmada hazır bulunmasıdır⁹²; -her ne kadar kanun koyucu yukarıda da değindiğimiz üzere CMK m 206/1,c-2 ile bu “*istisnai olma*” vasfını ciddi anlamda sınırlandırmış ise de- sanığın yokluğunda duruşma *istisnaidir*⁹³. Bunun doğal sonucu

⁸⁸ Esasen sanığın duruşma kabiliyetinin bulunmaması yalnızca akıl hastası olmasından ibaret değildir. Geçici nedenler, alkol ve uyuşturucunun etkisi altında olma, ağır şekilde hasta olma veya açlık grevi gibi durumlar nedeniyle sanığın duruşmaya aktif bir sūje olarak katılmasının olanaksız veya çok güç olması da bu kapsamda sayılmalıdır. Ancak sanığın duruşma kabiliyetini, bizzat kendi kusurlu davranışlarıyla ortadan kaldırdığı durumlarda nasıl bir uygulama yapılacağına dair kanunda açık bir hüküm söz konusu değildir. Buna karşılık Alman CMK’sına bilahare eklenen 231a paragrafı ile sanık, kendisini kasten veya ağır kusuru ile muhakeme ehliyetinden yoksun bırakıp da bu nedenle duruşmanın kendi huzurunda yürütülmesini engellerse, son soruşturmanın açılmasından sonra veya naip tayin edilen bir hakim önünde iddia hakkında açıklama yapma imkanına sahip bulunmuş olması ve mahkemece hazır bulunmasına artık gerek duyulmaması koşuluyla duruşma yokluğunda yapılabilir. Bunun için bir hekimin bilirkişi olarak dinlenmesi gerektiği gibi müdafii yoksa sanığa bir müdafii tayini de şarttır (Bkz Yenisey ve Oktar (n 1) 310-311; Bohlander (n 53) 117). Doktrinde buna sanığın açlık grevine girmesi örnek gösterilmiştir. Bkz Schroeder ve Verrel (n 6) 175; Elberling (n 9) 38. Türk hukukunda sanığın muhakeme ehliyetinin bulunması bir muhakeme koşulu olarak kabul edilmiş ise de belirttiğimiz üzere, benzeri bir hükme bizim kanunumuzda yer verilmemiştir. Esasen CMK Tasarısında öyle bir hüküm yer almakta ve buna ilişkin gerekçede de mehz kanuna atıf yapılmakta ise de bu düzenleme kanuna alınmamıştır. Bkz Taşdemir ve Özkepir (n 40) 812.

⁸⁹ Centel ve Zafer (n 2) 710; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 75; Şahin ve Göktürk (n 3) I 78; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 730; Artuç ve Elmas (n 3) 99.

⁹⁰ Sanık sorgusu naip hakim aracılığı ile yapılamaz. Bkz Artuç ve Elmas (n 3) 99.

⁹¹ “Bu fıkra duruşma tarihinin öne alınması imkanı da tanımaktadır” Özbek ve Doğan (n 3) 795.

⁹² Schroeder ve Verrel (n 6) 174; Bohlander (n 53) 116; Elberling (n 9) 37; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu (n 51) 485; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 725; Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 128; Centel ve Zafer (n 2) 732; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 70; Şahin ve Göktürk (n 3) I 77; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 3) 93; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1422; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 118.

⁹³ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu (n 51) 487; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 725; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 72-73; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 116-117.

olarak sanığın yokluğu halleri ve özellikle sanığın iradesi dışında duruşmada hazır bulunmadığı haller hiçbir suretle kıyasa konu olamayacaktır⁹⁴. Bu çerçevede, aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz “sanığın yokluğunda duruşmaya cevaz veren hükümlerin” ancak işaret ettikleri durumlarda ve öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde tatbik edilebileceklerini, kanunun sanığın yokluğunda duruşma yapılmasını öngörmediği bir hal için kıyas yoluyla bu hükümlerin tatbik edilemeyeceğini ifade etmemiz gerekmektedir⁹⁵. Diğer taraftan bu hükümlerin yorumlanması ve uygulanması açısından da bunun, sanığın hazır bulunma hakkı ve bu hakkın sınırlandırılması ilkeleri ile sanığın hazır bulunma yükümlülüğünü doğuran nedenler, yani bu yükümlülüğün *ratio legis*'i ile uyumsuz olamayacağına dikkat edilmesi gerekmektedir⁹⁶.

B. Sanığın Yokluğunda Duruşmanın İhtiyari Olması

CMK sisteminde mahkemeyi, herhangi bir suretle sanığın yokluğunda duruşma yapmaya zorlayan bir düzenleme söz konusu olmayıp kanunda sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesine imkân tanıyan tüm hükümlerden⁹⁷, bunlarda aranan tüm koşullar gerçekleşse bile yine de duruşmanın *yapılmayabileceği* anlamı çıkmaktadır. Nitekim kanun, sanık gelmese de duruşma *yapılabileceğini* (CMK m 195), sanığın yokluğunda davanın *bitirilebileceğini* (CMK m 193/2, 194/2), sanığın duruşma salonundan *çıkartılabileceğini* (CMK m 200), sanığın duruşmaya getirilmemesine *karar verilebileceğini* (CMK m 196/5), sanığın duruşmadan *bağışık tutabileceğini* (CMK m 196/1) ifade etmiş, böylelikle sanığın yokluğunda duruşma yapılmasının *ihtiyari olduğunu* ortaya koymuştur⁹⁸. Bu ihtimallerin tamamında sanığın yokluğunda duruşma yapılabileceği gibi mahkeme hazır bulunmayan sanığın zorla getirilmesine de karar verebilir⁹⁹. Hatta kanun mahkemenin “*sanığın hazır bulunmasına ve zorla getirme kararı veya yakalama emriyle getirilmesine*” her zaman karar verebilmesine

⁹⁴ Ceza muhakemesinde sınırlayıcı hükümler ve istisnai hükümler kıyasa konu olamaz. Bkz Centel ve Zafer (n 2) 51-52; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 37; Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 104; Şahin ve Göktürk (n 3) I 45; Ünver ve Hakeri (n 1) I 79; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 84.

⁹⁵ Bkz Ersoy (n 4) 55.

⁹⁶ Ünver ve Hakeri (n 1) III 1421. Sanık hazır bulunmaksızın yargılamaya devam edilmesine ilişkin AICMK para 231'in mümkün olduğunca dar yorumlanması ve Mahkemenin mümkün olduğu kadar sanığı hazır bulundurmaya çalışması gerektiği yönünde bkz BGH StV 1987, 189 (nakleden Bohlander [n 53] 116).

⁹⁷ CMK m 204'te “*davranışları nedeniyle, hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşıldığında sanık, duruşma salonundan çıkarılır*” hükmüne yer verilmiş ise de bu ifade de sanığın yokluğunda duruşmanın ihtiyari olması ilkesine aykırı değildir. Zira bu hükmün uygulanması bizzat duruşmanın devamı açısından bir “tehlikenin ortaya çıkacağına anlaşılması” koşuluna bağlanmış ancak bunun hangi durumda cari olacağına dair sınırlayıcı bir hükme yer verilmemiş ve bu suretle ihtiyarılık, dolaylı olarak temin edilmiştir. Krş Özen (n 3) 111.

⁹⁸ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 72 (dipnot 84), 74 (dipnot 88, 89), 76 (dipnot 94); Öztürk (n 44) 212; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 118.

⁹⁹ Bohlander (n 53) 116; Kantar (n 37) 97; Tosun (n 3) I 646; Erem (n 15) 275; Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 726; Yenisey (n 3) 98; Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 128; Şahin ve Göktürk (n 3) I 77; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 3) 94; Ersoy (n 4) 62.

de olanak tanımıştır (CMK m 199)¹⁰⁰. Buna göre mahkeme sanığın hazır bulunması için gerekli işlemleri yapabileceği gibi kanunun izin verdiği hallerde sanığın yokluğunda da duruşma yapabilecektir¹⁰¹. Hatta sanığın tebligata rağmen mazeretsiz olarak gelmemesi sebebiyle sorgusunun yapılamamış olmasının, delillerin ortaya konulmasına engel olmayacağını düzenleyen CMK m 206/1, c-2 dahi bu anlamıyla mahkemenin sanığın yokluğunda duruşma yapmasını zorunlu kılmamaktadır. Zira bu maddede sanığın sorgusunun yapılamamış olmasının, delillerin ortaya konulmasına engel olmayacağı öngörülmüş, böylelikle kanun, sanığın usulüne uygun çağrıya rağmen duruşmaya gelmemesi halinde her durum ve koşulda delillerin ortaya konulmasını zorunlu kılmamış, aksine yalnızca sanığın hazır bulunmamasının tek başına delillerin ortaya konulmasına “engel teşkil edemeyeceğini” hükme bağlamıştır. Yoksa CMK m 193/1, c-2 ve m 199’un açık hükümleri gereği mahkemenin, sanığın zorla getirilmesine karar vererek delillerin ortaya konulması aşamasına geçmemesi de mümkündür¹⁰².

¹⁰⁰ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu (n 51) 487; Şahin ve Göktürk (n 3) 177; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 72; Öztürk (n 44) 210, 212; Donay (n 3) 354; Soyaslan (n 3) 411; Ünver ve Hakeri (n 1) 1443, III 1424; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 3) 94; Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 726-727, 731. Ancak Yenisey/Nuhoglu, sanık gelme de duruşma yapılabilecek halleri düzenleyen CMK m 195’in kapsamına giren hallerde zorla getirme kararı verilemeyeceği kanaatinde idirler bkz *Ibid* 727. Aynı yönde bkz Taner (n 11) 302; Ersoy (n 4) 62. Kanun, m 199’da “mahkeme, sanığın hazır bulunmasına ve zorla getirme kararı veya yakalama emriyle getirilmesine her zaman karar verebilir” hükmüne yer verdiğine ve esasen her sanık açısından çağrı kağıdının çıkarılması esas olduğuna göre (CMK m 176), sanığa çıkarılacak çağrı kağıdında belirli bir kaydın yer alması gerekliliğine dair bu hükümden yola çıkarak, bu hükmün kapsamına giren hallerde zorla getirme kararı verilemeyeceğini kabul etmek bizzat mümkün değildir. Anılan CMK m 195’de “Suç, yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmekte ise; sanık gelme bile duruşma yapılabilir” denildiği de nazara alındığında, mahkeme bu halde de isterse sanığın yokluğunda duruşma yapmayabilecektir. Nitekim maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından dosyanın durumuna göre sanığın dinlenmesi gerekebilir yahut böyle bir durum sonradan ortaya çıkabilir. Bu ihtimalde, eğer mahkemenin bu halde zorla getirme kararı veremeyeceği kabul edilirse, sanığın duruşmada nasıl hazir edileceği sorusu cevapsız kalmaktadır.

¹⁰¹ Sanığın yokluğu hallerinde mahkemenin duruşma yapıp yapmayacağı açısından bunun ihtiyari olması, elbette sanığın yokluğu hallerine ilişkin tüm kanuni koşulların gerçekleşmesi ihtimalinde anlam ifade edebilecektir, bkz Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 72; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 118. Söz gelimi duruşmanın düzen ve disiplini gereği sanığın duruşma salonundan çıkarılmasına karar verilebilmesi elbette mümkün değildir. Bir başka ifade ile eğer sanığın yokluğunda duruşma yapılmasına cevaz veren koşullardan biri gerçekleşmemişse, mahkeme duruşma yapmamaya mecburdur. Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 3) 94. Kanuni koşullar gerçekleşmemiş ise sanığın müdafisinin hazır bulunması ve duruşmanın sanığın yokluğunda yapılmasına cevaz vermesi de bu mecburiyeti ortadan kaldırmaz. Kantar (n 37) 96.

¹⁰² İtalyan CMK’sında da sanığın tebligata rağmen gelmemesinin meşru bir nedene dayandığının tespiti hali hariç, yoklukta duruşma yapılabileceği kabul edilmiş olmasına rağmen yine de mahkemeye, eğer delillerin durumuna göre sanığın hazır bulunması gerekli görülüyorsa, sanığın zorla getirilmesine karar verilebilmesine de imkan tanımıştır (İtCMK m 490) bkz Tonini (n 5) 631; Lattanzi e Lupo (n 53) VI 63; D’onofrio e Caltabiano (n 53) 145-146. Buna göre sanığın yokluğunda duruşma yapılması hukuken mümkün olsa bile hakim, sanığın duruşmada bulunması gerektiği kanısına varırsa, duruşmayı erteleme imkanı da haizdir. Conti (n 9) 92.

C. Yokluğunda Duruşma Yapılmasının Sanığın Kendi İradesinin Bir Sonucu Olması

Sanığın yokluğunda duruşma kural olarak sanığın iradesinin bir sonucu olarak husule gelir¹⁰³. Bu durum en bariz şekilde sanığın, duruşmadan başışık tutulmayı bizzat istemesi ihtimalinde karşımıza çıksa da aslında usulüne uygun davete rağmen duruşmaya gelmemesi yahut duruşmayı terk etmesi de sanığın duruşmanın yokluğunda yapılması konusundaki iradesini gösteren ihtimallerdir. Sanığın duruşmada hazır bulunması kuralı, yukarıda belirttiğimiz üzere pek çok farklı nedenin birleşmesi ile kabul edilmiş bir kuraldır ve bu, sanık açısından hem bir hakkı hem de bir yükümlülüğü ifade eder¹⁰⁴. Bunun savunma hakkının sağlanması yönü ağır bastığından, kanun, sanığın duruşmada hazır bulunmamasının, kural olarak kendi iradesine bağlı olmasını aramıştır¹⁰⁵.

Bu tespitlerin doğal sonucu, sanık hazır bulunmak istediğinde buna engel olunamamasıdır¹⁰⁶. Örneğin sanık, duruşmadan varestede tutulmayı istese ve mahkeme de bu yönde bir karar verse bile dilerse yine de duruşmaya katılabilir¹⁰⁷. Bununla birlikte maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve duruşmanın düzen ve disiplin içinde herhangi bir gecikmeye mahal vermeksizin yürütülmesi adına kanun, oldukça istisnai hallerde sanığın iradesi hilafına da duruşmanın onun yokluğunda yapılabileceğini kabul etmiştir¹⁰⁸. Gerçekten aşağıda belirteceğimiz “sanığın duruşmadan çıkarılması” ve “tutuklu sanığın duruşmaya getirilmemesi” hallerinde sanık, bu yönde bir iradesi olmaksızın ve hatta çoğunlukla iradesi hilafına duruşmaya katılamamakta ve bu yönüyle sanığın yokluğunda duruşma onun iradesine dayanmamaktadır. Sanığın duruşmada hazır bulunması temelde bir hak olduğundan, sanığın duruşmada hazır bulunmaması da kural olarak iradi olmalıdır¹⁰⁹. Bu yönüyle anılan bu durumlar,

¹⁰³ Kantar (n 37) 96. Sanığın duruşmada hazır bulunması adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Bu açıdan sanığın hazır bulunmaması kural olarak onun iradesine bağlı ise yani sanık kendi iradesi ile zimnen veya açık olarak duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etmişse ancak o durumda sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmelidir. Bkz Harris, O’Boyle, Bates and Buckley (n 7) 411; Reid (n 7) 212. İtalyan ceza muhakemesi sisteminde sanığın yokluğunda duruşma, esas itibarıyla sanığın açık ya da zimni iradesinin neticesi olarak söz konusu olabileceği bir durumdur. Hakkındaki yargılamadan haberdar olduğu anlaşılan sanık, buna rağmen duruşmaya katılmazsa, duruşma yokluğunda yapılabilecektir (İtCMK m 420bis) Siracusano, Tranchina e Zappalà (n 41) 185; Aprile e Silvestri (n 53) 163. Sanığın duruşma disiplini gibi nedenlerle iradesi hilafına duruşmadan çıkarılması ise oldukça istisnaidir. Bu yönüyle “kanun sanığın duruşmaya katılma hakkını titizlikle korumayı amaçlamaktadır. Bu nedenle sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi için hakim, sanığın duruşmaya katılmamasının kendi iradesinin bir sonucu olduğunu ve bunun kusursuz bir bilgisizlikten ileri gelmediğini tespit etmelidir” Tonini (n 5) 560.

¹⁰⁴ Yurtcan *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 3) 179; Centel ve Zafer (n 2) 4, 160-161, 183-184; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tüttüncü (n 5) 247; Ünver ve Hakeri (n 1) 1 443; Şahin ve Göktürk (n 3) 1 77; Şahin ve Göktürk (n 37) II 125-126; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 217; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 726; Karakehya *Duruşma* (n 15) 237.

¹⁰⁵ Yurtcan *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 3) 179. “Sanık bulunmasa da duruşma yapılabilmesi ancak sanığın bu hakkını kullanmak istememesi durumunda söz konusu olabilir. O halde, sanık duruşmada hazır bulunmak istemez, bu hakkını kullanmaktan vaz geçerse bunun adil yargılanma hakkına aykırı olmadığı söylenmelidir” Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 78. Ayrıca bkz ve krş Taner (n 11) 308.

¹⁰⁶ Kantar (n 37) 97; Erem (n 15) 276; Şahin ve Göktürk (n 37) II 126.

¹⁰⁷ Erem (n 15) 276; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu (n 51) 489; Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 130; Taşdemir ve Özkepir (n 40) 818.

¹⁰⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 78, 119.

¹⁰⁹ *Ibid* 119.

belirttiğimiz ilkenin istisnalarını teşkil etmekte olup ancak zorunlu hallerde ve amaçla orantılı olarak bu istisnai hükümlere başvurulabileceği kabul edilmelidir.

D. Sorgusu Yapılmamış Sanığın Yokluğunda Hüküm Kurulamaması

Kanun sanığın yokluğunda duruşma yapılmasını istisnai hallerde kabul etmiş ise de bu hallerde de sorgusu yapılmamış olan sanık hakkında hüküm kurulamamasını esas almıştır¹¹⁰. Sanık hakkında hüküm kurulabilmesi için en azından sorgusunun yapılması, böylelikle sanığa hakkındaki isnatlar bildirilerek savunmasının sorulması zorunludur. Böylelikle sanık, ilk celseye gelmese bile savunmasını sunabilmek için bir sonraki celsede hazır bulunabilme fırsatına sahip olmalıdır¹¹¹.

Bu kuralın tatbikinin sağlanabilmesi açısından kanun bazı hükümlerinde sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesini, onun sorgusunun yapılmış olması şartına bağlamıştır¹¹² (Örneğin CMK m 196/1). Bazı hallerde ise kanun, yokluğunda duruşma yapılması açısından sanığın sorgusunun yapılmasını aramamış ise de davanın yokluğunda bitirilebilmesi için bunu şart kabul etmiştir. (Örneğin CMK m 194/2)¹¹³.

Kural bu olmakla birlikte kanun bazı çok istisnai hallerde sanık duruşmada hiç hazır bulunmasa ve haliyle sorgusu yapılamamış olsa bile gıyabında hüküm kurulmasına olanak tanımıştır. Bu haller ise belirttiğimiz ilkenin bir sonucu olarak, ilk etapta yalnızca sanık hakkında mahkumiyet dışında bir hüküm verilmesini gerektiren (CMK m 193/2) ve eğer mahkumiyet hükmü verilecekse de bunun hürriyeti bağlayıcı bir yaptırımını ihtiva etmediği hallerle (CMK m 195) sınırlı tutulmuştur¹¹⁴. Ancak bilahare kabul dilen *basit yargılama usulü* ile bu ilkeye çok daha ciddi bir istisna getirilmiştir¹¹⁵. Gerçekten, mahkemece eğer basit yargılama usulüne göre karar verilmiş ve fakat bu karara itiraz edilmiş ise genel hükümlere göre duruşma açılarak davaya devam olunacak ancak bu halde sanık gelmese ve sorgusu hiç yapılamasa da yokluğunda yargılama yapılarak hüküm kurulabilecektir (CMK m 252).

¹¹⁰ Schroeder ve Verrel (n 6) 174; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1423; Ersoy (n 4) 59-60. Yargıtay 2 CD, 1992/5130, 25.4.2018: “Fiilin suç oluşturmaması nedeniyle derhal beraat kararı verilmesi dışında, delillerin değerlendirilmesi gereken durumlarda sanığın sorgusu yapıp savunması saptanmadan karar verilemeyeceği gözetilmeden, 5271 sayılı CMK’nın 193 üncü maddesinin 2 nci fıkrasındaki koşullar bulunmadığı halde aynı maddenin 1 inci fıkrası hükmüne aykırı olarak sanığın sorgusu yapılmadan delil değerlendirmesi yapılarak yazılı şekilde karar verilmesi”, www.corpus.com.tr, erişim tarihi 4.10.2019.

¹¹¹ Reid (n 7) 212.

¹¹² Şahin ve Göktürk (n 37) II 126; Centel ve Zafer (n 2) 735-737.

¹¹³ Bkz Şahin ve Göktürk (n 3) I 77-78; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 727; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 119; Özbek ve Doğan (n 3) 795; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 73.

¹¹⁴ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 75; Ersoy (n 4) 60.

¹¹⁵ Ersoy (n 4) 60.

E. Sanık Hazır Bulunmasa da Müdafisinin Hazır Bulunabilmesi

Kanun istisnai olarak sanık duruşmada hazır bulunmasa da duruşmanın yapılabileceğini öngörmüş ancak bu hallerde de sanığın müdafinin duruşmada hazır bulunabilmesini kabul etmiştir¹¹⁶. Bu, müdafinin sanıktan ayrı bir savunma süjesi olmasının doğal sonucudur¹¹⁷. Nitekim CMK m 197'ye göre “*sanık hazır bulunmasa da müdafii bütün oturumlarda hazır bulunmak yetkisine sahiptir*”¹¹⁸. Buna göre sanık duruşmaya hiç katılmasa veya duruşmayı terk etse bile müdafii gönderebilecek, müdafii, sanık hazır bulunmasa bile bütün oturumlarda hazır bulunabilecektir¹¹⁹. Bu nedenle sanığın duruşmada hazır bulunmaması gerekçesi ile müdafii duruşmada hazır bulunmasına engel olunabilmesi mümkün değildir¹²⁰. Burada hazır bulunma elbette müdafii¹²¹ tanınan tüm hakların kullanılması imkânı vermektedir¹²².

¹¹⁶ Nur Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii* (Kazancı 1984) 130; Bohlander (n 53) 116 (dipnot 75); Yurtcan *CMK Şerhi* (n 3) 866; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 725-726; Yenisey (n 3) 111; Soyaslan (n 3) 412; Donay (n 3) 354; Ünver ve Hakeri (n 1) I 443, 475, III 1426; Özbek ve Doğan (n 3) 798; Taner (n 11) 346.

¹¹⁷ Bkz Zafer (n 5) 513; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1426; Taner (n 11) 346. AICMK’ında da “*Duruşma sanık hazır olmaksızın yapılabiliyorsa, sanık kendisini yazılı vekaletnameyi haiz bir müdafii ile temsil ettirmeye yetkilidir*” (para 234, Yenisey ve Oktar (n 1) 315-316.) hükmüne yer verilmiştir.

¹¹⁸ Kural olarak sanık hazır bulunmasa da duruşma yapılmasını kabul eden İtalyan ceza muhakemesi sisteminde bu halde sanığın müdafisi tarafından temsil edileceği açık bir şekilde hükme bağlanmıştır (İtCMK m 420bis/3). Aynı durum duruşmayı bilhale terk eden veya mahkemece duruşmalardan çıkarılan sanık için de caridir ve bunlar için de açık hükümler vazedilmiştir (İtCMK m 420bis/3, İtCMK m 475/2). Hemen belirtmemiz gerekir ki sanığın hazır bulunmadığı duruşmalar açısından eğer müdafii de bulunmuyorsa mahkemece sanığa bir müdafii tayin edilmektedir (İtCMK m 420/3, İtCMK m 484/2) bkz Tonini (n 5) 630; Siracusano, Tranchina e Zappalà (n 41) 184-185; Conti (n 9) 117-118.

¹¹⁹ Kantar (n 37) 97; Erem (n 15) 276; Gökcen, Balcı, Aļşahin ve Çakır (n 3) 102, 236, 564; Centel ve Zafer (n 2) 736; Centel *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii* (n 117) 132; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 82; Öztürk (n 44) 210, 213, 221; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 725-726; Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 130; Donay (n 3) 354; Ünver ve Hakeri (n 1) I 443, III 1426.

¹²⁰ Bkz Ünver ve Hakeri (n 1) I 443, 475, III, 1426; Özbek ve Doğan (n 3) 798; Taner (n 11) 346; Taşdemir ve Özkepir (n 40) 815. Ancak bu kuralın uygulamada yerleşmesi kolay olmamıştır. Esasen Eski CMUK m 227, mehz Alman CMK’sına paralel şekilde aslında müdafii, sanık hazır bulunmaksızın gerçekleştirilen usul işlemlerinde de hazır bulunabileceğini öngörmesine rağmen madde uygulamada her nasılsa bu şekilde yorumlanmamış ve sanık hazır bulunmuyorsa müdafii de duruşmada hazır bulunmasına imkan tanınmamıştır. Hatta Anayasa Mahkemesi de 12 Haziran 1969 tarih ve 68/52 E, 69/35 K sayılı kararında sanığın duruşmadan savuşması halinde duruşmalara müdafii gönderme yetkisinin olamayacağına karar vermiştir. Bunun üzerine 1973 yılında maddede değişiklik yapılarak duruma açıklık getirilmek zorunda kalmıştır. Bkz Centel *Ceza Muhakemesinde Müdafii* (n 117) 131. Ancak CMK m 197’nin gerekçesinde bu değişiklikle “*...uygulamanın tam olarak sona ermediği görüldüğünden bu defa daha net ve açık bir şekilde, bu madde getirilmiştir*” denilmek zorunda kalmıştır. Bkz Taşdemir ve Özkepir (n 40) 824. Ayrıca bkz Ünver ve Hakeri (n 1) III 1426-1427.

¹²¹ “Kanımızca sanığın hazır bulunmadığı hallerde veya bireysel savunma hakkının kullanmadığı hallerde, sanık bireysel savunma hakkından vazgeçmiş, müdafii sanığın yanında müvekkili sanığı savunma hakkını kullanmıştır. Sanığın bulunmaması halinde müdafii muhakeme işlemlerinde hazır bulunması veya muhakeme işlemlerini yapması teknik anlamda bir temsil değildir” Zafer (n 5) 514.

¹²² Ünver ve Hakeri (n 1) III 1427.

Buna göre örneğin sanık hazır bulunmasa da müdafii, duruşmada dinlenen sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilecek¹²³ (CMK m 201/1), delillerin ortaya konulmasını isteyebilecek (CMK m 177, 207), tanığın dinlenmesinden veya başka herhangi bir delilin ortaya konulmasından vazgeçilmesine muvafakat edebilecek (CMK m 206/3), dinlenen veya okunan belgelere karşı beyan ve itirazda bulunabilecek (CMK m 215), görev ve yetki itirazını ileri sürebilecek (CMK m 3, 18), esas hakkında savunmada bulunabilecek (CMK m 216) ve hakimnin reddini talep edebilecektir (CMK m 24/2)¹²⁴.

III. Sanığın Yokluğunda Duruşma Yapılabilecek Haller

A. Sanığın Usulüne Uygun Olarak Davet Edilmesine Rağmen Duruşmaya Mazeretsiz Olarak Gelmemesi

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, hakkında suç isnadında bulunulan kimsenin bu isnattan haberdar edilmesi ve kendisine savunma ile ilgili gerekli kolaylıkların ve yeterli zamanın sağlanması adil bir yargılama açısından *sine qua non* bir koşuldur¹²⁵. Nitekim kanun da bu esastan hareket ederek iddianameyi kabul eden mahkemeyi, hakkındaki isnatlardan sanığı haberdar etmek ve savunması için gerekli kolaylıkları sağlamakla yükümlü tutmuştur. Buna göre mahkeme, iddianamenin kabulünden sonra duruşma gününü belirleyecek ve duruşmada hazır bulunması gereken kişileri ve bu kapsamda sanığı çağıracaktır (CMK m 175). Yine bu çerçevede sanığın hakkındaki isnatları öğrenebilmesi için kabul edilen iddianameyi çağrı kağıdı ile birlikte sanığa tebliğ edecektir (CMK m 176/2-3)¹²⁶.

Mahkeme sanığı yukarıda belirttiğimiz hükümlere ve tebligat usulüne uygun olarak çağırmasına rağmen sanık duruşmaya gelmeyebilir ve yalnızca bu durum, duruşmanın yapılmasına engel olarak kabul edilmemiştir¹²⁷. Gerçekten kanun, sanığın duruşmada hazır bulunması kuralından evvele mirde, sanığın usulüne uygun olarak

¹²³ Yenisey (n 3) 111.

¹²⁴ Sanığın duruşmada hazır bulunmamasına rağmen müdafii hazır bulunması, AİHS m 6' da güvence altına alınan "müdafii yardımından yararlanma hakkının" bir gereğidir. Zira sanığın hazır bulunmaması, bu hakkını kullanması açısından bir engel olarak değerlendirilemez. Müdafii hukuki yardımından yararlanma hakkı için bkz Fanego (n 10) 272 vd.

¹²⁵ Bkz Tonini (n 5) 560; Conti (n 9) 15-16; Elberling (n 9) 43; Harris, O'Boyle, Bates and Buckley (n 7) 410-411; *Colozza v Italy* App no 9024/80 (ECHR 12 Feb 1987), *Brozicek v Italy* App no 10964/84 (ECHR 19 Dec 1989), *FCB v Italy* App no 12151/86 (ECHR 28 Aug 1991) bkz İnceoğlu (n 7) 263, Doğru (n 11) I 834, III 186. Ayrıca bkz Cumhuriyet Şahin, 'Sanığın Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı (İHAS 6/3-b)' [2004] 8(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 259 vd; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 61-62; Ünver ve Hakeri (n 1) I 45 vd; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 122 vd; Zafer (n 5) 515.

¹²⁶ Mahkemenin duruşmaya öncel işlemleri için bkz Yurtcan *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 3) 461 vd; Yurtcan *CMK Şerhi* (n 3) 823 vd; Şahin ve Göktürk (n 37) II 103 vd; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 695 vd; Yenisey (n 3) 17; Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 280 vd; Centel ve Zafer (n 2) 701-703; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 624 - 626; Donay (n 3) 334 vd; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 569-570; Ünver ve Hakeri (n 1) II 1385 vd; Özen (n 3) 960 vd; Karakehya *Ceza Muhakemesi Hukuku* (n 13) 485 vd; Aruç ve Elmas (n 3) 54 vd.

¹²⁷ Şahin ve Göktürk (n 37) II 125-126; Centel ve Zafer (n 2) 732; Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 131; Soyaslan (n 3) 418; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1429. Krş Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 741; Aruç ve Elmas (n 3) 145.

davet edilmesine rağmen hazır bulunmamasının, delillerin ortaya konulmasına engel olmayacağını belirterek ayrılmıştır. Nitekim CMK m 206/1, c-2'ye göre “*sanığın tebligata rağmen mazeretsiz olarak gelmemesi sebebiyle sorgusunun yapılamamış olması, delillerin ortaya konulmasına engel olmaz. Ortaya konulan deliller, sonradan gelen sanığa bildirilir*”. Buna göre usulüne uygun olarak çağrılıp da herhangi bir mazeret göstermeksizin hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma açılabilir ve sorgusu yapılamamış bile olsa yokluğunda delillerin ortaya konulması işlemi icra edilebilecektir¹²⁸.

Sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi ve delillerin ortaya konulabilmesi için sanığa tebligat yapılmış olması gerekmektedir. Kanunda “*tebligata rağmen...*” şeklinde genel ve kapsayıcı bir ifade kullanılmış ise de bunun CMK m 176'da düzenlenen iddianame ve çağrı kağıdının tebliği olduğu konusunda bir tereddüt yoktur. Bu tebliğin içeriksel olarak CMK'ya uygunluğu kadar şekli olarak ilgili mevzuata uygunluğunun aranacağı da tabidir. Eğer iddianame veya çağrı kağıdından biri yahut her ikisi sanığa tebliğe çıkarılmamış yahut tebligat işlemi ilgili mevzuata uygun şekilde yapılmamış ise sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacak ve CMK m 206'ya göre delillerin ortaya konulması işlemi icra edilemeyecektir¹²⁹. Evrakın tebliğe geç çıkarılması, duruşma gününün çok erken bir tarihe verilmesi yahut tebliğ işleminin geç yapılması gibi nedenlerle çağrı kağıdının tebliğiyle duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunması temin edilememiş ise yine delillerin ortaya konulması işlemi icra edilemeyecektir¹³⁰. Bu nedenle mahkemenin delillerin ortaya konulması noktasında tebligatın hukuka uygun suretle yapılıp yapılmadığı ve çağrı kağıdının tebliği ile duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunup bulunmadığını kontrol etmesi gerekmektedir.

İkinci olarak sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi için sanığın tebligata rağmen gelmemesinin *mazeretsiz olması* da gerekmektedir. Bu anlamıyla mazeret, sanığın duruşmada hazır bulunmasını olanaksız veya çok güç kılan fiili ya da hukuki sebeplerin tümünü ifade eden genel bir kavramdır¹³¹. Sanığın kendisinin ya

¹²⁸ Centel ve Zafer (n 2) 732; Şahin ve Göktürk (n 37) II 132; Gökce, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 3) 565.

¹²⁹ Sanığın usulüne uygun olarak yapılan davetiyeye rağmen duruşmaya katılmaması duruşmada hazır bulunma hakkı açısından *feragat* olarak kabul edilecektir. Ancak bunun için söz konusu bu feragatin, hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Sanığın hakkında yapılan yargılamadan hiç haberdar edilmediği bir halde, duruşmada hazır bulunma hakkından feragat ettiğinden de söz edilemeyecektir. Bkz *Colozza v Italy* App no 9024/80 (ECHR 12 Feb 1987) para 28, *Brozicek v Italy* App no 10964/84 (ECHR 19 Dec 1989) para 45 bkz Conti (n 9) 24-25.

¹³⁰ Bu süre asgari standardı ifade etmekte olup duruma göre daha uzun bir süre de aranabilir. Burada önemli olan belirlenen sürenin savunma hakkının kullanılabilmesi açısından somut olayın koşullarına göre yeterli olmasıdır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz Şahin (n 126) 263 vd.

¹³¹ İtalyan CMK'sında sanığın kaza, mücbir sebep veya diğer meşru engeller nedeniyle duruşmaya gelmesinin mutlak olanaksız olması halinde mahkemenin duruşmayı erteleyeceği hükme bağlanmıştır (İtCMK m 420bis/4, İtCMK m 420ter/1-2). Bu konuda bkz Tonini (n 5) 630-631. Doktrinde mutlak imkansızlık ifadesiyle ise “olağandışı bir çaba gösterilmeksizin aşılması mümkün olmayan engellerin varlığının” kastedildiği kabul edilmektedir. Bu anlamıyla örneğin sadece sanığın hastane raporuyla hastalığının belgelenmesi yeterli kabul edilmemiş mahkeme başkanı veya hakim tarafından bu hastalığın, duruşmaya katılmayı çok güç veya imkansız hale getirip getirmedığının tetkik edilmesi gerektiği belirtilmiştir bkz Lattanzi e Lupo (n 53) IV 510-511, 518-521.

da bakımına muhtaç bir yakınının duruşmaya gelmeyi engelleyecek derecede hasta olması, zorunlu bir nedenle yurt dışında bulunması, öğrenci olan sanığın o gün telafisi olmayan bir imtihanının olması, başkasının ikame edilemeyeceği ve bizzat ifası zorunlu bir kamu görevinin söz konusu olması, bulunduğu yerdeki ulaşım koşullarının duruşma günü gelmesini olanaksız kılması, salgın hastalık sebebiyle karantina tedbiri uygulanması yahut ulaşımın kısıtlanması veya askerlik hizmetini ifa etmekte olması gibi nedenlerle duruşmaya gelememesi¹³² ve bunu uygun şekilde belgelendirerek mahkemeye bildirmesi yahut mahkemenin bu durumu re'sen tespit etmesi durumunda duruşma yapılamayacak¹³³ ve haliyle CMK m 206'ya göre delillerin ortaya konulması işlemi de icra edilemeyecektir. Mazeretin varlığı, ancak mazeretten yahut mazur görülebilecek başkaca sebeplerden kaynaklanan nedenlerle bunun mahkemeye duruşmadan önce bildirilememesi halinde ise sanık, yokluğunda yapılan işlemler için CMK m 198'e göre eski hale iade isteyebilecektir.

Sanığın mazeretsiz olarak duruşmaya gelmemesi durumunda kanun “delillerin ortaya konulabileceğini” kabul etmiş olduğundan Mahkeme CMK m 206 vd hükümlerine göre delillerin ortaya konulmasına geçebilecek, bu çerçevede delil olarak kullanılabilir belge ve yazıları okuyabilecek, tanık dinleyebilecek, keşif ve muayene yapabilecektir. Bu hususu, aşağıda sanığın yokluğu hallerinde duruşmanın yürütülmesi bahsinde detaylı olarak ele alacağız.

B.Sanığın Duruşmayı Terk Etmesi

Sanık duruşmaya katılmayabileceği gibi duruşmaya katıldıktan sonra ancak henüz duruşma sona ermeden evvel duruşma salonunu terk etmiş de olabilir. Her ne kadar kanun, “mahkemeye gelen sanığın duruşmanın devamı süresince hazır bulunması sağlanır ve savuşmasının önüne geçmek için mahkeme gereken tedbirleri alır” (CMK m 194/1) hükmüne yer vermiş olsa da bu tedbirler gereği gibi alınmamış veya sanık bu tedbirlere rağmen yine de duruşma salonunu terk etmiş olabilir. Buna ilaveten sanık duruşmanın birden fazla oturumundan birine ya da bir kaçına katıldıktan sonra mahkemece duruşmadan başışık tutulması yönünde bir karar bulunmamasına rağmen takip eden celselere gelmeyebilir. Her iki durumda da esasen sanık artık duruşmaya ya da en azından belirli bir celseye katılmama yönünde irade gösterdiğinden, bunların *sanığın duruşmayı terk etmesi* başlığı altında toplanması mümkündür¹³⁴. Esasen kanun bu ihtimalde de mahkemeye, zorla getirme kararı veya yakalama emriyle

¹³² Bkz Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 73-74 (dipnot 87).

¹³³ Toroslu ve Fezyioğlu (n 3) 128; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 73-74 (dipnot 87); Taner (n 11) 304.

¹³⁴ Öztürk, bunu “sanığın mahkemeden uzaklaşması” olarak isimlendirmektedir. Bkz Öztürk (n 44) 208-209. Aynı ibare için bkz Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 73; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1431; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 119; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 3) 94.

sanığın hazır bulundurulmasını temin etme (CMK m 199) yetkisi vermiştir¹³⁵. Ancak yine kanun, böyle bir ihtimalde duruşmanın yapılabilmesi açısından mahkemenin sanığı hazır etmek zorunda kalmaması esasını kabul etmiş ve “*sanık savuşur veya ara vermeyi izleyen oturuma gelmezse, önceden sorguya çekilmiş ve artık hazır bulunmasına mahkemece gerek görülmezse, dava yokluğunda bitirilebilir*” (CMK m 194/2) hükmüne yer vermiştir¹³⁶. Buna göre sorgusu yapılmış ve sanık bundan sonra duruşmayı terk etmiş ise mahkemece sanığın artık hazır bulunmasına gerek olup olmadığı değerlendirilecek ve eğer hazır bulunmasına artık gerek olmadığı kanaatine varılırsa duruşma yokluğunda yapılarak bitirilebilecektir¹³⁷.

Bu hükmün uygulanabilmesi için evvela sanığın duruşmayı *terk etmesi* gereklidir¹³⁸. Bunun için de sanığın duruşmadan savuşması veya takip eden celselere gelmemesi ve bu durumun tamamen iradi olması yani meşru bir mazeretten kaynaklanmış olmaması şarttır¹³⁹. Sanık elinde olmayan nedenlerle duruşmadan ayrılmak zorunda kalmış veya takip eden celseye gelememişse, örneğin geçirdiği ağır hastalık, doğal afet veya başka bir suçtan tutuklanması gibi haller bu duruma sebebiyet vermişse, bu halde sanığın duruşmayı terk etmesinden söz edilemeyecektir. Bu gibi hallerin tespiti halinde mahkeme duruşmayı erteleyecek, sanığın yokluğunda duruşma yapamayacaktır¹⁴⁰.

İkinci olarak *mahkemenin artık sanığın hazır bulunmasına gerek görmemesi* de gerekmektedir¹⁴¹. Eğer mahkeme dosyanın durumuna göre sanığın gelecek celse hazır bulunmasını gerekli görürse sanığa yeniden çağrı yapabilecek yahut sanık hakkında zorla getirme veya yakalama kararı verebilecektir. Bununla birlikte eğer

¹³⁵ Centel ve Zafer (n 2) 735; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 72; Soyaslan (n 3) 411; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 119.

¹³⁶ Aynı hüküm Alman CMK’sında da bulunmaktadır. Nitekim, AİCMK para 231’e göre sanık duruşma salonundan uzaklaşamayacak ve mahkeme de sanığın uzaklaşmasını engelleyecek gerekli tedbirleri alacaktır. Ancak “*sanık, buna rağmen duruşmadan uzaklaşır veya tehirden sonra duruşmada hazır bulunmazsa, duruşma sanık hazır olmaksızın sona erdirilebilir; bunun için sanığın daha önce iddia hakkında dinlenmiş olması ve mahkemenin, sanığın bundan sonra hazır bulunmasını gerekli görmemesi lazımdır*” Yenisey ve Oktar (n 1), 309-310. Buna göre mahkeme, sorgusu yapılan sanığın bundan sonra hazır bulunmasını gerekli görmezse duruşma yokluğunda yapılarak hüküm verilebilecektir. Bkz Schroeder ve Verrel (n 6) 177; Bohlander (n 53) 116. İtalyan CMK’sı m 420bis/3’de de benzeri bir hükme yer verilmiştir: “*(...)duruşmaya katıldıktan sonra duruşma salonundan ayrılan yahut takip eden duruşmada bulunmayan sanıklar da müdafilerince temsil olunurlar*”. Bu durumda, kural olarak mahkeme sanığın duruşmaya katıldığını varsayarak müdafinin huzurunda yargılamayı yapıp hüküm de verebilecektir bkz Siracusano, Tranchina e Zappalà (n 41) 185. Ancak mahkeme başkanınca, delillerin durumuna göre gerekmesi halinde sanığın zorla getirilmesine karar verilebilmesi de mümkündür (İtCMK m 490). Bkz Tonini (n 5) 561; Lattanzi e Lupo (n 53) VI 63-64. Örneğin sanığın keşif veya bilirkişi incelemesi için hazır bulunması mahkemece gerekli görülebilir. Aprile e Silvestri (n 53) 170.

¹³⁷ Yurtcan *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 3) 178; Yurtcan *CMK Şerhi* (n 3) 858; Şahin ve Göktürk (n 3) I 77-78; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 727; Yenisey (n 3) 99; Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 129; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 3) 95; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 119; Özbek ve Doğan (n 3) 795; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 73; Soyaslan (n 3) 412; Karakehya *Duruşma* (n 15) 241.

¹³⁸ Bohlander (n 53) 116.

¹³⁹ Schroeder ve Verrel (n 6) 177.

¹⁴⁰ Öztürk (n 44) 210; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 73-74 (dipnot 87).

¹⁴¹ Bohlander (n 53) 116; Yenisey (n 3) 99; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 3) 94-95; Karakehya *Ceza Muhakemesi Hukuku* (n 13) 526; Karakehya *Duruşma* (n 15) 241.

hazır bulunan sanık, henüz sorgusu yapılmadan evvel duruşmayı terk etmiş ise mantık gereği sorgusunun yapılabilmesi açısından hazır bulundurulması zorunlu olsa da bu ihtimalde de oturumun kalanı yokluğunda yapılabilecek, sanığın yokluğunda deliller ortaya konulabilecektir (CMK m 206/1)¹⁴². Ancak bu halde, -CMK m 193/2 kapsamına giren haller hariç- CMK m 194/2'ye göre duruşmaya devamla sanığın yokluğunda hüküm kurulabilmesi mümkün değildir.

Eğer bu koşullar gerçekleşmişse Mahkeme duruşmayı yokluğunda bitirebilecek ve delillerin tartışılması veya hükmün açıklanması açısından daha önceden sorgusu yapılmış olan sanığın hazır bulunmasını aramayacaktır¹⁴³. Bu yönüyle sanığın duruşmayı terk etmesi, hem duruşmanın yapılmasına hem de sanığın daha önceden sorgusunun yapılmış olması kaydıyla davanın bitirilebilmesine cevaz veren bir sanığın yokluğu halidir¹⁴⁴.

C. Sanığın Duruşmadan Vareste Tutulması

1. Sanığın İstemi Üzerine Duruşmadan Vareste Tutulması

Sanık duruşmaya katılmasına rağmen sorgusu sonrasında duruşmadan ayrılmak için haklı bir nedene sahip olabilir. Bu durumda sanık yapılmakta olan duruşmadan ayrılması ve takip edecek celseler açısından da duruşmaya katılmamasına izin verilmesini mahkemeden isteyebilecektir¹⁴⁵. Nitekim CMK m 196/1'e göre

¹⁴² Esasen kanun, sanığın ve müdafinin hazır bulunup bulunmadığı, çağrılmış tanık ve bilirkişilerin gelip gelmedikleri saptanarak duruşmaya başlanacağını (CMK m 191) kabul etmiştir bkz Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 628; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 732; Centel ve Zafer (n 2) 739; Şahin ve Göktürk (n 37) II 130; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 571; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1442. Sanık eğer bu aşamada duruşma salonunda yer almakta ise duruşmaya katıldığı kabul edilecek olup artık bir önceki başlıkta ele aldığımız "sanığın duruşmaya katılmaması" ihtimalinden bahsedilemeyecektir. Ancak sanık bu aşamada duruşmaya katılmış ve fakat henüz sorgusu yapılmadan evvel duruşma salonundan ayrılmış olabilir. Her ne kadar sanığın duruşmayı terk etmesini düzenleyen CMK m 194/2 "sanığın sorgusunun yapılmış olmasını" özellikle zikretmiş ise de bu ifade, sanığın yokluğunda davanın bitirilmesi açısından bir koşulu nitelemekte olup sanığın hiç sorgusu yapılmamış bile olsa duruşmanın yokluğunda yapılmasına ve örneğin delillerin ortaya konulmasına bir engel yoktur. Esasen sanığın duruşmaya hiç gelmemesi ihtimalinde dahi delillerin ortaya konulmasına cevaz veren kanunun (CMK m 206/1, cümle 2) sanığın katıldığı duruşmayı henüz sorgusu yapılmadan evvel terk etmesi halinde farklı bir sonuca varması elbette mümkün değildir. Sanığın hazır bulunmamasının delillerin ortaya konulmasına engel olmayacağını kabul eden CMK m 206, esasen sanığın duruşmaya katıldığı ancak mazeretsiz olarak duruşmayı terk ettiği haller için de uygulanabilecek mahiyette olup bu nedenle sanık duruşmayı terk etmiş ise hakkında duruşmanın yapılması ve bu çerçevede delillerin ortaya konulması mümkündür, ancak sorgusu yapılmamışsa duruşmada hazır bulundurulması sağlanacak (Şahin ve Göktürk [n 3] I 77), yokluğunda hakkında kural olarak hüküm kurulamayacaktır.

¹⁴³ Erem (n 15) 275-276; Yurtecan *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 3) 178; Yurtecan *CMK Şerhi* (n 3) 858; Öztürk (n 44) 209; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 73; Centel ve Zafer (n 2) 736; Soyaslan (n 3) 412; Şahin ve Göktürk (n 3) I 77-78; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakar (n 3) 94; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 119; Karakehya *Ceza Muhakemesi Hukuku* (n 13) 526; Karakehya *Duruşma* (n 15) 241.

¹⁴⁴ Belirtelim ki duruşmaya gelen sanığın savunması veya ara vermeyi izleyen oturuma gelmemesi halinde, önceden sorguya çekilmiş olması şartıyla, artık hazır bulunmasına mahkemece gerek görülmezse davanın yokluğunda bitirilebileceğine dair CMK m 194/2 hükmü, CMK m 226'nın kapsamına giren hallerde, bu hükümdeki ek savunma koşulu yerine getirilmedikçe tatbik edilemeyecektir. Nitekim bu yönde bkz Öztürk (n 44) 210.

¹⁴⁵ Erem (n 15) 277; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu (n 51) 488; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 728; Yenisey (n 3) 100; Yurtecan *CMK Şerhi* (n 3) 858; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 75; Öztürk (n 44) 215; Soyaslan (n 3) 412; Donay (n 3) 353; Centel ve Zafer (n 2) 735; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1432; Şahin ve Göktürk (n 3) I 78; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakar (n 3) 95; Karakehya *Ceza Muhakemesi Hukuku* (n 13) 524; Karakehya *Duruşma* (n 15) 239.

“mahkemece sorgusu yapılmış olan sanık veya bu hususta sanık tarafından yetkili kılındığı hallerde müdafii isterse, mahkeme sanığı duruşmada hazır bulunmaktan bağışık tutulabilir”. Buna göre sanık veya müdafii isterse mahkeme, sanığın duruşmalardan bağışık tutulmasına karar verebilecektir. Kanuni düzenlemeye göre sanığın duruşmadan bağışık tutulmasının iki temel koşulu bulunmaktadır¹⁴⁶:

Bunlardan ilki *sanığın sorgusunun yapılmış olmasıdır*¹⁴⁷. Bu koşulun doğal sonucu olarak sanığın duruşmaya hiç katılmadığı yahut henüz sorgusu yapılmadan duruşmayı terk ettiği hallerde duruşmalardan bağışık tutulması olanaklı değildir. Bu nedenle sanık hakkında duruşmadan bağışık tutulma noktasında bir karar verilebilmesi için sanığın duruşmaya katılması ve sorgusunun yapılmış olması şarttır¹⁴⁸. Ancak sorgusunun yapılması koşulunun gerçekleşmesi açısından, sanığın istinabe yoluyla sorgusunun yapılması da aynı sonucu doğuracağından, buradaki duruşmaya katılmayı dar anlamda değil geniş anlamda anlamak gerekmektedir. Buna göre sanık, CMK m 196/2’ye göre istinabe yoluyla yahut CMK m 196/5’e göre yurt dışında bulunması nedeniyle belirlenen duruşma tarihinden önce veya uluslararası istinabe yoluyla sorguya çekilmiş ise mahkemece istem üzerine henüz duruşma hazırlığı devresinde de sanığın duruşmadan bağışık tutulmasına karar verilmesi mümkündür¹⁴⁹. Buna karşılık sanık istinabe yoluyla dahi olsa hiç dinlenmemiş ise duruşmadan bağışık tutulabilmesi mümkün değildir. Bu açıdan sanığın soruşturma aşamasında ifadesinin alınmasının veya sulh ceza hakimince sorgusunun yapılmasının yahut herhangi bir nedenle duruşmaya katılma olanağının bulunmamasının da bir önemi yoktur: Kanun, oldukça açık bir biçimde sanığın duruşmadan vareste tutulabilmesi için sorgusunun yapılmış olmasını şart kabul etmiştir.

Duruşmadan bağışık tutulma kararının verilebilmesi için ikinci koşul *sanığın veya bu hususta sanık tarafından yetkili kılındığı hallerde müdafinin talepte*

¹⁴⁶ Doktrinde sanığın duruşmadan bağışık tutulabilmesi için “kovuşturmaya konu suçun cezasının alt sınırının beş yıl veya daha fazla olmamasının” da gerektiği ileri sürülmüştür (bkz Özen [n 3] 110). Oysa, sorgusu yapılmış bulunan sanığın duruşmadan vareste tutulmasını düzenleyen CMK m 196/1’de bu şekilde bir koşula yer verilmiş değildir. Buna dair bir koşula hükmün ikinci fıkrasında yer verilmiş olup bu fıkra ise vareste tutulma ile ilgili olmayıp “*sanığın sorgusunun istinabe yoluyla yapılmasına*” dairdir. Kanun koyucu bu fıkra, anılan bu koşula yer vererek, mahkemenin, en azından belirli bir ağırlıktaki cezayı gerektiren suçlara dair kovuşturmalarda hiç yüzünü görmediği bir sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurmasını istememiş ve sorgusunun istinabe yoluyla yapılmasına izin vermemiştir. Oysa sanığın vareste tutulması için sorgusunun yapılmış olması şarttır. Dolayısıyla kovuşturmaya konu suçun cezasının alt sınırının beş yıl veya daha fazla olması halinde, mahkeme sanığın sorgusunu bizzat yapmak durumunda olacağından, bilahare bu sanık hakkında istemi üzerine vareste tutulma kararı verilmesine bir engel yoktur. Haliyle, sanık hakkında vareste tutulma kararı verilebilmesi için “kovuşturmaya konu suçun cezasının alt sınırının beş yıl veya daha fazla olmaması” gibi bir koşul söz konusu değildir (aynı mahiyette bkz Karakehya *Duruşma* [n 15] 239) Buna karşılık mesela AICMK’ında sanığın duruşmadan bağışık tutulmasına karar verilebilmesi için hükmedilecek cezanın “*tek başına veya diğerleri ile birlikte sadece altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya 180 güne kadar para cezası, ceza saklı tutularak yapılan ihtar, araç kullanma yasağı, mülkiyetin devlete geçirilmesi, misadere, imha veya kullanılmaz hale getirme*” olması gerekmektedir. Yenisey ve Oktar (n 1) 314. Sanığın yokluğunda daha ağır bir cezaya veya güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi mümkün değildir. Bu hallerde sanık, naip veya istinabe olunan hakim tarafından sorguya çekilir. Bkz Schroeder ve Verrel (n 6) 174; Bohlander (n 53) 116 (dipnot 75); Elberling (n 9) 38.

¹⁴⁷ Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 130; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 728; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 120; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1432; Karakehya *Ceza Muhakemesi Hukuku* (n 13) 524.

¹⁴⁸ Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 728; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 120.

¹⁴⁹ Aynı yönde bkz Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu (n 51) 489 (dipnot 66); Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 728.

bulunmasıdır¹⁵⁰. Kanun, bu hususta mahkemeye re'sen bu yönde bir karar verme yetkisi tanımamıştır¹⁵¹. Buna göre mahkemece, örneğin sanık sayısının çokluğu nedeniyle re'sen bazı sanıkların artık duruşmalardan bağışık tutulması yönünde bir karar verilebilmesi mümkün değildir. Sanığın bu husustaki talebi aracısız bir talep olarak herhangi bir tartışmaya konu olamayacak ise de müdafinin bu yönde talepte bulunabilmesi noktasında kanun, müdafinin “*bu hususta sanık tarafından yetkili kılınmasını*” zorunlu kabul etmiştir¹⁵². Bu şart, sanığın hazır bulunmasının esas, yokluğunda duruşmanın ise *istisnai* ve kural olarak da *iradi* olmasının doğal bir sonucudur. Buna göre müdafii, ancak bu konuda özel olarak yetkili kılınmış ise sanığın duruşmadan bağışık tutulmasını isteyebilecektir¹⁵³. Ancak belirtelim ki kanun, bu koşulu kabul ederken yetkinin verilmesi noktasında herhangi bir şekil şartı aramamıştır. Bu nedenle vekaletnamede bu yönde bir yetki verilmiş olabileceği gibi sanık mahkemeye vereceği bir dilekçe veya sözlü beyanı ile de müdafisini bu konuda yetkili kılabilir¹⁵⁴. Kanun herhangi bir ayrıma yer vermediğinden, kanunun zorunlu müdafiliği kabul ettiği hallerde de müdafinin, sanığın duruşmadan bağışık tutulmasını talep edebilmesi için bu yönde sanık tarafından yetkilendirilmiş olmasını aramak gerekmektedir. Zorunlu müdafiliğin kendine has hukuki niteliği de bu durumu değiştirmeye cevaz vermemektedir. Talebin mutlaka zorunlu bir nedene dayandırılması şart değildir¹⁵⁵. Hatta bizce, kanun bu konuda açık veya zımni herhangi bir dayanaktan söz etmediğinden, sanık veya müdafii, vareste tutulma talebi açısından herhangi bir neden göstermek zorunda da değildir.

Sanığın duruşmadan bağışık tutulması yönündeki talepleri mahkemece değerlendirilir ve karara bağlanır¹⁵⁶. Bu hususta mahkemenin bir takdir yetkisi bulunmakta¹⁵⁷ ise de elbette mahkemenin her kararı gibi bu hususta vereceği karar da gerekçeli olmalıdır. Mahkemenin bu yöndeki kararları tek başına kanun yoluna tabi olmayıp ancak asıl hükümle birlikte kanun yoluna götürülebilir. Ancak mahkeme

¹⁵⁰ Kantar (n 37) 98; Erem (n 15) 277; Schroeder ve Verrel (n 6) 175; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 728; Centel ve Zafer (n 2) 735; Toroslu ve Feyzioglu (n 3) 129; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 120; Karakehya *Ceza Muhakemesi Hukuku* (n 13) 524; Karakehya *Duruşma* (n 15) 239.

¹⁵¹ Erem (n 15) 277; Öztürk (n 44) 215; Toroslu ve Feyzioglu (n 3) 129; Yurtcan *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 3) 179; Centel ve Zafer (n 2) 735; Aruç ve Elmas (n 3) 132.

¹⁵² Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 728; Centel ve Zafer (n 2) 735; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1432.

¹⁵³ Yurtcan *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 3) 179; Öztürk (n 44) 215.

¹⁵⁴ Aksi yönde bkz Erem (n 15) 277; Öztürk (n 44) 215. Bu halde “müdafinin vekaletnamesinde bu konuda yetkili kılındığına dair açıklık olması gerektiği yönünde” bkz Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 728. Yine aynı yönde bkz Taner (n 11) 308. *Yenisey/ Nuhoğlu* burada CMK m 196/1'e atıf yapmışlarsa da (*Ibid* 728) anılan hükümde vekaletnameye işaret eden ya da bu şekilde bir zorunluluğu ifade edebilecek herhangi bir ibare söz konusu değildir. Alman içtihatlarında, bu talebin önemli bir talep olması nedeniyle, bu konuda vekaletnamede özel bir yetkinin olması gerektiği belirtilmiştir (BGHSt 12, 367'den nakleden Schroeder ve Verrel [n 6] 174-175) ise de bizim hukukumuz açısından örneğin müdafinin kanun yoluna başvurduktan sonra bundan vazgeçebilmesi için “vekaletnamede bu hususta özel yetkili kılınmış olması” koşuluna CMK m 266/2'de açıkça yer verilmiş iken benzeri bir ibareye CMK m 196'da yer verilmemesi karşısında, kanun koyucunun burada müdafinin yetkili kılınmasını herhangi bir şekil şartına bağlamadığı anlaşılmaktadır.

¹⁵⁵ Centel ve Zafer (n 2) 735.

¹⁵⁶ Yurtcan *CMK Şerhi* (n 3) 860; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 728; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 120.

¹⁵⁷ Kantar (n 37) 99; Yurtcan *CMK Şerhi* (n 3) 860; Donay (n 3) 353; Centel ve Zafer (n 2) 735; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 120; Karakehya *Ceza Muhakemesi Hukuku* (n 13) 524; Karakehya *Duruşma* (n 15) 239.

bu yöndeki kararından yeni ortaya çıkabilecek durumlar sebebiyle her zaman dönebileceği gibi CMK m 199 gereğince “*sanığın hazır bulunmasına ve zorla getirme kararı veya yakalama emriyle getirilmesine her zaman karar verilebilir*”. Bu yönüyle sanık hakkında duruşmadan bağışık tutulması yönünde bir karar verilmesi, yeni ortaya çıkan bir durum nedeniyle CMK m 199 hükmünün tatbikine engel değildir¹⁵⁸. Bu ayrık durum göz önünde bulundurulmak kaydıyla, kural olarak hakkında duruşmadan bağışık tutulma yönünde bir karar verilen sanığın, duruşmada kalmak yahut takip eden celselere katılmak açısından bir zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁵⁹. Ancak usulüne uygun talebine istinaden duruşmadan bağışık tutulan sanığın, bilahare CMK m 198 gereğince kendisi hazır bulunmaksızın yapılan duruşmada mahkemenin karar ve işlemleri açısından eski hale getirme isteminde bulunması mümkün değildir (CMK m 198/2).

2. Tutuklu Sanığın Duruşmaya Getirilmemesi

CMK’da yine “sanığın duruşmadan bağışık tutulması” başlığı altında¹⁶⁰ CMK m 196’da düzenlenen *tutuklu sanığın duruşmaya getirilmemesi* kurumu, belirli durumların oluşması halinde mahkemenin, sanığın istemde bulunmuş olmasını aramaksızın tutuklu sanığın duruşmaya getirilmemesine karar verebilmesini ifade etmektedir. Esasen kural olarak sanığın tutuklu olması, duruşmaya katılması açısından menfi bir etkide bulunmayacaktır. Eğer ilgili cezaevinden SEGBİS yöntemi ile sanığın duruşmaya katılması olanaklı ise mahkeme bu yöntemle sanığın duruşmaya katılmasını sağlayabilecektir. Ancak kanun oldukça istisnai bir halde, sanığın aksi yönde bir iradesi olsa bile bazı oturumlar için duruşmaya getirilmemesine karar verilebileceğini kabul etmiştir¹⁶¹. Gerçekten, CMK m 196/5’e göre “*hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastahane veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın, sorgusu yapılmış olmak koşuluyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlar için getirilmemesine mahkemece karar verilebilir*”. Bu hükmün uygulanabilmesi için kanun belirli koşulların gerçekleşmesini aramıştır:

Evvvela, sanığın zorunlu bir nedenle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastane veya tutukevine nakledilmiş olması şarttır¹⁶². Bu çerçevede tutuklu sanığın

¹⁵⁸ Bkz Toroslu ve Feyizioğlu (n 3) 130; Kunter, Yenisey ve Nuhoglu (n 51) 489; Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 726; Yenisey (n 3) 98; Donay (n 3) 354; Taner (n 11) 308; Aksan (n 37) 177.

¹⁵⁹ Şahin ve Göktürk (n 37) II 126; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 3) 96.

¹⁶⁰ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü’nün de isabetle belirttiği üzere “vareste tutma, talebe bağlı bir işlem olduğundan, burada söz konusu olanın bu olmadığı kolayca anlaşılır” Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 75. Gerçekten, tutuklu sanığın getirilmemesinde sanığın iradesine bakılmadığından esasen CMK m 196/5’te düzenlenen kurum bir *vareste tutulma* değildir. Bu konuda ayrıca bkz Kunter, Yenisey ve Nuhoglu (n 51) 490; Donay (n 3) 353; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 3) 96. Ancak kanun sistemine uygun olması açısından biz de bu konuyu, bu başlık altında incelemeyi uygun bulduk.

¹⁶¹ Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 730; Yenisey (n 3) 101; Şahin ve Göktürk (n 3) I 78; Şahin ve Göktürk (n 37) II 126; Centel ve Zafer (n 2) 735; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1433; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 121.

¹⁶² Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 730.

yargılamanın yapıldığı aynı yargı çevresi içindeki bir tutukevinde ya da hastanede bulunması, bu hükmün tatbiki açısından kâfi değildir¹⁶³. Ayrıca bu durum “zorunlu nedenlerden” kaynaklanıyor da olmalıdır. Kanun burada zorunlu nedenler ibaresi açısından örnek kabilinden “*hastalık veya disiplin önlemi*” ifadesine yer vermiştir ancak zorunlu nedenler elbette bunlarla sınırlı değildir¹⁶⁴. Savaş, olağanüstü hal, doğal afet, salgın hastalık gibi nedenlerle de tutuklu sanık başka bir cezaevine nakledilmiş olabilir veya duruşmaya getirilmesi mümkün olmayabilir¹⁶⁵. İşte bu gibi hallerde kanun, sanığın getirilmemesine mahkemece karar verilebileceğini öngörmüştür¹⁶⁶.

İkinci olarak, sanığın sorgusunun yapılmış olması da şarttır¹⁶⁷. Sorgusu yapılmamış olan sanığın duruşmaya getirilmemesine mahkemece karar verilebilmesi mümkün değildir. Ancak hatırlatalım ki sanığın yokluğunda duruşmanın iradi olması ilkesine rağmen, bu hükmün tatbiki için sanığın yahut müdafisinin bu yönde bir talepte bulunmasına gerek bulunmamaktadır¹⁶⁸.

Üçüncü olarak, bir kısım oturumlar için sanığın hazır bulunmasına mahkemece gerek görülmemelidir¹⁶⁹. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından sanığın o duruşmada hazır bulunmasının gerekli olmadığı ve bu durumun, sanığın savunma hakkını kısıtlamayacağı kabul edilebileceği oturumlar açısından sanığın hazır bulunmasına gerek görülmeyebilir. Örneğin yalnızca usûli meselelerin tartışılacağı yahut usulü bir işlemin neticelenmesinin beklendiği oturumlar açısından mahkemece bu yönde bir karar verilmesi mümkündür. Buna karşılık bizce, delillerin ortaya konulduğu ve tartışıldığı oturumlar ve ezcümle tanıkların dinlendiği veya suç ortaklarının sorguya çekildiği oturumlar açısından bu hükmün uygulanması hiçbir durum ve koşulda mümkün olmamalıdır. Zira sanığın duruşmada hazır bulunma noktasında iradesinin tam olduğu ve bu hazır bulunma isteminin duruşmanın yapılması noktasında hiçbir olumsuz etkisinin bulunmadığı ancak sırf dışsal bazı nedenlerle sanığın hazır bulunamadığı bir duruşma açısından, delillerin sanığın غيابında tartışılması ve bu suretle sanığın savunma hakkının kısıtlanması adil

¹⁶³ Özbeke, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 122.

¹⁶⁴ Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 730. CMK m 196/5’deki “...zorunlu diğer nedenlerle...” ibaresinin sanığın hazır bulunma hakkını zedeleyeceği yönünde bkz Özbeke, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 78; Karakehya *Ceza Muhakemesi Hukuku* (n 13) 525-526. Hükmün uygulanmasına yol açabilecek sebeplerin sınırlı olarak belirtilmemesinin keyfiliğe yol açabileceği ve bu nedenle eleştirilmesi gerektiği yönünde bkz Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 730. Aynı yönde bkz Taner (n 11) 309.

¹⁶⁵ Bkz Özbeke, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 122.

¹⁶⁶ Yargıtay 1 CD, 925/2119, 24.5.2006: “5271 sayılı CMK’nın 196/2 maddesi uyarınca, yargılandığı suç nedeniyle başka yer cezaevinde bulunan hükümlünün, bizzat duruşmada bulundurularak müdafii huzurunda yeniden dinlenmesi gerekirken aynı yasanın 196/5 fıkrasında belirtilen zorunlu nedenler bulunmadığı halde yazılı şekilde talimat yoluyla alınan ifadesi ile yetinilmek suretiyle hüküm kurulması usule aykırıdır” bkz Ünver ve Hakeri (n 1) III 1433.

¹⁶⁷ Toroslu ve Fezyioğlu (n 3) 130.

¹⁶⁸ Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 730. Ayrıca bkz Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 75; Centel ve Zafer (n 2) 736. Sanığın sorgusunun yapılmış olmasının duruşmadan bağışık tutulması için yeterli olmaması, sanığın bu yönde iradesinin varlığının da aranması gerektiği yönünde bkz Özbeke, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 122.

¹⁶⁹ Toroslu ve Fezyioğlu (n 3) 130.

yargılanma hakkı açısından kabul edilebilir olmayacaktır¹⁷⁰. Bu nedenle sanığın hazır bulunmasına mahkemece gerek görülmemesi, bireysel olarak sanığın savunma hakkını kullanması açısından hiçbir menfi etkide bulunmayacak ihtimaller yönünden kabul edilebilir bir olasılık olarak anlaşılmalıdır.

Kanun, ancak belirttiğimiz bu koşulların bir arada bulunması halinde tutuklu sanığın duruşmaya getirilmemesine karar verilebileceğini kabul etmiştir¹⁷¹. Bunun dışındaki herhangi bir gerekçe ile sanığın duruşmaya getirilmemesine karar verilemez. Özellikle mahkemenin, sanığın tutum ve davranışlarına karşılık, bir disiplin yaptırımını mahiyetinde olacak şekilde bu hükmü tatbik edebilmesi mümkün değildir¹⁷².

Kural olarak mahkemece sanığın hazır bulundurulmasına gerek görülmeyecek oturum, bu hükmün tatbikine ilişkin kararın alındığı oturum yahut karar duruşma dışında alınmışsa, bundan sonra gelecek ilk oturum olacaktır. Kanunda geçen "... hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlar..." ifadesi ile kastedilen husus temelde, mahkemenin söz konusu karar ile birden fazla oturum için sanığın getirilmemesine karar vermesi olmayıp bu kararı aynı dava ve aynı sanık için birden fazla kez verebilmesine olanak tanımaktır¹⁷³. Bu nedenle her oturum öncesi tutuklu sanığın hazır bulundurulmasının gerekip gerekmediği ayrıca değerlendirilmelidir¹⁷⁴.

¹⁷⁰ CMK m 196/5 kapsamına giren durumlarda kanun gereği, sanığın yokluğunda duruşma yapılabileceği, bunun ise savunma hakkı ile telifinin olanaklı olmadığı yönünde bkz Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırtı, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 75. Yine aynı yönde bkz Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 3) 96. Bu hükmün sanığın duruşmada hazır bulunma hakkını zedeleyecek nitelikte olduğu yönünde bkz Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 129. Bu hükmün "sanık hazır bulunmayı açıkça istemedikçe" uygulanması gerektiği yönünde bkz Kunter, Yenisey ve Nuhoglu (n 51) 490 (dipnot 78).

¹⁷¹ Ünver ve Hakeri (n 1) III 1433.

¹⁷² *Karakehya* bu hükmün adil yargılanma hakkını zedeler nitelikte olduğunu belirtmiştir. Yazara göre "hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu sistemlerde devlet, ne kadar maliyetli olursa olsun sanığın duruşmalarda hazır bulunma isteğini yerine getirmek zorundadır. Kendisi hakkında yapılacak duruşma sonucunda bir takım cezai yaptırımlara tabi olabilecek bir kimsenin, rızası hilafına duruşmalarda bulundurulmaması, orada bulunmak ve isnatlara cevap vermek suretiyle kendisi üzerinden yürütülen muhakeme faaliyetine etki etme imkânını bulamaması kabul edilemez bir durumdur" *Karakehya Duruşma* (n 15) 240.

¹⁷³ Yargıtay ise bu maddeyi oldukça farklı yorumlamaktadır. Yüksek Mahkemeye göre tutuklu sanığın mahkemeye getirilmemesine ilişkin karar, "duruşmada verilecek bir ara kararla açıklanabileceği gibi, duruşmaya gelmeyen veya getirilmeyen sanığın duruşmaya getirilmesini sağlayacak usul işlemlerinin yapılmaması veya sanığın bulunmadığı celsede duruşmaya devam edilmesini suretiyle örtülü olarak da verilebilir. Diğer bir anlatımla sorgusu daha önce yapılan tutuklu sanığın zorunlu nedenlerle yargı çevresi dışındaki bir cezaevine nakledilmesi durumunda, sanığın hazır bulunmadığı celsede duruşmaya devam edilmiş ise mahkemece sanığın duruşmada hazır bulundurulmasına gerek görülmediğine karar verildiğinin kabulü gerekmektedir" (Yargıtay CGK, 6-106/284, 4.6.2013). Oysa böyle bir yaklaşımın, sanığın hazır bulunması ve yokluğunda duruşmaya ilişkin ilkelere uyumlu olmadığı açıktır. Sanığın hazır bulunması kural, yokluğunda duruşma istisna olduğuna göre mahkemenin bu istisna tanımlamasına ve gerekli zorlayıcı hale uygun şekilde ve bunu da gerekçesinde gösterecek biçimde açık bir karar vermesi elzemdir. Diğer taraftan kanunda açıkça "karar verilebileceğinden" bahsedildiğinden, CMK m 33 vd hükümleri karşısında, bu husustaki kararın zımnı şekilde de verilebileceğini kabul etmek olanaksızdır. Mahkemenin ileriye dönük olarak bu hususta bir karar vermesi ve bunu da mutlaka gerekçeli olarak açıklaması şarttır (CMK m 34) bkz Taner (n 11) 309.

¹⁷⁴ Elbette duruşmada hazır bulunmamayı tutuklu sanık da isteyebilir. Ancak CMK m 196/5 temelde sanığın iradesi ile duruşmadan başışık tutulmasına ilişkin değildir. Bu fıkranın yer aldığı madde başlığının "*Sanığın duruşmadan başışık tutulması*" olması da farklı bir sonuca sebebiyet verebilecek mahiyette değildir. Nitekim maddenin ilk fıkrasının aksine 5. fıkrada bunun sanığın iradesine dayandığı anlamı çıkarılabilecek hiçbir ifade olmadığı gibi aksine, söz konusu bu fıkranın ancak zorunlu hallerde tatbik edilebilecek şekilde düzenlenmesi karşısında, bu fıkradaki sanığın yokluğu halinin temelde kendi rızası hilafına olduğunu kabul etmemiz gerekmektedir. Bu çerçevede 1. fıkradan farklı olarak bu fıkraya göre sanığın hazır bulundurulmasına karar verilebilmesi için sanığın bu yönde bir talebinin olup olmadığına bakılmaz. Krş Özбек, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 122.

D. Sanık Hiç Gelme Bile Duruşmanın Yapılıp Bitirilebileceği Haller

a. CMK m 195'e Göre Sanık Gelme Bile Duruşma Yapılabilmesi

Kural olarak sanık hazır bulunmaksızın duruşma yapılamayacak ise de kanun oldukça istisnai bazı hallerde sanık hiç gelme bile duruşmanın yapılabilmesine ve “sorgusu yapılmamış bile olsa” duruşmanın yokluğunda bitirilebilmesine olanak tanımıştır. Nitekim ilk olarak CMK m 195’de “*suç, yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmekte ise; sanık gelme bile duruşma yapılabilir*” hükmüne¹⁷⁵ yer verilerek sanığa iddianame ile isnat edilen suç açısından, kanunda yalnız veya birlikte adli para cezasının veya müsadereyi öngörüldüğü durumlarda, sanık duruşmaya hiç gelme bile yokluğunda duruşmanın yapılabileceği öngörülmüştür¹⁷⁶. Bu çerçevede anılan hükme göre sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesinin biri maddi diğeri şekli olmak üzere iki koşulu bulunmaktadır:

Bunlardan ilkinde göre sanık gelme bile duruşma yapılabilmesi için *suç, yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektiriyor olmalıdır*¹⁷⁷. Burada kanunun kastettiği ‘suçun’ evveleminde iddianame ile sanığa yüklenen suç olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim soruşturma sonucunda düzenlenen iddianamenin mahkemece kabul edilebilmesi için “*yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri*”nin gösterilmesi şarttır (CMK m 170/3-h). Sanığın çağrılması da iddianamenin kabulünü takiben duruşma gününün belirlenmesiyle (uygulamada tensip olarak ifade edilen işlemle) birlikte cari olacağından, CMK m 195’in uygulanıp uygulanmayacağı yönünden, iddianamede sanığa yüklenen suçun kanundaki yaptırımına göre bir değerlendirme yapılacaktır. Ancak mahkemece sanığa isnat olunan fiilin iddianamede gösterilenden başka bir suçu oluşturduğunun değerlendirilmesi de mümkündür ve bu halde CMK m 226/1 hükmündeki ek savunma koşulu yerine getirilmek şartıyla sanık, iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun değindiği kanun hükmünden başkasıyla da mahkûm edilebilir. İşte mahkemenin henüz tensiple birlikte, eldeki mevcut delillere göre sanığın üzerine atılı fiilin iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun değil de bir başka suçun unsurlarını karşıladığı kanaatine ulaşması ve bu nedenle sanığa ek savunma vermesi halinde, CMK m 195’in tatbik edilip edilemeyeceği yönünden yapılacak değerlendirmede, hem iddianamede unsurları gösterilen suç hem de ek savunma hakkı verilmesine konu olan suç açısından ayrı ayrı değerlendirme yapılacaktır. Buna göre iddianamede unsurları gösterilen suç *yalnız*

¹⁷⁵ AİCMK para 232: “(1)Sanık, usulüne uygun olarak davet edilmiş ve davette yokluğunda duruşma yapılabileceği belirtilmişse ve 180 gün para cezasına kadar para cezasına, sürme yasağı, mülkiyetin devlete geçirilmesi, müsadere, imha veya kullanılmasız hale getirme cezalarına tek başına veya birlikte hükmedilmesi bekleniyorsa, yokluğunda duruşma yapılabilir (...)” Yenisey ve Oktar (n 1) 313. Bu konuda bkz Schroeder ve Verrel (n 6) 174; Bohlander (n 53) 116 (dipnot 75).

¹⁷⁶ Yurtcan *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 3) 177; Centel ve Zafer (n 2) 734; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 74; Şahin ve Gökçürk (n 3) I 78; Gökçen, Balci, Alşahin ve Çakır (n 3) 95; Soyaslan (n 3) 414; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 119; Özbek ve Doğan (n 3) 796; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1432; Ersoy (n 4) 61.

¹⁷⁷ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 74; Öztürk (n 44) 213; Gökçen, Balci, Alşahin ve Çakır (n 3) 95; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 119; Ersoy (n 4) 61-62.

veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektiriyor olsa bile, ek savunmayı gerektirdiği tensip edilen suç bu mahiyette değilse, sanığa CMK m 195'e göre tebligat çıkarılması mümkün değildir. Burada daha önemli bir sorun, CMK m 226/1 gereğince sanığa ek savunma hakkı verilmesini gerektiren durumun bilahare ortaya çıkması yani söz gelimi sonradan ortaya çıkan bir delilin sanık hakkında iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun değindiği kanun hükmünden başkasının tatbikini gerektirmesidir. Bu durumda bizce, daha evvelden sanığa CMK m 195 uyarınca çıkarılan davetiyeye artık bir sonuç bağlanabilmesi mümkün olmayıp sanığa yeniden davetiye çıkarılarak duruşmaya katılması sağlanmalıdır¹⁷⁸. Aksi halde sanığa CMK m 195 gereğince atılı suçun “yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmesi” gerekçesi ile davetiye çıkarılmış ve fakat bu mahiyette olmayan bir suç nedeniyle ceza verilmiş olacaktır¹⁷⁹.

Suçun yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmesi ile kastedilen atılı suçun değindiği kanun maddesinde uygulanacak yaptırım olarak münhasıran veya alternatifli olarak adli para cezasının veya müsadereyi öngörülmesidir¹⁸⁰. Buna göre kanunda işlenen suç için yalnızca adli para cezasının öngörüldüğü, örneğin çevreyi taksirle basit kirletme (TCK m 182/1) suçu ile ilgili

¹⁷⁸ Kantar (n 37) 96; Erem (n 15) 276; Öztürk (n 44) 213. Yargıtay da bu görüştedir. Nitekim Yargıtay 12 CD 8366/8625, 11.9.2019: “İddianamede verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun mağdur sayısına oluştuğu açıklanarak, sanık hakkında TCK'nın 43. maddesinin uygulanması talep edilmediği halde, CMK'nın 226. maddesi uyarınca ek savunma hakkı tanınmadan, sadece ‘Hakkınızda TCK'nın 136/1 düzenlemesi birlikteliğinde aynı yasanın 43 düzenlemesinin uygulanma ihtimaline binaen ek savunma hakkı tanındığı, ayrıca CMK'nın 195. maddesine göre tebliğe rağmen yapılacak duruşmaya gelmediğiniz takdirde yokluğunuzda karar verileceği tebliğ ve ihtar olunur’ biçimindeki meşruhatlı davetiyenin tebliğ edilmesi yeterli kabul edilerek, zincirleme suçla ilişkin hükmün uygulanması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması...bozmayı gerektirmiş”, karararama.yargitay.gov.tr, erişim tarihi 14 Nisan 2020.

¹⁷⁹ Bkz Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 73 (dipnot 87). AICMK'sında bu duruma özel bir hükme yer verilmiş ve “bu muhakemede daha ağır ceza ve emniyet tedbirine hükmedilemez” denilmiştir (AICMK para 232/1 bkz Yenisey ve Oktar [n 1] 313). Benzeri bir hükme bizim kanunumuzda yer verilmemiş ise de bu sonuca, CMK m 195'in *ratio legis* 'inden ve CMK m 226 hükmünden ulaşmak mümkündür. Buna göre sanığa CMK m 195 gereğince tebligat çıkarılmış ve fakat bilahare sanığa ek savunma hakkı verilmesini gerektiren bir durum ortaya çıkmışsa, sanığa yeniden davetiye çıkarılarak duruşmada hazır bulunması sağlanmalıdır. Bu halde artık CMK m 195'e göre sanığın yokluğunda hüküm kurulabilmesi olanaklı değildir.

¹⁸⁰ Doktrinin hemen tamamının aksine Özen, bu hükmün “hapis cezası ile birlikte adli para cezasını gerektiren” bir suçun kovuşturulmasında da uygulanabileceği kanaatindedir. Bkz Özen (n 3) 109. Hatta yazara göre söz konusu hüküm örneğin adli para cezası ile hapis cezasının “alternatifli olarak” öngörüldüğü suçlarda (örneğin iki yıl hapis veya adli para cezası gibi) uygulanamayacak olsa “birlikte” öngörüldüğü suçlarda (örneğin iki yıl hapis ve adli para cezası) uygulanabilecektir (*Ibid* 983-984). Yazar bilahare, kendisince öne sürülen bu ihtimalin de aslında “maddenin amacıyla bağdaşmadığını” belirtmiştir (*Ibid* 984). Bizce bu görüş ne kanunun amacı ne de lafzıyla bağdaşmamaktadır. Zira hükmün lafzından, yalnızca adli para cezasını veya müsadereyi yahut bunların ikisini birlikte gerektiren suçların kovuşturulmasında uygulanabileceği açıkça anlaşılabilir gibi maddeye dair hükümet tasarısı gerekçesinde de bu hükmün “yalnızca” para, hafif hapis ve müsadereyi gerektiren hallerde uygulanabileceği belirtilmiş, bilahare komisyonunda “para, hafif hapis” ibaresi “adli para cezası” olarak değiştirilmiş ve bu da komisyon raporuna yansımıştır. Nitekim Yargıtay da hapis cezası ile birlikte adli para cezasının öngörüldüğü suçlara dair kovuşturmalarda bu hükmün uygulanamayacağını içtihat etmektedir. Yargıtay 3 CD, 15805/19829, 30.11.2016: “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 195. maddesinde yer alan ‘Suç, yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmekte ise; sanık gelmese bile duruşma yapılabilir. Bu gibi hallerde sanığa gönderilecek davetiyede gelmese de duruşmanın yapılacağı yazılır.’ şeklindeki hüküm karşısında, sanığın üzerine atılı yaralama suçlarında hapis ve adli para cezalarının seçimlik olarak öngörüldüğü anlaşılmalı, anılan maddedeki istisnai durumlar dışında olduğu halde sanığın savunması alınıp diyecekleri sorulmadan mahkûmiyet hükmü kurulmasının mümkün olmadığı gözetilmeden, savunma hakkı kısıtlanmak suretiyle yazılı şekilde karar verilmesinde, isabet görülmediğinden bahisle, 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi gereğince anılan kararın bozulması lüzumunun ihbar olduğu anlaşıldı. Gereği görüldüğü düşünülür: Adalet Bakanlığı'nın kanun yararına bozma isteyen yazısına dayanan tebliğnamede ileri sürülen düşünce yerinde görüldüğünden...”, <https://emsal.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 6 Aralık 2019.

yürütülen kovuşturmada sanık gelmese bile duruşma yapılabilecektir¹⁸¹. Burada sanığın üzerine atılı suçun dosyanın mevcut durumuna göre kapsamına girdiği kanun maddesi belirlenirken, suçun daha ağır veya daha hafif nitelikleri hallerinin de göz önünde bulundurulacağı açıktır. Sanığın üzerine atılı suçun yalnızca hapis cezasını veya hapis cezasına ek veya alternatifli olarak uygulanmak üzere adli para cezası veya müsadereyi gerektirmesi durumunda, duruşmanın CMK m 195'e göre yürütülebilmesi mümkün değildir¹⁸².

Kanun, belirttiğimiz bu maddi koşula ek olarak bir de şekli koşula yer vermiştir. Buna göre CMK m 195'e göre duruşmanın sanığın yokluğunda yapılabilmesi için “*sanığa gönderilecek davetiyede gelmese de duruşmanın yapılacağına yazılması*” gerekmektedir¹⁸³. Esasen, sanık hiç gelmese bile duruşma yapılabilecek hallerde de CMK m 175 vd hükümlerine göre sanık usulüne uygun olarak duruşmaya çağrılacaktır¹⁸⁴. Kanun buna ek olarak CMK m 195 kapsamına giren hallerde ayrıca sanığa gönderilecek davetiyede gelmese de duruşmanın yokluğunda yapılacağına yazılması gerektiğini kabul etmiştir¹⁸⁵. Bu çerçevede sanığa yüklenen suç yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirse bile eğer sanığa gönderilen davetiyede gelmese de duruşmanın yapılacağı özel olarak yazılmamışsa CMK m 195'e göre sanığın yokluğunda duruşma yapılması hukuka aykırı olacaktır¹⁸⁶. Belirttiğimiz bu koşulların gerçekleşmesi halinde sanık duruşmaya gelmese de yokluğunda duruşma yapılabilecektir.

b. CMK m 252'ye Göre Sanık Gelmese de Duruşma Yapılabilmesi

Sanık gelmese de duruşma yapılarak sanığın yokluğunda hüküm kurulmasına olanak tanıyan ikinci düzenleme CMK m 252'ye, 7188 s Kanunla eklenmiştir. Bu kanunla ceza yargılamasında iki yeni usûl ihdas edilmiş ve bunlardan biri olan *basit yargılama usulüne*, CMK m 251 ve 252 hükümlerinde yer verilmiştir. Bu hükümlere göre asliye ceza mahkemesince, iddianamenin kabulünden sonra, istisnalar hariç

¹⁸¹ Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 119. Bu şekildeki hükümlere daha ziyade ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer verilmektedir. Örneğin Bkz 6222 s K m 18/9 gibi.

¹⁸² Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 119.

¹⁸³ Erem (n 15) 276; Yurtcan *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 3) 178; Yurtcan *CMK Şerhi* (n 3) 823; Yenisey (n 3) 101; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 74; Öztürk (n 44) 213; Soyaslan (n 3) 414; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 119; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 3) 95; Ersoy (n 4) 61. AICMK'sında “alanan tebliğ yoluyla yapılan davet üzerine” sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır (AICMK para 232/2), bkz Yenisey ve Oktar (n 1) 313.

¹⁸⁴ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 74, (dipnot 88).

¹⁸⁵ Kantar (n 37) 96; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 74; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 119; Özbek ve Doğan (n 3) 796; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1432. Sanığa, duruşmaya katılmaması halinde bunun olası sonuçlarının da bu bildirimle birlikte iletilmesi gerekliliği, sanığın yokluğunda duruşmanın “*iradi*” olmasının bir sonucudur. Zira sanığın, ancak duruşmaya katılmamasının olası sonuçlarını bilmesi halinde, gerçek anlamda duruşmaya katılma hakkından feragat ettiği söylenebilecektir. Bkz Conti (n 9) 37.

¹⁸⁶ Kantar (n 37) 96; Yurtcan *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 3) 178; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 3) 95; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 119; Özbek ve Doğan (n 3) 796; Karakehya *Ceza Muhakemesi Hukuku* (n 13) 527; Özen (n 3) 983; Taner (n 11) 303; Ersoy (n 4) 62.

olmak üzere, adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilmesi mümkündür¹⁸⁷. Bu takdirde mahkemece iddianame; sanık, mağdur ve şikâyetçiye tebliğ edilerek, beyan ve savunmalarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmeleri istenecek, tebligatta duruşma yapılmaksızın hüküm verilebileceği hususu da belirtilecektir. Beyan ve savunma için verilen bu süre dolduktan sonra mahkemece duruşma yapılmaksızın CMK m 223’de belirtilen kararlardan birine hükmedilebilecek ancak mahkûmiyet kararı verildiği takdirde sonuç ceza dörtte bir oranında indirilecektir (CMK m 251). Ancak mahkemece, sanık hakkında basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilmesi ve nihayetinde bu usul dairesinde CMK m 223’e göre bir hüküm verilmesi halinde, bu hükme itiraz edilebilmesi mümkündür. Eğer bu hükme itiraz edilmişse, artık mahkemece genel hükümlere göre yargılamaya devam olunacaktır (CMK m 252).

CMK m 252’ye göre itiraz nedeniyle yargılamaya devam olunması halinde duruşma açılması öngörülmüş ise de taraflara gönderilen davetiyeye bu ihtimalin yazılması şartıyla, bu duruşmanın *taraflar gelmese bile yapılacağı ve yokluklarında 223 üncü madde uyarınca hüküm verilebileceği* kabul edilmiştir¹⁸⁸. Buna göre basit yargılama usulünün tatbiki çerçevesinde bir hüküm verilmiş ve bu hükme itiraz edilmiş ise duruşma açılarak genel hükümlere göre yargılamaya devam olunacak ancak taraflara gönderilen duruşma davetiyesinde, gelmeseler bile yokluklarında duruşmanın yürütülebileceği ve yine yokluklarında hüküm verilebileceği yazılacaktır. Bu ihtara rağmen sanık duruşmaya gelmezse, mahkeme sanığın yokluğunda yargılama yaparak hüküm verebilecektir (CMK m 252/2).

Bu hüküm çerçevesinde sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi¹⁸⁹ için üç koşulun bir arada bulunması gerektiği anlaşılmaktadır:

Her şeyden evvel, bu hükmün tatbik edilebilmesi için *basit yargılama usulünün uygulanabileceği bir suç söz konusu olmalıdır*. Kanun, bu konuda üç kurala yer vermiş ve öncelikle adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda basit yargılama usulünün uygulanabileceğini öngörmüştür (CMK m 251/1). Buna göre eğer sanığa atılı suç için kanunda öngörülen cezanın üst sınırı iki yıldan fazla hapis cezasını gerektirmekte ise basit yargılama usulü tatbik edilemeyecektir. İkinci olarak eğer bu kapsama giren bir

¹⁸⁷ Bkz Olgun Değirmenci, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m 251-252)” [2020] 161 Terazi Hukuk Dergisi, 42-43.

¹⁸⁸ Ersoy (n 4) 60.

¹⁸⁹ *Değirmenci*, basit yargılama usulünün tatbiki ile duruşma yapılmaksızın hüküm verilmesini, “sanık bulunmasa bile duruşmanın yapılacağı hallere” bir istisna olarak nitelermektedir (bkz Değirmenci [n 189] 46-47). Oysa burada esasen duruşma yapılmaksızın verilen bir hüküm söz konusu olduğundan bizce sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağı ilkesine bir istisna getirilmiş değildir. Aksine burada kanun koyucu çok daha temel bir ilkeye; kovuşturmanın duruşma açılarak yürütülmesi ilkesine istisna getirmektedir. Sanığın yokluğunda duruşma yapılması ilkesine istisnayı ise basit yargılama usulüne yapılan itiraz üzerine, genel hükümlere göre yapılacak yargılamada sanık gelmese de duruşma yapılmasını öngören CMK m 252/2 getirmektedir.

suçun, kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmiş olması hâli söz konusu ise basit yargılama usulü yine tatbik edilemeyecektir (CMK m 251/8). Son olarak kanun, basit yargılama usulünün, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik hâlleri ile soruşturma veya kovuşturma yapılması izne ya da talebe bağlı olan suçlar hakkında uygulanmayacağını da kabul etmiştir (CMK m 251/7). Bu kurallara göre eğer basit yargılama usulünün uygulanamayacağı bir durum olmasına rağmen her nasılsa basit yargılama usulü uygulanarak hüküm verilmiş ve bu hükme itiraz edilmiş ise mahkemece yargılamaya devam olunmasına karar verilmesi halinde artık sanığın yokluğunda yargılama yapılması olanaklı değildir. Zira kanun, sanığın yokluğunda duruşmaya yalnızca, basit yargılama usulünün tatbikine olanak veren hallerde, bu usulün tatbiki neticesinde verilen karara itiraz edilmesi ile sınırlı olarak olanak tanımıştır. Haliyle eğer koşulları oluşmamış olmasına rağmen basit yargılama usulü uygulanmış ise itiraz üzerine yeniden yapılacak yargılamada, sanığın yokluğunda duruşma yapılarak hüküm verilmesi de hukuka aykırı olacaktır.

İkinci olarak bu hükme göre sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi için *evvela basit yargılama usulüne göre duruşma açılmaksızın hüküm verilmesi ve bilahare buna itiraz edilmesi de gerekmektedir*. Mahkemece, CMK m 251 kapsamına giren bir suçun varlığı gerekçe gösterilerek ve fakat bu maddedeki usul hiç uygulanmaksızın doğrudan duruşmalı yargılama yapılmasına karar verilmesi veya basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilmesine rağmen bilahare CMK m 251/6'ya göre duruşma açmak suretiyle genel hükümler uyarınca yargılamaya devam edilmesi halinde artık CMK m 252'ye göre sanığın yokluğunda duruşma yapılarak karar verilmesi de mümkün olmayacaktır. Zira kanun, adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar açısından doğrudan “sanık gelmese de duruşma yapılabileceğini” öngörmüş değildir. Aksine kanun, sanık gelmese de duruşma yapılması usulünün münhasıran, basit yargılama usulüne göre duruşma açılmaksızın karar verilip de bu karara itiraz edilmesi nedeniyle duruşma açılması halinde tatbikini kabul etmiştir. Haliyle bu durum söz konusu olmaksızın sanığın yokluğunda duruşma açılarak hüküm verilmesi mümkün değildir.

Son olarak CMK m 195'de olduğu gibi CMK m 252 açısından da sanık gelmese de duruşma yapılabilmesi için *sanığa gönderilecek davetiyede bu hususun ihtar edilmesi de gerekmektedir*¹⁹⁰. Buna göre mahkemece itiraz üzerine duruşma açılmasına karar verilmesi halinde, sanığa gönderilecek davetiyede gelmese de duruşma yapılabileceği ve yokluğunda karar verilebileceği bildirilecek olup eğer bu bildirim ihmal edilmişse sanığın yokluğunda karar verilmesi de mümkün olmayacaktır. Bu bildirim hususunda yukarıda CMK m 195 açısından yaptığımız açıklamalar burası için de geçerlidir.

¹⁹⁰ Değirmenci (n 189) 47.

Bu koşulların varlığı halinde mahkemece, sanık gelmese de duruşma yokluğunda yapılabilecektir¹⁹¹.

E. Sanığın Duruşmadan Çıkarılması

Sanık herhangi bir şekilde duruşmada yer almama yönünde irade göstermemekle birlikte kanun bazı istisnai hallerde sanığın duruşma salonundan çıkarılabilmesine de cevaz vermiştir. Esasen yukarıda da belirttiğimiz gibi sanığın hazır bulunması bir muhakeme koşulu ve meram anlatma ilkesinin de temel şartı ise de bizatihi sanığın hazır bulunması, bazı hallerde doğrudan ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacı ya da yalnızca muhakemenin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi açısından sakınca doğurabilecektir. Bu gibi hallerde kanun, sanığın geçici ya da bazen kalıcı olarak duruşmadan çıkarılmasına olanak tanımıştır¹⁹². CMK'da mahkeme kararı ile sanığın duruşmadan çıkarılabilmesine imkân tanıyan kurumları iki başlıkta toplamamız mümkündür:

1. Yüzüne Karşı Suç Ortaklarından Birinin veya Bir Tanığın Gerçeği Söylemeyeceğinden Endişe Edilmesi Nedeniyle Sanığın Duruşmadan Çıkarılması

Sanığın duruşmadan çıkarılması evvela, maddi gerçeğe ulaşmak açısından duruşmada hazır bulunmasının sakınca doğurduğu hallerde söz konusu olabilecektir¹⁹³. Nitekim kanun "*sanığın yüzüne karşı suç ortaklarından birinin veya bir tanığın gerçeği söylemeyeceğinden endişe edilirse, mahkeme, sorgu ve dinleme sırasında o sanığın mahkeme salonundan çıkarılmasına karar verebilir*" (CMK m 200/1) hükmüne yer vererek bu durumda, sanığın duruşmadan çıkarılarak, duruşmanın kısmen yokluğunda

¹⁹¹ Basit yargılama usulünde, duruşma yapılmaksızın verilen hükmeye itiraz edilmesi halinde, davanın genel hükümlere göre yürütülmesine karar verilmesi ve fakat bu ihtimalde sanık gelmese de yokluğunda duruşma yapılmasına ilişkin düzenlemenin eleştirisi için bkz Ersoy (n 4) 73.

¹⁹² Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tüttüncü (n 5) 76-77.

¹⁹³ Bkz Yenisey (n 3) 102, Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 78.

yapılmasını düzenlemiştir¹⁹⁴. Buna göre sanığın hazır olduğu ihtimalde, onun yüzüne karşı diğer bir sanığın veya bir tanığın gerçeği söylemeyeceğinden endişe edilirse, anılan sanığın sorgu veya tanığın dinlenmesi sırasında dışarı çıkarılmasına karar verilebilecektir¹⁹⁵. Bu ihtimalde duruşma, sanık tekrar salona alınmaya kadar yokluğunda yapılacaktır. Bu hükmün uygulanabilmesinin koşulu, sanığın yüzüne karşı suç ortaklarından birinin veya bir tanığın gerçeği söylemeyeceğinden endişe edilmesidir¹⁹⁶. Burada kanun, maddi olayın aydınlatılması noktasında mahkeme nezdinde bir endişenin hasıl olmasını aramıştır ancak elbette bu hükmün tatbik edilebilmesi için bu endişe¹⁹⁷, bunu haklı kılacak sebeplere dayanmalı¹⁹⁸ ve mahkeme de bu yöndeki kararını gerekçelendirebilmelidir (CMK m 34)¹⁹⁹. Bununla birlikte kanun, bu noktada ne sınırlayıcı ne de açıklayıcı mahiyette örneklere yer vermiş olmadığından, hayatın olağan akışı içinde, objektif olarak bu endişeyi doğurmaya elverişli her durum, bu hükmün tatbikine olanak tanyabilecektir. Örneğin sanığın, tanık veya suç ortağı ile yakın akrabalığı, iş ya da memuriyetteki hiyerarşik ilişkisi, gözetim veya bakım ilişkisi veya sanığın aynı olay veya bir başka olayla ilgili sanık veya tanıklar üzerinde baskı yapma girişiminde bulunmuş olması gibi hususların

¹⁹⁴ Alman CMK'sı para 247'de daha geniş bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre "Aynı davada sanık durumunda olan kişinin veya bir tanığın dinlenmesi sırasında sanığın hazır bulunması, anılan kişilerin hakikatı söylemeyeceği korkusunu haklı gösteriyorsa, mahkeme dinleme sırasında sanığın salondan uzaklaştırılmasını emredebilir. Şayet 18 yaşından küçük bir şahıs tanık olarak dinlenecekse ve dinlenenin sanığın hazır bulunduğu sırasında yapılmasının tanığın esenliği açısından önemli bir sakınca doğacağından endişeleniliyorsa veya bir başka kişinin tanık olarak dinlenmesi sırasında, sanığın duruşma salonunda hazır bulunmasının, bu kişilerin sıhhati açısından önemli bir sakınca doğması yakın tehlikesi varsa, aynı hüküm uygulanır" Yenisey ve Oktar (n 1) 327. Bu konuda bkz Schroeder ve Verrel (n 6) 178; Elberling (n 9) 39-40. Görüleceği üzere 18 yaşından küçüklerle ilişkin bu özel düzenleme bizim kanunumuza alınmamıştır. Kanun, sanığın tıbbi durumu ve tedavi imkanları hakkında açıklama yapıldığı sırada, sıhhati açısından önemli bir sakınca doğması tehlikesinden endişeleniliyorsa bu halde de sanığın salondan çıkarılabileceğini kabul etmiştir ki benzeri bir düzenleme de bizim kanunumuzda yer almamaktadır bkz Schroeder ve Verrel (n 6) 178. İtalyan CMK'sında, aşağıda belirteceğimiz üzere sanığın duruşma disiplini bozması nedeniyle duruşmadan çıkarılması düzenlenmiş (İtCMK m 475) ise de tanıkların sağlıklı bir şekilde dinlenmesi nedeniyle sanığın salondan çıkarılmasına yönelik bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İhtihatlarda, tanığın, ebeveynlik veya sair akrabalık gibi nedenlerle psikolojik olarak kırılma ve etkilenmeye açık olduğu hallerde, bu kimselerin ifadelerinin sağlıklı bir şekilde alınmasının mahkeme başkanı veya hakimin görevi olduğu, ancak bu gibi hallerde, hatta sanık başka kimselerin ifadelerinin alınması sırasında suiniyetini ortaya koyan davranışlarda bulunmuş olsa bile hakimin, sanığın disiplin nedeniyle zorla dışarı çıkarılmasını öngören 475.maddeyi tatbik edemeyeceği kabul edilmektedir. Zira bu hükmün bir önleyici koruma mekanizması sunmadığı, aksine yalnızca sanığın disiplini bozan bir fiiline mukabele ettiği, bu nedenle bir duruşma işleminin zaten tehlikeye girdiği bir ihtimalde uygulanabileceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu halde hakimin, tanığın ifadesinin sağlıklı bir şekilde alınmasını temin etme görevini başka araçlarla sağlaması gerekmektedir. Bu kapsamda mahkeme örneğin tanığın ses ve görüntü aktaran aletlerle duruşma salonunda bulunmaksızın ifadesinin alınmasına hükmedebilir. Bu suretle hem delillerin sağlıklı bir şekilde ortaya konulması sağlanırken hem de sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı güvence altına alınmış olur. Bkz *Trib Milano, 17 Ottobre 2002, Foro Ambros, 2003, 73'* den nakleden Lattanzi e Lupu (n 53) VI 39.

¹⁹⁵ Yurtcan *CMK Şerhi* (n 3) 867; Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 728; Yenisey (n 3) 102; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 76-77; Şahin ve Göktürk (n 3) 179; Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 131; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1440; Centel ve Zafer (n 2) 736; Donay (n 3) 355; Gökce, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 3) 97; Özbek ve Doğan (n 3) 802; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 122; Aruç ve Elmas (n 3) 132.

¹⁹⁶ Centel ve Zafer (n 2) 734.

¹⁹⁷ *Ünver/Hakeri*, madde hükmünün sadece gerçeğin söylenmeyeceği endişesine odaklı düzenlenmesinin ve ayrıca sorulara eksik cevap verilmesi veya gerçeğe birlikte gerçekdışı bilgilerin de açıklanması gibi hallerin düzenlenmesinin hatalı olduğu kanaatinde. Yazarlara göre "konu, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ile doğrudan doğruya ilişkili olduğundan, keyfi olarak ve çok geniş bir biçimde kıyasla gidilmesi sakıncalı olacaktır. Buradaki hüküm, sevk amacıyla örtüşmemektedir ve amacı tamamiyle karşılayacak bir hüküm olmaktan uzaktır. O nedenle, olması gereken hukuk açısından, madde metninin değiştirilerek gerçeğe aykırı bilgi vermek dışında, sorguya gölge düşüren, eksik bilgi verilmesi gibi halleri de kapsayacak biçimde madde metnindeki yetkinin genişletilmesi gerekmektedir" Ünver ve Hakeri (n 1) III 1440.

¹⁹⁸ Centel ve Zafer (n 2) 734.

¹⁹⁹ Taner (n 11) 323.

varlığı, sanığın huzurunda gerçeğin söylenmeyeceği konusunda endişe doğmasına sebebiyet verebilecektir. Ancak bunun için anılan bu işlemin, amaç açısından zorunlu olması da aranacaktır²⁰⁰. Bu şekilde hayatın olağan akışı içinde objektif olarak bu endişeyi doğurmaya sebebiyet veremeyecek hususlara dayanılarak yahut bu yönde bir zorunluluk olmamasına rağmen, herhangi somut bir gerekçe göstermeksizin alınan, basmakalıp ifadelerle kanun hükmünün tekrarı ibaret kararların CMK m 200/1 hükmüne aykırı olacağı ve sanığın savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracağı açıktır²⁰¹.

Sanığın CMK m 200/1 hükmüne istinaden duruşmadan çıkarılabilmesi kanunun ifadesi ile yalnızca “*sorgu ve dinleme sırasında o sanığın mahkeme salonundan çıkarılması*” ile sınırlıdır²⁰². Bu çerçevede sanık yalnızca suç ortağının sorguya çekilmesi veya tanıkların dinlenmesi sırasında duruşma salonundan çıkarılabilecek²⁰³ ve bu işlemin icrasından evvel (örneğin sanığın duruşma salondan çıkarılması istendiğinde buna dair görüşlerin dinlendiği aşamada) veya hitamından sonra duruşma, sanığın yokluğunda yapılamayacaktır²⁰⁴. Bu nedenle sorgu ve dinleme bittikten sonra sanık tekrar salona alınacak ve CMK m 200/2’ye göre yokluğunda yapılan sorgu ve dinlemeye ilişkin tutanaklar okunacak ve gerektiğinde içeriği sanığa anlatılacaktır.

Doktrinde, bu hükmün uygulanabilmesi açısından mahkemenin, sanığın dışarıya çıkartılmasına karar verebileceği gibi bunu herhangi bir şekle tabi olmadan sözle de yapabileceği ifade edilmiş²⁰⁵ ise de kanunda açıkça “...*sanığın mahkeme salonundan çıkarılmasına karar verebilir*” ifadesine yer verildiğinden, bizce mahkeme, CMK’nın karara ilişkin hükümleri çerçevesinde bu hususta yazılı bir karar verecektir (CMK

²⁰⁰ Centel ve Zafer (n 2) 734-735, Taner (n 11) 322-323.

²⁰¹ Taner (n 11) 323.

²⁰² Sanığın duruşmadan maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla çıkarılması ile birazdan inceleyeceğimiz “disiplin” nedeniyle çıkarılması hem amaçları hem koşulları hem de sonuçları itibarıyla birbirinden oldukça farklıdır. Yargıtay 4 Ceza Dairesi bir kararında, CMK m 200’ün koşulları oluşmasına rağmen CMK m 204’e göre sanığın dışarı çıkarılmasını bozma nedeni olarak kabul etmiştir. Yargıtay 4 CD, 29353/6573, 11.3.2013: “Olayın mağduru ve aynı zamanda tek tanığı olan A.’ın, aynı duruşmada eşi olan sanığın yanında rahat ifade veremeyeceği kanaatiyle sanığın duruşma salonu dışına çıkarılmasına karar verilirken, CMK’nın 200. maddesi yerine, davranışları nedeniyle, hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağına dair herhangi bir kanıt olmadığı halde CMK’nın 204 üncü maddesinin uygulanması (...) yasaya aykır”, www.corpus.com.tr, erişim tarihi 9 Kasım 2019.

²⁰³ Doktrinde, burada belirtilmesine rağmen bilirkişi veya müşteki ya da müdahilin dinlenmesi bakımından da bu hükmün kıyasen (Özbek ve Doğan [n 3] 802) yahut amaçsal yorum yöntemiyle uygulanabileceği (Özen [n 3] 986) ileri sürülmüş ise de söz konusu bu hükmün savunma hakkı yönünden sınırlandırıcı mahiyeti nazara alındığında, kıyasa konu olabilmesi bizce mümkün değildir. Yine istisna hükmünün uygulama alanının, “amaçsal yorum” gerekçesiyle bu şekilde genişletilmesi de nihayetinde kıyas mahiyetinde olacaktır. Oysa ceza muhakemesinde sınırlayıcı hükümler ve istisnai hükümler kıyasa konu olamaz bkz Centel ve Zafer (n 2) 51-52; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 37; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 104; Şahin ve Göktürk (n 3) I 45; Ünver ve Hakeri (n 1) I 79; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 84. Bu nedenle bu hüküm ancak suç ortaklarının veya tanığın dinlenmesi açısından tatbik edilebilecek, duruşmada dinlenen diğer kişiler açısından sanık bu hükmüne dayalı olarak dışarı çıkarılamayacaktır (bilirkişilerin dinlenmesinde bu hükmün uygulanamayacağı yönünde bkz Taşdemir ve Özkepir [n 40] 828). Bu duruma, yalnızca mağdurun “tanık olarak” dinlenmesi olasılığı istisna edilebilir. Zira kanun mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde yemin hariç tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulanacağını öngörmüştür (CMK m 236/1). Dolayısıyla bu istisna kıyas yoluyla değil, bizzat kanunun açık atfı nedeniyle söz konusu olmaktadır.

²⁰⁴ Bkz Yurtcan *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 3) 477.

²⁰⁵ Centel ve Zafer (n 2) 737.

m 33-35). Dikkat edilirse burada kanun, sanığın çıkartılması yetkisini mahkeme başkanına değil, bizatihi mahkemeye verdiğinden, heyet halinde yapılan bir yargılamada mahkemece heyet olarak karar verilmesi şarttır²⁰⁶. Bu gerçek karşısında mahkemenin sözle sanığı dışarı çıkarabilmesinin kabulü bizce olanaksızdır.

Kanunda, mahkemece sanığın *sorgu ve dinleme sırasında* dışarı çıkarılmasına karar verilmesinden söz edilmiş ise de bunun mutlaka tüm sorgu veya tüm dinlemeyi kapsamı şart değildir. Mahkemenin, tanığa veya diğer sanıklara yöneltilecek tek bir soru²⁰⁷ veya birden fazla soru için ya da dinlemenin belirli bir konudaki bir bölümü için sanığın duruşma salonundan çıkarılmasına karar vermesine bir engel yoktur²⁰⁸.

2. Hazır Bulunmasının, Duruşmanın Düzenli Olarak Yürütülmesini Tehlikeye Sokacağıın Anlaşılması Nedeniyle Sanığın Duruşmadan Çıkarılması

Duruşmada hazır bulunan ve duruşmadan ayrılma iradesi de bulunmayan sanığın duruşma salonundan çıkarılması, duruşmanın düzen ve disiplini nedeniyle de cari olabilir²⁰⁹. Ceza yargılamasında duruşma evresinin gösterdiği özel önem, kanun koyucuyu, duruşmanın düzenli ve belirli bir disiplin içinde yürütülebilmesi açısından özel hükümler sevk etmeye yöneltmiştir. Nitekim CMK m 203, duruşmanın düzeninin mahkeme başkanı veya hakim tarafından sağlanacağını hükme bağladığı gibi mahkeme başkanı veya hakime, duruşmanın düzenini bozan kişinin salonundan çıkarılmasını emretme yetkisi de vermiştir²¹⁰. Duruşma düzenini sanığın bozması hali ise CMK m

²⁰⁶ Özbek ve Doğan (n 3) 802.

²⁰⁷ Centel ve Zafer (n 2) 736.

²⁰⁸ Sanığın CMK m 200/1 hükmüne istinaden duruşmadan çıkarılabilesini, daha genel mahiyette olan “tanıklık konusu bilgilerin devlet sırrı niteliği taşıması” hali ile karıştırmamak gerekir (bu konuda bkz Centel ve Zafer [n 2] 273). Zira (yalnızca hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanabilecek mahiyette olan) CMK m 43/2 hükmüne göre bu halde “*tanık, sadece mahkeme hakimi veya heyeti tarafından zabıt katibi dahi olmaksızın dinlenir. Hakim veya mahkeme başkanı, daha sonra, bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçta açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir*”. Bu halde esasen tanığın dinlenmesi, hakim veya mahkeme heyeti hariç, hazır bulunma hakkı bulunan ve hatta hazır bulunması kanuni zorunluluk olan tüm süjelerin yokluğunda cari olacağından, sanığın yokluğunda duruşmadan farklıdır. Bkz ve krş Karakehya *Ceza Muhakemesi Hukuku* (n 15) 528.

²⁰⁹ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 77; Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 716; Yenisey (n 3) 100; Soyaslan (n 3) 539; Özbek ve Doğan (n 3) 817.

²¹⁰ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu (n 51) 491; Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 716; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1446; Centel ve Zafer (n 2) 738; Özbek ve Doğan (n 3) 815; Soyaslan (n 3) 538-539; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 592.

204'te özel olarak düzenlenmiş²¹¹ ve “davranışları nedeniyle, hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşıldığında sanık, duruşma salonundan çıkarılır” hükmüne yer verilmiştir²¹². Buna göre eğer sanık, sergilediği davranışlarıyla duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokarsa, duruşma salonundan çıkarılacaktır²¹³. Kanun, sanığın ne tür davranışlarıyla duruşma düzenini tehlikeye sokmuş sayılacağına dair herhangi bir ibareye yer vermemiştir. Bu nedenle objektif olarak duruşmanın, kanunun öngördüğü düzen içinde yürütülmesini tehlikeye sokabilecek her türlü davranış, bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Sanığın duruşmada hazır bulunması kural olduğuna göre mahkeme ancak sanığın davranışlarının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini açık bir biçimde tehlikeye düşürmesi halinde bu hükmü tatbik etmelidir²¹⁴. Burada sanığın dışarı çıkarılabilmesi için mutlaka bir “davranışının” bulunması gerektiğine dikkat etmek gerekmektedir. Bu nedenle duruşma düzeni açısından tehlike doğurabilecek nitelikte herhangi bir davranışta bulunmayan sanığı, başkaca herhangi bir gerekçe ile duruşmadan çıkarmak savunma hakkının ihlali

²¹¹ Belirtilim ki *Centel/Zafer*, sanığın duruşma düzenini bozması halinde de CMK m 203'e göre dışarı çıkarılabileceğini, CMK m 204'ün ise sanığın henüz duruşmanın düzenini bozmadıkça birlikte, hazır bulunduğu duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağına anlaşılmaması halinde tatbik edilebilecek bir hüküm olduğunu belirtmektedirler. Bkz *Centel ve Zafer* (n 2) 738. CMK m 203'ün, sanığın duruşma disiplinini bozması halinde de tatbik edilebileceğini belirterek aynı yönde bkz *Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır* (n 3) 97. CMK m 203/2'de “...duruşmanın düzenini bozan kişinin...” ifadesine yer verilerek genel ve kapsayıcı bir ifade kullanılması ve yine aynı maddede “savunma hakkının kullanılmasını engellemek koşuluyla” ifadesine yer verilmesi, ilk etapta sanığın da bu madde kapsamında sayılabileceğini düşündürmekte ise de CMK m 204'ün başlığının “Sanığın dışarı çıkarılması” şeklinde olması, bu maddede dışarı çıkarılan sanığa zorunlu olarak bir müdafinin tayin edilmesinin öngörülmesi ve fakat CMK m 203'te böyle bir hükme yer verilmemesi ve CMK m 203'ün gerekçesinde örnekleme yapılırken “...dinleyici, tanık, bilirkişi, katılan, malen sorumlu...” ifadelerine yer verilmesi karşısında bizce CMK m 203'de sanık dışındaki kişilerin kastedildiğini kabul etmek daha isabetli olacaktır. Bu durumda anılan maddedeki “savunma hakkının kullanılmasını engellemek koşuluyla” ifadesi ile de “müdafinin” salonundan çıkarılmasına atıf yapıldığı kabul edilecektir. Esasen CMK m 204, sanığın henüz duruşmanın düzenini bozmasına rağmen davranışları nedeniyle hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağına anlaşılmaması halinde dahi çıkarılmasına cevaz vermekte olduğundan, sanığın duruşma düzenini doğrudan bozduğunda artık bu hükmün evleviyetle uygulanacağından şüphe yoktur.

²¹² AİCMK para 231b'ye göre “Sanık düzene aykırı davranışları dolayısıyla duruşma salonundan uzaklaştırılır veya tutuklanırsa mahkeme sanığın daha sonra hazır bulunmasını gerekli görmezse ve hazır bulunması duruşmanın gidişatını önemli şekilde tehlikeye düşürerse sanığın yokluğunda duruşma yapılabilir. Sanığa her halde iddia hakkında beyanda bulunma imkanı verilir” Yenisey ve Oktar (n 1) 312. Bu konuda bkz *Schroeder ve Verrel* (n 6) 188; *Bohlander* (n 53) 117; *Elberling* (n 9) 39. Benzeri bir hükme İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre “uyarılmasına rağmen, duruşmanın düzenli yürütülmesine engel olacak şekilde davranmakta ısrar eden sanıklar, mahkeme başkanının emriyle duruşma salonundan çıkarılabilir” (İtCMK m 475/1). Bu halde sanık duruşmada bulunuyor varsayılar ve müdafisi tarafından temsil edilir. Mahkeme başkanı, çıkarılmasına karar verilen sanığı bilahare yeniden duruşma salonuna alabilir. Bu ihtimalde, eğer sanığın yeniden çıkarılması gerekli olursa, mahkemece sanığın yeniden çıkarılmasına karar verilebileceği gibi tarafların sorgulanması ve son sözünün sorulması açısından sanığın duruşmada bulunması halleri hariç, duruşmanın devamına katılmaktan tümüyle yasaklanmasına da karar verilebilir (İtCMK m 475/2-3) bkz *Lattanzi e Lupo* (n 53) VI 38; *D'onofrio e Caltabiano* (n 53) 98-99; *Aprile e Silvestri* (n 53) 173. Bu son ihtimalde verilen yasaklama kararına karşın, belirtilen aykırı haller haricinde de eğer keşif, yüzleştirme gibi işlemler için sanığın duruşmada bulunmasına ihtiyaç hasıl olursa, sanığın duruşma salonuna geçici olarak alınabileceği kabul edilmektedir. *Lattanzi e Lupo* (n 53) VI 38-39; *Aprile e Silvestri* (n 53) 173.

²¹³ *Schroeder ve Verrel* (n 6) 188; *Elberling* (n 9) 39; *Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu* (n 51) 491; *Yenisey ve Nuhoğlu* (n 1) 717; *Centel ve Zafer* (n 2) 739; *Soyaslan* (n 3) 539; *Özbek ve Doğan* (n 3) 817; *Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe* (n 2) 593; *Artuç ve Elmas* (n 3) 133.

²¹⁴ *Ünver ve Hakeri* (n 1) III 1447.

mahiyetinde olacaktır²¹⁵. Ancak kanun, bu hükmün tatbiki için sanığın davranışlarının duruşma düzenini bozmasını yani artık duruşmanın belirli bir düzenle yürütülemeyecek hale gelmesini aramamış, yalnızca bu davranışların, “sanığın hazır bulunmasının artık duruşma düzenini tehlikeye sokacağı” konusunda bir kamu oluşturmasını yeterli görmüştür. Bu nedenle mahkeme, sanığın somut davranışlarının, hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı kanaatine varmakla, sanığın dışarı çıkarılmasına karar verebilecektir. Dikkat edilirse kanun “*tehlikeye sokacağı anlaşıldığında...*” ibaresine yer vererek sanığın davranışlarının, duruşmanın düzen ve disiplininin tehlikeye sokacağına anlaşıldığını şart koşmuştur, bu nedenle bu hususta yalnızca bir şüphenin var olması yeterli değildir²¹⁶. Mahkemenin, bu hükme göre sanığı dışarı çıkarabilmesi için hangi davranışlarda bulunduğunu somut olarak tespit ederek denetime elverişli olacak şekilde kararında belirtmesi ve bu davranışın, hangi gerekçe ile “sanığın hazır bulunmasının duruşmanın düzenli şekilde yürütülmesini tehlikeye sokacağı endişesi doğurduğunu” ortaya koyabilmesi gerekmektedir. Yalnızca kanun normunun tekrarı mahiyetinde basmakalıp ifadelerle alınan bir kararla sanığın dışarı çıkarılması, bu yönüyle hukuka uygun olmayacaktır²¹⁷.

Duruşma düzen ve disiplininin sağlama görevi, her ne kadar mahkeme başkanı veya hakime verilmiş ve yine duruşma disiplininin bozan kimselerin duruşma salonundan çıkarılmasını mahkeme başkanı veya hakimin emredeceği hükme bağlanmış²¹⁸ ise de CMK m 204 gereğince sanığın duruşma salonundan çıkarılması konusunda yetkili makam olarak mahkeme başkanı veya hakim zikredilmemiş²¹⁹ aksine maddenin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde “*Mahkeme, sanığın duruşmada hazır bulunmasını dosyanın durumuna göre savunması bakımından zorunlu görmezse, oturumu yokluğunda sürdürür ve bitirir*” hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle sanığın duruşmadan çıkarılmasına, birden fazla hakimin duruşmaya katıldığı mahkemelerde mahkeme başkanı değil heyet halinde mahkeme karar verecektir²²⁰.

²¹⁵ İtCMK m 475'e göre sanığın duruşma salonundan çıkarılabilmesi için “*uyarılmasına rağmen*”, duruşmanın düzenli yürütülmesine engel olacak şekilde davranmakta ısrar etmesi gerekmektedir bkz Lattanzi e Lupo (n 53) VI 38; Aprile e Silvestri (n 53) 173. Bu şekilde bir ibareye bizim kanunumuzda yer verilmemiştir. Bu nedenle sanığın, mahkemenin düzenini bozan davranışta bulunması halinde mahkeme tarafından uyarılması şart değildir. Ancak bizce, sanığın duruşma düzen ve disiplinine yabancı olması nedeniyle kendisine söz verilmeden konuşması, usule aykırı şekilde itirazda bulunması yahut tanığa doğrudan soru sormaya çalışması gibi münferit şekilde karşılaşılan hususlar, bu hükmün uygulanması için کافی kabul edilmemelidir. Bu gibi durumlarda mahkeme, duruşmanın düzen ve disiplininin sağlama açısından sanığı uymalı ve bu davranışın tekrarının sonuçlarını kendisine bildirmelidir. Söz konusu bu gibi davranışlar eğer ısrarlı bir şekilde tekrarlanmakta ise ya da sanık en baştan mahkemenin düzen ve disiplininin tanımadığını gösterecek davranışlarda bulunursa ancak o durumda CMK m 204'e göre sanığın duruşma salonundan çıkarılabilmesi gündeme gelebilecektir. Bu konuda bkz Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 717.

²¹⁶ Ünver ve Hakeri (n 1) III 1447.

²¹⁷ “Bu yetkinin çok dikkatle, somut veriye dayalı ve sıradan tartışmalar ve itirazlar üzerine mahkeme veya mahkeme başkanının yetki, güç veya saygınlığını veyahut otoritesini göstermek veya sağlamak için değil, gerçekten duruşmanın düzeninin bozulmasını önlemek ve duruşmanın gerektiği biçimde düzenli icrasını temin için kullanılması gerekmektedir” Ünver ve Hakeri (n 1) III 1447.

²¹⁸ Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 716-717; Şahin ve Göktürk (n 37) II 129; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 77; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 592.

²¹⁹ Krş Kunter, Yenisey ve Nuhoglu (n 51) 491. Örneğin İtCMK m 475'de bu yetkinin mahkeme başkanında olduğu açıkça hükme bağlanmıştır bkz Lattanzi e Lupo (n 53) VI 38.

²²⁰ Aynı yönde görüş için bkz Şahin ve Göktürk (n 37) II 130; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1446.

Mahkeme, davranışları nedeniyle hazır bulunmasının, duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşılan sanığı, kural olarak bilahare yeniden oturuma alacaktır²²¹. Elbette bu durum, söz konusu tehlikenin devam etmesinin anlaşılması durumunda sanığın yeniden duruşmadan çıkarılabilesine engel değildir. CMK m 204/1-son cümle'ye göre “*oturuma yeniden alınmasına karar verilen sanığa, yokluğunda yapılan işlemler açıklanır*”. Bu suretle sanığa, bu işlemlere ve içeriklerine karşı beyanda bulunma hakkı tanınacaktır²²².

Mahkeme bazı hallerde sanığın yokluğunda da oturumu bitirebilecektir. Nitekim CMK m 204/1, c-2'ye göre “*Mahkeme, sanığın duruşmada hazır bulunmasını dosyanın durumuna göre savunması bakımından zorunlu görmezse, oturumu yokluğunda sürdürür ve bitirir*”. Buna göre mahkeme duruşmadan çıkardığı sanığın, duruşmanın bundan sonraki aşamalarında hazır bulunmasını dosyanın durumuna göre²²³ savunması bakımından zorunlu görmezse, oturumu yokluğunda sürdürerek bitirebilecektir²²⁴. Kanun bu halde eğer sanığın bir müdafii yoksa, mahkemenin barodan bir müdafii görevlendirilmesini isteyeceğini hükme bağlayarak bu hükmün tatbikine özel bir zorunlu müdafilik hali kabul etmiştir²²⁵.

F. Yargıtay'ın Bozma Kararı Üzerine Davaya Yeniden Bakılması Aşamasında Sanığa Tebligat Yapılmaması veya Sanığın Davete Rağmen Gelmemesi Nedeniyle Duruşmanın Sanığın Yokluğunda Yapılması

Temyiz incelemesi neticesinde hükmün Yargıtay tarafından bozulması ve ilk derece mahkemesine gönderilmesi (CMK m.304/2-a veya b ve 4) halinde dava, bu mahkemece yeniden görülecektir. Bu aşamada davaya yeniden bakacak mahkemenin bozmaya uyma ya da direnme yönünde karar vermeden evvel “ilgililere bozmaya

²²¹ Lattanzi e Lupo (n 53) VI 38; Aprile e Silvestri (n 53), 173; Elberling (n 9) 39. Bkz ve krş Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 717.

²²² Lattanzi e Lupo (n 53) VI 38; Aprile e Silvestri (n 53), 173; Elberling (n 9) 39; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1447; Soyaslan (n 3) 539.

²²³ Burada mahkeme sanığın savunması açısından kendisinin duruşmada bulunmasının zaruri olup olmadığını değerlendirecektir. Kanun bu noktada tek kıstas olarak “*dosyanın durumunu*” göstermiştir. Ancak sanığın hazır bulunmasının savunması yönünden zorunlu olup olmadığını, mahkemenin mevcut dosyanın durumuna göre belirlemesi bizzat doğru bir yaklaşım değildir. Zira sanığın hazır bulunması maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, sanığın her aşamada etkin savunma imkânlarından yararlanması ve delillerin yüzüzeliliği ilkesi çerçevesinde kabul edilen bir kural olup sanık hazır bulunması ile zaten “*dosyanın durumunun değişebilmesi*” ihtimali nazara alınmaktadır. İkincisi “*dosyanın durumu*” ile neyin kastedildiği “*hangi durumdaki bir dosyanın*” hükmün uygulanmasına cevaz vereceği de belirli değildir. Ayrıca kanunun kabul ettiği “*zorunluluk*” açısından da nasıl bir değerlendirme yönteminin belirleneceği açık değildir.

²²⁴ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu (n 51) 491; Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 717; Centel ve Zafer (n 2) 739; Ünver ve Hakeri (n 1) II 1447; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 593. Benzer bir imkana İtalyan CMK'sı da yer vermektedir. Buna göre çıkarıldıktan sonra yeniden duruşma salonuna alınan sanık açısından, yeniden çıkarılmasını gerektiren bir durum nasıl olursa, tarafların sorgulanması ve son sözünün sorulması açısından sanığın duruşmada bulunması hali hariç, duruşmanın devamına katılmaktan tümüyle yasaklanmasına da karar verilebilir (İtCMK m 475), bkz Lattanzi e Lupo (n 53) VI 38). Bu halde sanığın duruşmaya katılması geçici olarak değil sürekli olarak engellenmektedir. Bkz D'onofrio e Caltabiano (n 53) 98. Bu haliyle kanun, “*aşamalı*” bir çıkarma işlemleri silsilesi kabul etmiştir: sanık evvela uyarılacak, buna rağmen duruşma düzenini bozmakta ısrar ederse geçici olarak duruşmadan çıkarılacak, salona yeniden alınması ihtimalinde düzeni bozucu davranışlarına devam ederse –istisnalar hariç– duruşmalara katılmaktan yasaklanabilecektir. Aprile e Silvestri (n 53), 173.

²²⁵ Yenisey ve Nuhoglu (n 1) 717; Özbek ve Doğan (n 3) 817; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 593; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1447; Centel ve Zafer (n 2) 738; Soyaslan (n 3) 539.

karşı diyeceklerini sorması” gerekmektedir (CMK m 307/1)²²⁶. Ancak sanık, müdafii, katılan ve vekilinin dosyada varolan adreslerine davetiye tebliğ olunamaması veya davetiye tebliğ olunmasına rağmen duruşmaya gelmemeleri nedeniyle bozmaya karşı beyanları saptanmamış olsa da duruşmaya devam edilerek dava yokluklarında bitirilebilecektir (CMK m 307/1)²²⁷. İşte bu ihtimalin gerçekleşmesi halinde, davaya yeniden bakacak mahkeme, bozma kararından sonra yapacağı yargılamada kural olarak sanığın yokluğunda duruşma yapabilecek ve hükmü de sanığın yokluğunda verebilecektir²²⁸. Kanun sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi için ya sanığa yapılan tebligata rağmen duruşmaya gelmemesini ya da kendisinin veya müdafininin dosyada var olan adreslerine tebligatın yapılamamasını şart olarak kabul etmiştir²²⁹. Sanığın davetiyeye rağmen duruşmaya gelmemesi açısından, delillerin yokluğunda ortaya konulmasına ilişkin yukarıdaki açıklamalarımız burası için de geçerlidir. Ancak dikkat edilirse kanun burada, sanığın gelmemesinin “mazeretsiz olmasını” aramamıştır. Ancak bunun bir ifade biçimi tercihi olduğunu kabul etmemiz gerekmektedir; zira mazereti nedeniyle duruşmayı kaçırarak sanığın, eski hale iade istemesi noktasında, bozma sonrasındaki yargılama bir istisna teşkil etmemektedir. Sanığın dosyada var olan adresine, tebligatın yapılamaması ise sanığın daha önceden mahkemeye bildirdiği adrese ilgili mevzuata göre tebligat yapılamaması halinde cari olabilecektir²³⁰. Her iki ihtimalde de kanun, mahkemeye, sanığın yokluğunda bozma kararına uyma ya da direnme yönünde karar verme ve buna göre duruşmaya devam etme ya da sonlandırma yetkisi vermektedir. Ancak, yine aynı fıkraya göre verilecek ceza, bozmaya konu olan cezadan daha ağır ise, sanığın her halde dinlenmesi gerekecektir²³¹. Burada Yargıtay’ın bozma kararının içeriğine göre bir değerlendirme yapmak gerekmektedir, nihayetinde mahkemenin eski kararında direnecek olması da ilk etapta bu hükmün uygulanmasına engel değildir²³².

²²⁶ M Ruhan Erdem, Candide Şentürk *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları* (1. Bası, Seçkin 2018) 232-233; Centel ve Zafer (n 2) 849; Şahin ve Göktürk (n 37) II 276; Soyaslan (n 3) 599; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1980; Aksan (n 37) 180.

²²⁷ Aynı şekilde bu ihtimali de sanığın yokluğunda duruşma halleri arasında sayan bkz Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 132.

²²⁸ Centel ve Zafer (n 2) 849; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1980; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 771.

²²⁹ Soyaslan (n 3) 599; Şahin ve Göktürk (n 37) II 276; Erdem ve Şentürk (n 230) 233.

²³⁰ Bkz Erdem ve Şentürk (n 230) 234.

²³¹ Soyaslan (n 3) 599; Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 372; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 771; Şahin ve Göktürk (n 37) II 276; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1980-1981; Centel ve Zafer (n 2) 869.

²³² Bkz ve krş Erdem ve Şentürk (n 230) 233; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 771; Özen (n 3) 1159.

Buna göre Yargıtay'ın bozma kararının içeriğine göre karara uyulması durumunda sanığa daha evvelden verileden daha ağır bir ceza verilmesi ihtimalinin söz konusu olduğu, yani bozmanın sanık aleyhine olduğu her durumda²³³ sanığın bozmaya karşı diyecekleri noktasında mutlaka dinlenmesi gerekmektedir; yokluğunda inceleme yapılamaz²³⁴.

IV. Sanığın Yokluğunda Duruşmanın Hüküm ve Sonuçları

A. Sanığın Yokluğunda Duruşmanın Yürütülmesi

Sanığın yokluğunda duruşma yapılmasına cevaz verilen hallerde kural olarak tüm usul işlemleri sanık duruşmada hazır bulunuyormuş gibi icra edilecek ancak – kanunun, sanığın yokluğunda hüküm kurulmasına cevaz verdiği haller hariç- sorgusu yapılmamış sanık hakkında hüküm kurulamayacaktır. Bu çerçevede, CMK m 206/1, c-2 gereğince usulüne uygun olarak çağrılıp da herhangi bir mazeret göstermeksizin hazır bulunmayan sanık hakkında kanun “delillerin ortaya konulabileceğini” kabul etmiş olduğundan, mahkeme CMK m 206 vd hükümlerine göre delillerin ortaya konulmasına geçebilecek, bu çerçevede delil olarak kullanılabilir belge ve yazıları okuyabilecek, tanık dinleyebilecek²³⁵, duruşma salonunda örneğin bir

²³³ Nitekim *Şahin/Göktürk*'e göre davanın davetiyeye rağmen gelmeyen sanığın yokluğunda bitirilmesine ilişkin hüküm “lehe bozma ile ilgilidir. Örneğin sanık bakımından lehe temyiz halinde ya da aleyhe temyiz olsa dahi hüküm lehe bozulduğunda, davaya yeniden bakacak olan mahkemenin davetine rağmen duruşmaya gelmeyen sanığın veya diğer ilgililerin yeniden dinlenmesi gerekmemektedir. Buna karşılık, bozmanın aleyhe olması halinde sanık bakımından dinlenme zorunluluğu bulunmaktadır” Şahin ve Göktürk (n 37) II 276.

²³⁴ Erdem ve Şentürk (n 230) 236. Yargıtay da hükmü bu şekilde yorumlamaktadır. Nitekim Ceza Genel Kurulu verdiği bir kararında, Yargıtay özel dairesinin sanığın aleyhine bozma kararına rağmen daha önce verdiği beraat kararında direnen yerel mahkemenin, bu direnme hükmünü sanığın yokluğunda vermesini bozma nedeni olarak kabul etmiştir. Yargıtay CGK, 14-668/108, 14.4.2015: “Yerel mahkemece, sanığın aleyhine olan bozma kararından sonra yapılan yargılamada, sanık adına çıkarılan meşruhatlı davetiyenin adres kayıt sistemindeki adresine tebliğ edildiği, ancak sanığın duruşmaya katılmadığı, bu şekilde sanığın aleyhine olan bozma kararına karşı diyecekleri sorulmadan önceki hükümde direnilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. 1412 sayılı CMUK'nun (...) halen yürürlükte bulunan 326/2 nci maddesine göre, hükmün aleyhe bozulması halinde davaya yeniden bakacak mahkemece, sanıktan bozmaya karşı diyeceğinin sorulması zorunlu olup aynı kurala 5271 sayılı CMK'nun 307/2 nci maddesinde de yer verilmiştir. Anılan bu kanun hükümleri uyarınca sanığa, bozmada belirtilen ve aleyhinde sonuç doğurabilecek olan hususlarda beyanda bulunma, kendisini savunma ve bu konudaki delillerini sunma imkanı tanınmalıdır. Bu düzenleme, savunma hakkının sınırlanamayacağı ilkesine dayandığından, uyulmasında zorunluluk bulunan emredici kurallardandır. Bu zorunluluk beraat hükmünde direnilmesi halinde de geçerlidir. Zira Ceza Genel Kurulunca yapılacak inceleme sonucunda Özel Dairenin aleyhe bozması isabetli bulunup yerel mahkeme hükmünün bozulması mümkündür. 1412 sayılı CMUK'nun (...) halen yürürlükte bulunan 326/3 üncü maddesi uyarınca ısrar üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulunca verilen kararlara uymak mecburidir. Bu durumda sanıktan aleyhe bozmaya karşı diyeceği sorulmadan beraat hükmünde direnilebileceğinin kabulü savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurabilecektir. Savunma hakkı sanığın vazgeçilmez ve en önemli hakkı olup bu hakkın sınırlanması 1412 sayılı CMUK'nun 308/8 maddesi uyarınca mutlaka bozma nedenidir. Nitekim Ceza Genel Kurulunun duraksamasız uygulamalarda ısrar edilen önceki hüküm beraat dahi olsa sanıktan aleyhe bozmaya karşı diyecekleri sorulmadan direnme kararı verilemeyeceği yönünde bulunmaktadır. Bu açıklamalar ışığında ön soruna ilişkin olarak yapılan değerlendirmede; Yerel mahkeme hükmünün Özel Daire tarafından aleyhine bozulması nedeniyle bozmaya karşı sanığın beyanının alınması gerektiği gözetilmeden, yargılamaya devam olunarak yokluğunda direnme kararı verilmesi 1412 sayılı CMUK'nun 5320 s Kanununun 8 inci maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 326/2 nci maddesine aykırıdır.” www.corpus.com.tr, erişim tarihi 4 Kasım 2019.

²³⁵ Taşdemir ve Özkepir (n 40) 844.

video görüntüsünün izlenmesi şeklinde keşif ve muayene yapabilecektir^{236,237}. Mağdurun tanık olarak dinlenmesi de tanıkların dinlenmesine ilişkin hükümlere tabi olduğundan (CMK m 234) mağduru da dinleyebilecektir²³⁸. Keza birden fazla sanığın yargıldığı davalarda sanıklardan birinin mazeretsiz olarak gelmemesi, diğer sanıkların sorgusuna da engel değildir. Bu nedenle birden fazla sanıktan herhangi birinin gelmemesi durumunda diğer sanıkların sorgusu yapılabilir²³⁹.

Kanun, yokluğunda ortaya konulan delillerle ilgili olarak sanık hazır edildiğinde bu işlemlerin kendisine bildirileceğini hükme bağlamıştır²⁴⁰. Nitekim CMK m 206/1-son cümleye göre “*ortaya konulan deliller, sonradan gelen sanığa bildirilir*”. Sanığın yokluğunda ve fakat müdafinin hazır bulunduğu bir oturumda deliller ortaya konulmuş bile olsa, sonradan gelen sanığa yine de bu deliller bildirilecek ve diyecekleri sorulacaktır²⁴¹. Burada kanun, duruşmaya bilahare iştirak eden sanığa “ortaya konulan delillerin bildirileceğini” ifade etmiş ancak delillerin ortaya konulması işleminin

²³⁶ Bu halde sanık sorgusu yapılmaksızın duruşma bitirilemeyecek ise de “tüm muhakeme işlemlerinin yapılabilmesi” yönünde bkz Ünver ve Hakeri (n 1) III 1429.

²³⁷ Bu noktada önemli bir sorun, sanığın yokluğunda delillerin tartışılması aşamasına geçilip geçilemeyeceğidir. Esasen kanun CMK m 215’de “*Suç ortağının, tanığın veya bilirkişinin dinlenmesinden ve herhangi bir belgenin okunmasından sonra bunlara karşı bir diyecekleri olup olmadığı katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafine sorulur*” hükmüne yer vermiş olup tanığın veya bilirkişinin dinlenmesi ve herhangi bir belgenin okunması sonrasında hazır bulunan taraflara diyeceklerinin sorulması işleminin, delillerin ortaya konulmasının doğal bir parçası olduğu görülmektedir (aynı yönde bkz Centel ve Zafer [n 2] 739). Esasen kanun da -uygulamada genellikle yapıldığının aksine- “tanığın veya bilirkişinin dinlenmesinden ve herhangi bir belgenin okunmasından” bahsederek ortaya konulan her bir delil açısından ayrı ayrı söz verilmesini öngördüğünden, farklı bir şekilde düşünmeye olanak bulunmamaktadır. Nitekim Centel/Zafer de bu hükmün “delillerin tartışılmasına olanak tanıdığı” kanaatinde dir bkz Centel ve Zafer (n 2) 732. Ancak okuma veya dinleme sonrasında *diyeceklerin sorulması*, ortaya konulan delillerin bütün olarak tartışılmasını ifade eden *delillerin tartışılmasından* farklıdır (krş Şahin ve Göktürk [n 37] II 168). Esasen “*Delillerin tartışılması*” kenar başlıklı CMK m 216 da “*Delillerin Ortaya Konulması*” başlıklı dördüncü kısımda yer aldığından, sanığın yokluğunda delillerin ortaya konulabileceğini hükme bağlayan CMK m 206’nın, ortaya konulan delillerin sanığın yokluğunda tartışılmasına da cevaz verdiği söylenebilir. Buna göre sanık mazeretsiz olarak duruşmada hazır bulunmama ise deliller ortaya konulacak ve ortaya konulan delillerle ilgili tartışma aşamasına da geçilebilecektir. Bu aşamada mahkemece, ortaya konulan delillerle ilgili olarak sırasıyla katılanın veya vekilinin, Cumhuriyet savcısının ve hazır bulunmakta ise sanık müdafinin dinlenmesine bir engel yoktur. Ancak CMK m 216/2’nin “*Cumhuriyet savcısı, katılan veya vekili, sanığın, müdafininin veya kanuni temsilcisinin açıklamalarına; sanık ve müdafii ya da kanuni temsilcisi de Cumhuriyet savcısının ve katılanın veya vekilinin açıklamalarına cevap verebilir*” şeklindeki hükmü karşısında duruşmaya sonradan katılan sanık açısından daha önceden yapılan esasa ilişkin açıklamaların da kendisine bildirilmesi gerektiği açıktır. Buna göre mahkemece sanığın yokluğunda sunulan söz gelimi esas hakkında mütalaa veya katılan yahut vekillerinin beyanları sanığa okunmalı ve buna göre bir savunma imkânı sağlanmalıdır. Aksi halde CMK m 216/2 hükmü anlamsız olacaktır. Nitekim Yurtcan’a göre “sonradan gelen sanığa delillerin bildirilmesi, doğaldır ki ona bunları tartışma fırsatı vermek demektir. Sanık bu hakkı kullanacaktır” Yurtcan CMK Şerhi (n 3) 890.

²³⁸ Taşdemir ve Özkeper (n 40) 844.

²³⁹ Bu ihtimalde CMK sisteminde sanığın sorgusundan evvel yapılması gereken örneğin yetkisizlik itirazının ne zamana kadar yapılabilmesi tartışması gündeme gelecektir. Acaba, sanık sorgusu yapılmaksızın diğer tüm usul işlemleri yapılmışsa, sonradan gelen sanık veya müdafii, sorgu öncesinde yetkisizlik itirazında bulunabilecek midir? Doktrinde *Karakehya*, sanığın gelmemesi nedeniyle delillerin ikamesine geçilmişse artık ilk itirazların ileri sürülebilmesi için öngörülen zamanın da geçtiği kanaatinde dir. Bkz *Karakehya Ceza Muhakemesi Hukuku* (n 15) 529. Bizce, kanunda yetkisizlik itirazının açıkça sanığın “...sorgusundan ..önce..” bildirilmesi gerektiği belirtilmiş (CMK m 18/1) ve bu konuda başkaca bir kayda yer verilmemiş olduğundan, ilk celse hazır bulunmayan sanığın, bilahare duruşmaya gelip de sorgusu yapılmıyca kadar yetkisizlik itirazında bulunabilmesine bir engel yoktur. Nitekim yine CMK’ya göre “*yetkili olmayan hakim veya mahkemece yapılan işlemler, sadece yetkisizlik nedeniyle hükümsüz sayılmaz*” (CMK m 20). Dolayısıyla yetkili olmayan mahkemenin sanığın sorgusundan evvel delilleri ikamesi, sırf yetkisizlik nedeniyle hükümsüz olmayacaktır.

²⁴⁰ Yurtcan CMK Şerhi (n 3) 890; Şahin ve Göktürk (n 37) II 132; Centel ve Zafer (n 2) 732.

²⁴¹ Artuç ve Elmas (n 3) 145. Ayrıca bkz Ünver ve Hakeri (n 1) III 1423.

tekrarlanacağına dair bir hükme yer vermemiştir²⁴². Buna göre mazeretsiz olarak duruşmaya gelmeyen sanık bilahare devam eden celseye iştirak ettiğinde artık bir önceki celsede ortaya konulan deliller yeniden ortaya konulmayacak²⁴³, örneğin daha önceden dinlenen tanıklar yeniden dinlenmeyecek²⁴⁴ yahut diğer sanıkların yeniden sorgusu yapılmayacaktır²⁴⁵. Esasen delillerin ortaya konulması açısından belge delillerinin okunması söz konusu ise de kanaatimizce delillerin sanık tarafından tartışılabilmesi açısından, sonradan gelen sanığa tüm belge ve yazıya geçirilmiş beyan içeriklerinin okunması ve diyeceklerinin sorulması gereklidir²⁴⁶. Aksi halde mahkemenin, önünde ortaya konulmuş ve kendi nazarında delil olarak değerlendirilmesi olanağı doğmuş ise de sanık açısından içeriği bilindiği ortaya konulamayan delilleri değerlendirmesi beklenecektir ki bunun kabulü elbette olanaksızdır. Bu itibarla ortaya konulan delillerin sanığa “*bildirilmesini*” en geniş anlamıyla anlamak gerekmektedir.

Mazeretsiz olarak duruşmaya katılmayan sanık, duruşmaya geldikten sonra kendisine bildirilen delillere ilişkin diyeceklerini bildirebileceği gibi yeni bir delilin ortaya konulmasını da isteyebilecektir. CMK m 207'nin “*delilin ortaya konulması istemi, bunun veya ispat edilmek istenen olayın geç bildirilmiş olması nedeniyle reddedilemez*” hükmü karşısında yalnızca sanığın ilk celseye katılmamasının, bilahare ortaya konulmasını istediği delillerin toplanmasının reddi için bir gerekçe teşkil edemeyeceği açıktır.

²⁴² Sanığın duruşmaya sonradan katılması halinde o ana kadar yapılan işlemlerin kural olarak tekrarlanmayacağı yönünde bkz Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 73-74 (dipnot 87). Aynı yönde bkz Taşdemir ve Özkeper (n 40) 824.

²⁴³ Erem (n 15) 276-277.

²⁴⁴ Bu durumda sanığın yokluğunda dinlenen bu kimselerin beyanları CMK m 206/1-son cümle gereğince sonradan gelen sanığa bildirilecekse de dinleme işlemi sanığın yokluğunda yapıldığından sanık bu kimselere CMK m 201 gereğince soru yönelmemiş olacaktır. Yurtcan “CMK'nın doğrudan soru sormayı öngördüğü bir yargılama sisteminde, sanığın soru sorma hakkının elinden alınması söz konusu olamaz. Aksi takdirde savunma hakkı kısıtlanmış olur” görüşüne yer vererek sanığın yokluğunda ortaya koyulan delillerin sonradan sanığa okunarak tartışılmasına imkan verilmesinin, soru sorma hakkı ile birlikte düşünülmesi gerektiğini belirtmiştir. Yurtcan *CMK Şerhi* (n 3) 890. Olması gereken hukuk açısından biz de aynı görüşteyiz ancak şurası da bir gerçektir ki CMK m 206/1-son cümle, sanık yeniden geldiğinde, yokluğunda yapılan dinleme işleminin tekrarlanmasını zorunlu kılmamaktadır. Elbette tanık ya da katılanların yeniden dinlenmeleri olanaklıdır (CMK m 57) ve Mahkemece de diğer sanıkların hazır bulundurulması her zaman mümkündür (CMK m 199). Ancak bu kimselerin yeniden dinlenmeleri, yalnızca maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından gerekli olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Yoksa sanığın duruşmada mazeretsiz şekilde hazır bulunmaması tek başına, sanığın soru sorma hakkını kullanabilmesi amacıyla bunların yeniden dinlenmelerini gerektirmez. Buna karşılık eğer sanık duruşmaya hukuka uygun surette çağırılmamış yahut haklı bir mazereti nedeniyle katılmamış ve buna rağmen duruşma yapılmış ise yokluğunda yapılan işlemlerin yenilenmesini ve bu kapsamda soru sorma hakkının icrası için tanık, katılan veya diğer sanıkların yeniden dinlenmelerini talep edebileceği gibi mahkeme de bu durumu tespit etmesi halinde delillerin ortaya konulması işlemini kendiliğinden ya da talep üzerine yeniden yapmalıdır. Zira sanığın yokluğunda delillerin ortaya konulabilmesi, sanığın duruşmaya hukuka uygun şekilde davet edilmesi ve buna rağmen mazeretsiz olarak katılmaması koşullarına bağlı olup eğer bu koşullar gerçekleşmemişse, sanığın yokluğunda delillerin ortaya konulması işlemi de hukuka aykırı olduğundan söz konusu bu koşullar yerine getirildiğinde, delillerin ortaya konulması işlemi yeniden icra edilmiştir. Bu konuda bkz Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tütüncü (n 5) 73-74 (dipnot 87).

²⁴⁵ Bkz *Ibid.*

²⁴⁶ Yurtcan *CMK Şerhi* (n 3) 890. Yargıtay 4 CD, 10267/12541, 28.6.2010: “Kaçak olması nedeniyle 01.02.2006 tarihli duruşmada hakkında CMK 98inci maddesi gereğince yakalama emri çıkarılan sanığın, 08.03.2006 tarihinde yakalanarak sevk edildiği mahkemesinde aynı gün savunmasının alınmış olduğu anlaşılınca (...) yokluğunda yapılan işlemler ve ortaya konulan deliller okunarak diyecekleri sorulmayarak CMK 206/1 inci maddesine, olay tutanakları okunmayarak CMK 209uncu maddesine aykırı davranılması, yasaya aykırı...”, www.corpus.com.tr, erişim tarihi 11 Ekim 2019. Yargıtay 7 CD, 9785/11113, 30.12.1997: “Sanığın yokluğunda dinlenen tanık Sebahattin'in ifadesinin hazır bulunduğu celsede sanığa okunarak diyeceklerinin sorulmaması suretiyle CMUK.un 250. maddesine muhalefet edilmesi, yasaya aykırı”, www.corpus.com.tr, erişim tarihi 9 Kasım 2019.

Sanığın duruşmayı terk etmesi, duruşmadan bağışık tutulması²⁴⁷ yahut sanık gelmese de duruşma yapılabilecek hallerde de aynı durum caridir. Bu hallerde de deliller yokluğunda ortaya konulabilecek, ortaya konulan her bir delile ilişkin diyecekleri hazır bulunanlara sorulabilecek, hazır bulunan diğer sanıkların sorguları yapılabilecek yahut tanık dinlenebilecek veyahut keşif veya muayene yapılabilecek ya da bilirkişinin oy ve görüşüne başvurulabilecektir. Dolayısıyla sanığın duruşmaya katılmaması, delillerin ortaya konulması, örneğin delil olarak kullanılacak belgeler ve diğer yazıların okunması (CMK m 209) açısından bir farklılık yaratmaz. Mahkeme, sanığın hazır bulunması durumunda nasıl bunları okumakta ve duruşma tutanağına geçirmekte ise sanığın yokluğu hallerinde de aynı usulü takip edecektir. Sanık hazır bulunmamakta ise örneğin tanık veya uzman kişi veya suç ortağının dinlenmesi veya delil olarak kullanılacak bir belgenin okunmasından sonra bunlara karşı bir diyeğinin olup olmadığı sorulması ya da delillerin tartışılması açısından sanığın hazır bulunmasının beklenmesi zorunlu değildir. Delillerin ortaya konulması aşamasının tamamlanmasını takiben bunların tartışılması aşamasına da geçilebilecek ve bu aşamada da sanığın yokluğunda tamamlanarak kanunun öngördüğü bu hallerde hüküm de sanığın yokluğunda kurulabilecektir (CMK m 194/2, m 195, m 252/2). Ancak tüm bu hallerde mahkeme gerekçeli kararında, sanığın yokluğunda duruşma yapmasını gerektiren hususları açıklayacaktır²⁴⁸.

Sanığın CMK m 200/1 hükmü gereğince dışarı çıkarılması, oldukça sınırlı bir işlem grubu için geçerli bir durumdur ve bu durumun, hazır bulunma hakkına sahip sanığın arzusu hilafına olduğu nazara alındığında, sanığın duruşmada bulunmadığı zaman dilimi, amacın gerektirdiği kadarla sınırlı olmalı ve haliyle mümkün olduğu kadar kısa tutulmalıdır. CMK m 200/2'ye göre sanık yeniden duruşma salonuna alındığında yokluğunda yapılan sorgu ve dinlemeye ilişkin tutanaklar okunacak ve gerektiğinde içeriği de sanığa anlatılacaktır²⁴⁹. Böylelikle sanık, gıyabında yapılan işlemde bütünüyle haberdar edilmiş olmaktadır. Sanığın, bu hükme göre yalnızca sorgu veya dinleme sırasında dışarı çıkarılması söz konusu olacağından, tekrar salona alınmasından sonra, yokluğunda verilen ifadeye karşı diyeceklerinin sorulması

²⁴⁷ Öztürk (n 44) 215. Tutuklu sanığın duruşmaya getirilmemesi halinde, *hazır bulundurulmasına gerek görülmemeyen* tüm oturumun sanığın yokluğunda yapılması için doğal bir sonucu mahiyetindedir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere biz bu hükmün yalnızca usulî meselelerin tartışılacağı yahut usulî bir işlemin neticelenmesinin beklendiği oturumlar açısından cari olabileceğini ve fakat delillerin ortaya konulduğu ve tartışıldığı ve ezcümle tanıkların dinlendiği veya suç ortaklarının sorguya çekildiği oturumlar açısından bu hükmün uygulanmasının hiçbir durum ve koşulda mümkün olmaması gerektiğini kabul ettiğimizden, esasen CMK m 196/5 hükmünün tatbik edildiği hallerde diğer sanıkların sorguya çekilmesi yahut delillerin ortaya konulması işlemlerinin yapılmaması gerektiğini düşünüyoruz. Bu çerçevede örneğin dosyanın bilirkişiden dönüşünün yahut bir müzakkereye yanıt beklendiği oturumlar açısından, sanığın yokluğunda duruşma yapılabilir ise de bu halde delillerin ortaya konulması ve tartışılması aşamasına geçilememelidir. Ancak belirtmemiz gerekir ki kanunun lafzında bu şekilde bir ayırma mesnet olabilecek bir ifade söz konusu değildir. Yine de biz bu yorumun, hükmün amacından ve maddede geçen "*sanığın (...) hazır bulundurulmasına gerek görülmemeyen oturumlar*" ifadesinden çıkarılabileceğini ve böyle bir yorumun, adil yargılanma hakkına ilişkin yukarıda çizmeye çalıştığımız hukuki çerçeveye ve sanığın yokluğunda duruşmaya ilişkin tespit ettiğimiz ilkelerle de uyumlu olacağını düşünüyoruz.

²⁴⁸ Öztürk (n 44) 210.

²⁴⁹ Schroeder ve Verrel (n 6) 180; Yenisey ve Nuhuğlu (n 1) 728; Yenisey (n 3) 102; Soyaşlan (n 3) 539; Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 131; Ünver ve Hakeri (n 1) 1434.

da gerekmektedir. Zira sanığın sorgu veya dinleme sırasında geçici olarak dışarı çıkarılması ve sonradan duruşma salonuna tekrar alınması, delillerin tartışılması yönünden bir farklılık meydana getirmeyecektir (CMK m 216). Aksi yönde uygulama, savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracaktır²⁵⁰. Sanık, yokluğunda yapılan bu dinleme işlemi esnasında soru sorma hakkını kullanamadığından, kendisine tutanak okunduktan sonra CMK m 201 gereğince mahkeme başkanı veya hakim aracılığı ile sorguya çekilen sanık veya dinlenen tanıklara soru yöneltebilecektir. Zira sanığın soru sorma hakkı, silahların eşitliği ilkesinin en temel gereklerinden biridir ve sanığın müdafii ile temsil edilmesi ve müdafiiin soru sorma hakkını kullanması, sanığın da soru sorma hakkını kullandığı anlamına gelmeyecektir²⁵¹.

Sanığın duruşma salonundan duruşma düzeni nedeniyle çıkarılması halinde ise sanık hazır bulunmaksızın yapılabilecek olan oturum süresi daha geniş olabilecek ve hatta tüm oturum sanığın yokluğunda bitirilebilecektir. Ancak kanun yine de nihayetinde sanığın yeniden oturuma alınmasını esas almış, oturumun yoklukta bitirilmesini istisna olarak kabul etmiştir²⁵². Buna göre sanık duruşmanın düzeni nedeniyle dışarıya çıkarılmış ve oturum kısmen onun yokluğunda yapılmış olabilir, ancak nihayetinde kural olarak sanık oturuma yeniden alınacak ve yokluğunda yapılan işlemler de kendisine bildirilecektir²⁵³. Bu suretle sanığa, bu işlemlere ve içeriklerine karşı beyanda bulunma hakkı tanınacaktır²⁵⁴. Sanık, yokluğunda yapılan işlemin hukuka aykırı olduğu için tekrarlanmasını isteyebilir yahut dinlenen tanık veya katılana yahut sorguya çekilen diğer bir sanığa soru sorma hakkını kullanabilir. Belittiğimiz üzere kanun, mahkemenin bazı hallerde sanığın yokluğunda oturumu bitirebilmesine de cevaz vermiştir (CMK m 204/1, c-2). Bu halde sanığın yokluğunda oturum sürdürülüp bitirilecekse de kanun, “*sanığın müdafii yoksa, mahkemenin barodan bir müdafii görevlendirilmesini*” isteyeceğini hükme bağlayarak bu hale özel bir zorunlu müdafilik kabulünde bulunmuş olduğundan²⁵⁵, sanığın yokluğunda delillere ilişkin beyan ve itirazlar müdafiiince ileri sürülebilecektir.

²⁵⁰ Ünver ve Hakeri (n 1) I 434. Yargıtay 4 CD, 29353/6573, 11.3.2013: “Olayın mağduru ve aynı zamanda tek tanığı olan A..’in, aynı duruşmada eşi olan sanığın yanında rahat ifade veremeyeceği kanaatiyle sanığın duruşma salonu dışına çıkarılmasına karar verilirken, CMK’nın 200. maddesi yerine, davranışları nedeniyle, hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağına dair herhangi bir kanıt olmadığı halde CMK’nın 204 üncü maddesinin uygulanması, ifade sonrasında da sanık tekrar duruşma salonuna alınarak anlatımlara karşı diyeceği ve son sözleri sorulmadan, CMK’nın 200/2 ve 216/1-3 üncü maddelerine aykırı olarak hüküm kurulmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması, yasaya aykırı”, www.corpus.com.tr, erişim tarihi 9 Kasım 2019.

²⁵¹ Taner (n 11) 299, 322.

²⁵² Krş Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 717.

²⁵³ *Ibid* 717; Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 131.

²⁵⁴ Schroeder ve Verrel (n 6) 180; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1447-1448.

²⁵⁵ Bkz ve krş Centel ve Zafer (n 2) 738.

B. Sanığın Yokluğu Hallerinde Hüküm Kurulabilmesi

İlkeler kısmında belirttiğimiz üzere sanığın yokluğu hallerinde, kural olarak ancak *sanığın sorgusu yapılmış ise* gıyabında hüküm kurulabilecektir. Buna göre sanık sorgusu yapıldıktan sonra kendi isteği ile duruşmadan bağışık tutulmuş veya duruşmayı terk etmiş ise sanığın yokluğunda hüküm kurulması mümkündür (CMK m 194/2, m 196/1). Bu ihtimalleri yukarıda detaylı olarak incelemiştik.

Sorgusu yapılmamış sanığın yokluğunda hüküm kurulması ise ilke olarak mümkün değildir. Bununla birlikte kanun istisnai iki halde sanığın yokluğunda hüküm kurulabilmesine olanak tanımıştır:

Bunlardan ilkinin sanık gelme de duruşma yapılabilecek haller teşkil etmektedir (CMK m 195 ve 252/2). Yukarıda detaylı olarak değindiğimiz bu olasılıklarda mahkeme, sanığa yapacağı davetiyeye gelme de duruşmanın yokluğunda yapılabileceğini bildirecek ve bu davetiyeye rağmen gelmeyen sanığın yokluğunda duruşma yaparak hüküm de kurabilecektir²⁵⁶.

İkinci hal ise CMK m 193/2’de “*sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkumiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre sanık tebligata rağmen duruşmaya gelmemiş ve bu nedenle sorgusu yapılmamış olmasına rağmen eğer bu hükmün uygulanma koşulları somut yargılamada gerçekleşmiş ise dava sanığın yokluğunda bitirilebilecektir. Buna göre yapılan tahkikat sonucu toplanan mevcut delillere göre sanık hakkında CMK m 223 f 2 gereğince *beraat*, f 3-4 gereğince *ceza*

²⁵⁶ *Soyaslan*, CMK m 195 kapsamına giren hallerde sanığın yokluğunda duruşma yapılabileceğini ancak savunması alınmadıkça hakkında karar verilemeyeceğini belirtmektedir bkz *Soyaslan* (n 3) 414. Keza *Özen* de CMK m 195’in duruşma yapılmasına izin verdiğini, oysa hüküm kurulmasına izin vermediğini ve bu hükmün kapsamına giren hallerinde sanığın yokluğunda duruşma yapılabileceğini oysa yokluğunda davanın bitirilemeyeceğini ileri sürmektedir bkz *Özen* (n 3) 109, 983. Hakeza *Ersöy*’a göre de duruşma ve hüküm, kovuşturma evresinin birbirinden farklı alt evreleri olup CMK m 195, sadece duruşmanın yapılabilmesine olanak tanımaktadır. Bu halde hüküm de verilebileceği ifade edilmek istenseydi buna uygun bir formülasyon tercih edilirdi. Kaldı ki yaptırım ne kadar hafif olsa da gıyapta mahkumiyet kararı verilmesinin, savunma hakkının ve hukuki dinlenilme hakkının gerçek anlamıyla uygulandığı bir sistemde savunulabilir bir yanı bulunmamaktadır. Yine yazara göre gıyabi tutuklamayı kabul etmeyen CMK sisteminin, gıyabi mahkumiyeti kabul etmesi abesle iştigaldir. Ayrıca yoklukta mahkumiyet kararı verilmesinin kabulü ceza yargılamasının bir anlamda özel hukuk yargılamasına dönüşmesi riskini beraberinde getirecektir bkz *Ersöy* (n 4) 62. Bu görüşlerin olması gereken hukuk açısından tartışılması mümkün ise de *olan hukuk* açısından CMK m 195’in kapsamına giren hallerde duruşmanın yoklukta yapılmasının yanı sıra yargılamanın da yoklukta bitirilebileceği açıktır. Zira duruşmanın sona erdiğinin açıklanması da duruşmanın bir parçası olup bu aşamaya kadar sanığın yokluğunda yargılamanın yapılabileceğini kabul etmek ve fakat hüküm kurulabilmesi için sanığın hazır olmasını aramak çelişkili olacaktır. Nitekim, sanık gelme de duruşmanın yapılabileceğini ve delillerin ortaya konulabileceğini CMK m 206 zaten düzenlemiştir. Dolayısıyla CMK m 195 hükmünün yalnızca duruşmanın yapılmasına olanak tanıdığını ifade etmek sistematik açıdan anlamlı olmayacaktır. Kaldı ki CMK m 252’ye yapılan ekleme ile üst sınırı iki yıl hapis cezasını gerektiren suçlara dair yargılamada dahi sanığın yokluğunda hüküm kurulabilmesi olanaklı iken sadece adli para cezasını veya müsadereyi gerektiren suçlar için kanun koyucunun aksini düşündüğünü ileri sürmek çelişkili olacaktır. Dolayısıyla *olan hukuk* açısından bizce hakim, CMK m 195’in kapsamına giren hallerde yoklukta duruşmayı yapıp bitirerek hüküm kurabilecektir.

verilmesine yer olmadığı²⁵⁷, f 7 gereğince davanın reddi veya f 8 gereğince davanın düşmesi f 10 gereğince adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sanığın henüz sorgusu yapılmamış olsa bile dava yokluğunda bitirilebilecektir²⁵⁸. Burada bahsi geçen “toplanan deliller”, dava konusu uyumsuzluğun aydınlatılması konusunda mahkemece gerekli ve yeterli görülen delillerdir. Eğer bu deliller yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğini sabit göstermemekte ise mahkemece sanığın sorgusu yapılmamış olsa bile dava yokluğunda bitirilebilecektir²⁵⁹. Şunu belirtmemiz gerekir ki Yargıtay özel daireleri söz konusu bu hükmün, münhasıran “iddianamede tarif edildiği şekliyle fiilin suç oluşturmaması veya yeni bir yasal düzenleme ile suç olmaktan çıkarılması gibi her hangi bir araştırmayı gerektirmeyen bir durumun varlığı halinde” uygulanabileceği kanaatinde dirler²⁶⁰. Buna karşılık mahkemenin maddi olayı aydınlatılabilmek için bir araştırma yapmasının gerekli olduğu hallerde sorgusu yapılmamış sanığın gıyabında hüküm kurulamayacağı kabul edilmektedir²⁶¹. Ancak kanaatimizce, burada yalnızca iddianameye göre fiilin suç oluşturmaması ile sınırlı bir uygulama yapmak ve delillerin takdir yoluyla hazır bulunmayan sanık hakkında beraat kararı verilemeyeceğini kabul etmek doğru değildir. Sanığın usulüne uygun davetiyeye rağmen mazeretsiz olarak duruşmaya gelmemesi halinde, mahkemece iddianame ekindeki mevcut delillere yahut sanığın yokluğunda yapılan yargılamada toplanan delillere göre mahkumiyet dışında bir karar verilmesinin gerekmesi halinde de CMK m 193/2’ye göre sanığın

²⁵⁷ Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiği sabit olmasına rağmen çeşitli nedenlerle sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilebilmesi de mümkündür (CMK m 223/3-4) ve kanun “...mahkumiyet dışında bir karar...” ifadesine yer vererek, bu hallerde de CMK m 193/2’ye göre sanığın yokluğunda hüküm kurulabileceğini kabul etmiştir. Esasen burada kanun koyucu, sanık hakkında mahkumiyet sonucu doğurmayan her türlü hükmün, sanığın savunması alınmadan da kurulabilmesine olanak tanımış böylelikle davaların sürüncemede kalmasını önlemek istemiştir. Şüphesiz sanık hakkındaki davaların beraatla sonuçlanması noktasında sanığın sorgusunun yapılmaması önemli görülmebilirse de nihayetinde atılı fiili işlediğinin sabit görüldüğü ve ancak sanığın kusurlu bulunmadığı ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın verilmesi evvelinde sanığın dinlenmesi gerektiği olması gereken hukuk açısından bizzat kabul edilmelidir. Ancak tekrarlar belirtelim ki kanunda böyle bir ayrımı yer verilmemiş değildir

²⁵⁸ Yurtcan CMK Şerhi (n 3) 855; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1430; Ersoy (n 4) 67; Artuç ve Elmas (n 3) 130. Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde kanunun kabul ettiği bazı hallerde belirli bir cezaya mahkumiyet yerine güvenlik tedbirine de hükmedilebilir (CMK m 223/6). Bu halde de aslında bir mahkumiyet söz konusu olup yalnızca mahkum olunan yaptırım ceza değil güvenlik tedbiridir. Bu nedenle sanığın yokluğunda CMK m 223/6 gereğince güvenlik tedbirine de hükmedilemez. Aynı yönde bkz Özen (n 3) 108. Ancak Ersoy burada geçen “mahkumiyet yerine” ifadesinden yola çıkarak sanık hakkında ceza mahkumiyeti yerine güvenlik tedbirine hükmedilmesi halinde bunun teknik anlamda bir mahkumiyet olmadığı, bu nedenle de örneğin TCK m 32/1 çerçevesinde akıl hastalığı nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi halinde ortada bir mahkumiyet söz konusu olmadığından, CMK m 193/2 uyarınca sanığın yokluğunda, hakkında CMK m 223/6 gereğince güvenlik tedbirine hükmedilebileceği kanaatinde dir. Bkz Ersoy (n 4) 70-71.

²⁵⁹ Donay (n 3) 352.

²⁶⁰ Yargıtay 15 CD, 4049/2928, 25.4.2018; Yargıtay 4 CD, 17013/263, 9.1.2018; Yargıtay 17 CD, 2059/9353, 22.6.2016, Yargıtay 23. CD, 8323/4017, 5.4.2016.

²⁶¹ Yargıtay 2 CD, 3480/4487, 4.3.2015: “1- Fiilin suç oluşturmaması nedeniyle derhal beraat kararı verilmesi dışında delillerin takdir ve tayini gereken durumlarda, sanığın sorgusu yapıp savunması saptanmadan beraat kararı verilemeyeceği, Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Dairemizin uyum gösteren kararlarının da bu yönde olduğu gözetilmeden, 5271 sayılı CMK’nın 193/2 nci maddesine yanlış anlam verilmek suretiyle sanığın sorgusu yapılmadan delil takdir yoluyla gidilerek yazılı şekilde hüküm kurulması, 2- Sanık hakkında, sözleşmesiz olarak mühürsüz sayaçtan elektrik kullanmaktan kaçak elektrik tespit tutanağı düzenlenmiş olduğu ve bu şekildeki sayaca sanığın her zaman müdahale etmesinin olanaklı bulunduğu gözetilerek, sanığın suça konu sayacı hangi tarihten itibaren ve ne kadar süreyle kullandığı araştırılarak, bu süreye göre, sayaçtaki tüketimin kurulu güçle ve tespit öncesi ve sonrası tüketimlerle uyumlu olup olmadığı mahallinde yapılacak keşif sonucu bilirkişi aracılığıyla belirlenip sanığın sayaca müdahale edip etmediği ve dolayısıyla karşılıksız yararlanma kastı bulunup bulunmadığı saptanarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, eksik araştırmayla yazılı şekilde karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiş,” www.corpus.com.tr, erişim tarihi 5 Ekim 2019.

yokluğunda hüküm kurulmasına bizce bir engel yoktur²⁶². Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 2009 yılında verdiği bir kararında aynı yönde bir değerlendirme yaparak beraat kararını onamıştır²⁶³. Ancak bu karardan sonra dahi özel dairelerce bu hükmün ancak ‘derhal beraat kararı’ verilebilecek hallerde uygulanabileceği yönünde kararlar verilmeye devam edilmektedir²⁶⁴.

²⁶² Aynı yönde bkz Donay (n 3) 352. Krş Ünver ve Hakeri (n 1) III 1429-1430. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi her nasılsa Yargıtay özel daireleri, “filin suç oluşmaması nedeniyle derhal beraat kararı verilmesi dışında, delillerin değerlendirilmesi gereken durumlarda” bu maddenin uygulanamayacağına dair kararlar vermektedirler. Birçoğu yerine bkz Yargıtay 2 CD, 1992/5130, 25.4.2018. Oysa kanunda böyle bir sınırlandırma yapılmadığı gibi aksine, mahkemenin, davayı sanığın yokluğunda bitirip bitirmeme noktasında “...toplanan delillere göre...” değerlendirme yapması gerektiği hükmüne bağlanmıştır.

²⁶³ Yargıtay CGK, 11-89/243, 20.10.2009: “5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasasının, ‘Sanığın duruşmada hazır bulunmaması’ başlığını taşıyan 193 üncü maddesine, 01.06.2005 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5353 sayılı Yasayla eklenen 2 nci fıkrasının konuluş amacı gerekçesinde, ‘Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkumiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa dahi dava gıyabında bitirilebilir. Böylece sanığın lehine bir düzenleme getirilmiş ve gereksiz yere davanın uzaması önlenmek istenmiştir’ şeklinde açıklanmış olup, maddenin değişiklik gerekçesinde de belirtildiği üzere, sanık hakkında, mahkumiyet dışında bir karar verileceği hallerde, davanın gereksiz yere uzamaması için sorgusu yapılmadan da davanın bitirilmesi olanaklı hale gelmiştir. 1412 sayılı CYUY’nun 223/son maddesi hükmüyle anılan fıkra benzerlik arz etmekte ise de, anılan fıkra, 1412 sayılı CYUY’nun 223/son fıkrası döneminde şekillenen ve fıkranın uygulanma koşullarını derhal beraat kararıyla sınırlayan görüşler doğrultusunda değil, yasa koyucunun gerekçede belirttiği amacı da nazara alınarak daha geniş yorumlanmalı, anılan hükmün mahkumiyet hükmü dışındaki hükümler yönünden yüz yüze yargılama ilkesinin bir istisnası olduğu kabul edilmelidir. Diğer yandan, 5271 sayılı CYY’nin 193 üncü maddesinin 2 nci fıkrası ile 223 üncü maddesinin 9 uncu fıkrasındaki, ‘derhal beraat kararı verilebilecek hallerde, durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez’ hükümleri arasında da bir bağ kurulmamalıdır. 223 üncü maddede belirtilen husus, derhal beraat kararı verilebilecek hallerde, sanığın en lehinde olan bu hükmün verilmesinin zorunlu olduğunu belirtmekten ibaret olup, buradaki derhal keyfiyeti ile 193 üncü maddenin 2 nci fıkrasının uygulanma koşulları arasında bir benzerlik bulunmamaktadır. Bu nedenle anılan fıkranın uygulanma koşullarının eylemin ilk bakişta açıkça suç oluşturmadığının saptanmasıyla sınırlı olduğunun kabulü, fıkradaki düzenlemenin konuluş amacı ile de bağdaşmamaktadır. Fıkraza aranan husus, toplanan kanıtlara göre mahkumiyet dışında bir hükmün verilmesinden ibaretir. (...) Sanık, Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığına başvurarak, Güney Kazakistan Devlet Üniversitesinden alınma diplomasının denklik işlemini yaptırmıştır. Denklik başvurusu kabul edilmiş, ancak daha sonra yapılan araştırmada, söz konusu diploma ve transkript belgelerinin sahte oldukları anlaşılmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 04/12/2007 gün ve 245-264 sayılı kararında da açıklandığı üzere, başvuru tarihinde yürürlükte bulunan ve 11/05/2007 gün ve 26519 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yurtdışı Yükseköğretim Diplomaları Denklik Yönetmeliği’nin 11 inci maddesiyle yürürlükten kaldırılan, Yurtdışı Yükseköğretim Diplomaları Denklik Yönetmeliği’nin 5 inci maddesi uyarınca, diploma denklik komisyonunca, belgelerin orijinal olup olmadığının araştırılması zorunludur. Bu araştırma ise ancak belgeyi düzenleyen kurum nezdinde yapılabilir. İlgili ülke nezdinde, Yönetmeliğin 5 inci maddesine uygun bir araştırma yapılmış olsa idi, böyle bir diplomanın belirtilen üniversiteden verilmediği kolaylıkla anlaşılacak, diploma denklik belgesinin verilmesi de söz konusu olmayacaktı. İdarenin, yönetmelik hükümlerini farklı veya eksik uygulamasının sonuçları sanık aleyhine yorumlanamayacağı gibi, bu şekilde eksik inceleme sonucu verilen denklik belgesine de hukuki sonuç bağlanamaz. O halde, sanığın mahkumiyetine karar verilmesi olanaksız olup, yerel mahkemece sanığın beraatına karar verilmesi isabetlidir. Sanık hakkında, mahkumiyet dışında bir karar verildiği nazara alındığında, sorgusu yapılmadan duruşmanın bitirilmesi de 5271 sayılı CYY’nin 193/2 nci maddesine uygun olup, bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Bu itibarla usul ve yasaya uygun olan yerel mahkeme direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir”. www.corpus.com.tr, erişim tarihi 5 Ekim 2019.

²⁶⁴ Ünver ve Hakeri (n 1) III 1431. Örneğin Yargıtay 7 CD, 13219/1133, 29.01.2019: “Mahkemeye gelmemiş olan sanık hakkında duruşma yapılamayacağına ilişkin temel kuralın istisnalarından biri olarak öngörülen ve ancak derhal beraat kararı verilebilecek hallerle sınırlı olarak uygulama yeri bulunan 5271 sayılı CMK’nun 193. maddesinin söz konusu olayda uygulamasının mümkün bulunmadığı da nazara alınıp, duruşma açılarak sanığın savunması alınmadan, yazılı şekilde tensiben sanığın beraatine karar verilmesi,” www.corpus.com.tr erişim tarihi 9 Mart 2020. Ancak bizce zaten hatalı olan bu kabulün, CMK m 251-252’de ihdas edilen basit yargılama usulü karşısında artık pek bir anlamı da kalmadığı açıktır. Zira Yargıtay’ın CMK m 193’ün, yalnızca derhal beraat karar verilmesini gerektiren hallerde tatbik edilebileceğini kabul etmesi, sanığın sorgusunun maddi gerçeğin ortaya çıkması açısından önemli olması ve duruşmaya gelen sanığın suçunu ikrar etmesi olasılığının bulunması nedeniyle söz konusu olmaktadır. Oysa basit yargılama usulü ile birlikte, bu usulün kapsamına giren suçlarda, değil sanığın hazır edilmesi ve suçunu ikrar etmesi, duruşma bile açılmaksızın mevcut veya toplanan delillere göre sanığın beraatına karar verilebilmesi mümkün hale gelmiştir. Şu halde, basit yargılama usulünün kabulü sonrasında, CMK m 193 açısından Yargıtay özel dairelerin belirttiğimiz kabul ve uygulamasının bizce hiçbir anlamı kalmamıştır.

Kanun, “*mahkumiyet dışında bir karar*” verilmesinden söz ettiğinden sanığın hazır bulunmaması ve daha önceden sorgusunun yapılmamış olması, CMK m 5 gereğince *görevsizlik*, CMK m 18 gereğince *yetkisizlik* veya CMK m 10 gereğince davaların *birleştirilmesi* yahut *ayrılması* yönünde karar verilmesine de engel değildir²⁶⁵.

Sanığın yokluğunda hüküm verilmesine olanak tanıyan bu düzenleme elbette suçun hukuki niteliğinin değişmesi hallerinde de uygulanabilecektir. Zira bu durumu düzenleyen CMK m 226’da sanığa ek savunma hakkı verilmedikçe iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun değindiği kanun hükmünden başkasıyla *mahkûm edilemeyeceği* hükme bağlanmıştır. CMK m 193/2’nin uygulanması ise ancak “... *mahkumiyet dışında bir karar*...” verilebilecek hallerde söz konusu olabileceğinden, sanığa atılı suçun hukuki niteliğinin değişmesi, CMK m 193/2’nin uygulanmasına engel olmayacaktır. Bu halde sanık sorgusu yapılmamış olsa bile fiilin iddianamede gösterilenden başka bir suçun kapsamına girdiği ancak bu suçun da unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle beraat veya başka bir gerekçeyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesine bir engel yoktur.

C. Eski Hale İade (CMK m 198)

Eski hale iade genel bir hüküm olarak CMK m 40’da “*kusuru olmaksızın bir süreyi geçirmiş olan kişi, eski hale getirme isteminde bulunabilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre CMK’daki bir süreyi kusuru olmaksızın geçiren kimse, bu sürenin geçmesinin sonuçlarını ortadan kaldırmak amacıyla eski hale getirme isteminde bulunabilecektir²⁶⁶. Usulüne uygun ve koşulları taşıyacak şekilde yapılan eski hale iade başvurusu, yapılmak istenen usul işleminin süresi içinde yapılmış sayılması sonucunu doğurur²⁶⁷. Kanun buna ek olarak sanık hazır bulunmaksızın yapılan duruşmalarda mahkemenin karar ve işlemleri açısından da bunların kendisine tebliği üzerine eski hale iade isteminde bulunabilmesine imkân tanımıştır²⁶⁸. Gerçekten, CMK m 198/1’e göre “*duruşma, sanık hazır bulunmaksızın yapılırsa, mahkemenin karar ve işlemlerinin kendisine tebliği tarihinden itibaren bir hafta içinde, sürenin geçmesinden doğan sonuçları gidermek için sanık, kanuni nedenlere dayanarak, mahkemenin o karar ve işlemleri hakkında eski hale getirme isteminde bulunabilir*”.

²⁶⁵ Sanığın yokluğunda, onun aleyhine sonuç doğuracağı için dosyanın görevsizlikle üst dereceli mahkemeye gönderilmesine karar verilemeyeceği yönünde bkz Ersoy (n 4) 74. Mahkemenin, “*görevli olup olmadığına kovuşturma evresinin her aşamasında re’sen*” karar verebileceğini düzenleyen CMK m 6’nın son derece açık hükmü karşısında tensiple birlikte dahi görevsizlik kararı verilebileceksen, usulüne uygun tebligata rağmen gelmeyen sanığın yokluğunda icra edilen duruşmada bu kararın verilemeyeceğinin iddia edilmesi bizzat isabetli değildir.

²⁶⁶ Nur Centel, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Eski Hale Getirme’, [1985] 51 (1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 197-198; Tosun (n 3) I 662; Yurtcan *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 3) 244; Yurtcan *CMK Şerhi* (n 3) 226; Centel ve Zafer (n 2) 687; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 112; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 285; Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 152; Şahin ve Göktürk (n 37) II 231; Ünver ve Hakeri (n 1) I 251; Karakehya *Ceza Muhakemesi Hukuku* (n 15) 194; Özen (n 3) 244.

²⁶⁷ Centel ve Zafer (n 2) 694; Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 113; Centel (n 270) 219; Şahin ve Göktürk (n 37) II 231.

²⁶⁸ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özyayın ve Erden Tütüncü (n 5) 286; Centel ve Zafer (n 2) 691; Centel (n 270) 210; Soyaslan (n 3) 414; Şahin ve Göktürk (n 37) II 129; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 3) 102; Ünver ve Hakeri (n 1) III 1442.

Kanun sanığın hazır bulunması noktasında bir ayırım yapmadığından bu hüküm, kural olarak sanığın rızasıyla veya rızası hilafına hazır bulunmadığı tüm oturumlar açısından cari olacaktır²⁶⁹. Buna göre örneğin sanığa usulüne uygun davetiye yapılmadığı, sanığın haklı mazeretinin kabul edilmediği veya koşulları oluşmamasına rağmen yoklukta hüküm kurulduğu ya da görevsizlik gibi aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek kararların verildiği²⁷⁰ hallerde sanık, sürenin geçmesinden doğan sonuçları gidermek için eski hale getirme isteminde bulunabilecektir²⁷¹. Ancak kanun, sanığın iki halde eski hale iade isteminde bulunamayacağını kabul etmiştir. Buna göre “*sanık kendi istemi üzerine duruşmadan bağışık tutulmuş veya müdafii aracılığıyla temsil edilmek yetkisini kullanmış olursa artık eski hale getirme isteminde bulunamaz*” (CMK m 198/2). Buna göre evvela sanık, CMK m 196/1 hükmüne istinaden duruşmadan bağışık tutulmayı talep etmiş ve mahkemece bu istemi yerinde görülmüş ise hazır bulunmadığı duruşmalarda mahkemenin karar ve işlemleri açısından eski hale iade isteyemeyecektir²⁷². İkinci olarak sanık, ister kendi iradesi ile isterse iradesi hilafına duruşmalarda hazır bulunmamış olsun, hazır bulunmadığı bu duruşmada müdafii aracılığıyla temsil edilmek yetkisini kullanmış olursa artık eski hale iade isteminde bulunamayacaktır²⁷³. Burada kanun “*müdafii aracılığıyla temsil edilmek yetkisinin*” kullanılmasından bahsettiğinden, sanığın iradesi dışında, örneğin CMK m 204 gereğince duruşma salonundan çıkarılan sanığa barodan bir müdafii görevlendirilmesi istenmişse, bizce CMK m 198/2’deki istisna söz konusu olamayacaktır.

Eski hale iade talebi yukarıda belirtilen ayrık hükümler dışında genel hükümlere göre (CMK m 40-42) incelenip karara bağlanacaktır.

D. Sanığın Yokluğunda Yapılan Duruşma Neticesinde Verilen Hükümün, “Hukuka Kesin Aykırılık” Nedeniyle Bozulması (CMK m 289/1-h)

Kanun, duruşmada sanığın hazır bulunmasını kural olarak kabul etmiş ve ancak istisnai hallerde sanığın yokluğunda duruşma yapılmasına imkân tanımıştır. İşte bu istisnai hallerin kapsamına girmemesine rağmen, hukuka aykırı olarak sanığın yokluğunda duruşma yapılması halinde savunma hakkının kısıtlandığı kabul edilecek ve sanığın yokluğunda yapılan yargılamada verilen hükümün, temyiz kanun yolu

²⁶⁹ Bkz Özbek ve Doğan (n 3) 799. Krş Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 114, 730; Özen (n 3) 987.

²⁷⁰ Özbek ve Doğan (n 3) 800.

²⁷¹ AİCMK’ında bizdeki CMK m 198’e karşılık gelen 235inci paragraf hükmü yalnızca “duruşmanın 232inci paragraf uyarınca sanığın yokluğunda yapılması” durumuna özgüdür. 232inci paragraf ise sanık gelmesi de duruşma yapılabilecek halleri düzenlemektedir. Bkz Yenisey ve Oktar (n 1) 313, 316. Ayrıca bkz Schroeder ve Verrel (n 6) 174. Ancak bu durum, Alman CMK sisteminde sanığın yokluğunda duruşmanın son derece sınırlı hallerde özgü olarak kabul edilmiş olmasının bir sonucudur.

²⁷² Öztürk (n 44) 221; Soyslan (n 3) 414.

²⁷³ Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 730; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kınt, Alan Akcan, Özaydın ve Erden Tüttüncü (n 5) 286; Toroslu ve Feyzioğlu (n 3) 154; Gökçen, Balci, Alşahin ve Çakır (n 3) 102; Özbek ve Doğan (n 3) 799; Karakehya *Ceza Muhakemesi Hukuku* (n 13) 195.

incelemesinde kural olarak bu nedenle bozulmasına karar verilecektir²⁷⁴. Nitekim “hukuka kesin aykırılık” hallerini düzenleyen CMK m 289’da, temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da “hukuka kesin aykırılık var sayılacak” haller arasında “*h* hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması” da sayılmıştır. Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının, savunma hakkının önemli bir ögesi olduğu nazara alındığında, hukuka aykırı olarak sanığın yokluğunda duruşma yapılması halinde bunun, sanığın savunma hakkının kısıtlanması mahiyetinde olacağı açıktır²⁷⁵. Buna göre, ilk derece yargılaması hukuka aykırı olarak sanığın yokluğunda yapılmış ve bu hukuka aykırılık istinaf incelemesinde de giderilememiş²⁷⁶ ise bu durum, temyiz incelemesinde kural olarak bozma nedeni olacak ve temyiz talebinde bu husus gösterilmemiş bile olsa Yargıtay, hükmü sırf bu nedenle bozabilecektir²⁷⁷. Ancak bunun, mahiyeti itibariyle esasında nispi bir bozma nedeni olduğuna dikkat edilmesi gerekmektedir²⁷⁸. Buna göre bozmaya dayanak olabilmesi için yapılan hukuka aykırılığın, *hüküm için önemli olan hususlarda* vuku bulmuş olması gerekmektedir²⁷⁹. Şüphesiz yargılamanın, hukuka aykırı olarak bütünüyle sanığın yokluğunda yapıp bitirilmesinin “hüküm için önemli bir husus olduğu” konusunda bir tereddüt yoktur²⁸⁰. Nitekim özellikle hüküm kurulacak celsede sanığın yokluğunda duruşma yapılmasını, Yargıtay mutlak bir bozma nedeni olarak kabul etmektedir. Örneğin Yüksek Mahkemece; sanığın hiç savunması alınmadan mahkumiyet kararı verilmesi²⁸¹, “aynı yargı çevresi içinde başka bir suçtan tutuklu olan” sanığın varestede tutulmasına yönelik herhangi bir talep

²⁷⁴ Yenisey (n 3) 98; Taner (n 11) 305; Ersoy (n 4) 63; Aksan (n 37) 175.

²⁷⁵ Serap Keskin, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık* (Alfa 1997) 156-157.

²⁷⁶ Esasen kanunun ilk halinde hukuka kesin aykırılık halleri istinaf incelemesinde de bozma sebepleri olarak kabul edilmiş ve bu hallerin birinin varlığı durumunda Bölge Adliye Mahkemesince hükmün bozulmasına karar verilmesi esas kabul edilmişti (CMK m 280). Ancak Bölge Adliye Mahkemelerinin, aslında bozma nedeni olmayan başkaca hususlarda kıyas yapmak suretiyle CMK m 289/1-h hükmünü gerekçe göstererek bozma kararları vermesi üzerine, kanunda 7035 s Kanunun 35inci maddesi ile yapılan değişiklikle, Bölge Adliye Mahkemelerince CMK m 289/1-g ve h bentlerine dayanılarak bozma kararı verilemeyeceği kabul edilmiştir. Buna göre eğer ilk derece mahkemesince hüküm için önemli hususlarda savunma hakkı kısıtlanmış ise istinaf kanun yolunda davanın yeniden görülmesine karar verilerek bu hukuka aykırılık giderilecektir. Eğer bu hukuka aykırılık istinaf incelemesinde giderilmemişse temyiz incelemesinde Yargıtaya bozma sebebi yapılabilecektir.

²⁷⁷ Keskin (n 279) 156. Sanığın hazır bulunmasının bir “muhakeme şartı” olarak kabul edilemediği için bu halin Yargıtay incelemesi sırasında re’sen göz önünde tutulmaması ve ancak ileri sürülmesi halinde nazara alınması gerektiği yönünde bkz Yenisey (n 3) 98.

²⁷⁸ Centel ve Zafer (n 2) 844; Keskin (n 279) 155; Erdem ve Şentürk (n 230) 209.

²⁷⁹ Keskin (n 279) 155; Özbek, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 2) 756.

²⁸⁰ Savunma hakkının kısıtlanmasının hüküm açısından her zaman önemli olduğu, kanundaki bu ibarenin, savunma hakkının kısıtlanmasının başka bir incelemeye gerek olmaksızın hükmün bozulmasına imkan verecek şekilde anlamlandırılması gerektiği yönünde bkz Keskin (n 279) 155-156.

²⁸¹ Yargıtay 13 CD, 5198/11021, 14.6.2016: “Dosya kapsamına göre; 5271 sayılı CMK’nın 193 üncü maddesindeki düzenlemeye aykırı biçimde sanığın savunması alınmadan mahkumiyet kararı verilmesinde isabet görülmediğinden, anılan kararın bozulması gerektiğinin ihbar olunduğu anlaşılmıştır. Gereği görüldü: Kanun yararına bozma istemine dayanan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın ihbar yazısı, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görüldüğünden kabulüyle”, www.corpus.com.tr, erişim tarihi 4 Kasım 2019.

ve bu yönde bir karar olmadan hüküm kurulan duruşmaya getirilmemesi²⁸², önceden belirlenen duruşma tarihinin değiştirilmesi ve sanığa haber verilmeden duruşma açılarak hüküm kurulması²⁸³, sorgu veya dinleme sırasında duruşmadan çıkarılan sanığın tekrar duruşmaya alındığında yokluğunda yapılan işlemler kendisine okunarak diyeceklerinin sorulmaması²⁸⁴, sanığın yokluğunda dinlenen tanığın ifadesinin, hazır bulunduğu celsede sanığa okunarak diyeceklerinin sorulmaması²⁸⁵, Yargıtay'ın bozma ilamı üzerine sanık ve müdafii davet edilip usulüne uygun şekilde dinlenmeksizin daha ağır bir cezaya hükmedilmesi²⁸⁶ gibi hallerde sanığın savunma hakkının kısıtlandığı kabul edilerek bozma kararı verilmiştir²⁸⁷.

Sonuç

CMK'da sanığın duruşmada hazır bulunması esas alınmış ve hazır bulunmayan sanık hakkında kural olarak duruşma yapılamayacağı kabul edilmiş, haliyle sanığın hazır bulunması bir *ceza muhakemesi şartı* olarak benimsenmiştir. Bununla birlikte kanunda bunun istisnalarına da yer vermiştir. Bu istisnaların bir kısmında sanık duruşmadan haberdar olmasına ve haliyle kendi iradesi ile duruşmada hazır bulunmamasına rağmen mahkeme duruşmayı sanığın yokluğunda yapabilecek, bir kısmında ise sanık duruşma salonundan bizzat mahkeme kararı ile çıkarılabilecektir. İşte mahkemenin sanığa ulaşabilmesi ve duruşmada hazır edebilecek olmasına rağmen duruşmanın sanığın yokluğunda yapıldığı bu hallere *sanığın yokluğunda duruşma* halleri denilmektedir.

²⁸² Yargıtay 2 CD, 38386/7360, 6.6.2017: "Sanıkların hüküm tarihinde aynı yargı çevresi içerisinde bulunan Sincan 1 Nolu L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda başka bir suçtan tutuklu olduğunun, UYAP kayıtlarından anlaşılması karşısında; sanıklara duruşmadan başışık tutulmak isteyip istemediği sorulmadan ve bu hususta bir karar alınmadan, hükmün esasını oluşturan kısa kararın açıklandığı 26/12/2012 tarihli duruşmada hazır edilmeden mahkumiyetlerine karar verilmesi suretiyle, 5271 sayılı CMK'nın 193 ve 196 ncı maddelerine aykırı olarak savunma hakkının kısıtlanması, Bozmayı gerektirmiş", www.corpus.com.tr erişim tarihi 4 Kasım 2019.

²⁸³ Yargıtay 7 CD, 9318/830, 18.01.2016: "Sanığın hazır bulunduğu 24/05/2012 tarihli oturumda verilen ara kararıyla duruşma günü 05/07/2012 tarihine bırakıldığı halde, CMK'nın 193/1 maddesine aykırı olarak sanığa haber verilmeksizin yokluğunda oturum açılmak suretiyle sanığın mahkumiyetine karar verilerek savunma hakkının kısıtlanması, Yasaya aykırı", www.corpus.com.tr erişim tarihi 4 Kasım 2019.

²⁸⁴ Yargıtay 4 CD, 29353/6573, 11.03.2013: "Olayın mağduru ve aynı zamanda tek tanığı olan A.'nin, aynı duruşmada eşi olan sanığın yanında rahat ifade veremeyeceği kanaatiyle sanığın duruşma salonu dışına çıkarılmasına karar verilirken, (...) ifade sonrasında da sanık tekrar duruşma salonuna alınarak anlatımlara karşı diyeceği ve son sözleri sorulmadan, CMK'nın 200/2 ve 216/1-3 üncü maddelerine aykırı olarak hüküm kurulmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması yasaya aykırı", www.corpus.com.tr, erişim tarihi 9 Kasım 2019.

²⁸⁵ Yargıtay 7 CD, 9785/11113 K, 30.12.1997: "Sanığın yokluğunda dinlenen tanık Sebahattin'in ifadesinin hazır bulunduğu celsede sanığa okunarak diyeceklerinin sorulmaması suretiyle CMUK'un 250. maddesine muhalefet edilmesi, yasaya aykırı", www.corpus.com.tr, erişim tarihi 9 Kasım 2019.

²⁸⁶ Yargıtay 11 CD, 3515/8311, 25.12.2019: "...duruşma açılarak ilgililere (sanık, müdafii, katılan ve vekili) bozmaya karşı diyeceklerinin sorulması amacıyla duruşma gününü bildirir davetiye çıkarılması gerektiği gözetilmeden, tensiben mahkûmiyet hükmü kurulması suretiyle CMUK'nin 326. maddesine aykırı davranılması...Yasaya aykırı", karararama.yargitay.gov.tr, erişim tarihi 8 Nisan 2020.

²⁸⁷ Ayrıca bkz Yargıtay 5 CD, 6727/1906, 28.01.2015: "Sanığın talimat yoluyla alınan 08/05/2012 tarihli beyanında asıl mahkemedeki duruşmaya bizzat katılıp ayrıntılı savunma yapacağını ve delillerini ibraz edeceğini, 14/05/2012 tarihli oturuma katılamayacağını, duruşmanın Haziran ayının son haftasına verilmesi halinde duruşmaya katılacağını belirttiği gözetilmeden ve bu konuda olumlu veya olumsuz bir karar verilmeden yargılamaya devam edilip hüküm kurulması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması, Kanuna aykırı", www.corpus.com.tr, erişim tarihi 4 Kasım 2019.

Esas itibariyle, sanığın duruşmayı terk etmesi (CMK m 194/2), sanık gelmese bile duruşma yapılabilecek haller (CMK m 195, 252), sanığın duruşmadan başışık tutulması (CMK m 196), sanığın duruşma salonundan çıkarılması (CMK m 200, 204) ve Yargıtay'ın bozma kararı üzerine davaya yeniden bakılması aşamasında sanığın, dosyada var olan adresine davetiye tebliğ olunamaması veya davetiye tebliğ olunmasına rağmen duruşmaya gelmemesi nedeniyle duruşmanın yokluğunda yapılması (CMK m 307/2) halleri doktrinde *sanığın yokluğunda duruşma* başlığı altında incelenmektedir. Bununla birlikte doktrinde çoğunlukla sanığın yokluğunda duruşma halleri arasında kabul edilmemekte ise de bizce, sanık gelmese de delillerin ortaya konulabilmesine imkan tanıyan CMK m 206 da sanığın hazır bulunması kuralına getirilen istisnalardan biridir ve bu halde de esasen duruşma sanığın yokluğunda yapılmaktadır. Ancak bu halde sanığın sorgusu yapılmaksızın mahkumiyet kararı verilememektedir.

Sanığın yokluğunda duruşma yapılmasına izin veren bütün bu hükümlere bakıldığında bazı *ilkelere* ulaşılabilmesi mümkündür. Bu çerçevede evvela bu hükümlerin *istisnai* bir mahiyet arz ettikleri yani kanunda belirtilen koşullar gerçekleşmedikçe sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağı ve bu hallerin kıyas yoluyla da genişletilemeyeceği anlaşılmaktadır. Buna karşılık, kanunda sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi için aranan koşullar gerçekleşse bile hakim yine de sanığın yokluğunda duruşma yapmayabilecektir ki bu da tüm bu hallerin *ihiyari* olduğunu da göstermektedir. Yine dikkat edilirse sanığın yokluğunda duruşma kural olarak sanığın *kendi iradesine bağlı* bir durum olarak ortaya çıkmaktadır; istisnai bazı haller hariç olmak üzere hazır bulunmak isteyen sanığın duruşmaya katılmasına engel olmak olanaklı değildir. Keza, kanun sanığın yokluğunda duruşma yapılmasına istisnaen cevaz vermiş ise de *sanığın yokluğunda hüküm kurulmasına kural olarak izin vermemiş*, keza sanık gelmese de *müdafin tüm duruşmalara katılabileceğini* de açıkça hükme bağlamıştır.

Sanığın yokluğunda duruşma hallerinin bu ilkeler çerçevesinde yorumlanması ve uygulanması, hiç şüphesiz kanunun amacına daha uygun ve tutarlı neticelere varmamıza imkan tanıyacaktır. Esasen hukuka aykırı şekilde sanığın yokluğunda duruşma yapılması, sanığın savunma hakkının kısıtlanması anlamına geleceğinden, bir taraftan sanığa eski hale iade imkanı verdiği gibi diğer taraftan temyiz edilen hükmün, sırf bu nedenle bozulması sonucunu da doğurabilecektir. Bu yönüyle hukuka uygun bir yargılamanın yürütülmesi açısından, sanığın yokluğunda yargılamaya ilişkin hükümlerde öngörülen koşulların somut olayda var olup olmadığı, kanunun amacı çerçevesinde kabul edilen genel ilkeler göz ardı edilmeksizin, titizlikle incelenmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Aksan M, 'Ceza Muhakemesi İşlemlerinde Hazır Bulunma' [2003] 11(1-2) SÜHFD, 165-197.
- Aprile E, Silvestri P, *Il Giudizio Dibattimentale* (Giuffrè 2006).
- Artuç M, Elmas MT, *Ceza Yargılamasında Duruşma Yönetimi ve İstinaf* (2. Bası, Adalet 2017).
- Bohlander M, *Principles of German Criminal Procedure* (Hart Publishing 2012).
- Centel N, Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Bası, Beta 2017).
- Centel N, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Eski Hale Getirme' [1985] 51(1-4) İHFM, 197-220.
- Centel N, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî* (Kazancı 1984), (*Müdafî*).
- Conti A, *Il Processo All'Imputato Assente* (Università Degli Studi Di Milano, Scuola Di Dottorato In Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria", Curriculum Diritto Penale e Processuale Penale XXIX Ciclo, 2016).
- Değirmenci O, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m 251-252)' [2020] 161 Terazi Hukuk Dergisi, 36-51.
- Doğru O, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları, Cilt I-II-III* (Legal 2004).
- D'onofrio M, Caltabiano S, *Commentario Giurisprudenziale per Il Dibattimento Penale*, (Maggioli 2011).
- Donay S, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku* (Beta 2015).
- Dursun G, 'Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi' [2016] 11(143-144) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 127-157.
- Elberling B, *The Defendant in International Criminal Proceedings: Between Law and Historiography - Studies in International and Comparative Criminal Law* (Hart Publishing 2012).
- Erdem MR, Şentürk C, *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları* (Seçkin 2018).
- Erem F, *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku* (6. Bası, Işık Yayınları 1986).
- Ersoy U, 'Ceza Muhakemesinde *In Absentia* Duruşma Yapılması ve Mahkumiyet Kararı Verilmesi Üzerine Bazı Düşünceler' [2020] 10(1) SDÜHFD 54-86.
- Fanego CA, 'Requirements in Relation to the Right to a Defence: The Right to Defend Oneself, to Legal Assistance and Legal Aid (Art.6.3.C ECHR)' in Javier Garcia Roca and Pablo Santolaya (eds), *Europe of Rights – A Compendium on the European Convention of Human Rights* (Martinus Nijhoff Publishers 2012) 267-280.
- Garofoli V, *Diritto Processuale Penale* (2. Edz, Giuffrè 2010).
- Goss R, *Criminal Fair Trial Rights: Article 6 of the European Convention on Human Right* (Hart Publishing 2014).
- Gökçen A, Balcı M, Alşahin ME, Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (3. Bası, Adalet 2018).
- Harris D, O'Boyle M, Bates E, Buckley C, *Law of the European Convention on Human Rights* (3th Ed, Oxford University Press 2014).
- İnceoğlu S, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler* (4. Bası, Beta 2013).
- Kantar B, *Ceza Muhakemeleri Usulü, İkinci Kitap, Muhakeme Usulü* (Cumhuriyet Matbaası 1946).
- Karakehya H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (2.Bası, Savaş 2016).
- Karakehya H, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma* (Savaş 2008). (*Duruşma*).

- Keskin S, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık* (Alfa 1997).
- Kunter N, Yenisey F, Nuhoglu, A, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Bası, Beta 2008).
- Lattanzi G, Lupo E, *Codice di Procedura Penale – Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina, Vol IV, a cura di Rocco Blaiotta, Giuseppe Borrelli, Giuseppe Casaccia, Maria Lucia di Bitonto, Stefano Palla* (Giuffr  2008), (Vol IV).
- Lattanzi G, Lupo E, *Codice di Procedura Penale – Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina, Vol VI, a cura di Mario D’andria, Giorgio Fidelbo, Enrico Galucci* (Giuffr  2008), (Vol VI) .
-  zbek V , Doğan K, Bacaksız P, Tepe  , *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10. Bası, Seçkin 2017).
-  zbek V , ( zbek V , Doğan K.), *CMK-İzmir Şerhi Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı* (Seçkin 2005).
-  zen M, * ğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku* (2. Bası, Adalet 2018).
- Öztürk B, Tezcan D, Erdem MR, Sırma Gezer  , Saygılar Kırıt YF, Alan Akcan E,  zaydın  , Erden Tütüncü E, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Güncellenmiş 13. Bası, Seçkin 2019).
- Öztürk B, *Suç Muhakemesi Hukukunda Gaiplik ve Gaiplerin Muhakemesi* ( cđal Neşriyat 1984).
- Reid K, *A Practitioner’s Guide to The European Convention on Human Rights* (4th Ed, Sweet&Maxwell 2012).
- Schroeder FC, Verrel T, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, ev: Salih Oktar (Yetkin 2018).
- Siracusano D, Tranchina G, Zappal  E, *Elementi di Diritto Processuale Penale* (3 Edz, Giuffr  2007).
- Soyaslan D, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Bası, Yetkin 2018).
- Summers SJ, *Fair Trials – The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights* (Hart Publishing 2007).
- Şahin C, ‘Sanığın Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı (İHAS 6/3-b)’ [2004] 8(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 259-306.
- Şahin C, Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt I* (9. Bası, Seçkin 2019).
- Şahin C, Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II* (10. Bası, Seçkin 2019).
- Taner FG, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında çelişme ve Silahların EŞitliği* (Seçkin 2019).
- Taşdemir K,  zkepir R, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Cilt I* (4. Bası, Turhan 2010).
- Tonini P, *Manuale di Procedura Penale* (11. Edz, Giuffr  2010).
- Toroslu N, Feyzioğlu M, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Bası, Savaş 2016).
- Tosun  , *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I, Genel Kısım* (4. Bası, Acar Matbaacılık 1984).
- Tosun  , *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt II* (2. Bası, Sulhi Garan Matbaası 1976).
-  nver Y, Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt I-II-III* (15. Bası, Adalet 2019).
- van Dijk P, van Hoof GJH, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Kluwer Law International 1998).
- Yenisey F, Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Güncellenmiş 7. Bası, Seçkin 2019).
- Yenisey F, Oktar S, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu-StrafprozeŐordnung (StPO)* (2. Bası, Beta 2015).

Yenisey F, *Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku- Duruşma ve Kanunoyolları* (Beta 1988).

Yurtcan E, *Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) Şerhi* (8. Bası, Adalet 2017) (*CMK Şerhi*)

Yurtcan E, *Ceza Yargılaması Hukuku* (15. Bası, Adalet 2018).

Zafer H, 'Savunma Hakkı ve Sınırları' [2013] 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof Dr. Nur Centel'e Armağan, 507-540.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 15.04.2020
Revizyon Talebi: 02.06.2020
Son Revizyon: 21.07.2020
Kabul: 05.11.2020

Dede Cöngi'nin Siyâsetü'ş-Şer'iyyesi'nin Ceza Hukuku Değeri

Mustafa Ünal^{ID}

Öz

İslâm hukukunda siyaset kavramı ve içeriği tarih boyunca en tartışmalı konulardan biri olmuştur. Özellikle Hanefî fıkhı içerisinde gelişim göstermiş olan siyâset, Osmanlı Devletinde uygulama alanı bulmuştur. Ceza hukuku açısından ele alınması gereken siyaset ile ilgili olarak Osmanlı devletindeki en önemli eserlerden biri Dede Cöngi'nin Siyâsetü'ş-Şer'iyyesi'dir. Siyâsetü'ş-Şer'iyye'de müellif, siyâset müeyyidesinin hukuka uygunluğuna yönelik açıklamalarda bulunmuştur. Bu kavramı açıklarken aynı zamanda, ceza hukuku ilkelerine, suç teorisine dair hükümlere, bazı suç tiplerine ve bunlara öngörülen yaptırımlara, muhakeme hukukuna ve infaz hukukuna ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Eserde ele alınan konular incelendiğinde, eserin ceza hukukuna ilişkin önemli miktarda açıklamalar da ihtiva ettiği görülecektir. Bu özelliğiyle eser, Osmanlı Ceza Kanunlarına temel teşkil edebilecek bir niteliktedir. Yapılmış olan tercümelelerinden biri, eseri maddeler halinde inceleyerek bir kanun hüviyetine büründürmüştür. Bununla birlikte eser, fıkıh kitaplarından birçok nakil yapmış olup bu özelliğiyle doktrinsel bir nitelik de göstermiştir. Yazıldığı döneme göre büyük öneme sahip olan eserde, tanımların yapılmamış olması ve suç teorisine ilişkin hükümlerin azlığı gibi bazı eksikler de bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Dede cöngî, Siyâsetü'ş-Şer'iyye, Siyaset, Vali-yi cerayim, Siyâseten katl

The Criminal Law Value of Al-Siyasa Al-Shar'iyâ of Dede Cöngî

Abstract

The concept and content of siyasa in Islamic Law has been one of the most controversial topics throughout history. The concept of siyasa, which has developed especially in the Hanafi fiqh, has been a method used in the Ottoman State. One of the most important treatises in the Ottoman Empire regarding the siyasa that should be examined in terms of Criminal Law is Al-Siyasa Al-Shar'iyâ Of Dede Cöngî. The author gave explanations regarding the compliance with laws of the siyasa sanction in Al-Siyasa Al-Shar'iyâ Of Dede Cöngî. While explaining this concept the author also gave explanations about principles of criminal law, crime theory, certain types of crime and sanctions prescribed to them, the law on criminal procedure and the law on criminal execution. When the topics discussed in the treatise are examined, it will be seen that the treatise contains a significant amount of explanations regarding the criminal law. With this feature, the treatise has the quality to form a basis for the Ottoman Criminal Codes. One of its translations, in the form of articles, is in the form of code text. In addition to this, the treatise has made many quotations from fiqh books, and with this feature, it has also showed the doctrinal feature. There are some deficiencies in the treatise, which is of great importance compared to the period it was written, such as not being defined and insufficiency of explanations related to crime theory.

Keywords

Dede cöngî, Al-Siyasa al-Shar'iyâ, Siyasa, Vali-i cerâyim, Capital punishment

* Sorumlu Yazar: Mustafa Ünal (Arş Gör), Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye. E-posta: mustafaunal@erbakan.edu.tr ORCID: 0000-0003-3454-9694

Atf: Ünal M, "Dede Cöngi'nin Siyâsetü'ş-Şer'iyyesi'nin Ceza Hukuku Değeri" (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1593. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.3.0012>



Extended Summary

Al-Siyasa Al-Shar'iyah of Dede Cöngî has importance in terms of both political treatise and criminal law. In this study, Al-Siyasa Al-Shar'iyah has not been handled in terms of political treatise, but has been examined in terms of criminal law. Although the treatise shows a political treatise's feature at the time of its writing, it will be seen that there is a study on criminal law when it is analyzed well. During the examination of the treatise, it was left within the period and the own legal system. So, actually, the value of criminal law in terms of Islamic law and Ottoman law was examined.

In the introduction part, explanations were made regarding the life of the author, his other works and the subject, language, fiqh value and influence of the treatise. In the second part, the definitions of the concepts covered in the treatise are made. While making these definitions, the explanations on which the author is based are included and explanations were made about the parts that the author did not explain. In the third section, the principles of criminal law are examined. This section focuses on the authority of penalization, crime and punishment equality and individualization of penalties. In the fourth part, explanations about crime theory are given. In this section, especially the contrariety to laws subject is examined. In the work, the special appearance forms of crime, the crime-effect states and the situations that terminate the criminal relation are explained. In the fifth chapter, the types of crime mentioned in the treatise are examined. The explanations about the different types of crime were examined and their relationship with capital punishment was evaluated. In the sixth section, the sanctions and security measures foreseen for crime types are stated. In particular, the punishment penalties were examined. Explanations regarding the situations in which the death penalty can be imposed and how it can be executed are included. In the seventh chapter, the explanations of the book law on criminal procedure and law on criminal execution are examined together. The explanations in the treatise about how the proceedings will be operated, which evidence will be used and in what way are used are included. In the conclusion part, an evaluation was made on the value of the criminal law of the treatise.

In this study, it is aimed to examine the developments of criminal law in Islamic Law and Ottoman Law and, investigate whether the treatise will constitute a basis for criminal codes, or not, in terms of Ottoman Law. In addition to these general objectives, it is aimed to examine the concept of siyasa, which has found applications in the Ottoman State and has been one of the most controversial topics in terms of Islamic law throughout history. Accordingly, the relationship between the concept of siyasa and other crimes has been examined. It was examined who was authorized to impose tazir punishment, and the differences between the governor and the kadi were explained. In this respect, it has been examined that the treatise indicates the differences between executive and judicial powers in the sixteenth century.

While explaining the concept of siyasa, which is one of the most controversial subjects of Islamic criminal law, it is aimed to reveal the basic features of Islamic criminal law. As a result of the explanations about the types of crimes and punishments in the treatise, the principles of Islamic criminal law are shown. For this purpose, the sanctions foreseen according to each crime type were mentioned. The sanctions were examined according to their degrees and in which cases security measures were applied.

The results achieved in this study can generally be expressed as follows: Al-Siyasa Al- Shar'iyâ, shows a feature that can form a basis for the Ottoman Criminal Codes. In addition to this, there are plenty of views quoted from fiqh books. This situation causes the treatise to be seen as a fiqh book at the same time. Siyasa is considered as a punishment within the scope of tazir. Siyasa generally means to increase the penalties. Siyasa punishment (capital punishment) is considered a death penalty. The judiciary and executive have different features.

While writing this study, the original text of Dede Cöngi Efendi, and especially its translations, were examined. The work has been examined in terms of all areas of criminal law, and the value expressed by the treatise in terms of criminal law has been tried to be revealed. During this study, the topics in the treatise were classified under different titles.

Dede Cöngî'nin Siyâsetü'ş-Şer'iyyesi'nin Ceza Hukuku Değeri

I. Giriş

A. Müellifi

Müellifin tam adı, Kemâlüddin İbrâhîm b. Bahşî b. İbrâhîm'dir. Dede Cöngî, Kara Dede ve Dede Halife gibi lakaplarla da anılmıştır.¹ Amasya (Uluköy) Sonusalıdır. 1514 (h. 920) yılına değin deri tabaklama işiyle iştigal eden müellif sonrasında ilim tahsiline koyulmuştur. Evliya Çelebi, debbağlıkla uğraştığı sürenin 60 yıl olduğunu ifade etmektedir.² İlimde özellikle fıkıh (Hanefi fıkhı), tefsir ve Arap edebiyatı alanlarında derinleşmiş ve farklı görevler de icra etmiş olmakla birlikte özellikle ilmi doğrultusunda müderris, müftü ve müfessir sıfatlarını haiz olmuştur. 1528-1529 (h. 935) tarihinde mülazım olarak Bursa Bayezid Paşa Medresesi'nde göreve başlamış ve ardından burada müderrisliğe yükselmiştir. Tire Kara Kadı Medresesi, Merzifon Sultâniyesi, Diyarbakir Medresesi ve Halep Hüsrev Paşa Medresesi'nde müderrislik görevini icra etmiştir. Bunun yanında müderrislik görevini icra ettiği kimi yerlerde müftülük görevini de yerine getirmiştir. 1550 (h. 957) yılında taltif edilerek kendisine Süleymâniyye-i İznik pâyesi verilen müellif, 1558 (h. 965) senesinde Kefe müftülüğü ile görevlendirilmiştir. 1564 (971) tarihinde hakkında azil kararı verilmiş ancak bu karar daha sonra geri alınmıştır. 1565 (972) yılında ise müellif, yaşlılığı nedeniyle istifasını sunmuştur. 1567-1568 (h. 975) tarihinde Bursa'da vefat etmiştir.³ Hoca Muhammed Karamanî mescidi avlusuna defnedilmiştir.⁴ Dede Cöngî Efendi, Osmanlı'nın 42. Şeyhülislâmı olan Minkarizâde Yahya Efendi'nin de dedesidir.⁵

Dede Cöngî Efendi yerine getirdiği görevler esnasında birçok eser kaleme almıştır.⁶ Biz çalışmamızda bu eserlerden Siyâsetü'ş-Şer'iyye'yi konu edineceğiz. Bu eserin, dört farklı Türkçe tercümesi mevcuttur. Bunlardan en meşhuru Mehmet Sebzi Efendi'nin tercümesidir. Diğer iki tercümeden biri İsmail Müfid Efendi'ye diğeri ise, Meşrebzâde Mehmed Ârif Efendi'ye aittir. Ancak Ârif Efendi eseri daha da genişleterek tercüme etmiştir. Dördüncü tercüme ise, Asım Cüneyd Köksal tarafından günümüz Türkçesi'ne yapılmıştır.

¹ Ahmet Akgündüz, 'Dede Cöngî', *DİA*, C IX (TDV Yayınları 1994), 76; Mehmed Süreyya, *Sicil-i Osmanî*, C III (Tarih Vakfı Yurt 1996), 882; Bursalı Mehmed Tahir Efendi, *Osmanlı Müellifleri*, C I, (Haz: Ali Fikri Yavuz, İsmail Özen), (Meral ty), 298; Marinos Sariyannis and E Ekin Tuşalp Atiyas, 'The Imperial Heyday: The Formation of the Ottoman System and Reactions to It', *A History of Ottoman Political Thought up to the Early Nineteenth Century*, (Brill 2019), 105.

² Evliya Çelebi b. Derviş Mehmed Zillî, *Evliyâ Çelebi Seyahatnâmesi*, C II (Yapı Kredi 1998), 35.

³ Akgündüz (n 1) 76; Süreyya (n 1) C III, 882; Abdullah Sabit Tuna, *Osmanlı Siyasetname Geleneği İçinde Dede Cöngî'nin Yeri ve Eserinin Tahlili* (İÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011), 32.

⁴ Tahir Efendi (n 1) C I, 298.

⁵ Turan Açık, 'Dede Cöngî'nin Siyâsetü'ş-Şer'iyyesi'nin Mehmet Sebzi Efendi Tercümesi', 2016, 2 (3), *Journal of Turkish Language and Literature*, 1-24, 5; Ahmet Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı, Kamu Hukuku*, C I, (OSAV 2011), 557.

⁶ Bu eserlerle ilgili bilgi için bkz: Dede Cöngî, *Şer'î Siyaset*, (çev: Asım Cüneyd Köksal), (İlke 2019), 9 ff. Akgündüz (n 1) 76, 77; Tahir Efendi (n 1) C I, 298, 299.

B. Telif ve Neşir Tarihi

Dede Cöngî'nin, Arapça olarak kaleme aldığı es-Siyâsetü's-Şer'iyye adlı eserinin Kanuni Sultan Süleyman devrinde yazıldığı bilinmekte olup net yazım tarihi bilinmemektedir.⁷

C. Üslubu

Eser Arapça olarak kaleme alınmıştır. Arap diline vâkıf olan Dede Cöngî Efendi bu eseri yazarken dili güzel bir şekilde kullanmıştır. Eser maddeler halinde yazılmış bir halde değildir. Eserin, Osmanlı Türkçesine, yukarıda ifade edildiği üzere üç farklı tercümesi yapılmıştır.⁸ Eserin yazımının 16. yüzyılda, çevirilerinin de 17. ve 19. yüzyıllarda yapılmış olması nedeniyle üslubu bugün için anlaşılma hususunda gayret istemektedir. Mehmet Sebzî Efendi tercümeyle kaleme alırken herkes tarafından oldukça anlaşılır bir dil kullanacağını ifade etmiş ve dönemi içerisinde anlaşılır bir üslupla tercümeyle gerçekleştirmiştir.⁹ Meşrebzâde Mehmed Ârif Efendi tercüme ederken eseri bir kanun metni gibi düzenleyip genişletmiştir. Bunun nedeni de, kendisinin hem resmi olarak şeyhülislamlık görevini hem de Meclis-i Valây-ı Ahkâm-ı Adliye üyeliği görevini ifa etmesinden dolayı tercümeyle bir kanun koyucu gibi hareket ederek yapması olarak görülebilir. Bu tercümenin üslubu ağırdır.¹⁰ Eserin günümüz Türkçesine ise bir tercümesi yapılmıştır. Asım Cüneyd Köksal tarafından yapılan bu tercümenin dili açık ve anlaşılması kolaydır.

D. Fıkhi Değeri

Siyasetü's-Şer'iyye kavramı, orta dönem Hanefi fakihlerden itibaren görülse de bu konuyu özellikle, Karafî, İbn Teymiyye, İbn Kayyim el-Cevziyye gibi alimler ele almış ve açıklamışlardır. Osmanlı devletinde ise Dede Cöngî Efendi'ye kadar bu konunun kısmi incelemeler dışında ele alındığını söylemek güçtür. Dede Cöngî Efendi de mezkur alimlerden alıntılarla bu konuyu ele almıştır.¹¹ Dede Cöngî Efendi'den sonra bu konunun Osmanlı hukuk müktesebatında daha fazla işlendiği görülse de, kendinden önce müstakil bir örneği görülmediği için Dede Cöngî'nin risalesi, bu konunun aydınlatılması hususunda önemli bir görev ifa etmiştir.¹² Tam bir kanun hüviyetinde olmamakla birlikte kanunlaşmaya elverişli yapısıyla, eserini usul

⁷ Zeynep Gül Erel, *Dede Cöngî's Risâletü's-Siyâseti's-Şer'iyye: A Context Analysis Through Its Translations In The Sixteenth And The Nineteenth Centuries* (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Graduate School of Economics and Social Sciences, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012), 4.

⁸ Akgündüz (n 5) C I 557.

⁹ Minkarizâde Kemâlüddîn İbrâhîm, *Terceme-i Risâle-i Siyâset-i Şer'iyye*, (çev: Mehmet Sebzi Efendi), (Süleymaniye Yazma Eser Kütüphanesi Nuruosmaniye Koleksiyonu, no: 4982, 1121 / 1709), 2b.

¹⁰ Akgündüz (n 5) C I 558, 559.

¹¹ H Yunus Apaydın, 'Siyâset-i Şer'iyye', *DİA*, C 37, (TDV 2009), 299-300.

¹² Tuna (n 3) 35, 36.

ve fûru kitaplarından faydalanarak oluşturan Dede Cöngî Efendi¹³, Kur'an, Sünnet ve sahabe örneklerinden yola çıkarak getirdiği delillerle inceleme konularını açıklamış, yöneticilerin ağır ceza verebilmelerinin meşruiyet zeminini ifade etmiştir.

E. Tesiri

Arapça olarak kaleme alınan eser, üzerinden çok süre geçmeden yukarıda belirtildiği üzere Osmanlı Türkçesine çevrilmiştir. Bu çevirilerden Mehmet Sebzi Efendi'ye ait olanı, Turan Açık tarafından transkript edilmiştir. Turan Açık eserin öneminden bahsederken, yazıldığı dönemin en önemli meselelerinden olan Siyâset-i şer'iyye konusuna değinerek örfün şeriatı uygunluğunu açıkladığını belirtmiştir.¹⁴ Meşrebzâde Ârif Efendi'ye ait olan bir diğer çeviriyi ise Ahmet Akgündüz transkript etmiştir.¹⁵

Ömer Nasuhi Bilmen'in, Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu adlı eserinde ceza hukukuna dair konuları işlediği üçüncü ciltte velâyeti ceraim ve siyâset-i şer'iyye gibi hususları anlatırken Dede Cöngî Efendi'den yararlandığı ifade edilebilir. Ancak modern atıf usulleriyle yazılmış bir eser olmaması dolayısıyla atıflarda görülmeyen bu durum, her iki esere birlikte bakıldığında fark edilebilir.¹⁶

Uriel Heyd, "Studies In Old Ottoman Criminal Law" adlı eserinde, Siyâsetü'ş-Şer'iyye'ye atıflarda bulunmuş ve kaynakçasında yer vermiştir.¹⁷ Mehmet Akman, "Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması" isimli eserinde, Siyâsetü'ş-Şer'iyye'ye birçok kez atıfta bulunmuş ve bu eseri kaynakları arasında göstermiştir.¹⁸ Muharrem Midilli, "Klasik Osmanlı Ceza Hukukunda Şeriat-Kanun Ayrımı" adlı eserinde en temel kaynaklarından biri olarak Siyâsetü'ş-Şer'iyye'yi kullanmış ve birçok yerde atıf yapmıştır.¹⁹ Ayrıca yazar, Dede Cöngî'nin es-Siyâsetü'ş-Şer'iyye'sinin, Osmanlı ceza kanunlarının hukuki temellendirmesi olup olmayacağını tartıştığı bir kitap bölümü de neşretmiştir.²⁰ Asım Cüneyd Köksal, "Fıkıh ve Siyaset (Osmanlılarda Siyâset-i Şer'iyye)", adlı çalışmasında temel bir kaynak olarak Siyâsetü'ş-Şer'iyye'yi kullanmış, birçok yerde atıf yapıp, kaynakçasında da göstermiştir.²¹ Ahmet Yaman, "Siyaset ve Fıkıh" isimli eserinde Siyâsetü'ş-Şer'iyye'ye atıfta bulunmuş, ayrıca

¹³ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 2a; Uriel Heyd, *Studies In Old Ottoman Criminal Law*, V L Menage (ed), (At The Clarendon Press, 1973), 199, 202.

¹⁴ Akgündüz, (n 5) C I 557.

¹⁵ Dede Cöngî (n 6) 67 ff.

¹⁶ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C III, (Bilmen ty), (910 ff), s.328.

¹⁷ Heyd (n 13) xvii, 198-204, 246, 250, 252, 281, 304,

¹⁸ Mehmet Akman, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması* (Eren 2004), 51, 52, 61, 81, 84, 150, 107, 188.

¹⁹ Muharrem Midilli, *Klasik Osmanlı Ceza Hukukunda Şeriat-Kanun Ayrımı* (Klasik 2019), atıf yaptığı bazı sayfa numaraları: 91, 92, 93, 94, 96, 100, 105, 116, 120, 121, 125, 129, ... ,332.

²⁰ Muharrem Midilli, 'Dede Cöngî'nin es-Siyâsetü'ş-Şer'iyye'si Osmanlı Ceza Kanunlarının Hukuki Temellendirmesi midir?', *Osmanlı İlm-i Fıkıh Âlimler, Eserler, Meseleler*, (İsar 2017), 225 ff.

²¹ Asım Cüneyd Köksal, *Fıkıh ve Siyaset Osmanlılarda Siyâset-i Şer'iyye*, (Klasik 2017, 34, 43, 51, 77, 78, 82, ... , 321.

kaynakçasında da bu esere yer vermiştir.²² Ahmet Gökçen, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri” adlı çalışmasında bu eserden yararlanmış ve esere atıfta bulunmuştur.²³ Yavuz Aykan, “A Legal Concept in Motion: The ‘Spreader of Corruption (sa’i bi’l-fesad) from Qarakhanid to Ottoman Jurisprudence”, isimli makalesinde Siyaset’üş-Şer’iyye’ye atıflarda bulunmuştur.²⁴ “Osmanlı Devleti’nde Siyaseten Katl” adlı kitabın yazarı olan Ahmet Mumcu, bu eseri kaynak olarak kullanmamıştır. Hayreddin Karaman Mukayeseli İslâm Hukuku adlı kitabında, bu esere herhangi bir atıf yapmamış ve kaynakları arasında göstermemiştir.

Mustafa Avcı, “Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler”, “Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler”, “Türk Hukuk Tarihi” ve “Hukuk Tarihimizde Hapis” isimli kitaplarında Dede Cöngî'nin Siyâsetü'ş-Şer'iyye'sine atıflar yapmış ve kaynakçasında yer vermiştir.²⁵ Ayrıca, “Hukuk Tarihimizde Hukuka Aykırı Deliller Sorunu: İşkence (Örf-i Maruf) Uygulaması”²⁶, “Töre Cinayetlerinin Tarihi Kökenleri”²⁷, “İslâm’ın Ceza Hukukuna Katkısı”²⁸, “Kasten Öldürme ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsurlarını Ayırt Etmeye Yarayan Ölçütler”²⁹, “Osmanlı Hukukunda Livatanın Cezası”³⁰, “Osmanlı İnfaz Hukukundaki Gelişmelere Genel Bir Bakış”³¹, “Osmanlı Hukukunda Suça Teşebbüs”³² isimli makalelerinde de birçok atıf yapmıştır.

II. Muhteviyat

A. Konusu

Siyâsetü'ş-Şer'iyye giriş bölümü ve onu müteakiben beş fasıldan müteşekkildir. Giriş bölümünde, siyâset tarif edilmiş ve iki türe ayrılarak belirtilmiştir. İlk fasılda

²² Ahmet Yaman, *Siyaset ve Fıkıh*, (İz, 2015), 73, 74.

²³ Ahmet Gökçen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, (İstanbul 1989), 9.

²⁴ Yavuz Aykan, ‘A Legal Concept in Motion: The ‘Spreader of Corruption (sa’i bi’l-fesad) from Qarakhanid to Ottoman Jurisprudence’, 2018, *Islamic Law an Society*, 4, 7, 14.

²⁵ Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Adalet 2018) atıf yaptığı bazı sayfa numaraları: 22, 23, 24, 64, 114, 184, 214 236, 248, 251, 261, 262, 263, 295, 297, 312, 334, 335, 339, 342, 349, ..., 472;

Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Adalet, 2018) atıf yaptığı bazı sayfa numaraları: 39, 64, 66, 76, 78, 80, 101, 122, 124, 171, 237, 241, 243, 249, 260, 261, 266, 280, 310, 316, 317, 331, 338..., 637;

Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi* (Atlas, 2019) atıf yaptığı sayfa numaraları: 258, 273, 274, 279, 295....

Mustafa Avcı *Hukuk Tarihimizde Hapis* (Adalet, 2019), atıf yaptığı bazı sayfa numaraları: 32, 33, 39, 40, 109, 111, 114, 118, 149, 159, 160, 162, 163, 164, 165, 172, 181, 184, 185, 187, 193, 194, ..., 414.

²⁶ Mustafa Avcı, ‘Hukuk Tarihimizde Hukuka Aykırı Deliller Sorunu: İşkence (Örf-i Maruf) Uygulaması’, 2003, (147) *Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi*, 45-76, 56, 61, 74.

²⁷ Mustafa Avcı, ‘Töre Cinayetlerinin Tarihi Kökenleri’, (2005), (158), *Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi*, 119-144, 122, 125, 136, 139.

²⁸ Mustafa Avcı, ‘İslâm’ın Ceza Hukukuna Katkısı’, (2008), (8), *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 113-148, 117.

²⁹ Mustafa Avcı, ‘Kasten Öldürme ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsurlarını Ayırt Etmeye Yarayan Ölçütler’, (2005), *KHUKA*, 86-98, 87.

³⁰ Mustafa Avcı, ‘Osmanlı Hukukunda Livatanın Cezası’, (2018), 26(2) *SÜHFD*, 15-45, 30, 35, 37, 41.

³¹ Mustafa Avcı, ‘Osmanlı İnfaz Hukukundaki Gelişmelere Genel Bir Bakış’, (2004), 12 (3-4), *SÜHFD*, 87-159, 97, 113, 115, 119, 143.

³² Mustafa Avcı, ‘Osmanlı Hukukunda Suça Teşebbüs’, (2013), 2, *ERÜHFD*, 7-37, 18.

“Siyâset-i Şer’iyyenin Kitap ve Sünnet ile Meşruiyetine Delâlet Eylemenin Beyanındadır” başlığı ile siyasetin meşruiyetini ispata yönelik delillerden bahsedilmektedir. İkinci fasıl, “Fî-Ahkâm Hâze’l-Bâb” başlığı ile kadıların siyasetle amel edebileceğini beyan etmektedir. Valiler ile kadıların yargılamaya ilişkin farklarından bahsedildiği üçüncü fasıl “fî’l-Fark Beyne Nazar’il-Kâdî ve Nazar-i Vâli’l Cerâyim” başlığını taşımaktadır. Dördüncü fasıl “fî’d-De’âvi bi’t-Tühem” başlığı ile zanlıları, sabıkaları ve tanınırlıkları açısından üç kısma ayırarak incelemiştir. Son fasılda ise “Faslun fi’t-Ta’zir” başlığı atılmış ve tazir kapsamında önleyici tedbirler alınabileceği anlatılmıştır. Bu beş konu üzerine kurulu olan eserin ana konusu ise cezaların ağırlaştırılmasıdır. Bu hususta zina, hırsızlık, hırabe, bağy, livata (sodomilik) gibi suçlar üzerinde incelemede bulunulmuştur.

B. Tanımlar

Dede Cöngî Efendi, eserinde doğrudan tanımlamada bulunmamış ancak başta siyaset olmak üzere bazı kavramlar üzerinde çokça durup, niteliklerini açıklamıştır. Eserin anlaşılabilmesi için bu kavramların bilinmesi gerekmektedir. Bu başlıkta bu kavramlarla ilgili bilgi verilecektir.

1. Siyâset-i Şer’iyye

Siyaset genel sözlük anlamı itibariyle, devlet işlerini düzenlemek ve yürütmek maksadıyla ilgili tutulacak yol, yöntem, özel görüş veya anlayış³³, “*seyislik, at idaresi, politika*”³⁴, “*tedbir-i umur, hükümet etmek, her işi yerli yerince yapmak*”³⁵ olarak ifade edilmektedir. Bu kelime Kur’an-ı Kerim’de geçmezken hadislerde ise “*halkın işlerini yönetme*” ve “*at terbiye etme*” anlamlarında geçmektedir.³⁶ Siyaset ıstılahi manada, tazir, ceza, idam cezası, devlet başkanının genel adap ve kamu yararına yönelik halk üzerindeki emir ve nehyi olarak tanımlanmaktadır.³⁷ Anlamına bakıldığı zaman siyaset tazir ile eş anlamda kullanılabilirdiği gibi taziri aşan şekilde de kullanılabilir. Siyaset tazir dışındaki genel düzenlemeleri de kapsamına alabilir. Örneğin; tazir ancak bir suç karşılık öngörülebilirken, siyaset bir suç mukabilinde olmaksızın kamu yararı gereği bir kişinin bir beldeden başka bir beldeye

³³ Milli Eğitim Bakanlığı, *Örnekleriyle Türkçe Sözlük*, C IV, (MEB 1996), 2569.; Ali Püsküllüoğlu, *Türkçe Sözlük* (Arkadaş 2012), 1706; Ömer Nasuhi Bilmen, *Fıkıh İlmî ve İslâm Hukuku Terimleri Sözlüğü*, (haz: Abdullah Kahraman), (Nizamiye Akademi 2016), 182.

³⁴ Ferit Develioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Lügat*, (Aydın 1982), 1149.

³⁵ Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri* (Ensar 2016), 510; Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Tarih ve Hukuk İstılahları Kamusu* (OSAV 2018), 1136.

³⁶ Muhammed el-Buhârî, *Sahîh-i Buhârî*, (çev: Soner Duman, Halil Aldemir, Mehmet Odabaşı, Beşir Eryarsoy, İshak Emin Aktepe, İbrahim Tüfekçi), (Karınca & Polen 2017), “Enbiya”, 50; Ebu’l-Hüseyn Müslim bin İsmail el-Haccâc, *Sahîh-i Müslim Tercüme ve Şerhi*, (çev ve şerh: Ahmed Davudoğlu), (Sönmez 1977), “İmare”, 44; Hızır Murat Köse, ‘Siyaset’, *DİA*, C 37, (TDV 2009), 294.

³⁷ Bilmen (n 16) C 3 (159), 22; Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügati* (Başbakanlık 1991), 301; Develioğlu (n 34) 1149; Bilmen (n 33) 182.

sürülmesi şeklinde de olabilir.³⁸ Siyâset, siyasi ve idari yönü, diğer cezalara oranla daha ön planda olan yaptırımlar olarak karşımıza çıkar.³⁹ Siyaset, devlet başkanının, kadının yetki alanında bulunmayan bütün konuları düzenleyebilmesi noktasında serbestçe kullanabileceği ve kadınlara şeriatın belirlemiş olduğu sınırlar dahilinde uymak zorunda oldukları emirler verebileceği bir yetki olarak da tanımlanmıştır.⁴⁰ Ayrıca had cezalarının uygulanması doğrudan devlet başkanının salahiyetinde olduğu için, bunlara da siyaset denmiştir.⁴¹ Siyaset kelimesi siyâset-i şer'iyye kavramının kısaltması olarak da kullanılmıştır.⁴²

Siyâset kelimesinin anlaşılması hususunda siyâset-i âmme ve siyâset-i hasa kavramları da önemlidir. Siyâset-i âmme: Bütün bir toplumun yararına ve düzenine yönelik olarak koyulmuş olan bir kısım hükümler⁴³ olarak, siyâset-i hasa ise, katledilmeleri suretiyle de olsa, bazı suçlular hakkında vuku bulacak cezalandırma ve tedbir⁴⁴ olarak ifade edilebilir.

Siyâset ve hukuka uygunluk anlamında şer'iyye kelimelerinden oluşan siyâset-i şer'iyye kavramı, “*Beşeriyetin salâh ve intizamı için şer-i şerifin kabul ve iltizam ettiği bir kısım âli ahkâmdan ibarettir.*”⁴⁵ şeklinde tanımlanmıştır. Diğer bir tanımla, “*siyâset-i şer'iyye hikmet ve maslahata nazaran muamelat ve ukubatta şiddet ile iltizam etmekten ibarettir. Erbab-ı fesat hakkında ülülemrin tatbikine şeran mezun olduğu katil ve şiddetli tâzirat bu kabildendir.*”⁴⁶ şeklinde ifade edilmiştir. Tanımlardan da anlaşıldığı üzere siyâset-i şer'iyye daha şiddetli, ağırlaştırılmış müeyyideler için kullanılmış olan bir tabirdir.⁴⁷ Nitekim İbn Âbidin, şer'i olarak cezası olan bir suçun müeyyidesinin fesadı gidermek maksadıyla ağırlaştırılması, ağırlaştırılmış şer'î, olarak tarif etmiştir.⁴⁸ Muînü'l-Hükkam'da siyasete ilişkin hükümlerdeki genişlemenin hukuka uygun olduğu yani siyasetin şer'i olduğu ifade edilmektedir.⁴⁹ Ayrıca, meydân-ı siyâset kavramı, idâm cezasının tatbik edildiği yer⁵⁰, siyâset olunmak ise şer'i cezaların infaz olunması manasında kullanılmıştır.⁵¹

³⁸ Bilmen (n 16) C III, (919), 330; Akgündüz (n 35) 1137.

³⁹ Murat Polat, ‘İslâm Ceza Hukukunun Karakteristik Özelliklerinden Bazı Örnekler’, 2017, 9, AUID, 249-286, 268.

⁴⁰ Joseph Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, (çev: Mehmet Dağ, Abdulkadir Şener), (Otto, 2018), 76, 77.

⁴¹ Akgündüz (n 35) 1137.

⁴² Apaydın (n 11) 299; Köksal (n 21) 33.

⁴³ Bilmen (n 16) C III (163), 23; Türk Hukuk Lügati (n 37) 301; Erdoğan (n 35) 510; Akgündüz (n 35) 1138; Develioğlu (n 34) 1149.

⁴⁴ Bilmen (n 16) C III (164), 24; Türk Hukuk Lügati (n 37) 301; Erdoğan (n 35) 510; Akgündüz (n 35) 1138; Develioğlu (n 34) 1149.

⁴⁵ Bilmen (n 16) C III (160), 22.

⁴⁶ Türk Hukuk Lügati (n 37) 301.

⁴⁷ Heyd (n 13) 202.

⁴⁸ İbn Âbidin, Muhammed Emin bin Ömer bin Abdülaziz Âbidin, *Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, (Dâr'ul-Fikir 1421/2000), C IV, 15.

⁴⁹ Ebu'l-Hasan, Alâeddin Ali bin Halil et-Trablûsî el Hanefî, *Muînü'l Hükkam*, (Daru'l-Fikir, ty), 176.

⁵⁰ Develioğlu (n 34) 1149; Akgündüz (n 35) 1136; Püsküllüoğlu (n 33) 1707.

⁵¹ Akgündüz (n 35) 1136.

Eserde “*Siyâset’i-tağlîz cezâ-i cinayettir.*”⁵² şeklinde ifade edilmiştir. Yukarıdaki açıklamalardan da yola çıkıldığında Dede Cöngî Efendi’nin, genel manada suç kavramını ifade eden ancak yaygın olarak insan öldürme ve yaralama suçları için kullanılan cinayetin⁵³ karşılığında siyâseti ağırlaştırılmış bir müeyyide olarak kullandığı görülmektedir. Dede Cöngî Efendi siyâset kavramını, siyâset-i âdile ve siyâset-i zalime olarak ikiye ayırmıştır. Siyâset-i âdilenin sağlanması için siyâset-i şer’iyyenin çok önemli ve gerekli olduğunu ifade eder.⁵⁴

a. Siyâset-i Âdile

Şerî’atın ruhuna ve genel hukuk prensiplerine uygun olacak biçimde devletin meseleleri düzenlemesi ve milletin işlerini tedbir için yararlı olan hükümler olarak tarif edilebilir.⁵⁵ Halkın haklarını zalimlerden ve haksızlardan kurtaran siyasettir, şerî’ata uygundur.⁵⁶ Siyâset-i âdilenin ihmali kul haklarının ve hududullahın korunamamasına, ehl-i şerrin cesaret bulmasına sebep olur.⁵⁷

b. Siyâset-i Zâlîme

Siyâset-i âdilenin tersine⁵⁸, halkın hukukuna münafî, şer’iate aykırı bir idare tarzıdır.⁵⁹

2. Sai bi’l-fesad

Sai bi’l-fesad kavramının tanımlanmasında genel anlamıyla, net bir ölçü olmayıp bu kavram üzerinde bir keyfiliğin de olduğu ifade edilmiştir.⁶⁰ Ancak mer’i hukukta bu kavramın karşılığı olarak suçu meslek edinen kimse veya tehlikeli suçlu gibi ifadeleri kullanabiliriz. Kişinin sai bi’l-fesad olup olmadığı genellikle fetvalarla belirlenmiştir.⁶¹

Naklettiği bir eserden yola çıkarak, “...adam boğmaya mutad olan kimesne sahib-i fitne ve sâi bi’l-fesad olduğu için siyaseten katl olunur...”⁶² diyen, Dede Cöngî

⁵² Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 3a.

⁵³ Avcı, (n 25) 31; M Cevat Akşit, *İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, (Gümüşev 2019), 75; Cinayet için “zararlı fiil” nitelenmesi için bkz Mehmed Mevkufâti, *Multeka’l-Ebhur; Mevkûfât*, (Mültekâ Tercümesi), (çev: Ahmed Davudoğlu), C II, (Sağlam 1980), 439.

⁵⁴ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 3a, 3b.

⁵⁵ Akgündüz (n 35) 1138.

⁵⁶ Bilmen (n 16) C III (161), 23; Erdoğan (n 35) 510; Heyd (n 13) 199.

⁵⁷ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 3b.

⁵⁸ Heyd (n 13) 200.

⁵⁹ Bilmen (n 16) C III (162), 23, Akgündüz (n 35) 1138; Erdoğan (n 35) 510.

⁶⁰ Ahmet Mumcu, *Osmanlı Devleti’nde Siyaseten Katl*, (Phoenix 2017), 43; Aykan, 2.

⁶¹ Avcı (n 25) 231; Mumcu (n 60) 94.

⁶² Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 12a.

Efendi insan öldürmeyi alışkanlık haline getiren kişinin sai bi'l-fesad kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yine naklettiği bir eser üzerinden, üç veya dört kere hırsızlık yapan kimsenin de sâi' bi'l-fesad sayılarak katledilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶³ “*sai bi'l-fesâd oldukları için katlleri helaldır*”⁶⁴ şeklindeki bir nakil ile, eserde sai bi'l-fesad olanlara uygulanacak müeyyidenin katledilmeleri olduğunu görmekteyiz.

3. Vali-yi Cerâyim

Vali-yi cerâyim, velâyet-i cerâyim görevini yerine getiren kişidir. Velâyet-i cerâyim, (velâyet-i mezalim) halk arasında ortaya çıkan suçlarla ilgili olarak bazı zorlayıcı tedbirler almaya yetkili olan kurumdur. Bu kişilerin memur oldukları kurum, divan-ı mezalim⁶⁵ olarak adlandırılır.⁶⁶ Vali-yi cerâyim, savcı, sorgu hakimi ve zabıta memurunun gördüğü görevleri yerine getirmiştir. Ancak, kadıların ve vali-yi cerâyimin yetkilerinin açıklandığı bölümde görüleceği üzere bu kişiler önlerine gelen olayda karar da vermişlerdir. Vali-yi cerâyim, vali-i mezalim olarak da adlandırılır.⁶⁷ Vâli-i cerâyim, Siyâsetü's-Şer'iyye'de kadıların arasındaki yargılamaya ve infaza ilişkin farklarla ele alınmıştır. Bu bölüm “Kadıların ve Vâli-yi Cerâyim'in Yetkileri” başlığı ile ileride gelecektir.

4. Tazir

Zıt anlamlı bir kavram olan tazir, “men, uslandırma, red, aşağılamak, hak üzere olmak ve icbar” anlamlarına geldiği gibi, “tasarruf, saygı duyma, tazim, yardım etme, takviye” anlamlarına da gelmektedir.⁶⁸ İstilahta tazir, hakkında türü ve miktarı nas yoluyla belirlenmiş bir ceza bulunmayan, Allah (cc) veya kul hakkına yönelik suçlardan ötürü, uygulanması gereken tedip ve ceza olarak tanımlanır.⁶⁹ Eserde ilerleyen bölümlerde görüleceği üzere bazı tazir cezaları ve bunları uygulamaya yetkili olanlar hakkında açıklamalar yapılmıştır.

⁶³ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 12b.

⁶⁴ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 13a.

⁶⁵ Divan-ı Mezalim, “normal mahkemelerin karara bağlamakta zorlanacağı ceza ve hukuk davalarını karara bağlamak ve uygulamak, idarî şikâyetleri dinlemek üzere oluşturulmuş yüksek kurul” olarak tanımlanabilir. Celal Yeniçeri, ‘Mezalim’, *DİA*, C 29, (TDV 2004), 516; Ayrıntı için bkz Ebu'l-Hasan Ali bin Muhammed bin Habib el-Basri, el-Maverdi, *el-Ahkâmü's Sultaniye*, (muhakkik: Ahmet Câd), (Dârulhadis 2006), 130 ff; Vecdi Akyüz, *İslam Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim*, *Divan-ı Mezalim*, (MÜİFAV 1995), 19 ff.

⁶⁶ Akyüz (n 65) 84; Bilmen (n 33) 213, 214.

⁶⁷ Bilmen, (n 16) C III (910), 328.

⁶⁸ Bilmen (n 33) 197.

⁶⁹ Şemsu'l-Eimme Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed bin Ahmed, es-Serahsi, *el-Mebisüt*, [Daru'l-Mâri'fe 1414/1993], C IX, 36; Alâeddin et-Trablüsî (n 49) 195; Bilmen (n 16) C III (174), 24; Muhammed Ebu Zehra, *el-Cerime ve'l-Ukûbe fi'l-Fikhi'l-İslami*, (Daru'l-Fikri'l-Arabi 1998), (N 114), 89; Şamil Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fıiller*, (TDV 2018), 46; Mehmet Aykanat, Melikşah Aydın, ‘Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları’ Mahmud Esad Seydişehri'nin Ceza Hukuku Dersleri, Mehmet Aykanat, İbrahim Ülker (ed) (İstanbul 2020) 13.

C. Suç Tipleri ile Korunan Hukuki Yararlar

Eserin Meşrebzâde Efendi tarafından yapılan tercümesinde bazı suç tipleri ile korunan hukuki yararlar belirtilmiştir.⁷⁰ Buna göre, kısas gerektiren suçlarda kişilerin can ve vücut bütünlükleri, zina suçu ile nesep, kazif suçu ile namus, hırsızlık suçu ile mal varlığı, şübh suçu ile akıl ve idrak yeteneği korunan hukuki yararlar. Siyâset uygulanan durumlarda da korunan hukuki yararlar bunlar olmaktadır.

III. İlkeler

A. Cezalandırma Yetkisi

Hız. Peygamber (sa) İslam devletini kurarken suç ve cezanın tayini ve infaz yetkisini yalnızca devlete bırakarak, bu yetkinin fertler veya fertlerin oluşturduğu kabileler tarafından yerine getirilmesini yasakladı.⁷¹ İslâm devletinin kuruluş aşamasında cezalandırmanın, toplumun kınama duygusunun bir ifadesi olduğu ve toplum adına devletin bununla görevlendirilmiş bulunduğu ifade edilmiş oldu.⁷² Dede Cöngî Efendi de cezalandırma yetkisinin devlete ait olduğunu ve onun görevlendirmiş olduğu memurlar eliyle gerçekleştiğini, özellikle bu memurlardan kadı ve vâlî-yi cerâyim arasındaki farkları işlerken ve sonrasında tazire ilişkin açıklamalarda bulunurken ifade etmiştir. Ancak, “*Bir kimesneye şer’an tazir lâzım gelip rızasıyla ahar kimesneye benden şu cürm sâdir olmuştur meşru olan filan taziri bana eyle demek ile ol kimesne vech-i şer’i üzere olan taziri eyledikten sonra kadıya dahi götürseler tekrar tazir olunmaz. Evvelki tazir kifâyet eder.*”⁷³ şeklindeki rivayetle müellif, tazir cezasını suçlunun rızası olması ve hukuka uygunluk arz etmesi şartıyla bir ferdin verebileceğini de belirtmiştir. Ancak aksi hallerde ve nehy-i münker oluşturmamayan durumlarda bu cezayı, görevli olanlardan başkasının icra edemeyeceğini belirtmiştir. Bununla ilgili daha ayrıntılı açıklamalar “Tazir Cezası Verme Yetkisi” başlığı altında yapılacaktır.

B. Suç ve Ceza Denkliği

Suç işlenmesi sonucunda toplum düzeninde meydana gelen bozulmanın giderilmesi için, suçluya adalete uygun ölçülü bir ceza verilir.⁷⁴ Bu cezanın suç ile orantılı olmaması durumunda adalet sağlanmamış ve toplum düzeni salaha kavuşmamış olur. Kur’an’da, “Bir kötülüğün cezası misliyledir (ona denk bir cezadır)”⁷⁵ manasındaki ayetlerde suç ve ceza dengesi belirtilmektedir.

⁷⁰ Meşrebzâde Mehmed Ârif Efendi, *Tercüme-i Siyâsetnâme*, (akt Ahmet Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Kamu Hukuku*, C I, (OSAV Yayınları 2011)), m 34.

⁷¹ Muhammed Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, C II, (çev: Mehmet Yazgan), (Beyan 2013), (1541), 765.

⁷² Avcı (n 25) 50.

⁷³ Meşrebzâde (n 70) m 110; Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 28b.

⁷⁴ Mahmud Esad Efendi, *Şerh-i Kanun-ı Ceza*, (İstanbul 1302), 49; Avcı (n 25) 54.

⁷⁵ Yunus, 10/27; Şûrâ, 42/40.

Meşrebzâde Ârif Efendi, tercümesinde, "... *cerâim ve cinâyât, siğar ve kiber cihetiyle müthâlîfe olduğu gibi, üzerine müterettibe olan zevâcir ve ukubât dahi, bi-hasen'il-mekâdir ve'l-ecnâs mütefâvite ve sâhib-i cerimenin müttehem ve şerir olup olmaması cihetiyle mütebayinedir.*"⁷⁶ şeklinde belirterek, suçların büyük ve küçük olarak ayrılacağını ve cezaların da bu suçlarla orantılı olarak tayin edeceğini belirtmektedir.

Eserde, üç, dört veya beş defa hırsızlık yapan kişinin bir kez hırsızlık yapan gibi olmayacağı⁷⁷ buna benzer biçimde livata mutadı olan kişiye de daha ağır ceza verilebileceği belirtilmiştir.⁷⁸ İnsan öldürmeyi adeti haline getiren kimsenin, cezasının da ağırlaştırılarak siyaseten katl edileceği belirtilmiştir.⁷⁹ Müellif, "*Bir müslim bir müslimin dizini açık görse rıfk ile 'dizini ört ve setreyle' desin ve rıfk ile böyle tazir eylesin eğer fahzından (uyluğundan) mekşuf görse unfle söyleyip amma darp eylesin. Sev'e yani dübür ve kabulünden birini mekşuf görse setrini emreyleyip eğer leccederse tedib eylesin*"⁸⁰ şeklindeki nakliyle hukuka aykırı fiilin ağırlaşmasıyla ona uygulanacak cezanın da orantılı olarak ağırlaşacağını belirtmiştir. Ayrıca Meşrebzâde tercümesinde, kişilere karşı bir suç işlemediği müddetçe daha önce sabıkalı olmayan bir kimsenin hukuka aykırı fiili ile işlemiş olduğu küçük bir suçtan ötürü doğrudan cezalandırılmaması, kendisinin korkutulup, uyarılması gerektiğini ifade etmiştir.⁸¹ Buna göre kişilerin hakkını ihlal etmediği müddetçe ilk kez suç işleyen ve bu suçu hafif bir ceza gerektiren kişilere erteleme veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi müesseseler uygulanabilir.

C. Cezaların Bireyselleştirilmesi

"*Bireyselleştirme, ceza hukuku yaptırımının failin kişiliğine uydurulması anlamına gelir.*"⁸²

Meşrebzâde tercümesinde suç ve ceza denkliği kısmında da belirtildiği gibi suçlar küçük ve büyük olarak kısımlara ayrılmıştır. Cezalar da bunlara orantılı olarak uygulanmalıdır. Ayrıca henüz sabıkası olmayan iyi haliyle bilinen kimselere işlemiş oldukları suçlar nedeniyle uygulanacak müeyyideler de yine diğerlerinden ayrılarak daha hafif olmalıdır.⁸³ Hatta bu kimseler ilk kez işledikleri ve kişilere yönelik olmayan hafif bir ceza gerektiren suçlar nedeniyle doğrudan cezalandırılmayıp, korkutulmalı

⁷⁶ Meşrebzâde (n 70) m 5.

⁷⁷ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 6a, 12b.

⁷⁸ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 6a, 6b.

⁷⁹ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 12b.

⁸⁰ Meşrebzâde (n 70) m 110.

⁸¹ Meşrebzâde (n 70) m 8.

⁸² Avcı (n 25) 60

⁸³ Meşrebzâde (n 70) m 5.

ve uyarılmalıdırlar. Meşrebzâde'nin bu görüşünü günüz açısından, bireyselleştirme uygulanarak bu kişilere erteleme veya hükmün açıklanmasının geriye bırakılması müesseseleri uygulanabilir şekilde ifade edebiliriz.⁸⁴

“Suç ve Ceza Denkliği” başlığında da görüldüğü üzere, Dede Cöngî Efendi, hırsızlık ve livata fiilini itiyad haline getirenlerin ölüm ile cezalandırılacağını ifade ederek, suçu itiyad haline getirmiş, tekerrür durumunda olanların cezalarının ağırlaştırılması gerektiğini belirtmiştir. “Sirkat ile maruf ise ikrar edince hapsi tatvil olunur” gibi rivayetlerle⁸⁵ sabıkalı olan suçlulara daha ağır cezalar verileceğini ifade etmiştir.

IV. Suç Teorisine Dair Hükümler

A. Suçun Maddi Unsurları

1. Fail

Valinin kendisine tabi olan bir kişiyi cebir ve tehdit ile bir eşya veya malı kendisi için tahsil etmek üzere, yanında bir nazır ile gönderdiği takdirde tahsildarın artık kusurluluğundan bahsedilmeyecektir.⁸⁶ Bu durumda vali doğrudan fail olarak sorumlu tutulur. Suçun maddi unsuru: mutlak cebir altındaki fiili zorlayana nispet edilir, zorlayan doğrudan fail sayılır.⁸⁷

B. Hukuka Aykırılık

Hukuk düzenince meşru görülmeyen bir fiilin işlenmesi fiilin bütün halinde hukuk düzeniyle çatışması olarak ifade edilebilir.⁸⁸ Bir fiilin hukuka aykırılığından bahsedebilmek için hem fiil hukuk düzeni ile çelişmeli hem de fiili hukuka uygun hale getirecek bir neden bulunmamalıdır.⁸⁹ Dede Cöngî Efendi eserinde fiili hukuka uygun hale getiren bazı sebeplerden bahsetmiştir.

⁸⁴ Meşrebzâde (n 70) m 8.

⁸⁵ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 17b, 18a, 22b.

⁸⁶ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 23b.

⁸⁷ Meşrebzâde (n 70) m 95.

⁸⁸ Mehmet Boynukalın, ‘Suç’, *DİA*, C 37, (TDV 2009), 456.

⁸⁹ Avcı (n 25) 105.

1. Hukuka Uygunluk Halleri

a. Meşru Savunma

Bir kimsenin, kendisine veya başkasına ait olan, hukuken koruma altında bulunan bir hakka yönelik ortaya çıkmış haksız bir saldırıyı defetmek için, saldırıyla orantılı bir ölçüde güç kullanması durumu olarak ifade edilebilir.⁹⁰

Müellif bir naklinde şunları belirtmiştir: Evine girip kendisini öldürmek isteyen kişiyi öldüren kişi, durumu kadiya veya valiye haber verdiğinde, olay soruşturulur ve ev sahibinin anlattığı gibi olduğu anlaşılırsa ev sahibine ceza verilmez. Ancak eve giren kişinin daha önceden bir sabıkasının bulunmaması ve ev sahibinin iddiasını ispat edecek yeterli delilinin olmaması halinde kısasen ve kıyasen öldürülür ancak istihsanen kendisinden diyet talep edilir.⁹¹ Evine hırsızlık için girmeye çalışan kişiyi öldürenin bundan dolayı sorumlu tutulmayacağı bir başka rivayette belirtilmiştir. Ancak kendisinden diyet alınarak garâmet olunacağı⁹² ifade edilmiştir.⁹³ Buradan da anlaşıldığı üzere mala karşı meşru müdafaa kabul edilmektedir. Ancak müellif, naklettiği bir başka rivayette korunacak olan malın kıymetinin on dirhem ve üzeri olduğu takdirde kişinin katlinin de meşru müdafaa kapsamında değerlendirileceğini aksi halde katlin bu kapsama girmeyeceğini ifade etmiştir. Hırsızın on dirhemden fazla mal almak için geldiği fakat henüz on dirhem ederinde bir mal almadan kaçtığı durumda, yine meşru müdafaa kapsamında hırsıza ateş edilebileceği, çünkü korunacak olan malın on dirhem üzerinde olduğu ifade edilmiştir. Hırsız aldığı malı geri bırakırsa artık ona karşı meşru müdafaa bulunmaz.⁹⁴

Müellif, “*Bir zani herif bir mümine avrete cebr ve zecr ile zina veyahut bir gulam-ı mezuna livata eylemek murat eyledikte eğer aher vechile def ve üzerlerinden katilden gayrıyla men eylemek mümkün olmayıp ol cabiri katil eyleseler demi hederdir.*”⁹⁵ şeklindeki nakliyle namusa karşı saldırılara yönelik meşru müdafaa bulunabileceğini ve saldırgan öldürülerek bu saldırıdan kurtulmanın hukuka aykırı olmadığını ifade etmiştir.

⁹⁰ Bilmen (n 16) C 3, (121), 19; İbrahim Kâfi Dönmez, ‘Meşru Müdafaa’, *DİA*, C 29, (TDV 2004), 383; Avcı (n 25) 106.

⁹¹ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 22a, 22b.

⁹² Garâmet, sözlük anlamı itibarıyla kısaca “borç, para cezası” anlamına gelir. Akgündüz, *Istılahlar*, 1278; “*Bir kimse üzerine edası lâzım gelen şeydir. Borç ve diyet gibi.*” Bilmen (n 16) C VIII, (7 (30. Kitap)), 205; Hamdi Döndüren, ‘Garamet’, *Şamil İslâm Ansiklopedisi*, C III, (Şamil 2000), 20; Ancak “*İmam Muhammed katilden diyet alınmakla garamet olunur demiş.*” Dolayısıyla burada garamet olunması mali yaptırım uygulanması anlamındadır. Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 31b.

⁹³ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 31b; Meşrebzâde (n 70) m 114.

⁹⁴ Meşrebzâde (n 70) m 115; Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 32a, 32b.

⁹⁵ Meşrebzâde (n 70) m 113.

b. Görevin İfası

Nehy-i münker, İslâm toplumlarında herkesin üzerine tevdi olunmuş bir görevdir. Bununla ilgili özellikle hisbe teşkilatı kurulmuş olsa da suçun işlendiği esnada, görenlerin de müdahale etmesi kimi zaman görev kimi zaman ise bir hak olarak karşımıza çıkar.⁹⁶ Müellifin nakletmiş olduğu, “*Bir kimesne bir kimesneyi mucib-i tazir olan fuhşiyatta görse ve tazir eylese eğer fuhş eylediği halde tazir eylemiş ise caizdir nehy-i münker etmiş olur*”⁹⁷ “*Bir kimesnenin hanesinde savt-ı mezamir -ki düdük sadasıdır- istimâ olursa ol makûle haneye bila-izin girilip nehy-i münker olunur. Zira ol sada zuhur eylediği gibi ol haneden hurmet sakıt olur.*”⁹⁸ rivayetlerden nehy-i münker görevinin icrası nedeniyle kişilerin fiillerinin hukuka uygun kabul edileceği ifade edilmiştir. Görevli olan kişiler ise, kendilerine gelen ihbar doğrultusunda bir eve girebilir⁹⁹, cezaları infaz edebilirler. Kişilerin görevleri nedeniyle icra etmiş oldukları fiillerden dolayı sorumlulukları doğmaz.

c. Hakkın Kullanılması

aa. Tedip Hakkı

“Valideynin veled hakkında olan taziri vali münferiden afv eylemek caiz değildir. Meğer valideynin afvı munzam ola.”¹⁰⁰ Ebeynlerin çocuğa tazir uygulama hakları vardır ve bu hakkı valinin yalnız başına affetmesi düşürmez.

Müellif, kocanın karısına ve efendinin kölesine hadd uygulayacak düzeyde olmamakla birlikte tedip uygulama hakkının olduğundan bahsetmiştir:¹⁰¹ “*Mevla abdine ve zevc zevcesine tazir eylediği gibi*”, “*bir kimesnenin kölesi bir seyyie işlese kendi tazir etmeyip kadiya getirip tazir ettirsin demiş. İmam Ebu'l-Leys rıza vermeyip mezhebimizin hilafıdır abd ve zevcede sahibi için tazir vardır lakin hadd-i şer'i yoktur diye cevap verip reddeylemiş.*”¹⁰²

bb. Şikayet (Dava) Hakkı

Lian, hakim huzurunda kocanın, karısının zina ettiğini veya doğmuş olan ya da doğacak olan çocuğun zinadan kaynaklandığını yemin ile iddia etmesi, karısının da kendi masumiyeti ve kocasının yalan söylediği üzerine aynı şekilde yemin etmesidir. Bu durumda koca kazif, karı ise zina ile cezalandırılmaz.¹⁰³

⁹⁶ el-Maverdî (n 65) 349, 350; Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 35a, 35b; Meşrebzâde (n 70) m 118.

⁹⁷ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 29a.

⁹⁸ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 33a; Meşrebzâde (n 70) m 117.

⁹⁹ Meşrebzâde (n 70) m 116; Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 33b.

¹⁰⁰ Meşrebzâde (n 70) m 106; Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 27a.

¹⁰¹ Bu hakların içeriğiyle ilgili olarak bkz Avcı (n 25) 124 ff.

¹⁰² Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 28b, 29a.

¹⁰³ İbn Âbidin (n 48) C III, 482, 483; Schacht (n 40) 203; Mehmet Âkif Aydın, ‘Liân’, *DİA*, C 27, (TDV 2003), 172; Avcı (n 25) 426.

Mülaane yapıldığı durumda, koca yemini ile, kazif suçu nedeniyle cezalandırılmaz ve başka bir delil de istenmez. “Zevc-i mülâine beyyine lâzım olmayıp yemini ile halas olup hadd-i kazf lâzım gelmez.”¹⁰⁴

d. İlgilinin Rızası

“Bir kimesneye şer'an tazir lâzım gelip rızasıyla aher kimesneye benden şu cürm sadır olmuştur meşru olan filan taziri bana eyle demek ile ol kimesne vech-i şer'i üzere olan taziri eyledikten sonra kadiya dahi götürseler tekrar tazir olunmaz.”¹⁰⁵ Daha önce de ifade edildiği gibi, bir kimseye kendi rızasıyla tazir uygulanabilir ve tazir uygulayan kimsenin fiili bu durumda hukuka aykırı kabul edilmez.

C. Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Sebepler

1. Zorunluluk Hali

Zorunluluk haline, zaruret hali de denir. Sözlük manası itibariyle büyük ihtiyaç, sıkıntı, savuşturulamayacak ölçüde zorluk olarak ifade edilen zaruret, ıstılahta, dinen yasaklanmış bulunan bir fiilin işlenmesi durumunda, failin sorumluluğunu kaldıracak derecede büyük tehlike ve zarar nedeniyle söz konusu olan özür halidir.¹⁰⁶

Müellif, düşman ile savaş esnasında, düşmanın Müslümanları ve küçük çocukları kendilerine siper etmeleri durumunda, genel zararı def için, özel zarar olan bu kişilerin öldürülmesi yoluna gidilebileceğini¹⁰⁷ ifade etmiştir. Dolayısıyla bu durumda bu kişileri öldürenlerin cezai bir müeyyideye uğramayacakları belirtilir. Bunun nedeni ise, zorunluluk halidir. Eğer o kişiler öldürülme, onlardan çok daha fazlası ölecektir. Meşrebzâde tercümesinde de kangren olan organın diğer organlara da zarar vermemesi için kesilebileceği ifade edilmiştir.¹⁰⁸

2. Cebir ve Tehdit (İkrah)

İkrah, bir kimseyi cebir ve tehdit yoluyla aslında yapmak istemediği veya yapmasının hukuka uygun olmadığı bir fiili yapmaya zorlanmasıdır.¹⁰⁹ İkrahın kusurluluğu ortadan kaldıran geçerli bir ikrah olması için şu şartları içermesi gerekir: Tehdit eden şahsın, tehdide konu zararı vermeye kudreti olmalı, ikraha maruz olan kişi bundan ötürü korkarak kendinden talep edilen şeyi yapmalı, ikrah ile isteneni

¹⁰⁴ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 8a.

¹⁰⁵ Meşrebzâde (n 70) m 110; Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 28b.

¹⁰⁶ Halit Çalış, ‘Zaruret’, *DİA*, C 44, (TDV 2013), 141; Vehbe Zuhayli, Nazariyyetü’ ed-Darüretü’Şer’iyye, (Müessesetu’r-Risâle 1985), 67, 68; Ali Haydar Efendi, Dürerü’l-Hükkâm, C I, (çev: Rasim Gündoğdu, Osman Erdem), (DİB 2017), 80.

¹⁰⁷ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 15a.

¹⁰⁸ Meşrebzâde (n 70) m 55.

¹⁰⁹ Erdoğan (n 35) 241; Akgündüz (n 35) 578; Avcı (n 25) 147; Dağcı (n 69) 140.

yapmadan bundan kurtulma imkanı bulunmamalı, tehdit, kişinin canına, malvarlığına veya bir yakınına yönelmeli, ikrah sonucu yapılması istenen şey hukuk düzenince bir suç kabul edilmeli, ikraha maruz kalan kişi bu ikrahın ortaya çıkmasına bilerek neden olmamalıdır.¹¹⁰

Valinin kendisine tabi olan bir kişiyi cebir ve tehdit ile bir eşya veya malı kendisi için tahsil etmek üzere, yanında bir nazır ile gönderdiği takdirde tahsildarın artık kusurluluğundan bahsedilmeyecektir. Ancak tahsildarın yanına bir nazır tayin edilmemesi durumunda artık kusurluluğu kaldıran bir ikrahtan söz edilemez dolayısıyla tahsildarın sorumluluğu kalkmaz.¹¹¹ Çünkü ilk durumda tahsildar valinin görevlendirmiş olduğu nazırın yanında bir alet konumundadır ve serbest iradesi ile hareket edememektedir. Ancak ikinci durumda yanında herhangi bir zorlayıcı nazır olmamasından ötürü iradesinin aynı ölçüde sakatlandığından bahsedilemez.

3. Hata

Hata, kişinin iç dünyasında düşündüğü ile dış dünyadaki gerçekliğin birbirine uygun olmamasıdır. Hata durumuna göre kişinin sorumluluğu tamamen ortadan kalkabilir. Gerçek bir saldırının bulunmaması ancak karşı tarafça var olduğu kanaatiyle savunma yapılması durumunda, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatadan bahsedilir. Bu halde meşru savunmadan bahsedebilmek için, savunanın fiilini haklı kılacak ölçüde kuvvetli bir kanaatinin ve buna uygun bir durumun bulunması gerekmektedir.¹¹²

Gece vakti kendi evine giren bir kişi, ev halkı tarafından tanınmasa ve kendilerine zarar vereceği düşünülse ev halkının o kişiye müdahale etmesi meşru müdafaa kapsamında değerlendirilir ve bir sorumluluk doğmasına yol açmaz.¹¹³ Bu olayda hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata bulunmasına rağmen bu hata ev halkının meşru savunma kapsamında değerlendirilmesine engel olmamıştır.

4. Haksız Tahrik

Haksız bir hareketin, fail üzerinde oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi nedeniyle, failin suçu işleme durumunda haksız tahrikten bahsedilir. Ancak haksız tahrik kusurluluğu tamamen kaldırmayıp, azaltan bir haldir.¹¹⁴

İki kişi birbirlerine hakaret edip ardından da kavga etseler, herhangi biri meşru

¹¹⁰ Avcı (n 25) 149-150; Mehmet Aykanat, Mustafa Ünal, 'Şerh-i Kanun-ı Ceza'nın Hukuki Değeri' Mahmud Esad Seydişehri'nin Ceza Hukuku Dersleri, Mehmet Aykanat, İbrahim Ülker (ed) (İstanbul 2020) 82, 83.

¹¹¹ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 23b.

¹¹² Avcı (n 25) 158, 161.

¹¹³ Meşrebzâde (n 70) m 114; Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 31b.

¹¹⁴ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Seçkin 2019), 460; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Adalet 2019), 591, 592; Avcı (n 25) 162.

müdafaa kapsamına alınmayıp her ikisi de yargılanır. Ancak bu fiilleri başlatan kişi biliniyorsa onun cezası daha ağır olur.¹¹⁵ Bu durum diğer kişinin haksız tahrikten yararlanması nedeniyledir.

D. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. İştirak

İştirak, birden fazla kişinin bir suçun işlenmesine katılmasıdır.¹¹⁶ Bir suçun işlenmesine azmettiren, yardım eden veya müşterek fail olarak suçu birlikte işleyen kişi de o suçtan dolayı sorumlu olur. Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi ise dolaylı fail olarak sorumlu tutulur.¹¹⁷

Valinin kendine tabî olanlardan birini, ikrah ve cebr yoluyla para veya mal tahsili için bir kişiye göndermesi durumunda, malı alınan kimse; eğer tahsildarın yanında bir nazır varsa tahsildara karşı dava açamaz eğer tahsildar yanında bir nazır olmaksızın gelirse ondan da malını alabilir.¹¹⁸ İkinci durumda tahsildar üzerindeki fiili hakimiyet tam olarak sağlanmamıştır dolayısıyla burada iştiraktan bahsedilebilir ancak ilk durumda tahsildar bir araç konumundadır ve vali burada dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır.

E. Suça Etkili Haller

1. Tekerrür ve İtiyad

*“... (Bu) yaptığı işin kötü sonucunu tatması içindir. Allah geçmiştekileri affetmiştir. Fakat kim bir daha böyle yaparsa, Allah ondan intikam alır. Allah mutlak güç sahibidir, intikam sahibidir.”*¹¹⁹

Tekerrür, kişinin, işlemiş olduğu suç nedeniyle hakkında daha önce bir cezaya hükmedilmiş veya bu cezası infaz olunmuş olmasına rağmen yeniden suç işlemesi durumudur. İtiyad ise, bir şeyi alışkanlık haline getirme, adet edinme olarak ifade edilebilir. Tekerrür ve itiyad genel ağırlatıcı sebeptir.¹²⁰

Eserde, livata fiilini itiyad haline getirenlerin ölümle cezalandırılması gerektiği nitekim, beşinci defa hırsızlık yapan kişinin ölüm ile cezalandırılıyor olduğu

¹¹⁵ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 19a.

¹¹⁶ Akgündüz (n 35) 628.

¹¹⁷ TCK m 37, 38, 39.

¹¹⁸ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 23b.

¹¹⁹ Mâide 5/95; Tekerrürle ilgili diğer ayetler: Enâm 6/28, Zuhuruf 43/50, Duhan 44/15,16; İtiyadla ilgili ayetler ise: Nisâ 4/107, Tevbe 9/101; Vakıa 56/46.

¹²⁰ Avcı (n 25) 229, 246; Mustafa Çağrıncı, ‘İtiyat’, *DİA*, C 23, (TDV 2001), 463.

belirtilmiştir.¹²¹ Bir başka yerde de naklettiği üzere üç veya dört defa hırsızlık yapan kişi de ölüm ile cezalandırılır.¹²²

F. Ceza İlişisini Sona Erdiren Haller

1. Af

Af, İslâm ceza hukukunda “*sanık hakkındaki hukukî takibattan vazgeçme veya mahkûmun cezasının bir kısmını yahut tamamını bağışlama anlamında kullanılır.*”¹²³

Kişi haklarını ihlal etmeyen bir suç işlendiği takdirde bu suçu cezalandırma konusunda vali muhayerdir. Suçluya gerekli cezayı verebileceği gibi onu affedebilir de. Ancak kişi haklarını ihlal eden bir suç ancak mağdurun affetmesi ile affedilebilir ki bu durumda da vali yine muhayerdir. Mağdur affetmiş olsa da vali isterse yine cezalandırabilir. Ebeveynin çocuğa uyguladıkları taziri vali yalnız başına affedemez. Ancak valinin affına daha sonradan ebeveynin affı da eklenirse geçerli olur.¹²⁴

V. Suç Tipleri

A. Kasten İnsan Öldürme

Hukuken öldürülmesi meşru olmayan bir insanı, silah veya buna benzer öldürücü bir aletle, kasten öldürmektir.¹²⁵ Kasten insan öldürenin cezası kısas edilmesidir.¹²⁶ Ancak, boğarak insan öldüren ve insan öldürmeyi itiyad haline getiren kişi kısasen değil; siyâseten katl ile cezalandırılır.¹²⁷

B. Kasten Yaralama

Karşılıklı olarak hakaret edip, birbirini darp etmiş olan kişilerden, darp fiili önce kim tarafından icra edilmişse onun suçu daha büyüktür.¹²⁸

C. Hırsızlık

Hırsızlık suçunun tüm şartları olduğu takdirde had olarak müeyyidesi sağ elin bilekten kesilmesidir. Ancak Hanefilere göre hırsızın aldığı malı iade etmesi durumunda had cezası uygulanmaz.¹²⁹

¹²¹ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 6a.

¹²² Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 12b; Alâeddin et-Trablûsî (n 49) 186.

¹²³ Fahrettin Atar, ‘Af’, *DİA*, (TDV 1988), 395.

¹²⁴ Meşrebzâde (n 70) m 106; Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 26b, 27a.

¹²⁵ Bilmen (n 16) C III (205), 28.

¹²⁶ Bakara 2/178, 179.

¹²⁷ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 12b; Meşrebzâde (n 70) m 43.

¹²⁸ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 19a.

¹²⁹ Avcı (n 25) 380, 386, 387.

Çalıntı mal bir müttehemin zilyetliğinde bulunduğu takdirde, müddei bununla birlikte başka malların da çalıntı dese de ona sadece bu mal iade edilir. Ancak valî zilyetliğinde mal bulunan müttehemi hapseder ve müddeinin diğer mallarıyla ilgili soruşturma yapar. Eğer hapsedilen kişi hırsızlıktan ötürü sabıkalıysa suçunu ikrar ettiğinde salıverilmez ve hapsi uzatılır.¹³⁰ Dede Cöngî Efendi, bu durumda had uygulanmayacak olsa da sabıkasından ötürü hapis süresinin uzatılacağını ifade etmiştir. Üç defa ve üzerinde hırsızlık yapanların da had olarak el kesme ile değil, siyâseten kat ile cezalandırılmaları gerektiğini belirtmiştir. Yani itiyadi hırsız siyâseten katledilebilir.¹³¹

D. Zina

*“Zina, ceza ehliyeti olan bir erkeğin, cinsel münasebette bulunma hakkı veya şüphesi olmadan, kendisine cinsi meyil duyulan ve hayatta olan bir kadınla rızasıyla önden (vagina) cinsel münasebette bulunmasıdır.”*¹³² Bu suçun müeyyidesi muhsan olanlar için recm, muhsan olmayanlar için ise 100 değnek vurulması ve sürgündür.^{133, 134}

*“Geçmişte olanlar hariç, artık babalarınızın evlendiği kadınlarla evlenmeyin. Çünkü bu bir hayasızlık, öfke ve nefret gerektiren bir iştir. Bu ne kötü bir yoldur.”*¹³⁵ ayetine binaen müellif, *“bir kimesne mahremini nikah ve vat' eylese Ahmed ve İshağ ol kimse katl ve malı ahz u girift olunur dediler”* şeklindeki nakliyle, mahremi ile evlenip cima eden kişinin katledilmesi ve malına el konulması gerektiğini belirtmiştir.¹³⁶ Zina bir had suçu olmasına rağmen, zina eden mahremini, muhsan ile zina edeni gören kişinin bu durumlarda mahremiyle zina eden kişiyi veya her iki kişiyi de öldürebilmesinden bahsedilmiştir.¹³⁷ Aslında görevli olmayan kişilerin had cezası verme yetkileri yoktur ancak burada daha çok meşru müdafaa durumunun söz konusu olduğu ifade edilebilir. Buna ilişkin açıklamalar çalışmanın meşru müdafaa ve tazir cezası verme yetkisine ilişkin kısımlarında yapılmıştır.

Müellif, *“bir kimesnenin mahremini aher kimesne zina ederken görse zaniyi katl eylesenini caiz görmüşler.”* şeklindeki nakilde bir kimsenin mahremini zina ederken gördüğü vakit zaniyi öldürmesinin, ve yine *“bir kimesne bir aher muhsan kimesneyi zina ederken görüp mukaddem feragat ve terk eyle deyu sayha eyledikde zani fariğ olmasa ol kimesne zaniyi katl helal ve caizdir.”* şeklindeki bir nakilde de evli bir kimsenin

¹³⁰ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 22b.

¹³¹ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 6a, 12b; Meşrebzâde (n 70) m 44.

¹³² Avcı (n 25) 234.

¹³³ Sürgün, Hanefi ve Şafililerce hapis, Maliki ve Hanbelilerce bir başka beldede ikamete zorunlu tutmaktır. Ayrıca Hanefiler sürgünü tazir, cumhur had cezası olarak kabul eder. Avcı (n 25) 288.

¹³⁴ Avcı (n 25) 288, 289.

¹³⁵ en-Nisâ 4/22.

¹³⁶ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 14b.

¹³⁷ Meşrebzâde (n 70) m 122, 113.

zina ettiği görüldüğünde bunlara ayrılmalarının söylenip ancak bu fiili bırakmazlarsa zaninin öldürülmesinin hukuka uygun olacağını ifade etmiştir.¹³⁸ Eserin son bölümünde ise müellif bu konuya ilişkin tartışmalara yer vermiş ve eşi ile bir erkeği zina ederken bulunduğu yalnız erkeği veya her ikisini öldürmesi üzerine, Muaviye'nin, Hz. Ali'ye bu olayı sorduğunu ve Hz. Ali'nin: “*Ebu'l-Hasen gibi adem dahi bu iddiayı ederse madem ki dört şahit ile isbat etmeye cinayeti için kısas olunur*”¹³⁹ şeklinde cevap vermiştir. “*Bir kimesne zevcesiyle bir herifi zina ederken görüp katl eylese ve zina ederken katl eylediğini iddia ve valî onu tekzip eyleyip beyyine talep eyledikde iki şahit kifayet eder*”¹⁴⁰ şeklindeki başka bir rivayette ise, ispat için iki tanığın gerekli olduğunu belirtmiştir. Bunlardan anlaşıldığı kadarıyla zina işleyen mahremi, cariyesi veya evli birini gören kişinin gerek nehy-i münker, gerek meşru müdafaa gerekse cezalandırma olarak değerlendirilsin, ispat hususunda farklı görüşler mevcuttur. Ancak hiçbir rivayet bu kişilerin öldürülmeyeceğini ifade etmemektedir. Dolayısıyla zina suçu had olarak yargılaması yapılmadan önce, fiilin işlendiği esnada buna şahit olan kişi, bu fiili işlediklerini ispat edebilmesi halinde bu kişileri öldürebilecektir.

Müellif bir naklinde de, fücür (ensest ilişki) durumunda ise failin idam edilmesi malının ise müsadere edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹⁴¹

Zinaya teşebbüsün cezalandırılması ile ilgili olarak müellif, bir çocuğu kalabalık içerisinde istismar etmeye çalışırken yakalanmış birine kadı tarafından 400 değnek cezası verildiğini nakletmiştir.¹⁴²

E. Hirabe

Hirabe faillerinin küfürlerine hükmedilip katledilmesi gerektiğini söyleyen görüşe karşı Dede Cöngî Efendi, Hanefî fukahasının “*Allah'a ve Resulüne savaş açanların ve yeryüzünde bozgunculuk çıkarmaya çalışanların cezası; ancak öldürülmeleri, yahut asılmaları veya ellerinin ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi, yahut o yerden sürülmeleridir. Bu cezalar onlar için dünyadaki bir rezilliktir. Ahirette de onlara büyük bir azap vardır.*”¹⁴³ ayetinden hareketle bu kişilerin katledilmesi ancak küfürlerine fetva verilmemesi gerektiğini ifade ettiklerini nakletmiştir.¹⁴⁴

¹³⁸ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 14a.

¹³⁹ Meşrebzâde (n 70) m 111; Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 29b ff.

¹⁴⁰ Meşrebzâde (n 70) m 111; Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 30a.

¹⁴¹ Meşrebzâde (n 70) m 51; Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 14b.

¹⁴² Bu olay Mehmet Sebzi Efendi tercümesinde daha kısa şekilde, çocuğun kaçırılıp başkalarına verilmesi olarak anlatılmışken, Meşrebzâde tercümesinde çocuk istismarı ile bilinen bir kişinin kalabalık bir yerde bir çocuğu sıkıştırarak tecavüze teşebbüs aşamasında yakalanması sonucu kendisine 100 değnek cezası verileceği şeklinde anlatılmıştır. Müellifin burada kaynak olarak kullandığı Muinü'l Hükkam'da ise olay Meşrebzâde tercümesinde uygun şekilde geçmekte olup ceza miktarı olarak ise Mehmet Sebzi Efendi tercümesinde geçen 400 değnek zikredilmektedir. Dolayısıyla burada Meşrebzâde Efendi tercümesinde suç tavsifinin, Mehmet Sebzi Efendi tercümesinde ise sopa sayısının doğru şekilde nakledildiğini görmekteyiz. Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 25b; Meşrebzâde (n 70) m 101; Alâeddin et-Trablûsî (n 49) 179.

¹⁴³ Mâide 5/33.

¹⁴⁴ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 12b, 13a; Meşrebzâde (n 70) m 46.

F. Kazif

Kazif, ceza ehliyetine sahip olan bir kişinin, hür, iffet ve akıl sahibi, buluğa ermiş ya da buluğa ermemiş olmakla birlikte cinsel ilişkiye elverişli olan bir kız çocuğuna zina isnadında bulunması yahut nesebinin sahih olmadığını söylemesidir. Kazif suçunun müeyyidesi hür olanlar için 80, köle olanlar için ise 40 değnek vurulmasıdır.¹⁴⁵

Müellifin naklettiği bir eserde, bir kimseye fasık ve sârik (hırsız) denmesi durumunda eğer bu töhmetler kendisine atılan kimse iyi hali bilinen, sabıkalı olmayan bir kimse ise, bu töhmetlerde bulunan kişi kazif müeyyidesi ile cezalandırılır. Ancak töhmet altında olan kişide bu sıfatlar yoksa, ona fasık ve sârik diyen kimseye ceza verilmez diye Ebu Hanife'den geçen bir nakil mevcuttur.¹⁴⁶ Buradan görüldüğü üzere Dede Cöngî Efendi kazifi nitelikli hakaret gibi daha geniş bir kapsamda ele almıştır. “Zevc-i mülâine beyyine lâzım olmayıp yemini ile halas olup hadd-i kazf lâzım gelmez.”¹⁴⁷ Yani, mülâane yapıldığı durumda, koca yemini ile kazif suçu nedeniyle cezalandırılmaz ve başka bir delil de istenmez.

G. Bağy

Bağy suçu “*Veliiyülemrin daire-i itaatinden bir te`vile mebni haksız yere çıkararak tegallübde bulunmak*”¹⁴⁸ olarak tanımlanmıştır.

Bağilerin at ve silahları müsadere edilir.¹⁴⁹

H. Ridde

Ridde terim itibariyle, temyiz gücüne sahip olan bir Müslümanın, serbest iradesiyle İslâm dininden çıkmasıdır. Bu kişinin İslâm ile bağıni kesecek özellikteki, düşünce, söz ve fiilleri benimsemesi, bunları ifade etmesi ve açık bir şekilde icra etmesi şeklinde üç aşama ile gerçekleşir.¹⁵⁰ Hz. Ali için sen ilahsın diyerek dinden çıkan bir grup, dine geri dönmemeleri ve bu husustaki ısrarları nedeniyle cezalandırılmıştır.¹⁵¹

I. Livata (Sodomilik)

Lût kavmindeki erkekler arası cinsel ilişkinin yaygınlığından ötürü, ismini oradan alan livata gönüllü eşcinsel ilişkidir. Bu suçta anal ilişki söz konusudur. Livata her iki

¹⁴⁵ Avcı (n 25) 307, 332.

¹⁴⁶ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 21a, 21b.

¹⁴⁷ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 8a.

¹⁴⁸ Bilmen (n 16) C III (11), 333.

¹⁴⁹ Meşrebzâde (n 70) m 107.

¹⁵⁰ Avcı (n 25) 506; Terim olarak bu şekilde ifade edilse de ridde suçunun tek başına dinden dönmekle oluşmayıp farklı şartları da gerektirdiğine dair bkz Avcı (n 25) 507 ff.

¹⁵¹ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 5a, 5b.

kişi tarafından rızası ile işlendiği takdirde her iki kişi için de ağır şekilde tazir cezası gerekir. Hatta bu suçu itiyad haline getiren kişiye verilecek tazir cezası, siyâseten katl şeklinde de gerçekleşebilir.¹⁵² Nitekim, Dede Cöngî Efendi, livata fiilini işleyenlerin her ikisinin de öldürülmesini emrettiği hadisten¹⁵³ yola çıkarak, siyâseten katl ile cezalandırılacaklarını ifade eder.¹⁵⁴ Ancak bu fiilin işlenmesinde cebir mevcut olursa, ceza sadece zorlayan kişi hakkında tatbik edilir.¹⁵⁵

İ. Rüşvet

Rüşvet, bir hakkı iptal etmek, kullanımını engellemek veya bir haksızlığı haklı göstermek amacıyla verilen ve alınan menfaat olarak ifade edilir.¹⁵⁶ Rüşvet suçu failine, dayak ve teşhir gibi yollarla şiddetli tazir ve uzun süreli hapis cezaları ile müeyyide uygulanır.¹⁵⁷

Eserde İmam Maverdi'ye ait el-Ahkâmü's-Sultâniyye'den¹⁵⁸ nakledildiği üzere¹⁵⁹ *“İbn-i Abbas radiyallahu anh hazretlerine bir adam gelip sana yüz bin dirhem vereyim bana filan mansıbı verip tevcih eyle diye rica eyledikde İbn-i Abbas hazretlerine rüşvet arz eylediği için mezbura yüz değnek darb-u tazir ve tediben hayyen salb eyledi.”*¹⁶⁰ denmektedir. Burada rüşvet suçunun vermek isteyen kişi açısından, bir makam talebi ile kişiye maddi menfaat sağlama teklifi yoluyla oluştuğu ve bunun müeyyidesi olarak yüz değnek verildiği ve suçlunun teşhir edildiği görülmektedir.

J. Konut Dokunulmazlığını İhlal

*“Ey iman edenler! Kendi evlerinizden başka evlere, geldiğinizi hissettirip (izin alıp) ev sahiplerine selam vermeden girmeyin. Bu davranış sizin için daha hayırlıdır. Düşünüp anlayasınız diye size böyle öğüt veriliyor.”*¹⁶¹ Ayetten de anlaşıldığı üzere kişilerin özel hayatlarının gizliliğine önem verilmiş ve konutlara izinsiz girilmesi yasaklanmıştır. Bu doğrultuda Osmanlı hukukunda konut dokunulmazlığını ihlal, tazir suçu olarak görülmüştür.¹⁶²

¹⁵² Bilmen (n 16) C III (887), 320; Avcı (n 30) 18.

¹⁵³ İbn Mâce, “Hudud”, 12; et-Tirmizi, “Hudud”, 24/1456; Ebû Davud, “Hudud”, 28/4462.

¹⁵⁴ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 6a.

¹⁵⁵ Bilmen (n 16) C III (887), 320.

¹⁵⁶ Bilmen (n 16) C VIII (26 (30. Kitap)), 208; Saffet Köse, ‘Rüşvet’, *DİA*, C 35, (TDV 2008), 303.

¹⁵⁷ Avcı (n 25) 566; Bilmen (n 16) C III, (865) 314.

¹⁵⁸ Devletin teşkilat ve idaresine yönelik fihi hükümleri konu edinen, tam adı el-Ahkâmü's-sultâniyye ve'l-vilâyâtü'd-diniyye olan, Maverdi'nin meşhur eseri. Mehmet Erkal, ‘el-Ahkâmü's-Sultâniyye’, *DİA*, C 1, (TDV 1988), 555.

¹⁵⁹ Maverdi (n 65) 262.

¹⁶⁰ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 14a.

¹⁶¹ Nur 24/27.

¹⁶² Osmanlı hukukunda konut dokunulmazlığı suçuna önem verilmiş ve bu suç kanunnamelerde düzenleme altına alınmıştır. Seda Östen Esirgen, ‘Osmanlı Hukukunda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu’, (2016), 65 (4), AÜHFİD, 2306-2329, 2309; Avcı (n 25) 613.

Bir kimsenin, bir konutta saklandığının duyulmasıyla mahalle halkının önde gelenleriyle birlikte kadı ve validen izin almaksızın o konuta girip arama yapması ve birini bulması durumunda bu konuta giren kişilerin tamamına ceza verilir.¹⁶³ Çünkü bir konutta arama tedbiri uygulaması olmayan bu durum konut dokunulmazlığını ihlal suçunu doğuracaktır.

K. Mala Zarar Verme

Kasden bir kişinin malına zarar verildiği durumlarda hem suç, hem de tazmin gerektiren bir haksız fiil oluşur.¹⁶⁴ Ancak taksirle birin malına zarar verildiği durumlarda da haksız fiil yoluyla zararın izalesi mümkündür.¹⁶⁵ “*Güvercine taş atmak ile ibadullahın kiremit ve camları kırıla ol makuleler tazir ve eşedd-i men ile men olunurlar. Memnu olmazlar ise vali ve muhtesib ol güvercinleri zebh eder diye tasrih eylemiş.*”¹⁶⁶ Eserdeki bu nakilden anlaşıldığı üzere, mala zarar verme suçu, olası kastla işlenebilen bir suçtur. Çünkü kişi doğrudan komşularının kiremitlerine zarar verme kastıyla hareket etmemekte ancak bu zararı da göze almaktadır.

L. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal

Konut dokunulmazlığının ihlali gibi özel hayatın gizliliğinin ihlali de bir tazir suçu olarak düzenlenebilir. Eserde güvercinleri uçurmak için çatıya çıkan kişinin başkalarının mahremlerine bakması durumunda tazirle cezalandırılacağı belirtilmiştir.¹⁶⁷

M. İslam Ülkesine Şarap İthal Etme

İslâm ülkesine şarap getiren kişi yakalandığı zaman eğer bu suç ile sabıkalı değilse, şarabın kendisinin olmadığını veya bunu zaten imha edecek olduğunu beyan ederse bu beyanına güvenilir. Ancak kişi daha önceden de bu suçla sabıkalı ise bu durumda taziren darb edilir ve tevbesi zahir oluncaya kadar hapiste kalır.¹⁶⁸

VI. Yaptırımlar

A. Cezalandırmanın Amacı

Meşrebzâde tercümesinde, cezalandırmanın amacı genel ve özel olmak üzere belirtilmiştir. Buna göre cezalandırma suçlunun ıslahını ve artık hukuka aykırı fiili

¹⁶³ Meşrebzâde (n 70) m 116; Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 32b, 33a, 34b.

¹⁶⁴ Bilmen (n 16) C III, 319.

¹⁶⁵ Bkz Mustafa Ünal, *İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, (Adalet, 2019), 227 ff.

¹⁶⁶ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 34b; Meşrebzâde (n 70) m 118.

¹⁶⁷ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 34b; Meşrebzâde (n 70) m 118.

¹⁶⁸ Meşrebzâde (n 70) m 6.

işlememesini sağlarken, toplumun diğer fertlerinin de bundan ibret almasını ve bu suçu işlemeye cesaret etmelerini önleyecektir.¹⁶⁹

B. Cezalar

1. Ölüm Cezası

a. Hadden Katl

Hırabe suçu faillerine had olarak ölüm cezası verilir. Bu konuda eserde, faillerin küfrüne de karar verip vermeme hususuna ilişkin farklı nakiller bulunmakla birlikte Hanefî fukahânın yukarıda da belirtildiği üzere sadece faillerin öldürülmesi gerektiğini ayrıca kafir olduklarına hükmedilmemesi gerektiğini ifade ettiği belirtilmiştir.¹⁷⁰

b. Siyâseten (Taziren) Katl

Suç işlemeyi itiyad haline getirmiş ve başka bir şekilde suç işlemeyi terk etmeyen kişinin ceza olarak öldürülmesine siyâseten katl denir.¹⁷¹

Dede Cöngî Efendi, livata fiilini işleyen kişilerin siyâseten katl ile cezalandırılacaklarını, beşinci defa hırsızlıktan yakalanan yani suçu itiyad haline getirmiş olan hırsızın siyâseten katl ile cezalandırılacağı dolayısıyla livatayı da mutad hale getiren kişinin aynı şekilde cezalandırılacağını, İmam Muhammed'in imamın reyî ile tazir cezası vereceğine yönelik beyanının da bu şekilde anlaşılması gerektiğini ifade eder.¹⁷² Eserin farklı bölümlerinde nakledildiği üzere, üç, dört veya beş defa hırsızlık yapanın, insan öldürmeyi adet haline getirenin de siyaseten katl edileceği belirtmiştir.¹⁷³ Müellif, *sâ'i bi'l-fesâd oldukları için katlleri helaldır*¹⁷⁴ şeklinde eserine aldığı bir nakilde, sâ'i bi'l-fesâd olanların müeyyidesinin de katledilmek olduğunu belirtmektedir. Ayrıca kısas şahitlerinin rücu etmeleri durumunda kendilerine taziren katl cezası verileceği de eserde yer almaktadır.¹⁷⁵ Yalan yere şahitlik ederek bir kişinin ölümüne neden olmanın müeyyidesinin de ölüm cezası olduğu görülmektedir.

Zındıklardan bir grup Hz. Ali (ra) için sen ilahsın demişler ve bu yolda ısrar etmişlerdir. Bunun üzerine Hz. Ali (ra) siyâseten ve bu durumu şiddetle yasaklamak için kendisini ilah olarak adlandıran bu zındıklara yakmak suretiyle ölüm cezası

¹⁶⁹ Meşrebzâde (n 70) m 9.

¹⁷⁰ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 12b, 13a; Meşrebzâde (n 70) m 46.

¹⁷¹ Bilmen (n 16) C III (845), 309, Avcı (n 25) 313.

¹⁷² Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 6a, 6b.

¹⁷³ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 2b; Meşrebzâde (n 70) m 23.

¹⁷⁴ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 13a.

¹⁷⁵ Meşrebzâde (n 70) m 22.

vermiştir. Bu durum normalde Allah'tan (cc) başkasının ateşle cezalandırması yasakken¹⁷⁶, bu grubun şiddetle ve ibret verici şekilde cezalandırılması gerektiği için Hz. Ali (ra) tarafından yakmak suretiyle ölüm cezası siyâseten uygulanmıştır. Bu durum maslahata binaen bu şekilde cezalandırmanın caiz olduğunu göstermektedir.¹⁷⁷ Ancak, Meşrebzâde Mehmed Ârif Efendi yapmış olduğu tercümeğe başka deliller de ekleyerek ateşle yakarak cezalandırmanın caiz olmadığına yönelik görüşü belirtmiştir.¹⁷⁸

2. Dayak Cezası

Dayak cezası, bir suçlunun el veya bir değnek ile dövülmesidir.¹⁷⁹ Yukarıda belirtildiği üzere rüşvet, İslâm ülkesine şarap ithal etme gibi suçların müeyyidesi olarak dayak cezası öngörülmüştür. Yine eserde tazirle cezalandırılır şeklinde belirtilen yerlerde, dayak cezası tazir olarak uygulanabilir.¹⁸⁰

3. Hapis Cezası

Hürriyeti bağlayıcı bir ceza olan hapis, suçlunun belirli bir mekanda zorla alıkonularak, şahsi hürriyetinin kısıtlanmasıdır.¹⁸¹

Birbirlerini darp etmek alışkanlığı haline gelmiş olan kimselerin insan öldürmek ve hırsızlıkla suçlanmaları ancak suçun ispatı net olmadığı durumlarda bu kişiler tövbeleri zahir oluncaya kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir.¹⁸² İnsanları şer ve fesadlarından korumak için, kurallara boyun eğmeme konusunda inat eden yani birden fazla kez sabıkalı olup, suç işleme konusunda ıslah olmayan kimselerin insanların arasına karışmaları yasaklanarak, kendilerine ev hapsi uygulanabilir.¹⁸³

4. Sürgün

Sürgün, suçlunun belirli bir süreyle yaşadığı yerden başka bir yerde ikamete zorlanmasıdır. Hem bir ceza hem de bir güvenlik tedbiri olarak uygulanabilir.¹⁸⁴

¹⁷⁶ Ebû Davud, *Cihad*, 112.

¹⁷⁷ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 5a, 5b, 6a.

¹⁷⁸ Meşrebzâde (n 70) m 18.

¹⁷⁹ Bilmen (n 16) C III (845), 307.

¹⁸⁰ Avcı (n 25) 326.

¹⁸¹ Avcı (n 25) 328; Aykanat, Ünal (n 110) 85.

¹⁸² Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 21b.

¹⁸³ Meşrebzâde (n 70) m 56.

¹⁸⁴ Bilmen (n 16) C III (845), 307; Avcı (n 25) 338.

Fasık ve facir olan kimseleri, vali-i cerâyimin sürgün etme yetkisi vardır.¹⁸⁵ Kamu düzeni için ehl-i şer‘ sürgün edilebilir.¹⁸⁶

5. Para Cezası

Para cezası, suç mukabilinde belirli bir miktar paranın devlet hazinesine ödenmesidir.¹⁸⁷

Müellif, “ahz-ı mal ile ta’zîr eylemek dahi caizdir diye yazmışlardır. Cemaate hazır olmayan ve bi-namazlar gibi kimesnelere maslahat iktiza eyledikte bağı olan eşirra ve müfsidler at ve silahları ahz olunduğu gibi” şeklindeki bir naklinde, müsaderenin yanında bir ceza olarak da mala el koyulabileceğinden bahsedilmektedir. Akgündüz, bunun para cezalarının şer‘i dayanağı ifade ettiğini de belirtmiştir.¹⁸⁸

C. Güvenlik Tedbirleri

1. Hürriyeti Kısıtlayıcı Güvenlik Tedbirleri

Ticarete me’zûn olan sabî (ticaret yapabilmesi için kendisine izin verilmiş dolayısıyla bu muamelelerinde ehliyetli sayılan çocuk) borcunun vadesini geciktirmemesi için tediben hapsedilebilir. Bu çocuğun henüz ceza ehliyeti olmasa da, kötü fiillerinin önlenmesi için kendisine güvenlik tedbiri uygulanabilir.¹⁸⁹ Kadı huzurunda dava sırasında birbirlerine hakaret eden kişiler, mahkemenin huzurunu tesis için kadı tarafından hapsedilebilir.¹⁹⁰

2. Tanıklık Ehliyetinin Kaybı

Eserde, “Fasığın şehadeti caiz oldu. Zamâne ehl-i fesadın kesreti için ahkâm-ı siyasetde dahi vüs’at caiz oldu.”¹⁹¹ şeklinde belirtilerek, normal şartlarda fasık olan kimsenin tanıklık ehliyetini kaybedeceği ancak zamanla ehl-i fesadın çoğalması ve artık başka türlü tanık göstermenin neredeyse imkansız hale gelmesi durumunda bu kişilerin de tanıklık edebileceklerinden bahsedilir.

¹⁸⁵ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 19a.

¹⁸⁶ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 20b.

¹⁸⁷ Bilmen (n 16) C III, (845), 309; Avcı (n 25) 341.

¹⁸⁸ Akgündüz (n 5) C I, 595.

¹⁸⁹ Meşrebzâde (n 70) m 64; Alâeddin et-Trablûsî (n 49) 174.

¹⁹⁰ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 16b; Meşrebzâde (n 70) m 65.

¹⁹¹ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 9a.

3. Müsadere

Suçun işlenmesinde kullanılan, suçun işlenmesi yoluyla elde edilen veya suçun işlenmesinde kullanılmak üzere elde bulundurulmuş eşyanın, sahibinin mülkiyetinden zorla çıkarılıp devletin mülkiyeti haline getirilmesidir.¹⁹²

Müellifin eserinde yer vermiş olduğu bir nakle göre mahremiyle evlenen ve cinsel ilişkiye giren kişinin katl edilmesi ve malına el konulması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁹³ Ehl-i şer' elinde bulunan kamu için tehlike arz eden alet müsadere edilir.¹⁹⁴

4. Teşhir

Tazir türü bir yaptırım olan teşhir, suçlunun yüzünün siyaha boyanması veya bir merkep üzerinde şehirde dolaştırılarak işlediği suçun ilan edilmesidir.¹⁹⁵

Cemaate gelmeyenler diri olarak üç gün salb edilebilir. Bu süreçte onlara su ve ekmek verilir. Namazlarını ima ile kılar daha sonra kaza ederler. Normalde salb, çarmıh gibi bir yere gerilerek kişinin süngü ile öldürülmesi veya öldürüldükten sonra teşhir amaçlı asılmasıdır.¹⁹⁶ Ancak burada salb diri diri teşhir amaçlı asmak manasında kullanılmıştır.¹⁹⁷ Yalancı tanıklık gibi taziri gerektiren suçlarda avret yerleri kapalı olmak şartıyla kişiler soyulup teşhir edilebilir. Teşhir esnasında kişinin sakalı kesilmez, cumhurun görüşüne göre yüzüne kara da çalınabilir ancak bazı fakihler çalınmayacağı kanaatindedir.¹⁹⁸

VII. Muhakeme Hukuku ve İnfaz İle İlgili Hükümler

A. Yargılama Tedbirleri

1. Hürriyeti Kısıtlayıcı Koruma Tedbirleri

Valî-i cerâyim soruşturmanın işleyişi, delillerin elde edilebilmesi amacıyla şüpheliyi bir ay veya deliller elde edilinceye kadar gözaltında tutabilir.¹⁹⁹ Kadı, kan davası (kasten adam öldürme) ile şüpheli olan kimseyi suçun ispatı ve tanıkların durumlarının araştırılması için bir gün gözaltında tutabilir. Ancak tanıkların başka bir yere gitmiş olmaları gibi bir özürden dolayı kadı gözaltı süresini uzatabilir. Buna

¹⁹² Avcı (n 25) 380; 1858 CK m 12.

¹⁹³ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 14b.

¹⁹⁴ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 20b.

¹⁹⁵ Bilmen (n 16) C III, (845), 307.

¹⁹⁶ Avcı (n 25), 280.

¹⁹⁷ Salbin bu manada kullanımı için bkz Avcı (n 25) 311; Akgündüz (n 5) C I, 596.

¹⁹⁸ el-Maverdi (n 65) 348; Meşrebzâde (n 70) m 109; Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 27b.

¹⁹⁹ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 18a.

rağmen kan davası gütmeye (maktulün velisi olup, kısas veya diyet talep etmeye) hakkı olan kimse bir özür beyan etmez ise kadı müttehemin sabıkası olmaması durumunda bir kefil göstermesi şartıyla kendisini serbest bırakabilir.²⁰⁰

2. Hapsen Tazyik

Kadı huzurunda dava sırasında birbirlerine hakaret eden kişiler, mahkemenin huzurunu tesis için kadı tarafından hapsedilebilir.²⁰¹

3. Konutta Arama

Bir kimsenin, bir konutta saklandığının duyulmasıyla mahalle halkının önde gelenleriyle birlikte kadı ve validen izin almaksızın o konuta girip arama yapması ve birini bulması durumunda bu konuta giren kişilerin tamamına ceza verilir. Eğer o konutta işlenen bir suçun fışk sadasının duyulması gibi artık gizliliğinin kalmayıp, konutun dışındakiler için de zarar verici olması durumunda, o konuta girilerek nehy-i münker kapsamında müdahalede bulunulabilir.²⁰²

B. Mahkemeler Teşkilatı ve Yargılama Sujeleri

1. Kadıların ve Vâlî-yi Cerâyim'in Yetkileri

İdari ve siyasi yönden normal mahkemelere kıyasla daha yüksek yetkilerle donatılmış olan velâyet-i cerâyim²⁰³ üyesi olan vâlî-yi cerâyimin yetkileri de kadılarına nazaran farklılık arz etmektedir.²⁰⁴ Vâlî-yi cerâyimin yetkilerinin genişliğinde farklı tartışmalar ve eleştiriler yapılabilir olmakla birlikte burada Siyâsetü'ş-Şer'iyye çerçevesinde bir inceleme yapılmıştır. Eserde, siyâset uygulama yetkisinin kadıda mı yoksa vâlî-i cerâyimde mi olduğunu tartışılmış, her iki yönde de görüşler bildirilmiş ve kadı ve vâlî-i cerâyimin yetkileri mukayeseli olarak ele alınmıştır. Bu yetkileri mukayeseli olarak şöylece sıralayabiliriz:²⁰⁵

²⁰⁰ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 20a.

²⁰¹ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 16b.

²⁰² Meşrebzâde (n 70) m 117; Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 32b, 33a, 34b.

²⁰³ Vâlî-yi cerâyim, normal bir vali olarak değerlendirilmemelidir. Normal şartlarda kadıların yürütmeye karşı bağımsızlıkları vardır ve yalnızca vali olmakla bir kişi kadı gibi hareket edemez. Melikşah Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri*, (Adalet 2016), 49, 50; Velâyet-i cerâyimin yetkileri için bkz el-Maverdi (n 65) 134 ff; Bilmen (n 16) C III, (911), 328, 329; Akyüz (n 65) 105 ff.

²⁰⁴ Bkz el-Maverdi (n 65) 134 ff.

²⁰⁵ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 15bff; Ayrıntı için bkz Alâeddin et-Trablûsi (49) 174, 175; Murat Erten, 'Dede Cöngi Siyâsetnâmesi'nde Kadının ve Valinin Siyasal Görevleri: Hukuk-Siyaset İlişkisi Üzerine Bir Karşılaştırma', 2015, 4, Mavi Atlas Dergisi, 165-189, 172 ff.

- 1- Vâlî-yi cerâyimin haiz bulunduğu güç ve heybet kadıda mevcut değildir. Ancak, Hanefi fukaha kadının da bu güç ve heybete haiz olduğunu ifade etmektedir.
- 2- Kadı Şer'iatın kendine tanıdığı yetkilerin dışına çıkamazken, valî-yi cerâyimin adaletin tesisi için farklı çözüm yollarıyla karar vermesi ve bu kararı icraya koyması konusunda daha geniş yetkiler tanınmıştır.
- 3- Valî-i cerâyim, farklı delillerle üzerinde kuvvetli şüphe gördüğü bir sanığı tehdit ederek korkutabilir ve bu yolla suçunu ikrar etmesini sağlayabilir. Ancak kadı için aynı durum geçerli değildir.
- 4- Bir kimsenin kanuna aykırı davrandığını öğrenen valî-yi cerâyim, bir dava açılmasına gerek olmaksızın kovuşturma yoluna gidip, o kişiyi tedip yoluyla cezalandırabilir. Benzer şekilde kadı da bir davada birbirlerine söven tarafları, mahkemenin huzurunu bozmalarından ötürü hapsedebilir.
- 5- Tarafların her ikisinin de birbirine karşı açmış olduğu davalarda, taraflar arasındaki durumdan dolayı valî-yi cerâyimde şüphe oluşsa, şüphesini giderene kadar davaları erteleyebilir ancak kadı için bu durum söz konusu değildir. Taraflardan biri davanın yürütülmesi ve kararın icrasını istediği vakit kadının davaları erteleme gibi bir durum yoktur. O davanın devamını sağlar.
- 6- Valî-yi cerâyim, bir davanın kendisine karışık gelmesi, iddia ve savunmaların birbirine benzeyip arada pek fark olmaması durumunda araya bir kişi sokarak tarafları rızalarıyla sulh ettirebilir. Ancak kadının taraflar kendileri istemediği müddetçe onları birilerini aracı kılarak sulha yönlendirmeleri söz konusu değildir. Genel kural bu şekilde olsa da kadıların da özellikle iki büyük kişinin, komşuların veya akrabaların dava tarafı olması durumunda, sulhe yönlendirmesi söz konusudur.
- 7- Karşılıklı olarak açılmış olan davalarda, tarafların her ikisinin de süregelen iddiaları ve delilleri mevcut ise, davanın kefil alınmasına uygun olması durumunda, davanın kefil alınmasına uygun dava olması halinde, taraflar delilleri sınırlandırır veya bir kısmını kabule giderlerse valî-i cerâyim onların kefillerini aldırır.
- 8- Hakkında tanık olarak dinlenmesi için olumlu veya olumsuz bilgi bulunmayan kişinin şahadetini valî-i cerâyim dinleyebilir. Ancak kadının birini dinleyebilmesi için yapılan şahit tezkiyesinin ardından tanıklığı kabule şayan olması gerekmektedir.
- 9- Valî-i cerâyim eğer bir tanığın dinlenmesi durumunda şüpheye düşerse ona yemin ettirebilir. Ancak kadı kendisine şüpheye düşürecek, tezkiye yapılmamış bir kişiyi dinleyemez. Genel kural bu olmakla birlikte, fıskın arttığı zamanlarda tezkiye sonucu şüpheli olsa da kadı tanığa yemin verdirerek dinleyebilir.

10-Valî-i cerâyime bir şikâyet ulaştığında henüz dava başlamadan müştekinin tanıklarını dinleyebilir. Ancak kadıların bu şekilde tanık dinleyebilmesi için davacı ve davalının bu yönde isteğinin bulunması gerekmektedir.

Görüldüğü üzere aslında bu mukayese, yürütme ve yargı organı arasındaki farkları incelemekte ve kuvvetler ayrılığı hususunda bir tartışmayı ortaya koymaktadır. Bununla birlikte dokuz maddede de yargı ve icra güçleri arasındaki farkları ortaya koyar şekilde valî ve kadı arasındaki farklar ortaya konmuştur. Bunları da şu şekilde sıralayabiliriz:²⁰⁶

- 1- Kazif fiilini işleyen kişinin sabıkasını araştıran valî-i cerâyim daha önce de bu fiili işlediğini öğrenirse, soruşturmayı daha da genişletebilir. Ancak kadılar böyle değildir.
- 2- Meydana gelen olayda deliller müttehemin aleyhine geliyorsa, daha önceden bu konuda sabıkaları var ve o sıfatla tanınıyorlarsa valî-i cerâyim normalden daha ağır bir tazir cezası öngörebilir. Ancak bu şekilde tanınmayan kişiler iseler cezaları normale göre hafifletilir. Kadılar için böyle bir durum söz konusu değildir.
- 3- Valî kendisine getirilen müttehemi durumun anlaşılması, delillerin araştırılması için hemen hapsedebilir. Bu hapsedilme süresi bir ay veya müttehemin durumu anlaşılincaya, deliller elde edilinceye kadar sürer. Ancak kadı delilsiz ve orantısız bir şekilde hapse karar veremez.
- 4- Müttehemin suçu işlediğine dair kuvvetli şüphe mevcut ise valî-i cerâyim taziren darp ettirip, şüphelinin ikrar ve tasdikini almaya çalışır. Eğer darptan sonra ikrar eder ise, bu ikrarı geçerli kabul edilir. Ancak darp sırasında ikrar etmesi halinde bu ikrarına itibar edilmez ve darptan sonra kendisine sorulduğunda önceki ikrarını inkar eder onun aksine bir beyanda bulunursa bu beyanına itibar edilir. Kadı için darp ile ikrar ve tasdik almak söz konusu değildir.
- 5- Suçu itiyad haline getirmiş ancak had ile cezalandırılmamış olan müttehem, kamu için zararlı ise giyeceği ve yiyeceği devlet hazinesinden karşılanmak üzere valî-i cerâyim tarafından hapsedilebilir. Kadılar bu şekilde bir karar verme yetkisi yoktur.
- 6- Mütteheme, valî-i cerâyim tarafından olayın aydınlatılması için, seçimi kendisine bırakılmayacak şekilde zorlanarak, boşanması, hürriyeti ve devlet hazinesine vereceği nezir akçesi²⁰⁷ üzerinden devlet başkanına biatı gibi ağır bir yemin

²⁰⁶ Meşrebzâde (n 70) 583; 584; Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 17b ff.

²⁰⁷ "Hanefî hukukçulara göre suçunun malının emanete alınması, halini düzeltmesi veya süreyi iyi halli geçirmesi halinde teminatın iade edilmesi, aksi takdirde hakim münasip göreceği bir cihete (kamu yararına) sarf edilmesi mümkündür. Garâmât-ı tehdidiye olarak adlandırılan bu yaptırıma modern ceza hukukunda iyi hal teminatı (önleyici kefalet) denmektedir." Avcı (n 25) 366.

ettirilir. Kadılar hukuka aykırı şekilde kimseye yemin ettiremez ve hukuka uygun olan hallerde de ancak Allah (cc) lafzı ile yemin ettirebilir.²⁰⁸

- 7- Suçlunun tevbesini zorla ettiği biliniirse, valî-i cerâyim tarafından ölüm gibi ağır cezalarla kendisi korkutulabilir. Eğer suçunun cezası ölüm değil ise de, suçlu korkularak ölümden başka bir ceza kendisine verilebilir. Kadıların böyle bir yetkisi yoktur.
- 8- Kadınların sayılarının fazla olduğu durumlarda valî-i cerâyim onların tanıklıklarını dinleyebilir. Ancak kadılar dinleyemez. Bununla birlikte kadıların da normalde tanıklıklarının geçerli olmayan kişileri dinleyebildiği durumlar ortaya çıkabilir. Örneğin müttehem olan kimsenin kazif için tanıklığını, başka delillerin de olması durumunda kadı dinleyebilir. Kadı bu durumda tanıkların durumunu araştırır. Kan davası ile müttehem olan bir kişiyi de kadı haps edip tanıkların durumunu araştırabilir.
- 9- Birbirine hakaret etmiş ve darpta bulunmuş olan kişilerin fiilleri bir had gerektirmiyor ve bu darp nedeniyle vücutlarında bir iz kalmamış ise valî-i cerâyim önce şikayete gelenin iddiasını dinler. Ancak birinde darp nedeniyle bir iz kalmış ise öncelikle o kişinin iddiasını dinler. Alimlerin çoğunluğu ise önce şikayete gelenin iddiasının dinleneceğini beyan etmiştir.

Valî-i cerâyim bu yetkilerini dava sübut bulmadan önce kullanmalıdır. Dava sübut bulduktan sonra artık vali ve kadılar yetki yönünden eşittirler.

2. Tazir Cezası Verme Yetkisi

Esas olarak tazir cezası belirleme ve uygulamaya yetkili olan kişi devlet başkanıdır. Hatta bu yalnızca bir yetki değil aynı zamanda bir görevdir.²⁰⁹ Devlet başkanının tazir cezasının uygulanmasında kimleri görevlendirebileceği ve kimlerin yetkili kabul edilmesi gerektiğine ise eserde yer verilmiştir. “*Memur olmakla herkes onu icra eder.*”²¹⁰ Dolayısıyla, valî ve kadılar tazir cezası vermeye yetkilidirler. Ancak bunlardan başka tazir cezası verme yetkisini haiz olan kişiler de vardır. “*Abd ve zevcede sahibi için tazir vardır lâkin hadd-i şer'i yoktur.*” Buna göre göre efendi, kölesini; koca da eşini tazir edebilir. Hatta müellif bir naklinde kişinin kölesini tazir için kadıya getirmesi durumunda kadının reddedeceği, taziri efendisinin vermesi gerektiği belirtilmiştir.²¹¹ Dede Cöngî Efendi yer verdiği nakillerden birinde, bir kimse kendi işlemiş olduğu suçu ve hukuken bu fiiline gereken cezayı bir başka kimseye söyleyerek uygulatması durumunda, o kişinin daha sonradan kadıya da

²⁰⁸ Kadıların bazı istisnalar haricinde re'sen yemin verme yetkileri yoktur. MAA m 1746.

²⁰⁹ Ebu Zehra (n 69) (318), 229.

²¹⁰ Meşrebzâde (n 70) m 110; Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 28a.

²¹¹ Meşrebzâde (n 70) m 110.

götürülse yeniden tazir edilmeyeceği belirtilmiştir. Bir başka naklinde ise, bir kişinin ancak suçu işlendiği anda gördüğü takdirde nehy-i münker kapsamında fiiliyle orantılı olacak şekilde tazirde bulunabileceği, suç işlendikten sonra faili tazir edemeyeceği, eğer ederse artık kendisinin tazir edilmesi gerektiği belirtilmiştir.²¹² Bu nakillerden anlaşılıyor ki, eğer kişi kendi rızasıyla hukuken fiilinin karşılığı olan cezayı bir başkasına söyleyerek kendine uygulatırsa, o kişinin tazir verme yetkisi vardır ancak bir kişi suç işlendikten sonra, faile kendiliğinden tazir cezası veremez. Suç işlendiği anda ise herkes orantılı olmak şartıyla tazirde bulunabilir. Müellif bu görüşlerin ardından herkesin tazir cezası veremeyeceği yönündeki görüşlere de yer vermiş, özellikle eşi, çocuğu gibi bir yakınına zina ederken görüp de kişinin zaniyi katletmesi durumundaki tartışmalara değinerek herkesin tazir cezası verebilmesi hususunda iki farklı görüşün olduğunu beyan etmiştir.²¹³ Buna göre “*bir kimesnenin mahremini aher kimesne zina ederken görse zaniyi qatl eylesesini caiz görmüşler.*” ve “*bir kimesne bir aher muhsan kimesneyi zina ederken görüp mukaddem feragat ve terk eyle deyu sayha eyledikde zani fariğ olmasa ol kimesne zaniyi qatl helal ve caizdir.*” şeklindeki nakillerden yola çıkarak zaniye başkalarının da tazirde bulunabileceği ifade edilebilir.²¹⁴ Kişinin eşi ile bir erkeği zina ederken bulduğunda yalnız erkeği veya her ikisini öldürmesi olayı üzerine, Hz. Muaviye’nin, Hz. Ali’ye bu olayı sormuş ve Hz. Ali de kendisinin dahi böyle bir iddiayı dört tanık ile ispat etmedikçe cinayetinden ötürü kısas olunacağını ifade etmiştir.²¹⁵ Buradan da bir tazir cezasının uygulanmasından ziyade meşru müdafaa durumundan ve bunun ispatından bahsedildiğini anlamaktayız.

Tazir olarak siyâsetle ceza verme yetkisinin kimde olduğuna ilişkin ise “Kadılar için siyaset-i şer’iyyeyi eylemek var mıdır ki sirkat ve sair töhmetlerden biriyle huzur-ı kadiya getirdiklerinde darp ve sair siyâset-i şer’iyye ile siyâset eylemek kadiya caiz olur mu diye sual olundukda İbn-i Qayyim el-Cevzi el-Hanbeli cevap verdi ki zaman ve mekan ve orfe göre olur dediler. Zahire²¹⁶ ve Ahkâm-ı Sultaniyyede kadının siyâset-i şer’iyyede alaka ve medhali yoktur diye yazmışlardır.”²¹⁷ şeklindeki nakille bu konuya ilişkin tartışmaya yer verilmiştir.²¹⁸

²¹² Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 28b, 29a; Meşrebzâde (n 70) m 110.

²¹³ Meşrebzâde (n 70) m 111-113.

²¹⁴ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 14a.

²¹⁵ Meşrebzâde (n 70) m 111; Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 29b ff.

²¹⁶ Şehâbeddin el-Karâfi’ye ait olup genel itibarıyla, İmam Malik’in fıkıh usulüne dair görüşlerini diğer mezheplerle mukayeseli biçimde ele alan eser Maliki fıkıhında önemli bir yere sahiptir. H Yunus Apaydın, ‘Karâfi, Şehâbeddin’ *DİA*, C 24, (TDV 2001), 396.

²¹⁷ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 15a, 15b.

²¹⁸ Bilmen siyaseten katlin tanımında devlet başkanının emriyle şeklinde belirtirken Bilmen (n 16) C III (845), 309, Hatemi bu cezanın hakimnin yetkisinde olduğunu ifade etmektedir. Hüseyin Hatemi, *İslam Hukuku Derstleri*, (Sümer, 2012), 136.

3. Kefil

İslam Ceza Hukuku'nda şahsa kefalet (kefalet bi'n-nefs) müessesesi mevcuttur. Bu müessesede kefil, ceza evinden kaçma ihtimalinden ötürü şüphelenilen kişilerin, sanığın, almış olduğu cezanın infaz edilmesini bekleyen mahkûmun talep edildiği takdirde hazır bulunmasını sağlayan veya delil yetersizliğinden dolayı mahkum edilmemiş olan sanığın serbest bırakılmadan önce bulması istenen kişidir.²¹⁹

Müellif valilerin de kefil kabul edebileceğini ifade etmiştir. “İki davacı birbirleriyle mücadele edip niza ve cedelleri mütemadi olsa eğer şer'an kefilleri alınacak dava ise insafa gelip inkıyat edince vali onların kefillerin aldırır.”²²⁰ Müellif bir başka yerde de, kan davası durumunda, kan dökmekle suçlanan kişinin suçu ispat edilmeden kadı tarafından gözaltına alınabileceğini ancak gözaltı süresi geçtiği takdirde, kadı isterse şüpheliyi kefil göstermesi üzerine serbest bırakabileceğini belirtmiştir.²²¹ Tazir suçlarında kefilin geçerli olduğuna dair de bir alıntı yapmıştır. “Şemsü'l-eimmeti'l-Halvani rahmetullah²²² tazir hukuk-ı ibaddır sahibinin afvı ile sakıt olur eglenmek ile de batıl olmaz ve kefil olunmak dahi sahihtir dedi.”²²³

C. Deliller

1. Tanık Beyanı

Müellif ispat hususunda tanık sayısına değinmiştir. Ramazan hilalinin görülmesi, ebenin çocuğun yaşaması ve cinsiyeti gibi hususlardaki şahadeti gibi olan konularda bir şahit yeterlidir. Zina hususunda dört şahit gereklidir ve insan öldürme, zinadan daha ağır bir suç olmasına rağmen, suçun ispatı için iki şahit gereklidir.²²⁴ Bu durum, kul hakkına tecavüz etmeyen zina suçunun örtülmesi amaçlanmasından ötürüdür.²²⁵

Eserde kimlerin şahit olarak kabul edilebileceğinden bahsedilmiştir.²²⁶ Bir kişinin tanık olarak dinlenebilmesi için tezkiye sonucunda güvenilir olduğu kanısının ortaya çıkmış olması gerekir. “Fasıkın şahadeti caiz oldu. Zamâne ehl-i fesadın kesreti için ahkâm-ı siyasetde dahi vüs'at caiz oldu.”²²⁷ Buna göre, fasıkın şahadeti kabul edilmez. Ancak zamanın ve buna bağlı olarak ahkâmın değişmesiyle birlikte, asrı

²¹⁹ Akman (n 18) 56.

²²⁰ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 16a.

²²¹ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 20a.

²²² Kemalpaşazâde'nin meselede müctehid olarak adlandırdığı Halvânî, zamanının en önde gelen Hanefî alimlerindedir. Hocaları arasında Pezdevî ve Neseft gibi büyük Hanefî fakihleri bulunmaktadır. Kamil Şahin, ‘Halvânî’, *DIA*, C 15, (TDV 1997), 383.

²²³ Meşrebzâde (n 70) m 110; Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 28b.

²²⁴ Had ve kısas suçlarında tanık sayısı nas ile belirlenmiştir. Zina suçunun ispatı için dört erkek tanık gerekliken, diğer had ve kısas suçlarının ispatında iki erkek tanık gereklidir. Had ve kısas suçları dışındaki suçların ispatında Ebu Hanife, bir erkek ve iki kadın tanığın bulunmasını yeterli kabul eder. Akman (n 18) 88.

²²⁵ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 8a.

²²⁶ Şahitliğin şartları için bkz Akman (n 18) 88.

²²⁷ Mehmet Sebzî Efendi (n 9) 9a.

evvele göre fasık kabul edilecek olan kişiler, o günün en iyileri konumundadırlar. Artık bu kişilerin şahitlikleri geçerli kabul edilecektir. Müttehem olan kimsenin kazife tanıklığı, başka delillerin de bulunması durumunda dinlenebilir.²²⁸ Ayrıca valî-i cerâyim tezkiye sonucu şüpheli olan kişileri de, kendilerine yemin verdirerek tanık olarak dinleyebilir. Kadı böyle kişileri tanık olarak dinlemese de zamanın değişmesiyle birlikte, kadı da bunları yemin verdirerek tanık olarak dinleyebilir.²²⁹

2. İkrar

İslâm hukukunda genel görüş, baskı altında alınmış olan ikrarın geçerli olmadığı, hatta kadıların böyle bir ikrar sonucu kişiye bedeni bir ceza infaz edildiği takdirde kadının sonu kısasa kadar varabilecek sorumluluğunun olduğu yönünde olsa da, hırsızlık suçu açısından ikrah altında ikrar alınabileceğine yönelik görüşler de mevcuttur.²³⁰

Dede Cöngî Efendi, “...müdde aleyh sirkati inkar eylese eğer imamın münkir sârik üzerine zann-ı galibi olup mal-ı mesruk sârikın indinde olmak şüphesi mukarrer ise imam-ı ekber re'yi ile amel eyleyip sârik-ı münkire ikâb edip ikrar ettirir...”²³¹ şeklinde naklettiği bir rivayette malı çaldığı konusunda bir kişi üzerinde kuvvetli şüphe varsa, gerekirse zor kullanarak yani işkence yaparak bu kişiye ikrar ettirilirdemektir. İkrah yoluyla hırsızdan alınan ikrarın geçerli olduğu ifade edilir.²³² “Zikrolunan ikrâhen ikrarlar malda caizdir yoksa kısas ve hududda caiz değildir.”²³³ Cümlesinden ise, ikrah sonucu elde edilen ikrarın ancak malvarlığına karşı olan suçlarda tazmin sorumluluğu bakımından geçerli olduğu ancak bu ikrar ile had ve kısas cezası uygulanamayacağı anlaşılmaktadır.²³⁴ Ancak müellif bir başka nakille, mal hususunda da ikrahın, müttehemin yaşam hakkına yönelik olmaması (işkencenin ölçülü olup kişinin ölümüne yol açmaması) gerektiğini belirtmiştir.²³⁵ Ayrıca müellif “kadı bir kimesneye kerh ve cebr edip sirkat veya katl veya kat-ı yedi ikrar ettirse ve ol kerhen olan ikrar ile ol kimesneye kısas eylese o kimesne salah ve takva ile mâruf u mevsuf adem ise kadı onun yerine kısas olunur.”²³⁶ şeklinde yer verdiği nakil ile kadının sabıkası olmayan iyi halli birinden ikrah yoluyla ikrar alması durumunda sorumlu tutulacağını belirtmiştir.

İşkence ile ilgili olarak Meşrebzâde tercümesinde, Kinaneli ibn Ebi'l-Hukayk

²²⁸ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 9b.

²²⁹ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 16a, 17a.

²³⁰ Akman (n 18) 81, 83.

²³¹ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 10b, 11a.

²³² Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 11b, 23a; Meşrebzâde (n 70) m 39.

²³³ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 23a.

²³⁴ Avcı (n 25) 379.

²³⁵ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 23a, 23b.

²³⁶ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 25a.

olayını nakletmiştir. Buna göre, Hayber'in fethinin ardından diğerlerine nasılı eman verilmişse bu şahsa ve ailesine de eman verildiği ancak fetih ganimeti olan malları saklamaması gerektiğinin kendisine ifade edildiğini belirtmiştir. Hatta Peygamber Efendimiz (sa) İbn Ebi'l Hukayk'a meşhur olan o malların nerede olduğunu sorduğunda Ebi'l Hukayk'ın bunların savaş için harcandığını geriye bir şey kalmadığını söylemesi üzerine Hz. Peygamber'in (sa) kendinden bir şey saklıyorsa onun emanının kalkacağından bahisle seni katledeyim mi demesinin ardından İbn Ebi'l Hukayk katleyle demiştir. Ardından bir şahidin sıkıştırılması üzerine İbn Ebu'l Hukayk'ın gezdiği yerleri söylemesi ve burada malların bir kısmının bulunması üzerine Zübeyr bin Avvam malların tamamının yerini söylemesi için ona işkencede bulunmuştur. Daha sonra ise Ebi'l Hukayk öldürülmüştür.²³⁷ Ancak işkence konusunda Ebussuud Efendi ve İbn Kemal gibi Dede Cöngî Efendi ile aynı görüşte olmayanlar da mevcuttur.²³⁸ Nitekim Kanun-ı Esasi ile işkence tamamen kaldırılmıştır.²³⁹ Mecelle'de de bu yolla elde edilen ikrarın sahih olmayacağı ifade edilmiştir.²⁴⁰

3- Yemin

Müellif, “*Bir kimesne zevcesi veyahut kızı ve sair mehariminden biri veyahut cariyesi yanında bir ecnebi namahrem herifi bulup ve alamat-ı zinadan kubl (öpme) ve lems ve mülaabe gibi ahvallerin görse ikisi dahi mutavaat ve birbirlerine inkıyat eyledikleri halde görüp ikisini dahi katl eylese isbata hacet yoktur. Katilin yemini isbat makamına kaim olur.*”²⁴¹ şeklindeki nakliyle, yeminin zina suçu işleyenlerin katli noktasında, katleden için tek başına ispat vasıtası olarak kullanılacağını belirtmiştir. Ancak bundan başka nakillerinde bu durumun ispatı için iki veya dört tanığın gerekli olduğuna dair görüşlere de yer vermiştir.²⁴²

Zaruret durumu meydana gelmedikçe kişiye eşini boşaması, hürriyeti gibi büyük yemin ettirilmesi hukuka uygun kabul edilmemiştir. Zaruret halinde ise yine, yalnız Allah (cc) lafzı ile yemin ettirilebilir.²⁴³ Ancak valî-i cerâyimin olayın aydınlatılması amacıyla kişilere bu şekilde yemin ettirme yetkisi vardır. Kadının aksine valî-i cerâyim kişilere re'sen yemin ettirebilir.²⁴⁴

²³⁷ Meşrebzâde (n 70) m 86; Ebi'l Hukayk'ın öldürülmesi ile ilgili bunun siyâseten katle örnek teşkil ettiği çünkü olayın savaş durumunda meydana geldiği ayrıca vermiş olduğu söze uymadığı için emanının da kalkmış olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla ölüm neticesinin hırsızlık ile bağlantılı olmadığı belirtilmiştir. Ancak bu olay hırsızlıkta işkencenin kabul edilirliğine delalet edecek biçimde bazı hadis ve fıkıh kitaplarında yer almıştır. bkz Avcı (n 26) 56; Ebû Davud, *Harac*, 23, 24; M Asım Köksal, *İslâm Tarihi*, C 14, (Şamil Yayınevi, 1981), 193-196; Ebu Abdullah Muhammed bin Ebî Bekir bin Eyyûp İbn Kayyim El-Cevziyye, *Et-Turuku'l-Hükmiyye*, (Daru'l-Fikri'l-Fevâid, 1428); Alâeddin et-Trablusî (n 49) 171.

²³⁸ Avcı (n 25) 377, 378.

²³⁹ Kanun-ı Esasi m 26, (akt Akgündüz (n 5) C 1, 439).

²⁴⁰ MAA m 1575.

²⁴¹ Meşrebzâde (n 70) m 112.

²⁴² Meşrebzâde (n 70) m 111; Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 30a.

²⁴³ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 21a, 18b.

²⁴⁴ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 18b; MAA m 1746.

Tanık beyanı başlığında bahsedildiği üzere, tezkiye sonucu durumu şüpheli olan tanıkların dinlenebilmesi için kendilerine yemin verdirilir. Bu durumda tanık ve yemin delili birlikte kullanılır.²⁴⁵

4. Karine

Çalınan malın yanında bulunduğu kişi bu karineye dayalı olarak daha önce hırsızlık suçu ile sabıkalı olmasa dahi hapsedilebilir. Ayrıca hırsızlıkla sabıkalı olan failin ise ikrarının ardından hapsi uzatılır. Müellif bu durumda kişilere had cezasının uygulanacağından bahsetmez ancak bu kişiler hapsedilebilecektir. Dolayısıyla müellif yalnızca karine ile hırsızlık suçundan ötürü kişiye had verilemeyeceğini ifade etmektedir.²⁴⁶ Ancak bazı Malikiler, Ahmet bin Hanbel, İbn Teymiyye ve İbn Kayyim karineler ile de faile had cezası uygulanabileceğini ifade etmektedirler.²⁴⁷

Sonuç ve Değerlendirme

Siyâsetü’ş-Şer’iyye, ceza kanunlarına temel teşkil edecek bir nitelikte olmakla birlikte sistematik bir görünüme sahip olmaması ve fıkıh kitaplarından yaptığı alıntılarla farklı görüşlere yer vermesiyle, kanun ile fıkıh kitabı hüviyeti arasında bir görünüm arz etmiştir. Bazı önemli kavramlardan bahseden eserde bu kavramların doğrudan tanımları yapılmamıştır. Ceza hukukuna dair birçok konuya değinmemiş olması dolayısıyla daha çok özel bir kanun düzenlemesi gibi görünse de, içerisinde birçok farklı suç tipine dair belirlemeler barındırmaktadır. Ancak bu suç tiplerine dair yapılan açıklamalar sınırlı olup, maddi ve manevi unsurlarını açık bir şekilde ortaya koymamış, müeyyidesini net olarak belirtmemiştir. Siyâset konusu çerçevesinde bazı ceza hukuku ilkelerine yer veren eser, aynı çerçevede suç teorisine dair hükümleri incelemiştir. Muhakeme hukukuna dair açıklamalar barındıran eserde, kadıların yetkileri incelenmiş olup, üst mahkeme ve ilk derece mahkemesi ayırımından bahsedilmiştir. Kadılar ile valilerin yetkilerinin karşılıklı olarak değerlendirilmesi yoluyla da yürütme ve yargı organı arasındaki farklardan bahsedilmiştir.

Siyâsetü’ş-Şer’iyye tüm bu nitelikleriyle ceza ve ceza muhakemesi hukukuna yönelik yapılacak düzenlemelere bir dayanak teşkil edecek niteliktedir. Nitekim yazıldığı tarihten itibaren birçok düzenleme ve eserde etkilerinin görülmesi mümkündür. Özellikle, İslâm hukukunda cezaların ağırlaştırılması hususunda kendisine başvurulması zorunlu bir eserdir. Ayrıca İslâm hukukunda kuvvetler ayrılığına yönelik açıklamalara da yer veren eser yazıldığı tarih dikkate alındığında, bu yönüyle de öne çıkmaktadır.

²⁴⁵ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 16a, 17a.

²⁴⁶ Mehmet Sebzi Efendi (n 9) 22b; Meşrebzâde (n 70) m 90.

²⁴⁷ Avcı (n 25) 375; Ebu Abdullah Muhammed bin Ebî Bekir bin Eyyûp İbn Kayyim El-Cevziyye, İ'lâmü'l Muvakkı'in, (Darü'l-Kitabü'l-İlmiyye, 1411/1991), C 2, 76-77, C 3, 173; İbn Kayyim (n 237) 12, 13.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Açık, Turan, “Dede Cöngi’nin Siyâsetü’ş-Şer’iyesi’nin Mehmet Sebzi Efendi Tercümesi”, (2016), 2(3), *Journal of Turkish Language and Literature*, 1-24.
- Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Adalet Yayınevi 2019).
- Akgündüz, Ahmet, “Dede Cöngi”, *DİA*, C IX, (TDV Yayınları 1994).
- Akgündüz, Ahmet, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Kamu Hukuku*, C I, (OSAV Yayınları 2011).
- Akgündüz, Ahmet, *Osmanlı Tarih ve Hukûk İstılâhları Kâmûsu*, (OSAV Yayınları 2018).
- Akman, Mehmet, *Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması*, (Eren Yayıncılık 2004).
- Akşit, M Cevat, *İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, (Gümüşev Yayıncılık 2019).
- Akyüz, Vecdi, *İslam Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim, Divan-ı Mezalim*, (MÜİFAV Yayınları 1995).
- Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, C 1, (çev: Rasim Gündoğdu, Osman Erdem), (DİB Yayınları 2017).
- Apaydın, H Yunus, “Siyâset-i Şer’iyye”, *DİA*, C 37, (TDV Yayınları 2009).
- Apaydın, H Yunus, “Karâfi, Şehâbeddin” *DİA*, C 24, (TDV Yayınları 2001).
- Atar, Fahrettin, “AF”, *DİA*, (TDV Yayınları, 1988).
- Avcı, Mustafa, “Osmanlı Hukukunda Suça Teşebbüs”, 2013, 2, ERÜHFD, 7-37.
- Avcı, Mustafa “Osmanlı İnfaz Hukukundaki Gelişmelere Genel Bir Bakış”, (2004), 12(3-4), SÜHFD, 87-159.
- Avcı, Mustafa, “Hukuk Tarihimizde Hukuka Aykırı Deliller Sorunu: İşkence (Örf-i Maruf) Uygulaması” (2003), 147, Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi, 45-76.
- Avcı, Mustafa, “İslâm’ın Ceza Hukukuna Katkısı”, (2006), 8, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 113-148.
- Avcı, Mustafa, “Kasten Öldürme ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsurlarını Ayırt Etmeye Yarayan Ölçütler”, (2005), KHUKA, 86-98.
- Avcı, Mustafa, “Osmanlı Hukukunda Livatanın Cezası”, (2018), 26(2), SÜHFD, 15-45.
- Avcı, Mustafa, “Töre Cinayetlerinin Tarihi Kökenleri”, (2005), 158, Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi, 119-144.
- Avcı, Mustafa, *Hukuk Tarihimizde Hapis* (Adalet Yayınevi, 2019).
- Avcı, Mustafa, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Adalet Yayınevi 2018).
- Avcı, Mustafa, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Adalet Yayınevi 2018).
- Avcı, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi*, (Atlas Yayınevi 2019).
- Aydın, Mehmet Âkif, “Liân”, *DİA*, C 27, (TDV Yayınları 2003).
- Aydın, Melikşah, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri*, (Adalet 2016).
- Aykan, Yavuz, “A Legal Concept in Motion: The ‘Spreader of Corruption (sa’i bi’l-fesad) from Qarakhanid to Ottoman Jurisprudence”, (2018), *Islamic Law an Society*, 1-19.
- Aykanat Mehmet, Melikşah Aydın, ‘Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları’ Mahmud Esad Seydişehri’nin Ceza Hukuku Dersleri, Mehmet Aykanat, İbrahim Ülker (ed) (İstanbul 2020).
- Aykanat, Mehmet, Mustafa Ünal, ‘Şerh-i Kanun-ı Ceza’nın Hukuki Değeri’ Mahmud Esad Seydişehri’nin Ceza Hukuku Dersleri, Mehmet Aykanat, İbrahim Ülker (ed) (İstanbul 2020).
- Berki, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye)*, (Hikmet Yayınları, 1979).
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, C III, (Bilmen Yayınevi ty)

- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Fıkıh İlmi ve İslâm Hukuku Terimleri Sözlüğü*, (haz Abdullah Kahraman), (Nizamiye Akademi 2016).
- Boynukalın, Mehmet, “Suç”, *DİA*, C 37, (TDV Yayınları 2009).
- Bursalı Mehmed Tahir Efendi, *Osmanlı Müellifleri*, C 1, (haz Ali Fikri Yavuz, İsmail Özen), (Meral Yayınevi ty).
- Çağrı, Mustafa, “İtiyat”, *DİA*, C 23, (TDV Yayınları 2001).
- Çalış, Halit, “Zaruret”, *DİA*, C 44, (TDV Yayınları 2013).
- Dağcı, Şamil, *İslam Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, (TDV Yayınları 2018).
- Dede Cöngî, Minkarizade İbrahim Kemaleddin, *Tercüme-i Siyâsetnâme*, (çev: Meşrebzâde Mehmed Ârif Efendi), in: Ahmet Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Kamu Hukuku*, C I, (OSAV Yayınları 2011).
- Dede Cöngî, Minkarizade Kemâlüddîn İbrâhîm, *Terceme-i Risâle-i Siyâset-i Şer'iyye*, (çev: Mehmet Sebzi Efendi), (Süleymaniye Yazma Eser Kütüphanesi Nuruosmaniye Koleksiyonu, no: 4982, 1121 / 1709).
- Dede Cöngî, Şer'i Siyaset, (çev: Asım Cüneyd Köksal), (İlke Yayıncılık 2019).
- Develioğlu, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Lûgat*, (Aydın Kitabevi 1982).
- Döndüren, Hamdi, “Garamet”, *Şamil İslâm Ansiklopedisi*, C III, (Şamil Yayınevi 2000).
- Dönmez, İbrahim Kâfi, “Meşru Müdafaa”, *DİA*, C 29, (TDV Yayınları 2004).
- Ebû Davud Süleyman bin Eş'as es-Sicistanî el-Ezdî, *Sünen-i Ebû Davud Tercüme ve Şerhi*, (haz Necati Yeniçel, Hüseyin Kayapınar), (Şamil Yayınevi 1987).
- Ebu Zehra, Muhammed, *el-Cerime ve 'l-Ukûbe fi 'l-Fikhi 'l-İslami*, (Daru'l-Fikri'l-Arabiyye, 1998).
- Ebu'l-Hasan, Alâeddîn Ali bin Halil et-Trablûsî el Hanefî, *Muînü'l Hükkam*, (Daru'l-Fikir, ty)
- Ebu'l-Hüseyin Müslim bin İsmail el-Haccâc, *Sahîh-i Müslim Tercüme ve Şerhi*, (çev ve şerh: Ahmed Davudoğlu), (Sönmez Yayınevi 1977).
- el-Buhârî, Muhammed, *Sahîh-i Buhârî*, (çev: Soner Duman, Halil Aldemir, Mehmet Odabaşı, Beşir Eryarsoy, İshak Emin Aktepe, İbrahim Tüfekçi), (Karınca & Polen 2017).
- El-Maverdi, Ebu'l-Hasan Ali bin Muhammed bin Habib el-Basrî, *El-Ahkâmü's Sultaniye*, (muhakkik: Ahmet Câd), (Dârulhadis Yayınevi), 2006.
- Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, (Ensar Neşriyat 2016).
- Erel, Zeynep Gül, *Dede Cöngî's Risâletü's-Siyâseti 'ş-Şer'iyye: A Context Analysis Through Its Translations in The Sixteenth And The Nineteenth Centuries*, (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2012).
- Ercal, Mehmet, ‘el-Ahkâmü's-Sultaniyye’, *DİA*, C I, (TDV Yayınları 1988).
- Erten, Murat, “Dede Cöngî Siyâsetnâmesi'nde Kadının ve Valinin Siyasal Görevleri: Hukuk-Siyaset İlişkisi Üzerine Bir Karşılaştırma”, (2015), 4, Mavi Atlas Dergisi, 165-189.
- es-Serahsî, Şemsü'l-Eimme Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed bin Ahmed, *el-Mebsût*, (Daru'l-Mârife 1414/1993).
- et-Tirmizi, Muhammed İbn İsa, *Sünen-i Tirmizi Tercümesi*, (çev: Abdullah Parlıyan), (Konya Kitapçılık 2007).
- Evliya Çelebi bin Derviş Mehmed Zillî, *Evliyâ Çelebi Seyahatnâmesi*, C II (Yapı Kredi Yayınları 1998).
- Gökçen, Ahmet, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, (İstanbul 1989).
- Hamidullah, Muhammed, *İslâm Peygamberi*, (çev: Mehmet Yazgan), (Beyan Yayınları 2013).

- Hatemi, Hüseyin, *İslam Hukuku Dersleri*, (Sümer Kitabevi 2012).
- Heyd, Uriel, *Studies In Old Ottoman Criminal Law*, V L Menage (ed), (At The Clarendon Press 1973).
- İbn Âbidin, Muhammed Emin bin Ömer bin Abdulaziz Âbidin, Reddu'l-Muhtâr Ale'd-Durri'l-Muhtâr, (Dâr'ul-Fikir 1421/2000).
- İbn Kayyim El-Cevziyye, Ebu Abdullah Muhammed bin Ebî Bekir bin Eyyûp, İ'lâmü'l Muvakkî'in, (Daru'l-Kitabü'l-İlmiyye, 1411/1991).
- İbn Kayyim El-Cevziyye, Ebu Abdullah Muhammed bin Ebî Bekir bin Eyyûp, *Et-Turuku'l-Hükmiyye*, (Daru'l-Fikri'l-Fevâid, 1428).
- İbn Mâce, *Sünen-i İbn Mâce Tercemesi ve Şerhi*, (çev: Haydar Hatipoğlu), (Kahraman Yayınları 2012).
- Köksal, Asım Cüneyd, *Fıkıh ve Siyaset Osmanlılarda Siyaset-i Şer'iyye*, (Klasik Yayınları 2017).
- Köksal, M Asım, *İslâm Tarihi*, C 14, (Şamil Yayınevi, 1981).
- Köse, Hızır Murat, "Siyaset", *DİA*, C 37, (TDV Yayınları 2009).
- Köse, Saffet, "Rüşvet", *DİA*, C 35, (TDV Yayınları 2008).
- Mahmud Esad Efendi, *Şerh-i Kanun-ı Ceza*, (İstanbul 1302).
- Marinos Sariyannis and E Ekin Tuşalp Atiyas, "The Imperial Heyday: The Formation of the Ottoman System and Reactions to It", *A History of Ottoman Political Thought up to the Early Nineteenth Century*, (Brill 2019).
- Mevkûfâtî, Mehmed, *Multeka'l-Ebhur, Mevkûfât*, (Mültekâ Tercümesi), (çev: Ahmed Davudoğlu), C 2, (Sağlam Kitabevi 1980).
- Midilli, Muharrem, *Klasik Osmanlı Ceza Hukukunda Şeriat-Kanun Ayrımı*, (Klasik Yayınları 2019).
- Midilli, Muharrem, "Dede Cöngi'nin es-Siyâsetü's-Şer'iyye'si Osmanlı Ceza Kanunlarının Hukuki Temellendirmesi midir?", *Osmanlıda İlm-i Fıkıh Âlimler, Eserler, Meseleler*, (İsar Yayınları 2017).
- Milli Eğitim Bakanlığı, *Örnekleriyle Türkçe Sözlük*, C IV, (MEB Yayınları 1996).
- Mumcu, Ahmet, *Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl*, (Phoenix Yayınevi 2017).
- Örsten Esirgen, Seda, 'Osmanlı Hukukunda Konut Dokunulmazlığı İhlal Suçu', (2016), 65 (4), AÜHFD, 2306-2329.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Seçkin Yayınevi 2019).
- Polat, Murat, "İslâm Ceza Hukukunun Karakteristik Özelliklerinden Bazı Örnekler" (2017), 9, AUID, 249-286.
- Püsküllüoğlu, Ali, *Türkçe Sözlük*, (Arkadaş Yayınevi 2012).
- Schacht, Joseph, *İslam Hukukuna Giriş*, (çev: Mehmet Dağ, Abdulkadir Şener), (Otto Yayınları 2018)
- Süreyya, Mehmed, *Sicil-i Osmanî*, C III, (Tarih Vakfı Yurt Yayınları 1996).
- Şahin, Kamil, "Halvânî", *DİA*, C 15, (TDV Yayınları, 1997).
- Tuna, Abdullah Sabit, *Osmanlı Siyasetname Geleneği İçinde Dede Cöngi'nin Yeri ve Eserinin Tahlili*, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) 2011).
- Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügati*, (Başbakanlık Basımevi 1991).
- Ünal, Mustafa, *İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, (Adalet Yayınevi 2019).
- Yaman, Ahmet, *Siyaset ve Fıkıh*, (İz Yayıncılık, 2015).
- Yeniçeri, Celal, "Mezalim", *DİA*, C 29, (TDV Yayınları 2004).
- Zuhaylî, Vehbe, *Nazariyyetü'd-Darüreti's-Şer'iyye*, (Müessesetu'r-Risâle 1985).



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 09.10.2019
Revizyon Talebi: 12.03.2020
Son Revizyon: 15.08.2020
Kabul: 24.10.2020

Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye ve İlk Parliamentonun Ön Hazırlayıcısı Olma İşlevi

Ömer Gedik* , Ceyhun Öz**

Öz

Dîvân-ı Hümâyûn'un etkisinin azalmaya başlaması ile birlikte önem kazanan meşveret meclisleri, yapılacak yenilik hareketlerinin uygulanması ve takibini yapacak kurumsallaşmış bir meclis vasfından çok uzaktı. Dolayısıyla askerî alandaki reformları takip etmek ve Başvekâlete danışma kurulu olarak hizmet sunmak amacıyla Dâr-ı Şûrâ-yı Askerî ve Dâr-ı Şûrâ-yı Bâb-ı Âlî oluşturuldu. Bu iki meclisin yanında, II. Mahmud'un başkanlığında sarayda toplanacak olan Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye de kuruldu. Bu mecliste iç, dış, malî, askerî vs. bütün işler yeniden görüşüldü, değiştirilecek veya düzeltilecek hususlar düzenlendi ve daha sonra padişaha sunuldu. Meclis-i Vâlâ her ne kadar Tanzimat reformlarının takip edilmesi ve yürütülmesi amacıyla kurulmuşsa da, esasen Dîvân-ı Hümâyûn'un ortadan kalkması ve meşveret meclislerinin onun boşluğunu dolduramaması üzerine yargı konusunda olduğu gibi yasama konusunda da oldukça önemli bir fonksiyon üstlendi. Fakat Meclis-i Vâlâ'nın kendinden önceki Dîvân-ı Hümâyûn'dan ayrı bir yapısının olduğu açıktır. Her ne kadar temsilî bir yapı arz etmese de yapısı ve yerine getirdiği görevler açısından, Dîvân ile Batılı anlamda parlamento arasında bir geçiş kurumu özelliği taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler

Osmanlı imparatorluğu, Meclis-i vâlâ-yı ahkâm-ı adliyye, Dîvân-ı hümâyûn, Meşveret meclisleri, Parlamento

Supreme Council of Judicial Ordinance (Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye) and Its Function of Being Preliminary to the First Parliament

Abstract

The consultative assemblies were far from an institutionalized assembly that implemented and followed up reforms. They gained importance with a decrease in the influence of the Imperial Council. Therefore, to monitor the reforms in the military field and to serve the Prime Ministry as advisory committees, the Supreme Council of the Military and the Supreme Council of the Government were established. In addition to these two assemblies, the Supreme Council of Judicial Ordinance, assembled in the palace and therefore chaired by Mahmud II, was also established. In this assembly, internal, external, financial, and military works were renegotiated, issues were arranged to be changed or corrected, and then presented to the sultan. The Supreme Council of Judicial Ordinance played a significant role in the legislative and in the judiciary since the discontinuation of the Imperial Council and the failure of the consultative assemblies to fill its void although it was established for the purpose of monitoring and carrying out the Tanzimat reforms. However, it is obvious that it had a different structure from that of the Imperial Council, which was its predecessor. It was not a representative structure; rather, it was a transitional institution between the Council (Dîvân) and Western-style parliament in terms of its structure and the tasks it performed.

Keywords

Ottoman empire, Meclis-i vâlâ-yı ahkâm-ı adliyye, Dîvân-ı hümâyûn, Consultative assemblies, Parliament

* **Sorumlu Yazar:** Ömer Gedik (Dr. Öğr. Üyesi), Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, Erzurum, Türkiye. E-posta: omergedik@atauni.edu.tr ORCID: 0000-0002-8296-6639

** Ceyhun Öz (Arş. Gör.), Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı, E-posta: ceyhun.oz@atauni.edu.tr ORCID: 0000-0002-3333-5873

Atrf: Gedik O, Öz C, "Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye ve İlk Parliamentonun Ön Hazırlayıcısı Olma İşlevi" (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1635. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.3.0013>



Extended Summary

In the modern history of Turkish public law, the Kanun-ı Esasi (*Kanûn-ı Esâsî*) is considered a milestone in the transition to parliamentarism. However, before the Edict of the Rose Chamber or the Tanzimat Edict (*Gülhane Hatt-ı Hümayunu–Tanzimat Fermanı*), it can be claimed that the first steps toward the parliamentary system were taken by Mahmud II. For the first time in the Ottoman Empire, although not expressed as separation of powers, the separation of duties was implemented with the establishment of the Supreme Council of Judicial Ordinance (*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye*). The executive duty was performed by the sultan and the government. The legislative function and some judicial duties belong to were performed by the Supreme Council (*Meclis-i Vâlâ*).

There is no doubt that the Council (*Dîvân*) tradition was the most important factor in the formation of the Supreme Council (*Meclis-i Vâlâ*). The Imperial Council (*Dîvân-ı Hümayun*), was an assembly organ between the 15th and 17th centuries when legislative, executive, and judicial powers were used in the name of the sultan, and all the internal and external issues of the state were discussed. The Supreme Council of Judicial Ordinance (*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye*) was established based on the structure of the Council (*Dîvân*), where all the internal and external affairs of the state were discussed. Further, the Council had an original bureaucratic structure and a tradition of gathering on certain days of the week. It will be seen that these two assemblies have similar features both structurally and functionally.

Another condition that constituted the Supreme Council of Judicial Ordinance (*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye*) was the experience of the consultative assemblies (*meşveret meclisleri*) and the fact that they could not replace the Council's (*Dîvân*) position after its structure and practices weakened. As it is known, the consultative assemblies (*meşveret meclisleri*) that appeared in the form of extraordinary advisory councils became institutionalized and experienced peak periods during the periods of Selim III and Mahmud II with the loss of power of the Imperial Council (*Dîvân-ı Hümayun*) in the classical period since the establishment of the Ottoman Empire. It fulfilled important functions especially during the time of these two sultans. However, these assemblies were not regular; they convened according to need. Likewise, it is not possible to speak of a bureaucratic existence of these assemblies.

The consultative assemblies (*meşveret meclisleri*) were far from being an institutionalized assembly that implements and follows up reforms, which gained importance with the decrease of the influence of the Imperial Council (*Dîvân-ı Hümayun*). Therefore, the Supreme Council of the Military and the Supreme Council of the Government (*Dâr-ı Şûrâ-yı Askerî* and *Dâr-ı Şûrâ-yı Bâb-ı Âlî*) were established to monitor the reforms in the military field and to serve the Prime Ministry (*Başvekkâlet*)

as an advisory committee. In addition to these two assemblies, the Supreme Council of Judicial Ordinance (*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye*), chaired by Mahmud II, was also established in the palace. In this assembly, internal, external, financial, and military works were renegotiated, the issues to be changed or corrected were arranged, and then presented to the sultan. Although the assembly was established for the purpose of monitoring and carrying out the Tanzimat reforms, it played a very important role in the legislative and in the judiciary since the disappearance of the Imperial Council (*Dîvân-ı Hümâyün*) and the failure of the consultative assemblies (*meşveret meclisleri*) to fill its void. Therefore, it is understood that the Supreme Council (*Meclis-i Vâlâ*) was established to meet the need for this matter, considering the fact that the Imperial Council (*Dîvân-ı Hümâyün*) was an important advisory and legislative body since the establishment of the Ottoman State. However, it should be noted that the assembly had a different structure from the previous Imperial Council (*Dîvân-ı Hümâyün*). It was a transitional institution between the Council (*Dîvân*) and a Western-style parliament in terms of its structure and the tasks it performed although it was not a representative structure.

External factors were also involved in the formation of the Supreme Council (*Meclis-i Vâlâ*). The first of these factors was the case of similar advisory councils in Europe. Advisory assemblies, especially the structure in the Prussian State, whose administration style resembled that of the Ottoman Empire, influenced the Supreme Council (*Meclis-i Vâlâ*) in the Ottoman Empire in a significant way. The second one is the central effects of the innovations that the governor of Egypt Mehmed Ali Pasha, known as Kavalalı, made in this province.

As a result, with the proclamation of the Tanzimat Edict (*Tanzimat Fermanı*), a permanent parliament would be needed to implement and pursue the intended reforms. Considering Mahmud II's efforts to relocate the negotiation center to the palace, a permanent parliament called for the Supreme Council of Judicial Ordinance (*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye*) was established on 24 March 1838 to discuss, implement and control the Tanzimat reforms. Until the Council of the Tanzimat (*Meclis-i Tanzimat*) was established in 1854, the Supreme Council (*Meclis-i Vâlâ*) had important works in the field of legislation and judiciary.

In this study, the period from the establishment of the Supreme Council (*Meclis-i Vâlâ*) to the Council of the Tanzimat (*Meclis-i Tanzimat*) was examined. It can be said that the Supreme Council (*Meclis-i Vâlâ*) tried to fill the gap left by the Imperial Council (*Dîvân-ı Hümâyün*) and the consultative assemblies (*meşveret meclisleri*) by being influenced by the examples in Europe and Egypt. In addition, it was tried to put forward that the Supreme Council (*Meclis-i Vâlâ*) carried out very serious studies especially in the legislative field until the Council of the Tanzimat (*Meclis-i Tanzimat*).

Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye ve İlk Parlamentonun Ön Hazırlayıcısı Olma İşlevi

Giriş

Büyük çapta reformlar tasarlamış ilk Osmanlı padişahı olan III. Selim (1789-1808), reformlara karşı koyan ve savaş kabiliyetini kaybetmiş yeniçerilere karşı, kendisine sadık yeni bir gönüllü ordu (Nizâm-ı Cedîd) meydana getirmek istediği için yeniçeriler tarafından tahttan indirilmeden önce idarî, siyasî ve ticarî alanlarda yapılacak reformların planlarını hazırlamış, fakat bu reformların küçük bir kısmını gerçekleştirme imkânı bulmuştu¹. Daha sonra tahta çıkan II. Mahmud saltanatının devamı için sözünü, reformlara karşı çıkan yeniçerilere, onlarla işbirliği içinde olan ulemaya ve Pazvandoğlu yahut Mehmed Ali Paşa gibi asi idarecilere geçirmesi gerektiğini biliyordu. Kendisine ‘Türklerin Deli Petrosu’ yahut ‘Gavur Sultan’ dedirtecek kadar hızlı bir reform faaliyeti içine giren II. Mahmud, tumar ve zeametın kaldırılmasından yeni orduya, festen sakal tıraşına kadar birçok alanda değişikliklere gitti. Reformları ordunun dışında da gerçekleştirmek ve Hıristiyan ahaliye eşitlik ve teminat vermek istemesi siyasî reforma da zemin hazırladı ve bu reform 1839 yılında Tanzimat hareketi olarak ortaya çıktı².

İnalçık’a göre Tanzimat, “*temel müesseseleri bozulmuş olan Osmanlı İmparatorluğu’nun, yepyeni bir medeniyetle yükselen ve taarruza geçen bir Avrupa’nın ezici üstünlüğü karşısında yeniden teşkilatlanma teşebbüsünün kat’i safhası*” olarak telakki edilebilir³. Tanzimat Fermanı ile Kur’an hükümleri ve şeriat kanunlarına saygı gösterilmediği müddetçe Osmanlı Devleti’nin ilerleyemediği tespiti yapılmış ve Devlet’te bazı yeni kanunların hayata geçirilmesi gerektiği fikri gündeme gelmiştir⁴. Bu doğrultuda şu sorular akla gelmiştir: Yeni kanunlar ne olacak ve nasıl çıkarılacak? Diğer bir ifade ile yasama fonksiyonu bundan sonra nasıl icra edilecek?

Tanzimat Fermanı ile başlayan süreçte ilan edilen Kanûn-ı Esâsî, Türk kamu hukuku tarihinde modern anlamda parlamentarizme geçişte bir milat olarak kabul edilir. Ancak parlamenter sisteme doğru ilk adımların Tanzimat Fermanı’ndan daha önce, II. Mahmud döneminde atıldığı ileri sürülebilir⁵. Özellikle II. Mahmut döneminde nezaretlerin kurulup Meclis-i Vükelâ’nın, askerî alandaki yeniliklerin

¹ Kemal H. Karpat, *Türk Demokrasi Tarihi* (Afa 1996) 32.

² ibid 33-34.

³ Halil İnalcık, *Tanzimat ve Bulgar Meselesi* (Eren 1992) 2.

⁴ Okumuş, Tanzimat dönemi kanunlaştırma hareketlerinin Osmanlı için yeni bir dönemin başlangıcı olduğunu, bu faaliyetlerle Devlet’in dünyevileşmeye de başladığını söylemektedir. Bkz. Ejder Okumuş, ‘Osmanlı Devleti’nde Modernleşme Süreci’ iç Ahmet Cihan, Mustafa Avcı ve Ejder Okumuş (edr), *Osmanlı Devleti’nde Eğitim Hukuk ve Modernleşme* (Özgül 2006) 273.

⁵ Mehmet Seyitdanlıoğlu, ‘Parlamento Geleneğimiz Çerçevesinde Tanzimat Meclisleri’ (1989) (8) Türkiye Günlüğü 60, 60; Shaw bu konuda atılan ilk adımları III. Selim’e kadar götürür. Bkz. Standford J. Shaw, ‘19. Yüzyıl Osmanlı Reform Hareketlerinde 1876 Öncesi Merkezi Yasama Meclisleri’ (1990) (76) Tarih ve Toplum 203, 203.

takibi için Dâr-ı Şûrâ-yı Askerî'nin⁶, hükümete ilişkin işlerde danışma görevi üstlenmek üzere de Dâr-ı Şûrâ-yı Bâb-ı Âlî'nin ve nihayet en önemlisi, Tanzimat reformlarının belirlenmesi ve uygulamalarının takip edilmesi için Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye'nin meydana getirilmesi –daha sonra Tanzimat Fermanı'nda⁷ da açıkça ifade edilmiştir⁸- ilk parlamentoya giden süreçte önemli faaliyetler olmuştur⁹. Meclis-i Vâlâ'nın oluşturulmasıyla birlikte Osmanlı Devleti'nde ilk defa, kuvvetler ayrılığı şeklinde ifade edilememekle birlikte görevler ayrımı söz konusu olmuştur. Yürütme görevi padişah ile birlikte hükümetin, yasama ve bir kısım yargı görevi de Meclis-i Vâlâ'nındır.

Adlî İşlerin Yüksek Kurulu¹⁰, Adliye İşleri Yüksek Kurulu¹¹, Adalet İşleri Yüksek Meclisi¹² veya Tanzimat'ta geçen haliyle Adlî İşler Kurulu gibi anlamlara gelebilecek olan Meclis-i Vâlâ, Tanzimat boyunca monolitik bir yapı göstermeyip, Bâb-ı Âlî yüksek bürokrasisindeki çekişmelerden etkilenmiş, görev yaptığı süre boyunca yapısı, işleyişi ve görevlerinin kapsamı bakımından çok ciddi değişiklikler yaşamıştır¹³. Biraz daha açmak gerekirse, Meclis-i Vâlâ, kendi içinde bir dönemlendirmeye tabi tutulabilir. Bunlar, 1838'den Meclis-i Tanzimat'ın kuruluşuna (1854) kadarki devre, Meclis-i Vâlâ ile Meclis-i Tanzimat'ın birleştirilmesine kadar geçen devre, Şûrâ-yı Devlet'in kurulmasına kadar geçen devre ve Şûrâ-yı Devlet'ten ilk parlamentonun kurulmasına kadar geçen devre şeklinde dörde ayrılabilir. Her bir dönem içerisinde Meclis-i Vâlâ'nın önemi çeşitli nedenlerle kimi zaman artmış, kimi zaman da azalmıştır. Bu önemine göre de aldığı yetkiler değişmiştir. Ancak şu kesinlikle söylenebilir ki, Meclis-i Vâlâ çoğu zaman bir danışma meclisinden çok daha ciddi görevler icra etmiştir. Söz gelimi, iltizâmın kaldırılması gibi çok önemli ve radikal bir değişikliği Meclis-i Vâlâ gerçekleştirmiştir¹⁴. Ayrıca bu meclise bağlı çok sayıda

⁶ “Yeniçeri ocağının kaldırılması üzere kurulan ilk meclis, Dâr-ı Şûrâ-yı Askerî oldu. Bu meclis, kişilerin askerlik ödevleriyle ilgili kuralları saptamak, Batı devletlerinde yürütülen askerlik usullerini incelemek ve Türk ordusunun ilerlemesi yolunda gereken tedbirleri bulup ortaya koymakla görevlendirildi.” Bkz. Enver Ziya Karal, *Osmanlı Tarihi Cilt V* (10. Bası, Türk Tarih Kurumu 2017) 153.

⁷ Tanzimat Fermanı, Hatt-ı Hümayun olarak ilan edildiğinden bir kanun olarak değil, yönetsel buyrukları içeren bir ferman olarak görülüyordu. Önemli kanunî esasların düzenlenmesi görevi Meclis-i Vâlâ'nındı. Abdurrahman Şeref, *Tarih Söyleşileri (Müşahabe-i Tarihiye)* (Sucuoğlu 1980) 54.

⁸ “... tebaa-i Saltanat-ı Seniyyemizden olan ehl-i İslâm ve mil-i sâ'ire bu müsâadât-ı şâhânemize bilâ-istisnâ mazhâr olmak üzere cân ve ırz ve nâmûs ve mâl maddelerinde hük-m-i şer'î iktizâsınca kâffe-i memâlik-i mahrûsemiz ahâlisine taraf-ı şâhânemizden emniyet-i kâmile verilmiş ve diğ-er husûslara dahî ittîfâk-ı ârâ ile karar verilmesi lâzım gelmiş olmağla Meclis-i Ahkâm-ı Adliyye a'zâsı dahî lüzûmu mertebe teksîr olunarak ve vîkelâ ve ricâl-i Devlet-i Aliyyemiz dahî ba'zı ta'yîn olunacak eyyâmında orada ictimâ' ederek ve cümlesi efkâr ve mütâla'âtını hiç çekinmeyüp serbestce söyleyerek işbu emniyet-i cân u mâl ve ta'yîn-i vergi husûslarına da'ir kavânîn-i mukteziyye bir taraftan kararlaştırılıp...” Halil İnalıcık ve Mehmet Seyitdanlıoğlu, *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu* (5. Bası, Türkiye İş Bankası 2015) 15; Takvîm-i Vekâyi No: 187.

⁹ Bernard Lewis, *Modern Türkiye'nin Doğuşu* (Türk Tarih Kurumu 1996) 96-99.

¹⁰ Necdet Hayta ve Uğur Ünal, *Osmanlı Devleti'nde Yenileşme Hareketleri* (8. Bası, Gazi 2015) 103.

¹¹ Niyazi Berkes, *Türkiye'de Çağdaşlaşma* (Doğu-Batı 1978) 168.

¹² ibid 214.

¹³ Mehmet Seyitdanlıoğlu, ‘Divan-ı Hümayun’dan Meclis-i Meb’usan’a Osmanlı İmparatorluğu’nda Yasama’ iç Halil İnalıcık ve Mehmet Seyitdanlıoğlu (edr), *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu* (5. Bası, Türkiye İş Bankası 2015) 380.

¹⁴ Halil İnalıcık, ‘Tanzimat’ın Uygulanması ve Sosyal Tepkileri’ iç Halil İnalıcık ve Mehmet Seyitdanlıoğlu (edr), *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu* (5. Bası, Türkiye İş Bankası 2015) 179-180.

başka meclis de bulunmaktadır¹⁵. Yine bu meclise bakarak oluşturulmuş komisyonlar da mevcuttur¹⁶.

1845 yılına gelindiğinde kalıcı değişikliklerin yapılması için nelerin gerekli olduğu üzerine yapılan görüşmelerde memleket meselelerinin memlekette yaşayan halk tarafından bilinebileceği ve eksikliklerin ortaya konması için halk ile görüşmelerin yapılması gerektiği sonuçlarına varılmıştır¹⁷. Gayrimüslim azınlıklar arasında çıkan anlaşmazlıklar ve dinî sorunlar da Meclis-i Vâlâ'da görüşülmüştür¹⁸. Bunlara ek olarak, Meclis-i Vâlâ'da yapılan görüşmelerdeki serbestiyet, oylamalardaki demokratik tavır¹⁹ ve üyelerin sorumsuzluğu bu meclisi, Bâb-ı Âlî içinde önemli bir karar organı konumuna yükseltmiştir²⁰. Dolayısıyla reformların yürütülmesinin ötesinde bir yasama ve yargı organı anlayışının Osmanlı Devleti'ne yerleşmesinde Meclis-i Vâlâ önemli bir konumdadır. Bu açıdan bakıldığında parlamentonun ön hazırlayıcısı olarak Meclis-i Vâlâ'nın niçin incelenmesi gerektiği anlaşılacaktır. Konunun sınırlandırılması ve daha verimli bir çalışma elde edilmesi amacıyla, bu çalışmada, Meclis-i Vâlâ'nın ilk döneminin inceleme kapsamı içerisine alınması tercih edilmiştir²¹. Kaldı ki, Meclis-i Tanzimat'ın kuruluşuyla birlikte yasama işlevi bu meclisin görev alanına girmeye başlamıştır.

¹⁵ Dâr-ı Şûrâ-yı Askerî, daha sonra adı Meclis-i Umûr-ı Nafiâ olarak değiştirilen Sanayi ve Ticaret Meclisi, Meclis-i Muhasebe-i Mâliye, Meclis-i Maarif-i Umûmiye, Meclis-i Umûr-ı Sıhhiye, Meclis-i Zaptiye, Meclis-i Tophâne-i Âmire, Meclis-i Bahriye, Meclis-i Meadin, Meclis-i Rûsûmat, Meclis-i Hazâ'in, Meclis-i Karantina, Meclis-i Ziraat, Meclis-i Esar gibi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Seyitdanlioğlu, 'Yasama' (n 13) 381.

¹⁶ 1840'ta öncelikle boşanma davalarına bakan Ermeni Adliye Komisyonu Meclis-i Ahkâm-ı Adliyye örneğine uyularak kuruldu. Bkz. Kudret Emiroğlu, *Kısa Osmanlı-Türkiye Tarihi* (İletişim 2015) 110.

¹⁷ Bu fikri gerçekleştirmek için hemen faaliyete geçildi. Her eyaletin ileri gelenlerinden biri Müslüman, biri Hıristiyan iki kişi İstanbul'a çağrıldı, Meclis-i Vâlâ'ya davet edilerek İstanbul'da bulunma sebepleri anlatıldı. Kendilerinden eyaletlerin sorunlarına ilişkin raporlar istendi. Bkz. Ahmet Tabakoğlu, *Osmanlı Mâli Tarihi* (1. Bası, Dergâh 2015) 683-684.

¹⁸ Nuran Koyuncu, *İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Şûra* (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2006) 190-191.

¹⁹ Mustafa Reşid Paşa'nın hazırlamış olduğu içtüzükteki çalışma esasları için bkz. Reşat Kaynar, *Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat* (4. Bası, Türk Tarih Kurumu 2010) 210-211.

²⁰ Hasret Ak Çelik, *Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye'nin Hukuki ve Siyasi Yetkileri (1838-1868)* (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016) 76.

²¹ Meclis-i Vâlâ'ya ilişkin olarak Takvîm-i Vekâyi'nin özellikle şu sayılarına bkz. 163, 164, 166, 186, 187, 188, 195, 229, 230, 238, 265, 280, 381.

I. Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye'yi Hazırlayan Şartlar ve Meclis'in Kuruluşu

A. Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye'nin Kurulmasında Etkili Olan İç Şartlar

Meclis-i Vâlâ'nın oluşumunda en önemli etken Dîvân geleneğidir. Osmanlı devlet yönetiminde çok güçlü bir yeri olan Dîvân-ı Hümâyün²², 15. ve 17. yüzyıllar arasında, padişah adına, yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin kullanıldığı, devletin iç ve dış bütün meselelerinin görüşüldüğü bir kurul-organdır²³. Haftanın belirli günlerinde toplanma geleneği olan, kendine ait bir bürokratik yapısı bulunan, devletin bütün iç ve dış işlerinin görüldüğü bir dîvân yapısı²⁴ kendinden sonra oluşacak, Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye için önemli bir tecrübedir. Zaten incelendiği zaman, bu iki meclisin gerek yapısal, gerek fonksiyonel olarak benzer özellikler taşıdığı görülecektir²⁵.

Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye'yi oluşturan şartlardan bir diğeri de meşveret meclisi tecrübesidir²⁶. Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan itibaren, olağanüstü danışma kurulu şeklinde boy gösteren meşveret meclisleri, III. Selim ve II. Mahmud dönemlerinde, Dîvân-ı Hümâyün'un klasik dönemdeki gücünü kaybetmesi ile birlikte kurumsallaşmış ve zirve dönemlerini yaşamıştır²⁷. Ancak bu meclisler süreklilik arz etmemekte aksine, ihtiyaca göre toplanmaktaydı. Aynı şekilde, bu meclislerin bürokratik bir varlığından söz etmek de mümkün değildi²⁸. Berkes, yeni kurulan üç meclisin (Dâr-ı Şûrâ-yı Askerî, Dâr-ı Şûrâ-yı Bâb-ı Âlî ve Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye) Dîvân-ı Hümâyün'un yerini doldurmak konusunda yetersiz kalan meşveret meclislerinden farklarını şöyle özetliyor: Sürekli²⁹ devlet organı olarak kurulmaları, az çok belirlenmiş ayrı görevlere sahip olmaları ve idare, adliye, eğitim, ordu alanlarında uygulanacak bir hukuk devleti mekanizmasının kurulmasına doğru birer adım olmaları³⁰. Dolayısıyla mevcut ihtiyaçları karşılamak için ilk önce askerî alandaki reformları takip etmek için Dâr-ı Şûrâ-yı Askerî ve Başvekâlete

²² Dîvân-ı Hümâyün ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Mumcu, *Divan-ı Hümayun* (4. Bası, Phoenix 2017); Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasal Derinlik* (Yetkin 2012) 619-621; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi* (7. Bası, Atlas Akademi 2018) 133-141; Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku* (4. Bası, Arı Sanat 2016) 254-257; Halil Cin ve Ahmed Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi* (Osmanlı Araştırmaları Vakfı 2011) 237-240.

²³ Mehmet Seyitdanlioğlu, *Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ (1838-1868)* (Türk Tarih Kurumu 1994) 15.

²⁴ Mumcu, *Divan* (n 22) 55-118.

²⁵ Ayhan Ceylan, 'Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye'de Yargı' (2004) VIII(1-2) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 23, 23.

²⁶ Meşveret meclislerine ilişkin geniş bilgi için bkz. Ahmet Cihan, *Reform Çağında Osmanlı İlimiye Sınıfı* (Birey 2004) 63-91; Ayhan Ceylan, *Türk Hukuk Tarihinde Meşveret Düşüncesi ve Uygulaması* (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1998) 76-98; Mumcu, *Divan* (n 22) 142-148.

²⁷ Recai Galip Okandan, 'Amme Hukukumuz Bakımından Tanzimat, Birinci ve İkinci Meşrutiyet Devirlerinin Önemi' (1949) 15(1) İÜHF 14, 16; Seyitdanlioğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 16.

²⁸ Seyitdanlioğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 16.

²⁹ Elimizdeki kitapta (1978) geçen "sürelî" kelimesi sonraki baskılarda "sürekli" olmuştur.

³⁰ Berkes (n 11) 167-168.

danışma kurulu oluşturulması amacıyla da Dâr-ı Şûrâ-yı Bâb-ı Âlî oluşturulmuştur³¹. Ayrıca bu iki mecliste görüşülüp karara varılan iç, dış, malî, askerî vs. bütün işlerin yeniden görüşülüp, değiştirilecek veya düzeltilecek hususların düzenlenip³² padişaha sunulmak üzere yine II. Mahmud'un başkanlığında sarayda toplanacak bir organ olan Meclis-i Vâlâ kurulmuştur³³.

Burada şunu da ifade etmekte fayda var ki Dâr-ı Şûrâ-yı Bâb-ı Âlî'nin tarihi oldukça kısadır. Bunun sebebini ise Findley, saray kâtipliğinin düzenlenmesinin de aynı tarihlere denk geldiğine dikkat çekerek şöyle açıklamaktadır: “*Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye'nin varlığını sürdürmesi, Mahmud'un müzakere merkezini yeniden saraya taşıma yönündeki çabasını göstermektedir*”³⁴.

B. Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye'nin Kurulmasında Etkili Olan Dış Şartlar

Meclis-i Vâlâ gibi önemli bir kurumun oluşumunda iç şartlar kadar dış şartlar da önemli etkilere sahiptir. Bunları iki ayrı başlıkta incelemek mümkündür. Birincisi, Avrupa'daki benzer danışma meclisi örneklerinin etkileri, ikincisi de Mısır Valisi Kavalalı Mehmed Ali Paşa'nın bu eyalette yapmış olduğu yeniliklerin merkezdeki etkileridir.

Avrupa'daki danışma meclisleri konusunda eski bir geleneğe sahip olan İngiltere'de, danışma meclisi kültürü 8. yüzyıla kadar dayanmaktadır³⁵. Fransa'da da Meclis-i Vâlâ'nın üstlendiği görevlere benzer görevler yerine getiren bir organ bulunmaktaydı. *Corps Législatif* adını alan bu organ danışma kurulu görevini üstlenmiştir³⁶. Aynı şekilde Rusya'da da Meclis-i Vâlâ'nın fonksiyonlarını gören ve *Senato* adı verilen danışma organı niteliğinde bir meclis bulunmaktaydı³⁷. Yine Avusturya ve Prusya'da da bu tip meclislere rastlanmaktaydı. Özellikle, Prusya

³¹ Seyitdanhoğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 24.

³² Ali Akyıldız, ‘Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye’ (2003) 28 TDV İslam Ansiklopedisi 250, 250.

³³ Ali Akyıldız, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform (1836-1856)* (Eren 1993) 193; Erdoğan, bu kurulların, yönetimde devreye sokulmasının sebeplerinin, yönetimin saraydan bürokrasiye kaydırılmasını sağlama çabasının bir sonucu olduğunun savunulduğunu belirtmiştir. Ayrıca Murtaza Türköne'nin Tanzimatçıların ilk hedefinin sarayın sahip olduğu yetkilerinin bürokrasi karşısında sınırlandırılması olduğunu ifade ettiğini aktarmıştır. Mustafa Erdoğan, *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset* (4. Bası, Liberte 2003) 7.

³⁴ Carter V. Findley, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Bürokratik Reform Babîli 1789-1922* (Tarih Vakfı 2014) 165.

³⁵ *Witan* isimli müesseseler monarhinin danışma meclisi gibi görev yapmıştır. Bkz. Sezen Kama, ‘Parlamentar Hükümet Sistemi Olarak ‘Westminster Modeli’ Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme’ (2016) 22(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 161, 164. Daha sonra İngiltere’de, teşrii ve kazaî yetkilerinin kullanımında kendisine bağlı derebeylerini toplayarak onların görüşlerine başvuran bir hükümdar ile zamanla Lordlar Kamarasına dönüşen ve derebeylerinden oluşan Magnum Concilium adında bir meclis oluşturulmuştur. 12. yüzyılın sonlarında ise baronları dengelemek için oluşturulan Commune Concilium’un zamanla Avam Kamarasına dönüşmesinden sonra, artık 15.yüzyılda kanun kabul etmek Lordlar Kamarası, Avam Kamarası ve Kral’ın rızasına bağlanmıştır. Bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I* (Ekin 2011) 539. Orta ve Yeni Çağ’da ise yüksek karar organı olan Privy Council bulunmaktaydı. Kabine sistemi bu konseyin bir parçası olarak ortaya çıkmıştı ve kabine sistemi tam bir gelişme gösterinceye kadar bu konsey, İngiliz bürokrasisinin oluşumunda önemli bir yer edinmişti. Bkz. Mumcu, *Divan* (n 22) xvii; Gözler, *Anayasa Hukuku* (n 35) 59.

³⁶ Seyitdanhoğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 27.

³⁷ ibid 28.

yasamasında önemli bir yere sahip olan “*devlet konseyi*”, Meclis-i Vâlâ’nın gördüğü işlevi görmekteydi³⁸.

Görüldüğü gibi danışma meclisi anlayışı Meclis-i Vâlâ kurulmadan önce hemen hemen bütün Avrupa’da değişik şekillerde olmakla birlikte görülmekteydi. Yönetim tarzı Osmanlı Devleti’ne benzeyen Prusya Devleti’ndeki yapı başta olmak üzere bu danışma meclisleri, Osmanlı’da, diğer Tanzimat meclislerini olduğu gibi Meclis-i Vâlâ’yı da önemli bir şekilde etkilemiştir³⁹.

Batı’dan yansıyan bu etkileşimin yanında bir Osmanlı eyaleti olan Mısır’da dönemin valisi Kavalalı Mehmed Ali Paşa, kendi idaresi döneminde ciddi bir yenilik ve kalkınma hamlesi başlatmıştı. Birçok alana yayılan yenilik hareketlerinin bir ayağını da yasama alanında yapılan çalışmalar oluşturmaktaydı. Devlet işlerinin görüşülmesi için Mehmed Ali Paşa tarafından çeşitli meclisler kurulmuştu. Bunlar içerisinden konumuzla ilgili olduğu için sadece Meclis-i Husûsî’nin isminden bahsedilecektir. 1837 yılında kurulan Meclis-i Husûsî yasama yetkisine sahipti. Başka bir deyişle kanun ve nizamname çıkarma yetkileri bulunmaktaydı. Ayrıca diğer meclislerin hazırladığı tasarılar ve aldıkları kararlar bu mecliste tekrar görüşülür ve son şekli verilirdi. Bu itibarla denilebilir ki, Meclis-i Husûsî üst bir danışma organı niteliği görürdü⁴⁰. Mısır Meclis-i Husûsî’sinin kendinden sonra kurulan Meclis-i Vâlâ ile hemen hemen aynı işlevi gördüğü anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Meclis-i Husûsî’nin Meclis-i Vâlâ’nın kuruluşunda etkili olduğunu söylemek yanlış olmaz.

C. Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye’nin Kuruluşu

Tanzimat Fermanı’nın ilanı ile birlikte amaçlanan reformların yerine getirilmesinde ve takip edilmesinde sürekli bir meclise ihtiyaç duyulacaktı. Bunun için 24 Mart 1838 tarihinde Tanzimat reformlarının görüşülmesi, yerine getirilmesi ve uygulamaların kontrol edilmesi amacıyla Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye adında sürekli bir meclis kuruldu. Bir başkan ve beş üye olmak üzere altı kişiden oluşan Meclis’in ayrıca iki de kâtabi bulunmaktaydı. Meclis bir hafta sonra 31 Mart 1838’de, padişah ve şeyhülislam huzurunda bir tören yapıldıktan sonra görevine başlamıştır⁴¹. Daha sonra Meclis, Tanzimat reformlarının kuşkusuz baş aktörü olan Mısır, İngiltere ve Fransa’da görevler yapmış, bu ülkelerdeki yönetim sistemleri ve kurumları çok iyi

³⁸ ibid 28.

³⁹ Mustafa Reşit Paşa İngiltere ve Fransa’daki meclisleri meşrutiyet ile idare edilen hükümetlere has oldukları için beğenmedi. Oysa Avusturya ve Prusya meclisleri mutlak hükümet meclisleriydi. Bu tip meclisler Osmanlı için daha uygundu. Zira böyle bir meclisin üyeleri Avusturya ve Prusya’da olduğu gibi devlet başkanı tarafından tayin edilebilecek ve icabında da azledilebilecekti. Paşa’nın böyle bir meclisi seçmesindeki diğer bir sebepse seçim yoluyla veya azledilmezlik imtiyazı ile gelebilecek muhafazacı kimselerin ıslahat hareketlerini sabote etmelerinden duyduğu endişeydi. Bkz. Enver Ziya Karal, ‘Gülhane Hatt-ı Hümayunu’nda Batı’nın Etkisi’ iç Halil İnalcık ve Mehmet Seyitdanlıoğlu (edr), *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu* (5. Bası, Türkiye İş Bankası 2015) 127.

⁴⁰ Seyitdanlıoğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 30.

⁴¹ Musa Çadırcı, ‘Tanzimat Döneminde Türkiye’de Yönetim’ (1988) LII(203) Belleten 601, 606; Akyıldız, *Merkez Teşkilatı* (n 33) 189.

tanımış olan Mustafa Reşit Paşa'nın gayretlerine sahne olmuştur. Birçok reform hareketinin arkasında olan Paşa'nın, Meclis-i Vâlâ'nın şekillenmesinde de etkili olduğu müsveddeleri arasında bulunan evraklarla tespit edilmiştir⁴².

1854 yılında Meclis-i Tanzimat kuruluncaya kadar Meclis-i Vâlâ'nın yasama ve yargı alanında önemli çalışmaları olmuştur.

II. Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye'nin Görev ve Yetkileri

Meclis-i Vâlâ'nın ilk yılları kendi iç işleyişindeki aksaklıkların giderilmesi gayretiyle geçmiştir. Meclis'in, özellikle Tanzimat'ın ilanına kadarki dönemde verimli bir çalışma sergilediği söylenemez. Ancak Tanzimat ile birlikte idarî konularda ve yasama ile yargı alanında önemli işlere imza atmıştır⁴³.

A. Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye'nin İdarî Alandaki Görev ve Yetkileri

Her şeyden önce Meclis-i Vâlâ'nın en önemli idarî görevi padişaha ve Bâb-ı Âlî'ye danışmanlık görevinde bulunmaktı. Meclis ülke yönetimine ilişkin, bazen en ince teknik ayrıntısına varana değin, raporlar hazırlıyordu. Ayrıca yönetime ilişkin yapılacak reform hareketlerini belirlemek ve uygulamasını takip etmek, yine Meclis-i Vâlâ'nın göreviydi. Tanzimat'ın her alanda uygulanmasından sorumlu olan bu meclisin, aynı zamanda önemsiz işlerle uğraştığı da görülmekteydi⁴⁴.

Bunlarla birlikte, daha ileride kısmen de olsa bahsedileceği gibi, Meclis-i Vâlâ'nın devlet bütçesine ilişkin yetkileri ile idarî ve malî denetleme yetkileri de bulunmaktaydı⁴⁵.

B. Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye'nin Yargı Yetkisi

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Fermanı'yla birlikte, hukuk devleti ilkesinin ülke yönetimine egemen olması istenmekteydi⁴⁶. Ayrıca alınan reform kararlarının aynı şekilde hukuk kurallarıyla takibatı oldukça önemliydi. Dolayısıyla burada Meclis-i

⁴² Üye seçimine ve Meclis'in çalışma şekline dair Paşa'nın hazırladığı iki taslak için bkz. Kaynar (n 19) 199-202.

⁴³ Seyitdanhoğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 39.

⁴⁴ Bu anlamda Meclis'in ilgilendiği işlerden birkaçı şunlardır: "İmparatorluğun bayındırlık işleriyle ilgilenmek, ülkenin herhangi bir yerinde çıkan bir yangın ile ilgili gelişmeleri takip etmek, resmi binaların yapımlarını kararlaştırıp denetlemek, Rodos Adasındaki kalenin çürüyen topraklarının yenilenmesi ya da gayrimüslim ibadethanelerinin tamiri veya genişletilmesi" Bkz. Seyitdanhoğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 121.

⁴⁵ Taşraya, yeniliklerin takip edilmesi için müfettiş göndermek, gerekli gördüğü hallerde görevini yerine getirmeyen yöneticileri görevden alıp yargulamak, alınacak vergileri belirlemek, devlet bütçesini hazırlamak ve denetlemek, Maliye Nezaretiyle işbirliği halinde maliyenin gelir ve giderlerini kontrol etmek gibi görevleri bulunmaktaydı. Bkz. Seyitdanhoğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 122-123.

⁴⁶ Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası* (3. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1978) 42.

Vâlâ'ya önemli görevler düşmekteydi⁴⁷. Meclis'in, yargı alanındaki bu görevleri, ilk derece mahkemesi ve istinaf-temyiz mahkemesi olarak ikiye ayrılabilir.

1. İlk Derece Mahkemesi Olarak Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye

Meclis-i Vâlâ çıkarılan ceza kanunlarına uygun olarak, sivil halkın merkezde işlediği suçların yargılanması görevini üstlenerek ilk derece ceza mahkemesi gibi çalışmaktaydı⁴⁸. 1847'den sonra İstanbul'da kurulan Meclis-i Zaptiye'ye ceza hukuku alanındaki davalara bidâyeten bakma yetkisi verildi. Bu tarihten sonra Meclis-i Vâlâ, tam anlamıyla bir temyiz mahkemesi olarak çalışmıştır⁴⁹. Ayrıca Meclis tarafından Tanzimat çalışmaları takip ediliyor, gerekli çalışmaları yapmayan yöneticiler Meclis-i Vâlâ'da yargılanıyordu⁵⁰. Yine bu dönemde en çok yargı önüne giden davalardan biri de devlet memurlarına ilişkin rüşvet davalarıydı⁵¹. Bu davalara da Meclis-i Vâlâ'da bakılmaktaydı⁵².

Meclis-i Vâlâ'nın yargıya ilişkin görev ve yetkileri bu durumlardan ibaret değildi. Ayrıca gayrimüslim azınlıklar arasında çıkan uyuşmazlıklara da bu mecliste bakılmaktaydı ve bu durumda her iki tarafın din adamlarının Meclis'te bulunma hakları vardı⁵³.

2. İstinaf-Temyiz Mahkemesi Olarak Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye

Meclis-i Vâlâ'nın yukarıda bahsedilen ilk derece mahkemesi görevi dışında yargıya ilişkin başka görevleri de bulunmaktaydı. Meclis üst derece mahkemesi sıfatıyla istinaf

⁴⁷ Bu konuda Niyazi Berkes, Meclis-i Vâlâ'nın kurulmasının hukuk devletinin kurulması konusunda atılmış olan bir adım olduğunu düşünmektedir. Berkes'e göre böylece, Tanrı buyruğu ya da padişah iradesi dışında insan aklıyla kurallar konabileceği ve bu kuralların değiştirilebileceği inancı doğmuştur. Bkz. Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri* (15. Bası, Yapı Kredi 2006) 67.

⁴⁸ Ceylan, 'Yargı' (n 25) 38; Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Mahkemeleri* (Arı Sanat 2004) 144.

⁴⁹ Ayşegül Çimen, 'Ottoman Criminal Code in the Nineteenth Century: Crime and Punishment in 1858 Criminal Code and Legal Formalism' iç Süleyman Kaya ve Haşim Şahin (edr), *Osmanlı'da Fıkıh ve Hukuk* (Mahya 2017) 193; Sedat Bingöl, 'Osmanlı Mahkemelerinde Reform ve Ceride-i Mahâkim'deki Üst Mahkeme Kararları' (2005) 20(1) Tarih İncelemeleri Dergisi 19, 24. Mahkeme reformlarına ilişkin olarak ayrıca bkz. Sedat Bingöl, 'Tanzimat Sonrası Taşra ve Merkezde Yargı Reformu' (1999) VI Yeni Türkiye (Osmanlı); Sedat Bingöl, *Tanzimat Devrinde Osmanlı'da Yargı Reformu, (Nizamiye Mahkemelerinin Kuruluş ve İşleyişi 1840-1876)* (Anadolu Üniversitesi 2004).

⁵⁰ Tanzimat Fermanı'nın ilanı sırasında sadrazamlık görevini yürüten Hüsrev Paşa ve devrin ileri gelen devlet adamlarından Akif, Nazım, Nazif, Hasib ve Tahir Paşalar Meclis tarafından yargılanıp mahkûm edilmişlerdir. Bkz. Kaynar (n 19) 218; Musa Çadırcı, 'Tanzimat'ın Uygulanması ve Karşılaşılan Güçlükler (1840-1856)' iç Halil İnalcık ve Mehmet Seyitdanhoğlu (edr), *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu* (5. Bası, Türkiye İş Bankası 2015) 201.

⁵¹ Aydın'a göre Osmanlı mahkemesinin görev ve yetki alanı önceki ve çağdaşı İslam devletlerine nazaran daha geniştir. Yazara göre, istisnalar olsa da Osmanlı mahkemesinin görev ve yetki alanına girmeyen hukukî ihtilaf yok gibidir. Bkz. Mehmet Akif Aydın, 'Osmanlı Devleti'nde Mahkeme' (2003) 27 TDV İslam Ansiklopedisi 341, 342. Ekinci de bu durumu şu sözlerle tespit etmiştir: "Klasik Osmanlı düzeninde adliye davaları ile idari davalar arasında merci ve mevzuat bakımından bir fark gözetilmemiştir." Bkz. Ekinci, *Hukuk* (n 22) 554. İşte bu noktada şer'iyye mahkemelerinin adli yargı ile iç içe geçmiş idari yargıya ilişkin görevleri Meclis-i Vâlâ'ya devredilmiştir. Bkz. Avcı (n 22) 166.

⁵² Seyitdanhoğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 118; Bu konuda Mumcu da Meclis-i Vâlâ için "İdare Mahkemesi" ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Ahmet Mumcu, 'Hukukçu Gözüyle Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat' iç *Mustafa Reşit Paşa ve Dönemi Seminerleri (Bildiriler)* (2. Bası, Türk Tarih Kurumu 1994) 44; Aynı görüş için bkz. Shaw (n 5) 207.

⁵³ Ceylan, 'Yargı' (n 25) 40; Ekinci, *Mahkeme* (n 48) 152; Seyitdanhoğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 120.

ve temyiz mahkemesi işlevine de sahip yüksek bir mahkemeydi⁵⁴. Vilayet ve sancak meclislerinde görülen davalar, tekrar görüşülmek üzere bu meclise gönderilmekteydi. Meclis-i Vâlâ'da görüşülen bu davalar sonra onay için Meclis-i Umûmî'ye gönderiliyor, daha sonra da karar onaylanması için padişaha ulaştırılıyordu⁵⁵.

Kuşkusuz Meclis-i Vâlâ'nın görev ve yetkileri bu iki başlıktan ibaret değildir. Meclis-i Tanzimat kurulana değin, hem bir yasama organı şeklinde görev yapıyor ve çeşitli idarî işlere bakıyor, hem de bir temyiz mercii gibi görev ifa ediyordu. Meclis-i Tanzimat'ın kuruluşuyla birlikte yasama görevini Meclis-i Vâlâ bu meclise devretti⁵⁶. Aslında bu dönemde de Meclis-i Vâlâ kanun yapma işlevini haizdi. Ancak ağırlıklı olarak yargı fonksiyonu ön plana çıkmış, Deâvî Dairesi yoluyla ceza davalarına ve idarî davalara bakmıştır⁵⁷. Meclis-i Vâlâ'nın yasamaya ilişkin ne tür görev ve yetkilerinin bulunduğu çalışmanın sonraki başlıklarında incelenecektir.

III. Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye'nin İlk Parlamentonun Ön Hazırlayıcısı Olma İşlevi

Meclis-i Vâlâ her ne kadar Tanzimat reformlarının takip edilmesi ve yürütülmesi amacıyla kurulmuşsa da, esasen Dîvân-ı Hümâyun'un ortadan kalkması ve meşveret meclislerinin onun boşluğunu dolduramaması üzerine, yargı konusunda olduğu gibi yasama konusunda da oldukça önemli bir fonksiyon üstlenmiştir. Başka bir ifadeyle, Meclis-i Vâlâ, Dîvân-ı Hümâyun'un Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan itibaren önemli bir danışma ve yasama organı olduğu göz önünde bulundurulursa, bu konudaki ihtiyacı gidermek için kurulduğu anlaşılır. Ancak şunu hemen belirtmek gerekir ki, Meclis-i Vâlâ'nın kendinden önceki Dîvân-ı Hümâyun'dan ayrı bir yapısının olduğu açıktır. Her ne kadar, üyeleri temsilî bir yapı arz etmese bile, Meclis, yapısı ve yerine getirdiği görevler açısından, Dîvân ile Batılı anlamda parlamento arasında bir geçiş kurumu özelliği taşımaktadır. Bu konuda Okandan şunları söylemektedir: “....*Meclis-i Ahkâm-ı Adliyye'de izlenen görüşme usulü ve kanunların kararlaştırılması ve onlara icrailik niteliğinin sağlanmasında takip edilen hareket tarzı ve bu hususta meydana getirilen iç tüzük, meşrutî rejime doğru bir gidişin varlığı hissini uyandırmaktadır.*”⁵⁸. Dolayısıyla, Meclis-i Vâlâ, yasama yetkileri itibariyle ilk parlamentoya giden süreçte bir

⁵⁴ Halil Cin, ‘Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usulleri’ iç Hakkı Dursun Yıldız (ed), 150. *Yılında Tanzimat* (Türk Tarih Kurumu 1992) 27; Seyitdanlioğlu, ‘Tanzimat Meclisleri’ (n 5) 61; Daha önce Osmanlı Hukuku’nda temyiz kurumu bulunmamaktaydı. 1840 tarihli Ceza Kanunu ile bu kurum ilk defa kurulmuş, bunun uygulama yeri de Meclis-i Vâlâ olmuştur. Bkz. Ekinci, *Mahkeme* (n 48) 150-154. Meclis’in bu fonksiyonu, 1840 tarihli Ceza Kanunu’nun ilgili maddelerinden anlaşılmaktadır. Ceza Kanunu’nun ikinci fasıl 3. maddesine göre bağy suçu İstanbul’da işlenmişse Meclis-i Vâlâ’da yargılanacak; taşrada işlenmişse yargılama memleket meclisinde, istinaf incelemesi Meclis-i Vâlâ’da yapılacaktır. Bkz. Avcı (n 22) 166. Aynı konuda bkz. Ceylan, ‘Yargı’ (n 25) 47.

⁵⁵ Ceylan, ‘Yargı’ (n 25) 41; Seyitdanlioğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 119.

⁵⁶ Ceylan, ‘Yargı’ (n 25) 24.

⁵⁷ Mehmet Seyitdanlioğlu, ‘Tanzimat Dönemi’nde Yüksek Yargı ve Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye (1838-1876)’ iç Halil İnalçık, Bülent Arı ve Selim Aslantaş (edr), *Adâlet Kitabı* (Kadim 2012) 259-260.

⁵⁸ Recai Galip Okandan, *Umumî Amme Hukukumuzun Anahatları* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1957) 101-102.

ön hazırlıktır. Çadircı'ya göre Meclis-i Vâlâ ile aynı dönemde bulunan diğer meclisler karşılaştırıldığında aralarındaki fark Meclis-i Vâlâ'nın, “*çağdaş Batı ülkelerinde görülen meclislere şekil bakımından da olsa benzemesi*”dir⁵⁹. Tanör'e göre de Tanzimat Fermanı'yla birlikte yeni yönetim usulleri ortaya çıkmıştır. Bu yeni yönetim usullerinin belkemiği ise yasama işleminin kolektif usullerle, bir başka deyişle, “kurullar” tarafından gerçekleştirilmesidir. Yazara göre, bu durum, Osmanlı Devleti'nde parlamentolu rejime yönelişin bir habercisidir⁶⁰. Özellikle Osmanlı Devleti'nde kuvvetler ayrılığına ilişkin ilk hamlenin bu meclis ile atılmış olması, Meclis-i Vâlâ'nın yasama alanındaki yetkileri ile çalışma ve karar verme biçimi⁶¹ bir parlamentoyu çağrıştırmaktadır.

A. Meclis-i Vâlâ ile Kuvvetler Ayrılığı Prensibinin Benimsenmeye Başlanması

Osmanlı Devleti yönetiminde Dîvân-ı Hümâyun'un görev yapmaya başlaması ile birlikte, devletin üç erki bu organ üzerinde birleşmişti. Dîvân-ı Hümâyun bu üç ayrı görevi padişah adına yüklenmişti. Ancak Tanzimat ile birlikte bu durumda bir takım değişiklikler olduğu söylenmelidir. Gerçek anlamda bir organlar ayrılığından söz etmek mümkün görülmesi de, bir görevlerin ayrışması söz konusudur.

Meclis-i Tanzimat'ın⁶² kurulduğu 1854 yılına kadar, yasama ve yargı görevlerini Meclis-i Vâlâ kullanmıştır. Ayrıca yürütme görevi de padişahla birlikte Bâb-ı Âlî tarafından yürütülmeye başlanmıştır. Böylece iktidarın sınırlandırılabilmesi açısından yasama ve yürütme arasında bir ayrılıktan söz edilebilir. Ancak egemenliğin halkta bulunmadığı göz önünde bulundurulursa, bu ayrılığın gerçek anlamda bir kuvvetler ayrılığı olduğundan söz edilemeyeceği açıktır⁶³. Buna rağmen bu konuda ciddi bir iradenin belirmeye başladığı da göz ardı edilemez.

B. Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye'nin Yasama Alanındaki Yetkileri

Kanunlaştırma (taknîn, tedvin, codification),⁶⁴ kurallar arasında bir seçme yaparak farklı ya da çatışık kuralları kaldırma ya da uzlaştırma yolu ile sistemleştirmeyi, bunları yazılı seçik mecelleler (code'lar) haline sokmayı gerektirir ve bu iki yöntem de eski Osmanlı geleneğine yabancıdır. İslam tarihi boyunca şeriat, bir bilim olarak

⁵⁹ Bkz. Çadircı, ‘Türkiye’de Yönetim’ (n 41) 610.

⁶⁰ Bkz. Tanör (n 47) 88. Kuşkusuz Tanör’ün bahsettiği bu kurullardan ilk olarak Meclis-i Vâlâ’yı anlamak gerekir.

⁶¹ Bkz. Okandan, *Umumî Amme Hukukumuz* (n 58) 103; “*Çalışma usulleri, meşrutiyet ile idare edilen memleketlerin meclislerinde geçen usullerin aynı oldu*”. Bkz. Karal, *Tarih* (n 6) 172.

⁶² 1854-1861 yılları arasında faaliyet gösteren ve Osmanlı teşkilatında önemli bir yer edinmiş olan Meclis-i Âli-i Tanzimat, devlet işleri ve kanunlarının ıslahı ile ülkenin mamur hale getirilmesi amacıyla teşkil edilmiş ve faaliyette bulunduğu süre içerisinde önemli reform hareketlerinde bulunmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kadir Diken, *Osmanlı Devleti’nde Bir İdari Modernleşme Kurumu Olarak Meclis-i Âli Tanzimat (1854-1861)* (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012).

⁶³ Seyitdanhoğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 114.

⁶⁴ Okumuş (n 4) 272. Kanunlaştırma için ayrıca bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, ‘Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat’ iç *Tanzimat I* (Maarif 1940) 143.

sistemleştirildiği halde siyasal otorite, bu bilimi mecelleler haline getirmemiştir. Her ne kadar Osmanlı Devleti diğer İslam devletlerine nazaran daha ileri bir devlet olsa da, şeriatı uygulama biçimi devletin yasama organlarının dışında kalmıştır⁶⁵. Şeriat ile Batı'dan alınan malzemeleri yoğurmak suretiyle girilen kanunlaştırma faaliyetleri, İslam ulusları tarihinde ilk defa Tanzimat ile birlikte Osmanlı'da görülür⁶⁶.

Osmanlı'da kanunlaştırma hareketlerinde ana hatlarıyla iki yolun takip edildiği görülmektedir: Osmanlı hukukundaki uygulamaların kanun metni haline getirilmesi suretiyle gerçekleştirilen tedvin usulü ile Avrupa kanunlarından tamamen veya kısmen iktibas edilmek suretiyle kanunların hazırlandığı kodifikasyon yöntemidir. Bazen de bu iki kanunlaştırma tarzının bir arada yürüdüğü de görülmüştür. Bu iki yolun belli alanlarda çatıştıkları, belli alanlarda ise uzlaştıkları karma bir yol izlenmiştir⁶⁷.

Parlamentoların tarihsel açıdan ilk çıkan yetkisi, vergiye rıza gösterme ve bütçeyi kabul etme olsa da günümüzde parlamentoların birinci yetkisi, yasa yapmaktır⁶⁸. Osmanlı Devleti'nde yasama yetkisi padişah adına yerine getirilmekteydi. Bu işlevi devletin kuruluşundan itibaren Dîvân-ı Hümâyün yerine getirmiştir. Dîvân-ı Hümâyün'un önemini kaybetmesinden sonra ise padişah adına yasama işlevini, bir başka deyişle, Dîvân-ı Hümâyün tarafından kullanılan örfî hukuku oluşturma yetkisini artık Meclis-i Vâlâ yerine getirmeye başlamıştır⁶⁹. Aslında Meclis, Tanzimat Fermanı'nın ilanına kadar istenilen verimde çalışmadı⁷⁰. Ferman, gerekli kanunları yapma görevini Meclis'e verince, Meclis, Tanzimat doktrinini hukuk alanına çıkaracak en önemli organ olma sıfatını⁷¹ kazandı ve Meclis'in yasama faaliyeti başlamış oldu⁷². Tanzimat döneminde temsili nitelikte olmayışı göz ardı edilirse, Kubalı'ya göre de, Meclis-i Vâlâ'nın küçük çaplı bir yasama organı olduğu söylenebilir⁷³.

⁶⁵ Berkes (n 11) 215-216.

⁶⁶ ibid 216.

⁶⁷ Mustafa Şentop, 'Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü' (2005) 3(5) Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi 647, 652; Ak Çelik (n 20) 78.

⁶⁸ Kemal Gözler, 'İngiltere'de Parlamento Neden ve Nasıl Ortaya Çıktı: Malî Hukukun Anayasa Hukukundan Eskiliği Üzerine Bir Deneme' iç Ertuğrul Akçaoğlu (ed), *Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan I* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 2009) 365.

⁶⁹ Dâr-ı Şûrâ-yı Bâb-ı Âli ile Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye kurulurken aralarındaki yetki ayrımı tam olarak belirlenmemiştir. Dâr-ı Şûrâ-yı Bâb-ı Âli'de görülecek her konu Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye'ye incelenmek üzere gönderilecek, konu ancak bu incelemiden sonra sadrazama sunulacak ve ondan da padişaha arz olunacaktır. Dolayısıyla düzenlemenin bu meclislerde görülmeden yürürlüğe konmayacağından bahsetmek kanun koyma işlevine yapılan vurguyu göstermektedir. Daha sonra bu iki meclisin birleştirilmesiyle aralarındaki yetki çatışması önlenmiş, yasama faaliyetlerinde Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye tek başına hareket etmiştir. Bkz. Seda Örsten Esirgen, *Osmanlı Devleti'nde Kanun Yapma Geleneği ve Cumhuriyet Döneminde Uygulanan Osmanlı Kanunları* (Turhan 2017) 19-21; Gülnihal Bozkurt, *Batt Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi* (Türk Tarih Kurumu 1996) 45-46; Ak Çelik (n 20) 75.

⁷⁰ Seyitdanlioğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 117; Örsten Esirgen (n 69) 19-20; Bozkurt (n 69) 46; Ak Çelik (n 20) 75.

⁷¹ Ak Çelik (n 20) 78.

⁷² Seyitdanlioğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 117.

⁷³ Okandan, *Umumî Amme Hukukumuz* (n 58) 102; Kubalı'nın görüşleri için bkz. Tanör (n 47) 67; Karşıt görüşte olan Kalaycıoğlu ve Sarıbay bu meclisi, meşveret meclislerinin devamı olarak kabul etmişler ve bu meclis için "Kraliyet Konseyi" tabirini kullanmışlardır. Yazarlara göre, Meclis, danışma organı olmanın ötesine geçememiştir. Bkz. Ersin Kalaycıoğlu ve Ali Yaşar Sarıbay, 'Tanzimat: Modernleşme Arayışı ve Siyasal Değişim'e iç Ersin Kalaycıoğlu ve Ali Yaşar Sarıbay (edr), *Türk Siyasal Hayatının Gelişimi* (Beta 1986) 17.

Meclis-i Vâlâ'nın hükümetin ya da kendi kararıyla hazırladığı kanun ve nizamnameler daha çok devletin tümünde uygulanacak olan 1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunları, 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret, 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesi, Men-i İrtikâba Dair Ceza-name Layihası, Rütbe ve Nişan Nizamı gibi genel kapsayıcı nitelikteki metinlerdir. Bu tür belgelerin hazırlanırken Meclis'te önce konunun uzmanı üyelerden oluşan bir alt komisyon oluşturuluyordu. Tabii olarak nihâî karar yine Meclis-i Vâlâ'ya aitti. Komisyonda hazırlanan taslak önce Meclis'te bütün olarak görüşülüyor, ilk haliyle onaylanırsa tek tek maddelerin görüşülerek oylanmasına geçiliyordu. Hazırlanan nizamname aynı yöntem ile görüşülmek üzere Sadâret aracılığıyla Meclis-i Âli-i Umûmî'ye gönderiliyor, son aşamada da arza sunulup iradesi alınarak yürürlüğe konuluyordu⁷⁴.

İkinci yol ise ilgili nezaretin meclisi ya da nâzırı tarafından hazırlanan layihanın (raporun) düzenlenerek kanunlaştırılmasıydı. Bunlar daha çok özellikli alanlara yönelik nizamnamelerdi. Örneğin, Memâlik-i mahrûse-i şahânede fenn-i tababet edecekler hakkında hazırlanan nizamname önce Meclis-i Umûr-ı Tıbbiye'de kaleme alınmıştır. Yine Ticaret Nazırı'nın Trabzon taraflarında kurulacak karakollar, kaza müdürlerinin nasbı ve asker alımı konularında yazdığı layiha, mürur nizamı ahkâmının asakir-i nizamiye-i şahane hakkında icrasına dair Dâr-ı Şûrâ-yı Askerî'den yazılan müzekkere, Zaptiye Müşirliği'nden zaptiye askerlerine dair gönderilen rapor Meclis-i Vâlâ'da görüşülmüştür. Bir üst yazı ile Meclis-i Vâlâ'ya gönderilen metinler, uzmanlık isteyen mevzularda yine alt komisyonlar kurularak ayrıntılı bir şekilde ele alınmış ve daha sonra Sadâret'e yollanmıştır. Buradan da Meclis-i Âli-i Umûmî'de bir kez daha görüşülüp iradesi alınmak üzere arza sunulmuştur⁷⁵. Bu noktada şunu ifade etmekte fayda var ki bu süreçlerin sonunda padişah, Meclis-i Vâlâ'nın aldığı bu kararların hemen hemen hepsini onaylamış ve yürürlüğe koymuştur⁷⁶.

Konuya ilişkin önemi dolayısıyla bu dönemde çıkarılan bazı nizamnamelerin ve yapılan düzenlemelerin sayılmasında fayda vardır: Kuşkusuz bu dönemde çıkarılan en önemli kanun 1840 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'dur. Diğerleri ise şöyle sayılabilir: 1851 tarihli Kanun-u Cedîd, 1850 tarihli Kanunnâme-i Ticaret, Ahkâm-ı mer'iyye (Arazi Kanunu-1849), İltizamın ve Angaryanın Feshi (1841), Meclis-i Muhasebe'nin Kurulması (1841), Kızbaşılığı Vergisinin Kaldırılması (1841), Gazete Çıkarma Ruhsatı (1843), Ebe Nizamı (1843), Eğitimin Modernleşmesi için Meclis-i Muvakkat (1846), İmar Meclislerinin Kurulması (1846), Vergi Reformu ve Temettüat Vergisinin Getirilmesi (1846), Askerî Ceza Kanunu (1852), Piyangoya Ruhsat Verilmesi (1852),⁷⁷ Eminönü Pazarındaki Satış (1840), Araba ve Envâ-ı Hayvanattan Alınacak Rüsümât Tarifesi (1845), Ticaret

⁷⁴ Seyitdanhoğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 103; Ak Çelik (n 20) 77.

⁷⁵ Seyitdanhoğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 104; Ak Çelik (n 20) 78.

⁷⁶ Ak Çelik (n 20) 76.

⁷⁷ Akyıldız, *Merkez Teşkilatı* (n 33) 195.

Gemileri Kaptan ve Taifesine İlişkin Nizamname Eki (1849), Taşradaki Doktorlar Hakkında Nizamname (1849), Odun ve Kömürden Vergi Alınması (1849), Okuma Yazma Bilmeyen Askerlerin Rütbe Terfiinden Mahrumiyetleri (1850), Kız Kaçıranların Cezalandırılması (1850), Yetim Mallarına İlişkin Nizamname (1851), Kaza İdarecilerinin Tayini (1851) gibi birçok düzenlemeye imza atmıştır⁷⁸.

Bununla birlikte, Meclis-i Vâlâ, 1854 yılında Meclis-i Tanzimat'ın kurulması dolayısıyla yasama yetkisini bu meclise devretmiştir⁷⁹.

Meclis-i Vâlâ'yı milletlerarası anlaşmalar açısından da değerlendirmek gerekir. Zira bu tür anlaşmalar bugün yasama işlemi olarak değerlendirilmektedir⁸⁰. Yabancı devletlerle yapılan anlaşmaların müzakere edilmesi de Meclis-i Vâlâ'nın görev ve yetkileri arasında idi. Örneğin; Kırım Savaşı sebebiyle yapılacak muameleler hakkında Paris Muahedesi ve Osmanlı Devleti ile Avusturya arasında yapılan Ticaret Muahedesi Meclis-i Vâlâ'da görüşülmüştür⁸¹.

Ayrıca Meclis-i Vâlâ devlet bütçesinin oluşturulması ve denetlenmesi görevini de üstlenmiştir⁸². Hatta dış borçlanma⁸³ meselesi Abdülmecid'in direnmesine rağmen Meclis-i Vâlâ'nın ısrarlarıyla gündemde kalmıştır⁸⁴. Parlamentoların geleneksel işlevlerinden birinin de malî işlev olduğu⁸⁵ göz önünde bulundurulursa, bu çerçevede kalmak kaydıyla parlamento ile Meclis-i Vâlâ arasında bir ilişki kurulabilir.

⁷⁸ Meclis'in yapmış olduğu çalışmalar için bkz. Sarkis Karakoç, *Külliyyât-ı Kavânin Cilt I* (Türk Tarih Kurumu 2006) 183 vd.; Bahsedilen düzenlemeler için *Takvim-i Vekâyi*'nin şu sayılarına da bakılabilir: 210, 401, 416, 433, 459.

⁷⁹ Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi* (8. Bası, Savaş 1996) 284; Akyıldız Merkez Teşkilatı (n 33) 198.

⁸⁰ “Doğrudan uygulanabilen antlaşmalar, ulusal yasakoyucunun ayrıca bir düzenleme yapmasına gerek olmaksızın içhukukun bir parçası haline gelen; dolayısıyla, mahkemelerce ve öteki hukuk uygulayıcılarının uygulayabilen kuvarlar içerir. Buna karşılık, doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan antlaşma hükümlerinin muhatabı hukuk uygulayıcıları değil, yasama organıdır. Ulusal hukuk uygulayıcıları doğrudan uygulanır nitelikte olmayan antlaşma hükümlerini kendiliğinden uygulama durumunda değildir. Bu uygulamanın yapılabilmesi için; araya o antlaşma hükümlerinin içhukuk düzeyinde uygulanmasını sağlamaya yönelik bir yasama işleminin (kanunun) girmesi gerekir.” Bkz. Rona Aybay, ‘Uluslararası Antlaşmalar Konusunda Türk Hukukunun Önemli Bir Eksikliği: “Ön-Denetim” (2014) 32(258) Mülkiye Dergisi 17, 36. Ayrıca bkz. Anayasa m. 90/1.

⁸¹ Ak Çelik (n 20) 81.

⁸² Seyitdanhoğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 123; Tanör (n 47) 92.

⁸³ 1844 bolluk yılı, ardından dört-beş yıl içinde altüst olan ekonomi ve Meclis-i Vâlâ'nın borçlanmaya ilişkin görüşleri için bkz. Şeref (n 7) 109-114.

⁸⁴ “... bu sefer Batı'yla kurulan diyalog asıl yüzünü göstermişti. Osmanlı Devleti, Londra-Paris bankerleriyle anlaşmış, 1854-1861 yılları arasında dört kez borçlanmıştı.” Tark Zafer Tunaya, *Türkiye'de Siyasal Gelişmeler (1876-1938)* (4. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2016) 72.

⁸⁵ Gözler, ‘Parlamento’ (n 68) 365.

C. Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye'nin Çalışma ve Karar Verme Biçimi

Meclis-i Vâlâ sadece Sadâret tarafından kendisine sunulan konuları kararlaştırırken, daha sonra kurulan Meclis-i Tanzimat faaliyet gösterdiği 1854-1861 yılları arasında uygun gördüğü takdirde istediği kanun ya da nizamnameyi hükümetten bağımsız olarak ele almıştır⁸⁶.

Meclis, Meclis-i Tanzimat kurulana değin, işleyiş tarzı açısından yasama organı gibi çalışmıştır. Her şeyden önce, Meclis'in, bir içtüzüğünün bulunduğu söylenmesi gerekir. 1839 yılında, Meclis-i Vâlâ'nın toplanma şeklini, kurallarını, iç işleyişini ve kuruluş amacını gösteren bir nizamname hazırlanmıştı. Bu içtüzükle birlikte meclis üyeleri için belirli bir mesai saati düzenlenmiş oldu⁸⁷.

Öte yandan, meclis üyelerinin görevlerini daha verimli bir şekilde yerine getirmeleri için üyelerin eski memuriyetleri bırakıldı. Böylece üyelerin bütün işlerinin meclis çalışmalarına ilişkin olması sağlandı. Dahası, üyelere görevlerinden dolayı yüksek maaşlar bağlandı⁸⁸.

Meclis'in karar verme aşamasında demokratik bir nitelik gösterdiği görülmektedir. Kararların alınmasında oy birliği yerine oy çokluğu esası benimsenmiştir. Dolayısıyla üyelerin kendi serbest düşüncelerini savunmaları ve düşüncelerinde ısrarcı olmaları ve böylece de üyelere düşünce özgürlüğü sağlamak istenmiştir⁸⁹. Ayrıca Meclis'te görüşülmek istenen konular kanun tasarısı halinde önceden üyelere sunulmaktaydı. Üyeler Meclis'e gelmeden önce kanun tasarılarını okuyarak belli bir fikir ediniyorlardı⁹⁰.

11 Ağustos 1850'de yeni bir içtüzük hazırlandı. Bu içtüzükle birlikte, Meclis'te komisyonlar kurulması imkânı sağlanmış oldu. Böylece Meclis önemli gördüğü konularda komisyon oluşturuyor ve gerekli gördüğü hallerde meclis üyesi olmayan kişilere de komisyonda yer verebiliyordu⁹¹. Ahmed Cevdet Paşa gibi devrin önde gelen hukukçularının da yer aldığı bu komisyonlarda çok önemli kanunların hazırlanması söz konusu olmuştu⁹². Bu noktada parlamenter rejimdeki Meclis Araştırması kurumuyla paralellik kurulabileceği görülmektedir.

Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, dönemin padişahı Abdülmecid, Meclis-i Vâlâ'ya oldukça önem vermiş, Meclis'i küçük çaplı bir yasama organı gibi görerek "onunla ilişkilerinde Hükümdarla Parlamento arasındaki münasebetlerde uygulanan

⁸⁶ Seyitdanlıoğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 103; Ak Çelik (n 20) 77.

⁸⁷ Meclis içtüzüğü maddelerinin tek tek tahlili hakkında bkz. Seyitdanlıoğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 98 vd.; Akyıldız, *Merkez Teşkilatı* (n 33) 191 vd.

⁸⁸ Shaw (n 5) 204; Akyıldız, *Merkez Teşkilatı* (n 33) 190.

⁸⁹ Ceylan, *Meşveret* (n 26) 109; Seyitdanlıoğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 99.

⁹⁰ Çadırcı, 'Türkiye'de Yönetim' (n 41) 609; Seyitdanlıoğlu, *Meclis-i Vâlâ* (n 23) 98; Seyitdanlıoğlu, 'Tanzimat Meclisleri' (n 5) 61; Ekinci, *Mahkeme* (n 48) 147; Ceylan, 'Yargı' (n 25) 24.

⁹¹ Akyıldız, *Merkez Teşkilatı* (n 33) 209.

⁹² Ekinci, *Mahkeme* (n 48) 146.

esasları hâkim kılmaya çalışmıştır."⁹³ Dahası, meclisin 1840 yılında yapılan yeni binasının açılışında yaptığı konuşmada padişah, her yıl Meclis'e gelerek bir yıllık icraattan bahsedip, yaptığı ve yapacağı işleri anlatacağına ve Meclis'inde bu konularla ilgili görüşlerin serbestçe belirtilmesine izin vereceğine söz vermiştir. Görüldüğü gibi, bahsedilen bütün bunlardan meşrutî bir yönetime doğru gidişin olduğu, Meclis-i Vâlâ'nın devlet yönetimine bizzat padişahın onayıyla sokulduğu anlaşılmaktadır⁹⁴.

Bu noktada şunun hemen belirtilmesi gerekir ki, bütün bu bahsedilenlerden, Meclis-i Vâlâ'nın modern anlamda bir parlamento olduğu kesinlikle çıkarılamaz. Çünkü bu Meclis temsilî bir meclis değildir, üyeleri bizzat padişah tarafından atanmaktadır. Başka bir ifadeyle varlığını padişaha borçludur. Yasama fonksiyonunu da, meclis, halk adına değil, padişah adına gerçekleştirmektedir⁹⁵. Bununla birlikte Meclis-i Vâlâ'nın danışma fonksiyonunu da aşarak yasama fonksiyonunun kullanılmasında önemli işlevler gördüğü de gözden uzak tutulamaz.

Sonuç

Dîvân ve meşveret meclisleri gibi iki büyük birikimin üzerine inşa edilmiş olan Meclis-i Vâlâ, köklerini yerli dinamiklerden alan, yönünü Batılı örneklerine dönmüş bir meclis olarak tanımlanabilir. III. Selim'le birlikte yeni bir boyut ve II. Mahmud'la birlikte de hız kazanan reform hareketleri, Osmanlı Devleti'nin eninde sonunda meşrutî bir yönetime geçeceğinin sinyallerini vermekteydi.

II. Mahmud döneminde reformların belirlenip uygulanması için düzenli bir meclise olan ihtiyaç ortaya çıkmıştı. Bu ihtiyacın meşveret meclisleriyle doldurulamayacağı çok açıktı. İşte bu noktada, yenilik hareketlerinin takibi için, Mustafa Reşit Paşa'nın gayretleriyle Meclis-i Vâlâ kurulmuş oldu. Ceza ve arazi kanunu gibi pek çok önemli yasama işlerine imza atan bu meclis, görevleri ve işleyiş usulleri açısından bir parlamento gibi çalışmış ve hükümdar-parlamento arasındaki ilişkilerde uygulanan usuller dönemin padişahları tarafından da, kısmen de olsa, benimsenmiştir. Özellikle de Sultan Abdülmecid açısından bunun böyle olduğu çok açıktır.

Çalışmada, Meclis-i Vâlâ'nın 1838-1854 yılları arasındaki faaliyetleri incelenmiştir. Meclisin nizamnamelerin yapılmasındaki etkileri, bütçe çıkarma konusundaki yetkileri ve kendisine ait bir içtüzüğünün varlığı, Meclis'in Türk parlamento geleneği açısından ilk parlamentoya giden yolda atılmış önemli bir adım olduğunu

⁹³ Okandan, *Umumî Amme Hukukumuz* (n 58) 72; Ceylan, *Meşveret* (n 26) 112. Aynı şekilde Shaw da bu konuda şu ifadeleri kullanıyor: "Sultan, yasama meclisine hitap eden meşrutî bir monark üslubunu izlemeye çalışıyordu." Bkz. Shaw (n 5) 205.

⁹⁴ Ceylan, *Meşveret* (n 26) 110; Okandan, *Umumî Amme Hukukumuz* (n 58) 103.

⁹⁵ Recai Galip Okandan, 'Amme Hukukumuzda Osmanlı Devletinin İnkırazına Kadar Parlamentarizm ve Hususiyetleri', (1947) 13(2) İÜHFD 449, 458; Çadırcı, 'Türkiye'de Yönetim' (n 41) 610; Arsel de Meclis-i Vâlâ'nın milletin arzu, temenni ve iradesini temsil etmek, bunları padişaha aksettirmek, icabında milletin hak ve hukukunu müdafaa etmek veya padişahın bu haklara riayet etmesini temin etmek gibi vazifeleri olmadığından bahisle bu meclisi bir parlamento müsveddesi olarak görmektedir. Bkz. İlhan Arsel, *Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları* (Mars Matbaası, 1965) 9-10.

göstermektedir. Böylece anayasal tarihimiz açısından parlamento geleneğimizin önemli bir yapı taşı yasama yetkileri bakımından bir kez daha gündeme getirilmiştir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Ak Çelik H, *Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye'nin Hukuki ve Siyasi Yetkileri (1838-1868)* (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016).
- Akyıldız A, 'Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye' (2003) 28 TDV İslam Ansiklopedisi 250-251.
- Akyıldız A, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform (1836-1856)* (Eren 1993).
- Aldıkaçtı O, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası* (3. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1978).
- Arsel İ, *Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları* (Mars Matbaası, 1965).
- Avcı M, *Türk Hukuk Tarihi* (7. Bası, Atlas Akademi 2018).
- Aybay R, 'Uluslararası Antlaşmalar Konusunda Türk Hukukunun Önemli Bir Eksikliği: "Ön- Denetim"' (2014) 32(258) Mülkiye Dergisi 17-47.
- Aydın MA, 'Osmanlı Devleti'nde Mahkeme' (2003) 27 TDV İslam Ansiklopedisi 341-344.
- Berkes N, *Türkiye'de Çağdaşlaşma* (Doğu-Batı 1978).
- Bingöl S, 'Osmanlı Mahkemelerinde Reform ve Ceride-i Mahâkim'deki Üst Mahkeme Kararları' (2005) 20(1) Tarih İncelemeleri Dergisi 19-38.
- Bingöl S, *Tanzimat Devrinde Osmanlı'da Yargı Reformu, (Nizamiye Mahkemelerinin Kuruluş ve İşleyişi 1840-1876)* (Anadolu Üniversitesi 2004).
- Bingöl S, 'Tanzimat Sonrası Taşra ve Merkezde Yargı Reformu' (1999) VI Yeni Türkiye (Osmanlı) 533-545.
- Bozkurt G, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi* (Türk Tarih Kurumu 1996).
- Ceylan A, 'Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye'de Yargı' (2004) VIII(1-2) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 23-48. ('Yargı')
- Ceylan A, *Türk Hukuk Tarihinde Meşveret Düşüncesi ve Uygulaması* (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1998). (*Meşveret*)
- Cihan A, *Reform Çağında Osmanlı İlimiye Sınıfı* (Birey 2004).
- Cin H, 'Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usulleri' iç Hakkı Dursun Yıldız (ed), *150. Yılında Tanzimat* (Türk Tarih Kurumu 1992) 11-33.
- Cin H ve Akgündüz A, *Türk Hukuk Tarihi* (Osmanlı Araştırmaları Vakfı 2011).
- Çadırcı M, 'Tanzimat Döneminde Türkiye'de Yönetim' (1988) LII(203) Belleten 601-626. ('Türkiye'de Yönetim')
- Çadırcı M, 'Tanzimat'ın Uygulanması ve Karşılaşılan Güçlükler (1840-1856)' iç Halil İnalçık ve Mehmet Seyitdanlıoğlu (edr), *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu* (5. Bası, Türkiye İş Bankası 2015) 197-207. ('Tanzimat'ın Uygulanması')
- Çimen A, 'Ottoman Criminal Code in the Nineteenth Century: Crime and Punishment in 1858 Criminal Code and Legal Formalism' iç Süleyman Kaya ve Haşim Şahin (edr), *Osmanlı'da Fıkıh ve Hukuk* (Mahya 2017) 183-200.
- Diken K, *Osmanlı Devleti'nde Bir İdari Modernleşme Kurumu Olarak Meclis-i Âli Tanzimat (1854-1861)* (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012).
- Ekinci EB, *Osmanlı Hukuku* (4. Bası, Arı Sanat 2016). (*Hukuk*)
- Ekinci EB, *Osmanlı Mahkemeleri* (Arı Sanat 2004). (*Mahkeme*)
- Emiroğlu K, *Kısa Osmanlı-Türkiye Tarihi* (İletişim 2015).

- Erdoğan M, *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset* (4. Bası, Liberte 2003).
- Fendoğlu HT, *Anayasal Derinlik* (Yetkin 2012).
- Findley CV, *Osmanlı İmparatorluğu’nda Bürokratik Reform Babıâli 1789-1922* (Tarih Vakfı 2014).
- Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I* (Ekin 2011). (*Anayasa Hukuku*)
- Gözler K, ‘İngiltere’de Parlamento Neden ve Nasıl Ortaya Çıktı: Mali Hukukun Anayasa Hukukundan Eskiliği Üzerine Bir Deneme’ iç Ertuğrul Akçaoğlu (ed), *Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan I* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 2009) 365-374. (‘Parlamento’)
- Hayta N ve Ünal U, *Osmanlı Devleti’nde Yenileşme Hareketleri* (8. Bası, Gazi 2015).
- İnalcık H, *Tanzimat ve Bulgar Meselesi* (Eren 1992).
- İnalcık H, ‘Tanzimat’ın Uygulanması ve Sosyal Tepkileri’ iç Halil İnalcık ve Mehmet Seyitdanlıoğlu (edr), *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu* (5. Bası, Türkiye İş Bankası 2015) 171-195.
- İnalcık H ve Seyitdanlıoğlu M, *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu*, (5. Bası, Türkiye İş Bankası 2015).
- Kalaycıoğlu E ve Sarıbay AY, ‘Tanzimat: Modernleşme Arayışı ve Siyasal Değişim’ iç Ersin Kalaycıoğlu ve Ali Yaşar Sarıbay (edr), *Türk Siyasal Hayatının Gelişimi* (Beta 1986).
- Kama S, ‘Parlamentar Hükümet Sistemi Olarak ‘Westminster Modeli’ Britanya Örneği Üzerine Bir Deneme’ (2016) 22(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 161-201.
- Karakoç S, *Külliyyât-ı Kavânîn Cilt I* (Türk Tarih Kurumu 2006).
- Karal EZ, ‘Gülhane Hatt-ı Hümayunu’nda Batı’nın Etkisi’ iç Halil İnalcık ve Mehmet Seyitdanlıoğlu (edr), *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu* (5. Bası, Türkiye İş Bankası 2015) 113-132.
- Karal EZ, *Osmanlı Tarihi Cilt V* (10. Bası, Türk Tarih Kurumu 2017). (*Tarih*)
- Karpat KH, *Türk Demokrasi Tarihi* (Afa 1996).
- Kaynar R, *Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat* (4. Bası, Türk Tarih Kurumu 2010).
- Koyuncu N, *İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Şûra* (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2006).
- Lewis B, *Modern Türkiye’nin Doğuşu* (Türk Tarih Kurumu 1996).
- Mumcu A, *Divan-ı Hümayun* (4. Bası, Phoenix 2017). (*Divan*)
- Mumcu A, ‘Hukukçu Gözüyle Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat’ iç *Mustafa Reşit Paşa ve Dönemi Seminerleri (Bildiriler)* (2. Bası, Türk Tarih Kurumu 1994). (‘Mustafa Reşit Paşa’)
- Okandan RG, ‘Amme Hukukumuz Bakımından Tanzimat, Birinci ve İkinci Meşrutiyet Devirlerinin Önemi’, (1949) 15(1) İÜHFD 14-33. (‘Amme Hukuku’)
- Okandan RG, ‘Amme Hukukumuzda Osmanlı Devletinin İnkırazına Kadar Parlamentarizm ve Hususiyetleri’, (1947) 13(2) İÜHFD 449-474. (‘Parlamentarizm’)
- Okandan RG, *Umumî Amme Hukukumuzun Anahatları* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1957). (*Umumî Amme Hukukumuz*)
- Okumuş E, ‘Osmanlı Devleti’nde Modernleşme Süreci’ iç Ahmet Cihan, Mustafa Avcı ve Ejder Okumuş (edr), *Osmanlı Devleti’nde Eğitim Hukuk ve Modernleşme* (Özgülü 2006) 180-320.
- Örsten Esirgen S, *Osmanlı Devleti’nde Kanun Yapma Geleneği ve Cumhuriyet Döneminde Uygulanan Osmanlı Kanunları* (Turhan 2017).

- Seyitdanlıoğlu M, ‘Divan-ı Hümayun’dan Meclis-i Meb’usan’a Osmanlı İmparatorluğu’nda Yasama’ iç Halil İnalçık ve Mehmet Seyitdanlıoğlu (edr), *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu* (5. Bası, Türkiye İş Bankası 2015) 373-385. (‘Yasama’)
- Seyitdanlıoğlu M, ‘Parlamento Geleneğimiz Çerçevesinde Tanzimat Meclisleri’, (1989) (8) Türkiye Günlüğü 60-64. (‘Tanzimat Meclisleri’)
- Seyitdanlıoğlu M, *Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ (1838–1868)* (Türk Tarih Kurumu 1994). (*Meclis-i Vâlâ*)
- Seyitdanlıoğlu M, ‘Tanzimat Dönemi’nde Yüksek Yargı ve Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye (1838-1876)’ iç Halil İnalçık, Bülent Arı ve Selim Aslantaş (edr), *Adâlet Kitabı* (Kadim 2012) 255-270. (‘Yüksek Yargı’)
- Shaw SJ, ‘19. Yüzyıl Osmanlı Reform Hareketlerinde 1876 Öncesi Merkezi Yasama Meclisleri’, (1990) (76) Tarih ve Toplum 203-207.
- Şentop M, ‘Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü’, (2005) 3(5) Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi 647-672.
- Şeref A, *Tarih Söyleşileri (Müshabe-i Tarihiye)* (Sucuoğlu 1980).
- Tabakoğlu A, *Osmanlı Mâlî Tarihi* (1. Bası, Dergâh 2015).
- Tanör B, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri* (15. Bası, Yapı Kredi 2006).
- Tunaya TZ, *Türkiye’de Siyasal Gelişmeler (1876-1938)* (4. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2016).
- Üçok C, Mumcu A ve Bozkurt G, *Türk Hukuk Tarihi* (8. Bası, Savaş 1996).
- Velidedeoğlu HV, ‘Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat’ iç *Tanzimat I* (Maarif 1940) 139-209.



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 07.05.2020
Revizyon Talebi: 19.07.2020
Son Revizyon Tarihi: 17.08.2020
Kabul: 30.09.2020

Normatif Hukuki Pozitivizm ve Kapsam Sorunu: Uluslararası Hukuk Örneği

Abdullah Ada*

Öz

Normatif hukuki pozitivizm kavramı, hukuki pozitivizmin hukuk sistemine yerleştirilmesi ve bu sisteme katılımcı olanların hukuku hukuki pozitivizmin ortaya koyduğu şekilde anlaması gerekliliğini ifade eden bir tezi ifade edebileceği gibi, hukuki pozitivizme yöneltilmiş bir grup eleştiriyi de kapsamına almaktadır. Bu çalışmada hukuki pozitivizme yöneltilen tüm görüntülerin aksine, gerçekte normatif bir teori olma şeklindeki eleştirinin hukuki pozitivizmin bizzatı tasvir etme faaliyeti bakımından değil de, tasvir edilen gerçeğin kapsamının belirlenmesi ve tanımlanması noktasında haklı sayılabileceği savunulacaktır. Bu yaklaşımın daha önce yapılan hukuki pozitivizm savunmaları tarafından karşılanamayacak yönü, hukuki pozitivizmce yapılan faaliyetin tasviri bir faaliyet olduğunu kabul etmesi ve kapsama odaklanmasıdır. Çalışmamızda, H.L.A. Hart'ın uluslararası hukuka dair düşünceleri bağlamında bu düşünce irdelenecektir. Buna göre, her ne kadar Hart'ın yerel hukuk analizi başarılı sayılabılırsa de, Hart bu analizin genel ve dışlayıcı olarak hukuk kavramının analizini sunduğu noktada yanılmıştır. Bu bağlamda, Hart'ın uluslararası hukuku geçerli bir sebep olmaksızın hukukun dışında tutmasının normatif bir tutuma işaret ettiği iddia edilecektir.

Anahtar Kelimeler

H.L.A. Hart, Uluslararası hukuk, Normatif pozitivizm, Etik pozitivizm, Epistemik değerler

Normative Legal Positivism and the Problem of Scope: 'International Law' Example

Abstract

While the concept of normative positivism expresses the thesis that legal positivism should be entrenched in legal systems and the participants of those legal systems should regard law as analyzed by legal positivism, it also encapsulates a group of criticisms directed to legal positivism. In this paper, it will be argued that the criticism directed at legal positivism in the way that it is a normative theory, regardless of all appearances, could be right in terms of determining and describing the boundaries of the social fact in question, though not in terms of the descriptiveness of legal positivism per se. The aspect of this approach that cannot be met by the previous counter-arguments is that it concedes that legal positivism's analysis is a descriptive one and instead focuses on the scope of that analysis. In this paper, H.L.A. Hart's ideas on international law will be examined in the context of this approach. We argue that, though Hart's analysis of municipal law could be taken as successful, he is wrong that his analysis presents a general and exclusive analysis of the concept of law. In this sense, it will be argued that the fact that Hart excludes international law from his analysis without a valid justification implies a normative attitude.

Keywords

H.L.A. Hart, International law, Normative positivism, Ethical positivism, Epistemic values

* Sorumlu Yazar: Abdullah Ada (Arş. Gör.), TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye.
E-posta: adaabdullah@outlook.com ORCID: 0000-0003-4420-8308

Atf: Ada A, "Normatif Hukuki Pozitivizm ve Kapsam Sorunu: Uluslararası Hukuk Örneği" (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1657.
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.3.0014>



Extended Summary

Normative positivism is, as is generally understood, the term used to contrast one form of legal positivism from another. In this sense, normative positivism means the genre of legal positivism that centers on legal rules in their explanations of the concept of law, distinguishing them from an earlier version of legal positivism, namely will-based positivism, which put emphasis on the will of an unrestricted sovereign as the source and validity criteria of law. Yet, given the current affairs in jurisprudence, the term “normative positivism” seems to have assumed quite a different meaning. In this new sense, normative positivism implies a normativeness attached to or inherent in legal positivism. Normativeness is attached to legal positivism when the truth of legal positivism is presupposed and it is argued that it is the case that legal positivism explains the reality as it stands and it is also valuable that the reality is as such. This approach can be likened to the idea expressed in the Benthamian dictum that the principle of utility already governs every kind of interpersonal relationship, and it should govern. Normativeness is inherent in legal positivism when the latter cannot but be a normative thesis as against a descriptive one. It is noticeable that these two ways of understanding normative positivism are quite distinct, rather unrelated to each other. When normativeness is attached to, or “follows” legal positivism, one is still entitled to insist that it is descriptive in the relevant and important sense of theory construction. That what is the fact is also something valuable does not detract from the factualness of the fact in question. Austin, Bentham and Hart, all the towering figures in early legal positivism, have emphasized the importance and merits of legal positivism. Therefore, it is hard to say that normative positivism in this sense contains any element in denial of what legal positivism has long argued for. On the other hand, if it is the case that legal positivism is imbued with an inherent normativeness, as normative positivism in the second sense maintains, the picture just drawn changes radically. It is a given for legal positivists that legal positivism has been descriptive, and many of the main debates in jurisprudence have centered around this point. Normative positivism understood as such, then aims to undermine one of the main theoretical foundations upon which legal positivism has arisen and in this sense presents a criticism of legal positivism as a descriptive theory. The question arises, however, how it could even be possible to argue that legal positivism is a normative theory despite all appearances, whereas the all enterprise of legal positivism has repeatedly emphasized their intention in the way of doing descriptive jurisprudence. The answer, I suppose, lies in the “real” intentions and the reflection of those intentions in the interstices of one’s analysis of law. Since the complex web of intentions of a philosopher is often out of reach for us, one viable path to argue that there is a normativeness transcending the expressed intentions is to keep track of the boundaries drawn by the philosopher in his analysis of his subject matter and reveal possible theoretical biases despite the standing facts. The possible is not redundant

there, however, since the shaky ground of intentions haunts the critic even at this upper level. It is a better option not to exaggerate the claims of normativeness and always to leave a margin of suspicion regarding the intentions of the philosopher. As a paradigmatic case of legal positivist writing, we can distinguish some elements of normativeness in this sense in *The Concept of Law* by H.L.A. Hart with that margin in mind. In his treatment of international law at the last chapter of his book, Hart takes pains to argue that “international law is not law” and the reason behind this statement seems to be none other than the lack of a rule of recognition in international law. Yet, it is not obvious whether a criterion assumed to underlie municipal law could justifiably be used to evaluate the legal character of international law. Hart heavily relies on the conventional criterion in the way of the common usage of the term “law”, whereas this sits quite uncomfortably with his general methodological aims. In this sense, we can argue that, with a caution not to make too much of it, Hart’s rejection of international law the status of law implies a normative element in his argumentation.

Normatif Hukuki Pozitivizm ve Kapsam Sorunu: Uluslararası Hukuk Örneği

Giriş

H.L.A. Hart, 1958 tarihli klasik *Positivism and the Separation of Law and Morals* makalesinin ilk bölümünde, erken dönem pozitivist yazarlar Jeremy Bentham ve John Austin'in "hukukun ne olduğuyla ne olması gerektiğinin" birbirinden farklı şeyler olduğuna dair ısrarlarının, başka bir deyişle *ayrım tezinin*, pratik yönünü inceler. Bu bağlamda öncelikle Bentham ve faydacı düşünceye tabi yazarların sıkı birer hukuki reform taraftarı ve kişisel haklar savunucusu olduğuna işaret eder. Ona göre, ne Bentham ne de Austin "şehirler yanarken dilsel ayrımlarla uğraşan kuru analistler" değildi; ilgili dönemin hukuki sorunlarıyla yakından ilgilidiler. Bu yakın ilgi yazarların ayrım tezini inceleyiş tarzlarında da kendini göstermiştir. Bentham, örneğin, ayrım tezinin bütünüyle anarşist bir anlayışla doğal hukukçu bir anlayış şeklindeki iki *tehlike* arasında, bunlarda hukuka uyma noktasında var olan sakıncalardan arı bir anlayış getirdiğini iddia eder.¹ Benzeri şekilde, Austin de derslerinde sıklıkla ayrım tezinin "hukukçuya netlik sağladığından" söz etmektedir.² Bu bağlamda, her iki yazara göre de ayrım tezi, gerek ona tabi insanlar tarafından gerekse hukukçular tarafından olsun, *kabul edilmesi gereken* bir tezdur. Bu gereklilik kaynağını, doktrinde sıklıkla işaret edildiği üzere, erken dönem hukuki pozitivistler olan Bentham ve Austin'in hukuka dair görüşlerinin hukuksal reforma dair görüşleri tarafından önemli ölçüde etkilenmesinden almaktadır.

Peki, bu etkinin ölçüsü tam olarak nedir? Ayrım tezi, açıkça, tasviri ya da tasviri olma gayesinde, nihayetinde hukukun ne olduğuna yönelmiş negatif bir tezdur. Tümüyle normatif gerekçelerle ortaya konmuş olması, ayrım tezini tasviri bir tez olmaktan çıkarır mı? Bu soruya belki olumsuz cevap verilebilir, ancak bu cevap tartışmanın günümüzde geldiği şekliyle sonlandırılması bakımından yeterli olmayacaktır. Kimi çağdaş hukuk felsefecileri, hukuki pozitivizmin ve ortaya koyduğu hukuk anlayışının aslında *tasviri* olmadığını, tasviri olma görüntüsü altında *normatif* olduğunu ileri sürmektedirler. Buna göre, örneğin, pozitivistler "Hukuk şudur!" dediği zaman aslında "Hukuk şu şekilde anlaşılmalıdır!" demiş olmaktadır.³ Bu kişiler, argümanlarını zaman zaman yukarıda sözü edilen erken dönem normatif geleneğe dayandırmakta, hukuki pozitivizmin temel varsayımlarından olan *tarafsızlık ilkesini* mercek altına almaktadırlar.

Esasen, toplumsal olguları tasvir edebilme yeteneğimiz olduğu gibi reddedilmeyecekse ya da bu yeteneğe dair problemler tüm tasvir faaliyetleri

¹ HLA Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals' (1958) 71 Harvard Law Review 593, 598.

² ibid 599.

³ Bu anlayış bir yönüyle objektiflik varsayımında bulunan ahlaki önermelerin aslında duygu ifadeleri olduğu şeklindeki metaetik yaklaşımlara benzetilebilir.

bakımından geçerliyse, *bir eleştiri olarak hukuki pozitivizmin normatifliği* gücünü önemli ölçüde yitirmektedir. Buna rağmen, hukuki pozitivizmin –neredeyse- tüm normatif varsayımlardan arı bir konumda bulunma yönündeki varsayımının da temelsiz olduğunu gösteren emareler vardır. Bu doğrultuda, çalışmamızda hukuki pozitivizme yöneltilen *tüm görüntülerin aksine, gerçekte normatif bir teori olma* eleştirisinin hukuki pozitivizmin tasvir etme faaliyeti bakımından değil de, tasvir edilen gerçekliğin kapsamının belirlenmesi ve tanımlanması noktasında haklı sayılabileceği savunulacaktır.

I. İki Tür Normatif Pozitivizm

Doktrinde birçok farklı tür birçok farklı şekilde sunulmuş olsa da,⁴ normatif pozitivizmin çalışmamız açısından iki önemli türünden bahsedilebilir. *Etik pozitivizm*5 olarak adlandırabileceğimiz ilk türe göre, farklı yönleriyle hukuki pozitivizm *olması gerektirir*. Bu gereklilik farklı yönler itibariyledir: hukuki pozitivizmin tasvir ettiği türden bir hukuk sistemi kabul edilip yerleştirilmelidir; teorisyenler ve hukuka tabi olanlar hukuku hukuki pozitivizmin anladığı şekilde anlamalıdır; hâkimlerin muhatap olduğu hukuk hukuki pozitivizmin ortaya koyduğu hukuk olmalıdır. Andrei Marmor'un da işaret ettiği üzere, bu anlayış Hart'ın *Postscript*'inde sözünü ettiği hukuki pozitivizmin “tasviri ve ahlaken tarafsız” olduğu yönündeki iddiasıyla çelişmemektedir.⁶ Çünkü hukuk zaten hukuki pozitivizmin tasviri şekilde analizini yapıp varlığı için zorunlu ve yeterli unsurları ortaya koyduğu bir sosyal olgudur, bunun kabulünün ve toplumda hâkim kılınmasının iyi sonuçlarına işaret etmek bu olguyu bir isteğe dönüştürmez. Farklı bir ifadeyle, normatif hukuki pozitivizm bu anlamıyla tasviri anlamda hukuki pozitivizmi varsayan, yani bu anlamda hukuki pozitivizmin hukukun ne olduğuna dair tespitlerini kabul eden, ancak bununla yetinmeyip hukukun bu şekilde anlaşılmasının ayrıca *iyi* olduğuna işaret eden bir anlayıştır.

İkinci türde ise, “normatif hukuki pozitivizm” bizatihi normatif bir tez olmaktan öte, *hukuki pozitivizme yöneltmiş bir eleştiridir*. Buna göre, hukuki pozitivizm aslında hukukun ne olduğuna dair tasviri bir tez değil, hukukun nasıl anlaşılması gerektiğine dair normatif önermeler içeren normatif bir tezdır. Bu bakımdan etik pozitivizmden farklı, tasviri anlamda hukuki pozitivizmi varsaymaması, dahası bu olasılığı reddetmesidir. Burada eleştiri unsurunu sağlayan da temel olarak hukuki

⁴ Burada akla ilk gelen iradeci pozitivizm ve normatif pozitivizm ayrımındaki anlamıyla, yani hukuku bir normlar sistemi olarak gören anlayış olarak normatif pozitivizm olsa da, bu makalede sözü edilen anlamıyla normatif pozitivizm oldukça farklı bir içeriğe sahiptir. İlgili ayrımlar için bkz. Andrei Marmor, “Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral,” *Oxford Journal of Legal Studies* 26, no. 4 (2006): 684–85. “Normatif pozitivizm” kavramını bu anlamıyla ilk olarak kullanan Jeremy Waldron'dur. Bkz. Jeremy Waldron, “Normative (Ethical) Positivism,” in *Hart's Postscript*, ed. Jules Coleman (Oxford University Press, 2001), 411–13.

⁵ Hukuki pozitivizmin hayata geçirilmesi gerektiğini ifade eden ilk kişi olmasa da, “etik pozitivizm” kavramını ilk ortaya atan Tom Campbell'dir. Bkz. Tom D. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism* (Routledge, 1996).

⁶ Marmor (n 5) 685.

pozitivizmin tasviri ve değerlerden bağımsız olma yönündeki iddiasıdır. Ancak bu tasvirilik olasılığının reddini farklı şekillerde anlamak mümkündür. Aşağıda bu reddin farklı derecelerde anlamının tartışmayı nasıl yönlendirdiği ortaya konularak, hukuki pozitivizme yöneltilen *normatiflik eleştirisinin* ne ölçüde haklı olduğu tartışılacaktır.

II. Metodoloji Tartışması ve Kapsam Sorunu

Bir eleştiri olarak normatifliğin hukuki pozitivizm özelinde haklı olup olmadığıyla ilgili önemli bir soru bu durumun hukuki pozitivizme has bir problem mi, yoksa saf tasviri olma iddiasında olan tüm teorik çabaların kaderi mi olduğu olabilir. Eğer tasviri olma iddiasındaki herhangi bir çaba zorunlu olarak belli kabullerden, normatif önermelerden hareket etmek zorunda kalıyorsa, hukuki pozitivizm de buna dair ölçüyü aşmıyorsa, normatiflik eleştirisi bir anlamda gücünü yitirmektedir.

Bu durumu değerlendirmek için, öncelikle hukuki pozitivizme yönelik normatiflik iddia ve eleştirilerinin farklı yönler itibarıyla olduğuna dair ifadelerimizi hatırlatmak uygun olabilir. Yine, bazı yönler için etik pozitivist iddiaların eleştiriye tabi yönlerle bağlantısının olmadığı söylenebilir. Farklı yönler için normatiflik hallerini tüketici olmayan bir şekilde gruplandırmak gerekirse;

- (1) Öncelikle bir grup normatiflik iddialarının odağının hukuki pozitivizmin hukuk sisteminin işleyişi ve buna dair toplumsal sonuçlar olduğunu söyleyebiliriz. Bu tür yaklaşımlar genellikle etik pozitivistin inceleme alanına girer ve bir eleştiri olarak normatif pozitivizmin konusunu oluşturmazlar.
- (2) İkinci grup normatiflik iddialarının odağı, kişilerin hukuk anlayışı üzerindedir ve ilgili iddialar bunun etik sonuçlarıyla ilgilidir. İster hukuka uyma bakımından halk tarafından olsun, ister teorik faaliyetler bakımından hukuk felsefecileri tarafından olsun, hukuki pozitivizmin ortaya koyduğu hukuk anlayışının kabul edilmesinin pratik sonuçları tartışma konusudur ve yukarıda açıkladığımız şekliyle bir eleştiri olarak normatif hukuki pozitivizmin konusunu oluşturmazlar.
- (3) Üçüncü grup normatiflik iddiasının odağı doğrudan teori kurma sürecine ve bizatihi hukuki pozitivizmin ortaya koyduğu hukuk analizine dairdir; bu süreç ve analiz sonuçlarına değil. İşte, eleştiri olarak hukuki normatif pozitivizm bu noktalara yöneltilmiştir ve hukuki pozitivizmin tasvirilik perdesini kaldırmak için analiz süreci sonrasına değil, doğrudan analiz sürecine odaklanmak gerekir.

Elbette, bu üçüncü grupta yer alan normatiflik iddiaları doktrinde çok farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Dahası, bu iddialar kimi zaman tam anlamıyla eleştiri olarak değerlendirilemeyecek şekillerde ve her üç grubun harmanlanması yoluyla formüle edilmektedirler. Waldron, örneğin, bir hukuk anlayışının ortaya

konması noktasında hukuk felsefecisinin hukuk sisteminin diğer sistemlerden ayrılmasının ve bu ayrımın kişilerin hayatlarını yönlendirmeleri bakımından önemine dair bir normatif seçimden hareket etmek *zorunda* olduğunu iddia etmektedir.⁷ Bu bakımdan hukuki pozitivizm aynı zamanda normatif bir tezdır, ancak bu normatiflik bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Bu açıdan ele alındığında hukuki pozitivizmin eleştirilebileceği nokta, ilgili önem değerlendirmesini doğru şekilde yapmamış olması olabilir.

Bu tartışmaların özel bir kolu burada da inceleme konusu yapılacak olan *hukuk felsefesinin metodolojisi* hakkındadır. John Finnis ve Stephen R. Perry gibi yazarlar, normatif bir olgu olan ‘hukuk’ kavramının analizinin pozitivizmin benimsediği ‘metodolojik pozitivizm’ ya da tasviri yöntemle uygun şekilde yapılamayacağı, hukuk felsefecisinin bizatihi ahlaki argümantasyona dâhil olması gerektiğini iddia etmektedir. Bu gereksinimden farkında olmadan da olsa etkilenen hukuki pozitivistlerin analizlerine bakıldığında, normatif varsayımlara rastlanabilmektedir. Stephen R. Perry, bu doğrultuda Hart’ın *Postscript*’inde yer alan teorisinin değerlere karşı tarafsız ve tasviri olduğuna dair ifadelerinin⁸ gerçekle tutarlılığını inceler. Ona göre, Hart’ın ‘metodolojik pozitivizmi’ni bir tür ‘tasviri-açıklayıcı’ metoda benzetebiliriz. Bu tür yaklaşımlar, sosyal olgulara dair ‘dışardan’, değerlere karşı tarafsız ve tasviri teoriler kurmaya odaklanmıştır. Bu yaklaşımların ampirik veriyi karakterize etmelerinde esas alınan kriter bu karakterizasyonların açıklayıcı gücüdür, ki bu da sağladığı ‘öngörü gücü, teorik basitlik’ gibi ‘metateorik’ kriterlere göre belirlenir.⁹ Ancak Perry’e göre, Hart hukuk olgusunu –büyük ölçüde – tanıma kuralı aracılığıyla açıklarken bu metateorik kriterleri dikkate almamış görünmemektedir. Hart’ın tanıma kuralına tanıdığı merkezi önemi “sadece birincil normlara sahip hukuk sistemlerinin *sorunlu* olduğu” şeklinde temellendirdiği ifadeleri, normatif önermelerdir.¹⁰ Her ne kadar normatiflik kaçınılmaz olsa da; hukuki pozitivizmin (1) tasvirilik iddiası bir yönüyle gerçeği yansıtmamaktadır ve (2) normatifliğin teoriye dâhil edilme şekli – normatiflik içeren hukuk pratiğinin bu normatifliği içerdiğini dışarıdan bir bakış açısıyla tespit etmekle yetindiğinden –sorunludur.¹¹

Stephen R. Perry ve benzeri argümanları daha önce ileri sürmüş olan John Finnis’in görüşleri hukuki pozitivist Brian Leiter tarafından eleştirilmiştir. Finnis’e göre, teori inşası sırasında olgular arasında öneme dayalı bir seçim yapılmak zorundadır ve bu da zorunlu olarak teorisyen tarafından hukukun ne olması gerektiğine dair pratik akıl yürütmeyi gerektirmektedir. Leiter, her ne kadar öneme dayalı teorik unsur seçiminin

⁷ Waldron (n 5) 426–433.

⁸ HLA Hart, *The Concept of Law* (3rd edn, Oxford University Press 2012) 240.

⁹ Stephen R Perry, ‘Hart’s Methodological Positivism’ in Jules Coleman (ed), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript of the Concept of Law* (Oxford University Press 2004) 320.

¹⁰ *ibid* 323.

¹¹ *ibid* 325–354.

zorunluluğunu kabul etse de, bu seçimin ahlaki ya da pratik akıl yürütme, başka bir deyişle Hart'ın varlığını tespitle yetindiği “içerden bakış açısı”na teorisyenin bizatihi bürünmesiyle gerçekleşmesi gerektiğini de, hukuki pozitivistin bu ya da farklı bir normatifliği barındırdığını da reddetmektedir.¹² Bu doğrultuda, Leiter *epistemik* ve *ahlaki* değerler arasında bir ayrıma girmektedir. Epistemik değerler, teori inşası sırasında dikkat edilmesi arzu edilen “ispata dair uygunluk, basitlik, yerleşik teorik varsayımlara ve metotlara uygunluk ve açıklamada tutarlılık gibi” değerlerdir. Ahlaki değerlerse, “pratik rasyonellik” ve “nasıl yaşamalıyız, başkalarına karşı yükümlülüklerimiz neler” gibi sorularla ilgili olan değerlerdir.¹³

Kanımızca, her ne kadar felsefecinin doğrudan normatif değerlendirmelerde bulunmasının gerekip gerekmediği ayrıca tartışılması gerekirse de, bir sosyal olgu olarak hukukun anlaşılmasında hukuki pozitivistin “içerden bakış açısı”na dışardan bakışı yeterli görünmemektedir. Hukukun sosyal bir olgu olması, doğal olarak onun anlaşılmasının hukuka katılıp onu sürdürenlerin hakkındaki bakış açılarını *içeriksel olarak* dikkate almayı gerektirir; yapay olgu olarak hukukun doğası bu *içerik* tarafından kurulmaktadır.¹⁴ Yani, her ne kadar teorisyen bizatihi içerden bakış açısıyla hukuka bakmak zorunda değilse de, hukuku içeriden bakanların perspektifini yeterli ölçüde yansıtması ve bunun için de içeriden bakanların hukuk anlayışının içeriğini ortaya koyması elzemdir.

Buna rağmen, diyelim ki hukuki pozitivistin analizi Perry'nin iddia ettiği şekilde kusurlu olmasın. Yani, hukuk kavramını uygun bir metodoloji ile ele almadığı yönündeki iddiayı göz ardı edip, kullandığı metodolojinin uygun metodoloji olduğunu varsayalım. Bu halde, pozitivist inceleme konusu her neyse – çünkü inceleme konusunun hukuk kavramı olduğunu kabul edersek metodolojinin uygun olmadığını kabul etmek zorunda kalıyoruz – bunu tasviri şekilde ele aldığını ve bunda başarılı olduğunu söylemiş oluyoruz. Bu durumda da hukuki pozitivistin analizini yaptığı olgunun, *yerel hukuk sistemleri mekaniği* olduğu söylenebilir.

Sorulması gereken soru, somut gerçeklikler baz alındığında, bir olguyu hukuk ya da hukuk sistemi olarak tanımlamak bakımından kapsamın ne olması *gerektiğidir*. Burada sözü edilen gereklilik, Finnis ve Perry'nin iddia ettiği gibi ahlaki/pratik değerlendirme değil, ilgili sosyal olguyu uygun şekilde analiz etme anlamındaki gerekliliktir. Misalen, bir elmanın, *elma* olarak tanımlanmasında normatif bir yön görünmemektedir. Belki kapsamlı bir analiz durumunda elma çekirdeği, elma ağacı ve bitkilerden genel olarak bahsetmek makul olabilir. Aynı şekilde, hukuk normunu *hukuk normu* olarak tanımlamak, yani onu tasviri olarak bu şekilde adlandırmakta

¹² Brian Leiter, ‘Beyond Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence’ (2003) 48 American Journal of Jurisprudence 17, 33.

¹³ ibid 34–35.

¹⁴ Abdullah Ada, ‘Yapay Olgu Teorilerinin Hukuki Pozitivist ve Doğal Hukuk Teorisi Ile Uyumluluğu’ (2019) 6 Hukuk Kuramı 22.

normatif bir eğilimden söz etmek mümkün değildir. Bu durum, hukuki pozitivizmin özellikle sosyal kaynak tezi bağlamındaki birçok tespiti bakımından da geçerli sayılabilir. Bununla birlikte, nasıl belirli bir elma ağacının sadece yeryüzünde – görünen- kısmı belli amaçlar bakımından *elma ağacı* olarak adlandırılmayacaksa, hukuk ve hukuk sistemi bakımından da aynısı geçerli sayılmalıdır. Belli amaçlar doğrultusunda yer üstünde kalan kısma elma ağacı demek uygun olabileceksede – misalen ağacı günlük yaşamda bir çocuğa tanıtırken işaret edip “bak, bu bir elma ağacı!” derken olduğu gibi – yalnızca bu kısmı inceleyip elma ağacı olgusunun tam bir analizinin sunulduğunu iddia etmek doğru olmayabilir.

Bu, bizi sonraki bölümde detaylı olarak incelenecek *kapsam sorununa* götürmektedir. Bu sorun, analiz konusu olgu ile olguya dair çizilen teorik sınırlar arasındaki uyumun sağlanması sorunudur. Keza, Austin ve sonrası analitik hukuk felsefenin çıkış noktası da ahlakın hatalı olarak hukuk olgusuna dahil edilerek anlaşılmasının eleştirilmesi olmuştur. Yine, H.L.A. Hart da Austin’i hukukun sınırlarını çizerken buyruk şeklinde formüle edilmemiş normları dışarıda bırakmakla suçlamıştır. Elbette, bu eleştiriler yapılırken hukukun *gerçekte ne olduğu* baz alınmış, Finnis-Leiter tartışmasında ön plana çıkan *önem değerlendirmesine* dair bir hata kastedilmemiştir. Bu bakımdan, eğer hukuki pozitivizmin normatifliğiyle kapsam sorunu arasında bir bağlantı kurabilirsek, Leiter’in yukarıda sözü edilen savunmasıyla da karşılaşamayacak bir eleştiri ortaya koymuş olabiliriz. Bu bakımdan, aşağıda ele alınacak düşünce hukukun gerçekte ne olduğu ve hukuk felsefecisi tarafından çizilen sınırlar noktasına odaklanmaktadır. Eğer hukuk gerçekte daha geniş ya da daha dar bir kapsama sahipse ve hukuki pozitivizm bilinçli olarak bu kapsamı değil de daha dar ya da daha geniş bir kapsamı hukuk olarak kabul ediyorsa, bu bir anlamda hukukun *bu kadarıyla* ele alınmasının *iyi* olacağı düşüncesine dayanıyor olabilir. Burada ‘olabilir’ şeklinde kesin olmayan bir ifade kullanmak kanımızca doğrudur; çünkü pozitivizmin görüntünün aksine normatif bir teori olduğu iddiası büyük ölçüde *niyete* odaklanmış bir iddiadır. Yukarıda Finnis ve Perry tarafından izlenen strateji ise, hukuk kavramı hakkında teori kurmanın doğası gereği normatif bir faaliyet olmak *zorunda* olduğu fikrine dayandığı için kesin ifadeler kullanılması tutarlıdır. Bununla birlikte bu çalışmada tasviri teorik faaliyetin hukuk bakımından mümkün olabileceği varsayıldığından, bu tasviri faaliyetin normatif kaygılarla yönlendirildiğine dair işaretler aranmaktadır. Aşağıda, bu doğrultuda Hart’ın *The Concept of Law*’unda uluslararası hukuka dair düşünceleri incelenecektir.

III. “Uluslararası Hukuk Gerçekten Hukuk mudur?”

Kapsam bakımından normatifliğin incelenmesinde Hart’ın uluslararası hukuk analizinin seçilme nedeni açıktır. Eğer Hart, hukuku *olması gerektiğinden* daha dar bir çerçevede incelemişse, misalen – kapsama alınması *gerektiği* varsayımında –

uluslararası hukuku hukuk analizinin dışında bırakmışsa, bunun hukuk kavramının *bu şekilde anlaşılması gerektiği yönünde bir tavra* işaret ettiği; en azından tasvirinden öte (*description*) buyruğun (*prescription*) söz konusu olduğu tahmin edilebilir. Elbette, burada *olması gereken* kapsamın ne olduğuna dair düşüncelere ayrıca odaklanmak gerekir.

Hart'ın uluslararası hukuka dair analizinin, temel olarak “uluslararası hukuk gerçekten hukuk mudur?” şeklinde kabaca formüle edilebilecek soruna odaklandığını söyleyebiliriz.¹⁵ Hart bu doğrultuda öncelikle uluslararası hukukun gerçek anlamda hukuk olmadığını savunanlarca ileri sürülen “bağlayıcı olmaması” gibi özellikleri inceleyerek aslında bu türden hukuka dair zorunlu olmayan unsurlara dayalı argümanların geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. “Yerel” hukuku hukuk yapan bağlayıcılığı olmadığından, uluslararası hukukun hukuk olmadığı da bağlayıcı olmadığı düşüncesi temelinde savunulamaz. Bunun yerine Hart, ilgili sorunu tartışmanın hukuku hukuk yapan özelliği, yani neyin sisteme dahil olup olmadığının kendisi aracılığıyla belirlenebildiği *bir tanıma kuralına* sahip olması bakımından tartışmayı yeğler. Yalnız Hart bu tartışmayı doğrudan yürütmek yerine, uluslararası hukukun hukuk olduğu yönünde şüpheleri olanların aslında *neyi* kastediyor olabileceği üzerine yoğunlaşır. Bu noktadaki kafa karışıklığını sonuç olarak şu şekilde ortadan kaldırmak ister: benzer amaçlara odaklanıp benzer yöntem ve ilkeleri benimsediklerinden yerel hukuk ve uluslararası hukuk *fonksiyon ve içerik* bakımından benzemekte, ikincisinin birincisinin aksine ikincil kuralları olmadığından *formları* bakımından ayrışmaktadırlar.¹⁶

Hart'ın ulaştığı nokta ilk bakışta oldukça makul görülebilirse de, yaptığı ayrımın aslında yerel hukukla uluslararası hukuk arasında değil, *hukukla* uluslararası hukuk arasında olduğu fark edildiğinde bu izlenim ortadan kalkmaktadır. Ona göre, misalen Londra gibi özel isimlerden farklı olarak, hukukun ne olduğu sorusu salt konvansiyona – ya da insanların neyi hukuk olarak adlandırdığına – bakılarak cevaplandırılmaz. Londra, herkes orayı Londra olarak adlandırdığı için Londra'dır. Ancak, “*tüm ciddi disiplinler bakımından o disiplinin genel terimlerinin neye uygulanacağı her zaman bir prensibe ya da rasyonele dayalıdır*”.¹⁷ Dolayısıyla hukukun ne olduğunun tespiti için insanların neyi hukuk olarak kabul ettiğine dair konvansiyonu değil de, kavramı kullananlara her zaman açık olmayabilecek bazı temel prensipleri esas almak gerekecektir. Bilindiği üzere, Hart için hukukun varlığı bakımından en temel prensip tanıma kuralının varlığı olmuştur. Bu noktada iki önemli hususa işaret etmek gerekir:

¹⁵ Bu ifade doğrudan Hart tarafından kullanılmıştır. Bkz. Hart (n 9) 214.

¹⁶ ibid 237.

¹⁷ ibid 215.

- 1) Bu prensiplere nasıl ulaşılabılır?
- 2) Konvansiyonun rolü ne olacaktır?

Konvansiyonun kavramın sınırlarını tespitteki rolünün tamamen reddinin makul bir yaklaşım olmadığı düşünülebilir. Keza, kavramı kullananların hukuktan ne anladığından tamamen kopuk bir analiz bir anlamda hayal ürünüdür. Bununla birlikte, Hart'ın yaklaştığı noktadan bakıldığında kavramın doğru kullanımını belirleyen ilkelerle konvansiyonel kullanım arasındaki – olduğu kadarıyla – uyum *rastlantısal* görünmektedir. Bir ihtimal, bilinçli ya da bilinçsiz olarak kişiler bu temel belirleyici ilkeleri, hata payı mevcut olmak şartıyla, kullanarak neyin hukuk olup neyin olmadığını ayırt edebilmektedirler. Ancak sonuç değişmemektedir; ilkeler her zaman belirleyici olmakta, konvansiyon ilkelerden sonra gelmektedir. Bu durumda konvansiyon bize en fazla ilkelerin içeriğine dair kesin olmayan bir fikir verebilir.

Peki, hal böyleyken, söz konusu ilkelere nasıl ulaşılabılır? Hart'ın tüm kitap boyunca olduğu gibi, uluslararası hukuka ayırdığı bölümde de başlangıç noktasının konvansiyonel kullanım olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin, uluslararası hukukun gerçek anlamda hukuk olmadığını yanlış argümanlarla savunanların düştüğü iki yanılıya işaret ederek, “her iki yanılı da uluslararası hukukun, *hukukun açık, standart örneği olarak kabul edilen yerel hukukla* zıtlaştırılmasından doğmaktadır” demektedir.¹⁸ Ancak her ne kadar konvansiyonel kullanıma önceki bölümlerde çok daha fazla önem vermiş olsa da burada yalnızca başlangıç noktasıdır. Belirtildiği üzere, kullanımı belirleyen – ya da belirlemesi gereken – ilkeler esas önemli olanlar ve konvansiyona bakılarak çıkartılmamalıdır.

Konumuz açısından önemli olan Hart'ın bu ilkelere nasıl ulaştığıdır. O, kitabın ilk bölümünde yaptığı işi – konvansiyonel anlamda – bir tanım faaliyetinden ayırarak şöyle tarif etmektedir: “[kitabın amacı] *yerel hukuk sisteminin* ayrık yapılarının geliştirilmiş bir analizini ortaya koyan bir hukuk teorisi sunmaktır”.¹⁹ Hemen aynı sayfada, Hart muhtemelen onuncu bölümde incelediği uluslararası hukuku kastederek, “Okuyucu kitapta kimi noktalarda “hukuk” veya “hukuk sistemi” kelimelerinin uygulanıp uygulanmayacağı bakımından hukuk teorisyenlerinin şüpheye düştüğü *şüpheli örneklere (borderline cases)* dair tartışmalarla karşılaşacaktır” demektedir.²⁰ Bu

¹⁸ ibid 216.

¹⁹ ibid 17.

²⁰ ibid.

bakımdan uluslararası hukuk şüpheli örnek, yerel hukuk da açık örnek olmaktadır.²¹ Peki öncekini şüpheli sonrakini de açık örnek yapan ölçüt nedir? Öncelikle bunun Hart'a göre, her ne kadar tekrar tekrar atıfta bulunsa da, konvansiyonel kullanım olamayacağı açıktır, çünkü yaptığı inceleme genel kullanıma değil ilkelere odaklanmıştır. Keza, onuncu bölümde bizatihi kendisi konvansiyonel kullanım tarafından şekillenen uluslararası hukukun hukuk olmadığını "bağlayıcı" olmadığına bağlayan görüşleri eleştirmiştir. İkinci bir ihtimal, uluslararası hukuku şüpheli örnek yapanın uygulamaya dair yukarıda sözü edilen ilkeler olabileceğidir. Kitabın ilk ve son bölümleri birlikte değerlendirildiğinde, Hart'ın kastının bu olduğu söylenebilir; çünkü uluslararası hukukun şüpheli durumunu kendi ilkesine, yani tanıma kuralına – bunun bulunmamasına – bağlamıştır.

Kanımızca burada Hart'ın analizinde kapsama dayalı olarak ortaya çıkan bir normatifliğe işaret eden hususlar söz konusudur. İlk olarak, Hart'ın uluslararası hukuku şüpheli örnek olarak kabul etmesini sağlayan kriter, *yerel hukukun* incelenmesinden çıkarılan bir ilke olmuştur. Elbette, yerel hukuk kriter alındığında uluslararası hukuk şüpheli örnek konumuna düşmektedir. Ancak uluslararası hukuk esas alınsaydı, yani hukuk olmaya dair kriter uluslararası hukukun mekanizmaları incelenerek tespit edilseydi, bu kez yerel hukuk şüpheli örnek durumuna düşerdi.²² Burada akla doğrudan yerel hukuk ile uluslararası hukukun, öncekinin *hukukun* "açık ve standart" örneği olması bakımından bir farklılığın söz konusu olduğu, ilkelerin de yerel hukuktan çıkarılması gerektiği fikri gelmektedir. Ancak bu yargıya ulaşabilmek için yerel hukukun hangi gerekçeyle hukukun açık ve standart örneği olduğunu da temellendirmek gerekmektedir. Konvansiyonel olarak, yani insanların yerel hukuku bu şekilde kabul ettikleri gerekçesiyle öyle olduğunu kabul etmek yukarıda açıklanan sebeplerle mümkün değildir. Kalan tek ihtimal, Hart'ın yerel hukuku belli bir temellendirme olmaksızın hukukun esaslı örneği olarak kabul edip, uluslararası hukuku *hukukun* dışında bırakmış olmasıdır. Bu da deskriptiflik görüntüsü altında – hukukun sınırlarına dair – bir normatif tutuma, yahut en azından bir buyruğa (prescription) işaret etmektedir. Objektif bir bakışla, Hart'ın çalışmasının yerel hukuk sistemleriyle sınırlı, kitabın başlığında belirtilen ve kitap boyunca sıklıkla

²¹ Payandeh, konuyla ilgili makalesinde Hart'ın uluslararası hukukun "hukuk" olduğunu kabul ettiğini, ancak bir "hukuk sistemi" olmadığını belirttiğini iddia etmiştir. Her ne kadar makalemizde dile getirilen (normatiflik) iddia(sı), Hart'ın uluslararası hukukun hukuk ya da hukuk sistemi niteliğinden hangisini reddetmiş olduğundan bağımsız olarak sürdürülebilirse de, Payandeh'in Hart yorumuna katılmak mümkün değildir. Hart'ın konuya ilişkin aktardığımız ifadeleri incelendiğinde, uluslararası hukukun primitif ve modern hukuk sistemlerine farklı açılardan benzerliği, onun aslında hukuk olduğunun kabulü değil, hukukun şüpheli bir örneği olduğundan hukuk olduğunun reddi anlamına geldiği şeklinde yorumlanmalıdır. Ayrıca Hart kanaatimce hiçbir yerde 'hukuk' ile 'hukuk sistemi' arasında bir ayrım yapmamış, en fazla 'primitif hukuk (sistemi)' ile 'modern-yerel hukuk sistemi' arasında ayrım yapmış ve bunlardan ikincisini hukuk kavramıyla bağdaştırmıştır. Payandeh'in yorumu ancak Hart'ın hukuk kavramını bu iki ayrı sistemi de kapsar şekilde kullanması halinde geçerli olabilirdi ki, bu Hart'ın çizdiği şemayla uyumlu değildir. Mehrdad Payandeh, 'The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart' (2011) 21 The European Journal of International Law 967, 977; Waldron ise, kanaatimizce isabetli şekilde, 'hukuk' ve 'hukuk sistemi' şeklindeki bu ayırmadan bahsetmemekte, konuyu doğrudan 'uluslararası hukukun hukuk olup olmadığı' sorunsalı üzerinden incelemektedir. ibid 135.

²² Aynı yönde görüşler için bkz Payandeh (n 22) 980; Jason A Beckett, 'The Hartian Tradition in International Law' (2008) 1 The Journal Jurisprudence 51, 83–84.

vergülananın aksine, *hukuk kavramının* analizi sayılamayacak bir analiz teşkil ettiği söylenebilir. Buna rağmen, kitapta yerel hukuk, aşamalı olarak *hukuka* dönüşmektedir.

Son olarak, burada Perry'nin de işaret ettiği²³ başka bir noktaya da işaret etmek gerekir. Hart, belli yerlerde birincil ve ikincil kurallara dair temellendirmesini normatif gerekçelere dayandırıyor görünmektedir. Mesela, yine Onuncu Bölüm'de Hart;

*“Beşinci bölümde gördüğümüz üzere, yalnızca birincil kurallardan oluşan ilkel sosyal yapı, çok sıkı şekilde kenetlenmiş ve dünyadan izole toplumlar hariç tüm toplumlar bakımından önemli kusurlara sahiptir. Böyle bir rejimin durağan olması beklenir – çünkü kuralları sadece zamanla oluşup yok olma süreciyle değişebilir; kurallarını ve hangi durumlardan bunların ihlal edildiğini tespit etmek zordur; kuralları ihlal edenlere uygulanacak sosyal baskı da rastgele, zayıf ve zaman tüketicidir. Bu sebeple, ikincil kuralları yerel hukuk bakımından bu kusurlara farklı ama ilgili çareler olarak anlamayı aydınlatıcı bulduk.”*²⁴ demektedir.

Hart'ın birincil ve ikincil kurallar arasında yaptığı ayrımın sıklıkla işaret edilen bu normatif yönü, uluslararası hukuka dair yaptığımız çıkarımları da destekler mahiyettedir. Yerel hukuk sistemlerini anlamak için veya bu sistemlerde türlü işlevlere sahip olduğu için *faydalı* olduğu kabul edilen birincil ve ikincil kurallar ayrımının, ayrıca yerel hukuk sistemlerinin temel özelliği kabul edilmesi kabul edilebilirse de, kurumsal hukuk kavramını – hukuk kelimesinin tanımını değil – tüketici olduğunu savunmak için yeterli bir sebep görünmemektedir. Dolayısıyla yerel hukuk sistemlerine dair dışlayıcı sınırlama tarafından işaret edilen normatif ya da buyruksal seçim, bu sistemlerin anlaşılması bakımından *faydalı* görülen teorik araçlar tarafından desteklenmektedir.

IV. Hart'ı Suçlamak

Yukarıda çizilen tablo sırf Hart'ı eleştirmek adına girilen zorlama çabalardan birisi olarak görülebilir. Keza Hart, bir bilim adamı yaklaşımıyla ele aldığı bir sosyal olguyu – bu olgu zorunlu olarak *hukuk* olmasa da – başarıyla analiz etmiş görünmektedir. Bununla birlikte, III. Bölüm'ün son paragrafında ifade edilen, IV. Bölüm'de de dikkat etmeye çalıştığımız hususu gözden kaçırmamak gerekir. Tekrarlamak gerekirse, “tüm görüntülere rağmen normatif bir teori olma” iddiası niteliği gereği teorisyenin niyetine yönelmiş durumdadır ve bu bakımdan “şah-mat” türünden argümanlar ileri sürmek pek mümkün görünmemektedir. IV. Bölüm'de de, her ne kadar Hart'ın geçerli gerekçeleri olmaksızın uluslararası hukuku hukukun dışarıda bıraktığını iddia etmiş olsak da, bunun normatif gerekçelere *ancak* işaret edebileceğini söylemek gerekir. Elbette, normatifliği her zaman ‘gizli bir politik/ahlaki niyeti olmak’ şeklinde güçlü

²³ Perry (n 10) 323.

²⁴ Hart (n 9) 227.

şekilde anlamamak gerekir, ki sözü edilen “şah-mat” türü argümanlar da bu tür niyetleri varsayar. Spontane, istemli veya istemsiz şekilde gelişebilen çeşitli motivasyonlar teorisi gerçeklerden koparıp belirli bir yöne çekebilir.

Bu bakımdan, her ne kadar başlangıçta uluslararası hukukun hangi normatif gerekçelerle hukukun dışında bırakılmak istenebileceğini hayal etmek güç görünse de, doktrinde uluslararası hukukun hukuk dışında bırakılmasının veya hukuka dâhil edilmesinin tümüyle politik gerekçelere dayandığı da savunulmuştur. Hans Kelsen, Hart’ın *The Concept of Law* kitabının yayınlanmasından daha önce bir tarihte yayımlanan *Saf Hukuk Kuramı* kitabında, her ne kadar Hart gibi uluslararası hukuku belli yönlerden primitif kabul etse de, temelde tümüyle farklı bir yaklaşım sergilemektedir: uluslararası hukukun yerel hukukla bir bütün oluşturduğunu, bu bütünün anlamının uluslararası hukukun yerel hukuk sistemlerini yetkilendiriyor olduğunu iddia etmekte ve uluslararası hukukun hukuk olma niteliğini reddedenleri “sübjektiflikle” suçlamaktadır. Sübjektiflik burada *güçlü anlamıyla* normatif motivasyonların varlığına işaret etmektedir:

“Sadece kişinin kendi devlet hukuk sisteminin değil, aynı zamanda diğer hukuk sistemlerinin ve özellikle uluslararası hukukun da geçerli hukuk normları olarak kavranması gerekliliği düalistik inşayı [...] kendi kendini yıkmaya zorlar. Ve düalistik inşanın taraftarlarınca bütünüyle ortaya çıkarılmamış olan sonuçları, düalistik görüşün altında yatan siyasal tasarımı açıkça ortaya koyar: Devletin egemenliği nosyonunu, [...] devletin en üstün hukuki topluluk olduğu nosyonunu muhafaza etmek. [...] Devlet hukuk sisteminin önceliği nihayetinde (egemenlik dogması çerçevesinde) sadece diğer devletlerin egemenliğini [...] değil, uluslararası hukuku da inkâr etmiş olur.”²⁵

Görüldüğü üzere, Kelsen’e göre, uluslararası hukukun hukuk olma niteliğini reddetmenin kökeninde devletin egemenliği yönündeki bir “siyasal tasarım” yatmaktadır. Yalnız bu güçlü tezi Hart’a veya Austin gibi uluslararası hukuk bakımından benzeri yaklaşıma sahip başka bir hukuki pozitivistte uygulamak oldukça zor görünmektedir. Bir kere iddianın açık-seçikliği noktasındaki soru işaretleri bir tarafa, belli bir yazar bakımından doğrulanabilirliği de şüphelidir. Özel olarak Hart bakımından, Austin’e yönelttiği egemenlik kavramı– kavramın gerçeklikte bir karşılığının bulunmadığı yönündeki – eleştirisi aksi yönde bir emare olarak gösterilebilir. Roger Cotterrell’e göre, Hart’ın hukuku bir normlar bütünü olarak kurgulamasının altında da hukukun üzerinde olarak tasvir edilen bir egemenin varlığını ret ve “Hukukun Üstünlüğü” ideali yatmaktadır.²⁶ Kelsen, ulus-devlet ve egemenlik anlayışına karşı duruşuyla, uluslararası hukukun hukuk olup olmadığı sorununu politik bir mesele olarak görmeye daha yatkın görünmektedir.²⁷

²⁵ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş* (Nora Kitap 2016) 147–148.

²⁶ Roger Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş* (Pinhan Yayıncılık 2019) 153–155.

²⁷ ibid 175–178.

Bu bakımdan Hart'ın yaptığı analiz yetersizlikle suçlanabilirse de, *tarafllukla*, yani güçlü anlamda bir normatif yaklaşımla suçlanması oldukça zor görünmektedir. Bu bakımdan en iyi strateji, onun kuramındaki görüntülere rağmen *buyruk* niteliği taşıyan unsurların izini sürmek ve analizdeki yetersizliğin bir tür *seçimden* kaynaklandığını göstermektir. Kanaatimizce uluslararası hukuk bakımından III. Bölüm'de belirtilen hususlar Hart'ın analizinde bu duruma işaret etmektedir. Hart'ın özelinde normatifliği sağlayan motivasyonların neler olduğunu tespit etmek ise kolay görünmemektedir. Elbette, Payandeh'in işaret ettiği gibi, *The Concept of Law*'un yazıldığı tarihte Milletler Cemiyeti'nin 2. Dünya Savaşı'nı önlemedeki başarısızlığı ve sonrasında gelen çöküşünün etkisini halen sürdürüyor olması ya da yazıldığı dönemde ileride uluslararası hukukta gerçekleşecek gelişmeleri öngörememiş olması gibi bazı konjonktürel hususlar da Hart'ın uluslararası hukuk hakkındaki görüşlerini etkilemiş olabilir.²⁸ Bununla birlikte, sonraki yıllardaki gelişmelere şahit olmasına rağmen Hart'ın orijinal metinde değişikliğe gitmemesi ve *Postscript*'te de mevzuya dair yeni görüşlere yer vermemesi, bu tür açıklamaların tek başına yetersiz olduğunu göstermektedir. Waldron'a göre, Hart'ın uluslararası hukuk yaklaşımını şekillendiren, daha doğrusu uluslararası hukukun *The Concept of Law*'da bu denli *kısır bir tartışma konusu olarak kalmasına sebep olan*, onun uluslararası hukuku "önemsiz" ve hukuk felsefesinin yalnızca ikincil bir ilgi alanı olarak görmesiydi.²⁹ Waldron'un Hart'ın doğrudan ifadelerine dayanan bu tespiti şüphesiz isabetlidir. Bununla birlikte, bu açıklama da Hart'ın *neden* analizini mevcut şekliyle ortaya koyduğunu tek başına açıklamamaktadır.

Kanaatimizce burada *The Concept of Law*'un "gövdesi" diyebileceğimiz yerel hukuk analizinde Hart'ın tanıma kuralına atfettiği merkezi öneme ve bu kavramla uluslararası hukukun analizinin oluşturabileceği zorluklara ayrı bir parantez açmak gerekir. Yerel hukuku ikincil normlar, en başta da tanıma kuralı aracılığıyla derin bir analize tabi tutan Hart'ın, Kitap'ta 10. Bölüm'e ulaştığında önünde genel olarak iki *seçenek* bulunmaktaydı: ya uluslararası hukuku da benzeri şekilde ikincil kurallar temelinde bir analize tabi tutacak ya da uluslararası hukukun tanıma kuralının bulunmadığından bahisle – tam anlamda – hukuk olma niteliğini reddedecekti. Burada sorulması gereken, Hart'ın seçiminin teorik gereklerle açıklanabilecek bir tür tercih olup olmadığıdır. Başka bir deyişle, bu seçimin Leiter'in anladığı anlamda epistemik değerlerle, örneğin "açıklamada tutarlılık"la açıklanıp açıklanamayacağıdır. Payandeh ve Waldron, farklı yollardan da olsa, Hart'ın iddia ettiğinin aksine uluslararası hukukta da ikincil normların tespit edilebileceğini iddia ederken,³⁰ Beckett, Hart'ın genel yaklaşımının uluslararası hukuku açıklama bakımından yetersiz kaldığını savunmaktadır.³¹ Dolayısıyla, Hart'ın uluslararası hukuku da tanıma

²⁸ Payandeh (n 22) 979.

²⁹ Waldron (n 22) 133; Bu hususa Payandeh de işaret etmiştir. Payandeh (n 22) 979.

³⁰ Payandeh (n 22) 989–993; Waldron (n 22) 135–139.

³¹ Beckett (n 23) 51.

kuralı çerçevesinde analizden imtina etmesi, Beckett'in savunduğu üzere yerel hukuk sistemlerini açıklamada kullanılan teorik araçların uluslararası hukuku açıklamakta yetersiz kalması kaynaklı, dolayısıyla epistemik değerlerle ilişkilendirilebilecek bir seçim olarak kabul edilebilir. Tanıma kuralı modelinin yerel hukuku açıklamakta geçen uzun zaman tarafından ispatlanan işlerliği ve aynı modelin birçok açıdan farklılık gösteren uluslararası hukuku açıklamadaki muhtemel yetersizliği, Hart'ın seçimini bu anlamda haklı gösterebilir. Bununla birlikte, Hart'ın bu yetersizliğin faturasını bizatihi modele değil de uluslararası hukuka kesmesi normatif izler taşıyan bir seçimi göstermektedir.³² Hart'ın karşı karşıya kaldığı ikilemde 10. Bölüm'de yapılması gereken, ya uluslararası hukukun analizi bakımından uygun ve farklı teorik araçlar seçilerek yeni bir analize girilmesi ya da kitabın münhasıran yerel hukuk analizine hasredildiği kabul edilerek 10. Bölüm'e hiç yer verilmemesiydi.

V. Sonuç: Tanıma Kuralının Ötesine Geçmek

Leiter tarafından ileri sürülen epistemik ve ahlaki değerler ayrımı, bizlere hukuk felsefesi hakkında önemli dersler vermektedir. Teorisyenin tümüyle dışında kaldığı bir teori kurma süreci söz konusu değilse de teorisyenin bu anlamda konumlandırılmasının nitelik ve yoğunluğunun tespiti önemlidir. Yukarıda, Hart'ın yapmaya giriştiği işi yetkinlikle yaptığı ancak *nitelendirme* noktasında hatalı olduğu savunulmuştur. Hart'ın yaptığı, hukuk kavramının değil, *yerel hukuk sistemi olgusunun mekaniğinin* analizidir. Hukuk tanımına odaklanmadığını belirtmesi de Hart için yeterli görünmemektedir, çünkü yerel hukuku açık ve standart örnek olarak kabul etmesi konvansiyonel kullanıma dayanmaktadır. Hart'ın yerel hukuktan farklı olması hariç uluslararası hukukun gerçek anlamda hukuk olmadığına dair bir argümanı olmadığından, genellemesinin bir *buyruk* teşkil ettiğini söylemek mümkündür. Hart'ın metodolojik yaklaşımı baz alındığında yapılması gereken, hukuk kavramını karşılayan sosyal olguların incelenerek, bunları ayırışan özelliklerine rağmen hukuk kılan unsurların tespitidir. Uluslararası hukukun bizatihi varlığı, bu unsurun tanıma kuralı olmadığına işaret etmektedir. Dolayısıyla hukuk kavramımızda uluslararası hukuk ve yerel hukukta ortak unsurlar, Hart'ın sözünü ettiği ilkelere ulaşmayı sağlayacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

³² Benzeri bir noktayı Beckett şöyle ifade etmektedir: “[...] Hart gerçekte uluslararası hukukun bir hukuk sistemi olmadığını iddia ederken haklıydı; ancak bu durum uluslararası hukuk ya da onun “hukuk” olma niteliğinden çok, Hart'ın modelinin metodolojik zayıflıkları hakkında bir şeyler gösteriyor”, ibid 83.

Bibliyografya/Bibliography

- Ada A, 'Yapay Olgu Teorilerinin Hukuki Pozitivizm ve Doğal Hukuk Teorisi Ile Uyumluluğu' (2019) 6 Hukuk Kuramı 22
- Beckett JA, 'The Hartian Tradition in International Law' (2008) 1 The Journal Jurisprudence 51
- Campbell TD, *The Legal Theory of Ethical Positivism* (Routledge 1996)
- Cotterrell R, *Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş* (Pinhan Yayıncılık 2019)
- Hart HLA, 'Positivism and the Separation of Law and Morals' (1958) 71 Harvard Law Review 593
- , *The Concept of Law* (3rd edn, Oxford University Press 2012)
- Kelsen H, *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş* (Nora Kitap 2016)
- Leiter B, 'Beyond Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence' (2003) 48 American Journal of Jurisprudence 17
- Marmor A, 'Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral' (2006) 26 Oxford Journal of Legal Studies 683
- Payandeh M, 'The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart' (2011) 21 The European Journal of International Law 967
- Perry SR, 'Hart's Methodological Positivism' in Jules Coleman (ed), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript of the Concept of Law* (Oxford University Press 2004)
- Waldron J, 'Normative (Ethical) Positivism' in Jules Coleman (ed), *Hart's Postscript* (Oxford University Press 2001)
- , 'International Law: "A Relatively Small and Unimportant" Part of Jurisprudence?' in Luis Duarte d'Almeida, James Edwards and Andrea Dolcetti (eds), *Reading HLA Hart's 'The Concept of Law'* (Hart Publishing 2013)



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 21.04.2020
Revizyon Talebi: 02.06.2020
Son Revizyon: 27.10.2020
Kabul: 05-11.2020

Tehlike Suçları Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK m 216)

Elif Ergüne*

Öz

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçlarının düzenlendiği TCK m 216'da, üç farklı suç tipi yer almaktadır. Bunlardan birincisi; halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik etme ve bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkmasıdır. İkincisi, halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılama suçudur. Üçüncüsü ise, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama ve bu fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olmasıdır. Burada yer alan suç tipleri, tehlike suçlarının farklı türlerine örnek teşkil etmektedir. Çalışmada, bu suç tipleri, unsurları ile birlikte incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Kin, Düşmanlık, Tahrik, Aşağılama, Tehlike suçu

The Crimes of Provoking People to Hatred and Hostility or Contempt within the Context of Danger Crimes (TCC Art 216)

Abstract

There are three different types of crime in TCC Art. 216 which regulates the crimes of provoking people to hatred and hostility or contempt. The first of these crimes is the crime of publicly provoking a group of people to hatred or hostility against another group belonging to a different social class, religion, race, sect, or of another origin and therefore cause an obvious and close danger for public security. The second one is the crime of public contempt of a group of people based on social class, race, religion, sect, gender or regional differences. The third one is the contempt of religious values adopted by a part of the people. This act must also be convenient for disrupting public peace. Analysed crime types are examples of different types of danger crimes. In this study, these crime types are examined with their elements.

Keywords

Hatred, Hostility, Provoke, Contempt, Danger crime

* **Sorumlu Yazar:** Elif (Bekar) Ergüne (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: elifbekar@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-6443-8392

Atf: Ergüne E, "Tehlike Suçları Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK m 216)" (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1675. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.3.0015>



Extended Summary

The crimes of provoking people to hatred and hostility or contempt is regulated under Art 216 of the Turkish Criminal Code (TCC). In this article, there are referenced three different types of crime. These crime types are examples of different types of danger crimes. Therefore, in this study, firstly the distinction between harm crime and danger crime is clarified. After that, danger crimes are briefly explained. Danger crimes can be punished without a harm occurring. We adopt the distinction of abstract danger, concrete danger and abstract-concrete danger (convenience/potential danger) crimes regarding danger crimes. TCC Art 216 has examples of three different types of danger crimes.

The first crime type in TCC Art 216 is the crime of publicly provoking a group of people to hatred or hostility against another group belonging to a different social class, religion, race, sect, or of another origin, and therefore cause an obvious and close danger for public security (Art 216/1). It is determined that this crime is a concrete danger crime. Afterwards, the characteristic situations of that crime arising from being a concrete danger crime were examined. Within this context, issues such as the legal character of the concrete danger crime and the attempt to these crimes are discussed.

The second crime type is public contempt of a group of people based on social class, race, religion, sect, gender or regional differences (Art 216/2). It is determined that this crime is an abstract danger crime. Afterwards, the characteristic situations of that crime arising from being an abstract danger crime were examined.

The third type of crime is public contempt of the religious values acknowledged by a group of people. This act must be convenient for disrupting public peace (Art 216/3). In this type of danger crime, the convenience of the caused danger is an important feature. Indeed, such danger crimes are referred to as convenience crimes or potential danger crimes. In these types of crime, the legislator states a feature regarding the way the act is committed. In other words, by stating the convenience in these crimes, a feature is pointed regarding the way the act is committed, not an objective condition related to the act which is committed by the perpetrator.

The crimes in separate paragraphs of this regulation, have been analysed in accordance with the crime analysing method under the same headings, starting with the protected legal value. Accordingly, within the context of the main elements, firstly the material elements were evaluated. Under the heading of material elements, the subject of the crime, the act, the consequence, the perpetrator and the victim were analysed. After that, the other elements of the crime, the mental element and the element of unlawfulness are examined. Then, qualified elements, culpability and other conditions of punishment were evaluated. After that, the specific appearance

forms of the crime, the attempt, complicity and joinder were examined within this context. Finally, the findings regarding sanctions, prosecution procedures, competent court are included.

In the study, while the crime types we mentioned were examined with all their elements, they are compared with the repealed TCC. In addition, German law has been dealt as far as it is relevant. Similarly, German Criminal Code § 130, which was regulated as a danger crime, has been the subject of examination within this context. In addition, the Turkish Supreme Court practice is extensively included in the subject.

Tehlike Suçları Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK m 216)

I. Giriş

“Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama” suçları, TCK’nın “Toplumla Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının, “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlıklı beşinci bölümünde, m 216’da düzenlenmekte olup, şu şekildedir:

“(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Bu maddede üç ayrı suç tipi düzenlenmiştir. Birinci fıkrada, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik etme ve bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması suç olarak tanımlanmıştır. Bu düzenlemeye benzer yönde bir hüküm, 765 sayılı mülga TCK’da da mevcuttu. Buna göre, *sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktaydı*¹. Bu iki hüküm arasındaki belirgin fark, eski hükümde kamu güvenliği yerine kamu düzeni kavramına yer verilmiş olması ve tehlikenin ortaya çıkmasının değil, fiilin kamu düzeni bakımından tehlikeli olabilecek bir şekilde işlenmesinin aranmasıdır. Diğer bir fark ise, eski düzenlemede, kin ve düşmanlığa değil, düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik cezalandırılmaktaydı. Buna göre, düşmanlığa veya kin beslemeye tahrik yeterli görülmekte iken, mevcut düzenlemede, kin ve düşmanlığa tahrik bir arada aranmaktadır.

İkinci fıkrada, halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılama düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK m 312/3, *“Halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir eden kimseye de birinci fıkradaki ceza verilir.”* şeklindeydi. TCK’da halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak

¹ 765 sayılı TCK m 312/2’de yer alan bu düzenlemenin, *“Halkı, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek, kamunun güvenliği açısından açık ve yakın tehlike yaratacak biçimde kıskırtan kimse... cezalandırılır.”* şeklinde olması gerektiğine dair eleştiriler hakkında bkz Uğur Alacakaptan, “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar” (2000) Hukuk Kurultayı 21.

aşağılama aranmakta olup, bu aşağılamanın alenen olması gerekmektedir. Dolayısıyla 765 sayılı TCK'dan farklı olarak yürürlükteki TCK'da “*insan onurunu zedeleyecek bir şekilde*” tahkir etmeye yer verilmemekte olup, alenen aşağılama aranmaktadır.

TCK m 216'nın son fıkrasında, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde cezalandırılacaktır. Diğer fıkralardan farklı olarak 765 sayılı TCK'da, bu fıkraya benzer bir hükme yer verilmemişti. Ancak bu düzenlemeye benzer sayılabilecek bir düzenleme, 765 sayılı TCK m 175/3'te yer almaktaydı. Bu maddeye göre, “*Allah'a veya dinlerden veya bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaret eden veya bir kimseyi dini inançlarından veya mensup olduğu dinin emirlerini yerine getirmesinden veya yasaklarından kaçınmasından dolayı kınayan veya tezyif veya tahkir eden veya alaya alan kimseye altı aydan bir yıla kadar hapis ve beş bin liradan yirmibeş bin liraya kadar ağır para cezası verilir.*” Görülmektedir ki m 175/3'te daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmişken, yürürlükteki TCK'da daha genel bir ifade olan “dini değerler” kavramının kullanılması yeterli bulunmuştur. Ayrıca yine mevcut düzenlemeden farklı olarak, 765 sayılı Kanun döneminde, “hakaret”, “kınama”, “tezyif”, “tahkir”, “alaya alma” şeklinde seçimlik hareketler öngörülmüştür.

2005 yılında Türk ceza hukuku alanında yapılan reformda, etkisini gösteren Alman hukukunda, benzer suç tipi, Alm (Alman) CK (Ceza Kanunu) § 130'da yer almaktadır². Alm CK § 130 I Nr 1'e göre, “*Milli, ırki, dini veya etnik kökeni nedeniyle belirlenmiş bir gruba karşı, halk kısımları veya belirtilen grup veya halkın diğer kısımlarına mensup olması nedeniyle, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde, bireylere karşı kine tahrik etme veya onlara karşı cebir veya keyfi muameleler yapılması için çağrıda bulunma*” ve Nr 2'ye göre ise, “*Milli, ırki, dini veya etnik kökeni nedeniyle belirlenmiş bir gruba, halkın bazı kesimlerine veya belirtilen gruba veya halkın bir kısmına mensup bulunması nedeniyle, kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde bireylere sövmek suretiyle onları kötü maksatla küçük düşürerek veya bilerek gerçek dışı olgu isnat etme şeklinde kötüleyerek insanlık onuruna saldırıda bulunma*” üç aydan beş yıla kadar cezalandırılmaktadır³. Alm CK § 130'da yer alan bu ve devamındaki fıkralara konu ile irtibatı ölçüsünde aşağıda değinilecektir. Nitekim Alm CK § 130 I'den V'e kadar inceleme konumuz olan suç tipi ile ilgili birbirinden farklı suçlar detaylı bir şekilde yer almaktadır⁴.

² Alm CK § 130, kişisel ifade suçu olarak nitelendirilmektedir (Jürgen Schäfer, StGB § 130, Dr. Klaus Mießbach (edr), *Münchener Kommentar zum StGB (MüKoStGB) §80-184j* (3. Bası, München, C. H. Beck 2017) N 9, 10).

³ Feridun Yenisey ve Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB) (2. Bası, İstanbul, Beta 2015) 224 vd.

⁴ Schäfer (n 2) N 1.

II. Korunan Hukuki Değer

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçu ile kamu güvenliği açısından tehlikeli olan kin ve düşmanlığa alenen tahrik veya halkın bir kesimini belirli nedenlerle alenen aşağılama ya da halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama yasaklanarak, toplum içinde çıkacak kargaşa ve huzursuzluk engellenmek istenmiştir. Nitekim bu suç tipi, toplumun bir kesiminin, diğer bir kesimine karşı kin ve düşmanlık beslemesini önlemek amacıyla düzenlenmiştir. Ayrıca TCK m 216'da düzenlenen bu suç tipinin, Kanun'da yer aldığı bölüm, "Kamu Barışına Karşı Suçlar" başlıklıdır. Bu nedenle hem bölüm başlığı hem de maddenin amacı göz önünde bulundurulduğu takdirde, bu suç ile korunan hukuki değer kamu barışı olduğu söylenebilecektir⁵.

TCK m 216/2'de düzenlenen halkın bir kesiminin aşağılanması suçunda, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılanan halk kesiminin şeref ve haysiyetlerinin dolaylı olarak korunduğu, fakat kamu barışının doğrudan korunduğu ileri sürülmektedir. Nitekim bu fıkra, kamu barışının korunmasının amaçlandığı madde gerekçesinde de vurgulanmıştır. 765 sayılı Kanun'da yer alan halkın bir kısmını tahkir suçunda, tahkir edilen halk kısmının şeref ve haysiyetinin de kamu barışı gibi doğrudan korunan değer olduğu ileri sürülmekteydi⁶. TCK m 216/3'te, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin "kamu barışını bozmaya elverişli" olması halinde cezalandırılacağı için bu düzenleme ile korunan hukuki değer de kamu barışıdır. TCK m 216/2 ve 3'te yer alan fiillerin alenen işlenmesinin aranmasından hareketle, kamu barışının öncelikle korunduğu, fakat belirtilen halk kesimlerinin haklarının da korunduğu ileri sürülmektedir⁷.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçlarının düzenlendiği Alm CK § 130 bakımından hangi hukuki değerlerin korunduğu tartışma konusu olmuştur. Alm CK § 130 I'e göre, ilk olarak korunan, ulusal düzeydeki kamu barışıdır. Bu düzenleme ile hem genel hukuk güvenliği, hem de halkın hukuk düzeninin korunmasına dair hissiyatı önemsenmektedir⁸. Nitekim hâkim görüşe göre, CK § 130'un korunan hukuki değeri, kamu barışı olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık bireysel karakterin vurgulandığı ve ikincil korunan hukuki değer ise, münferit bireylerin değerleri olduğu ileri

⁵ Peter Rackow, § 130, Bernd von Heintschel-Heinegg (edr), *BeckOK StGB* (44. Bası, München, C. H. Beck 2019), N 10; Kristian Kühl, § 130, Karl Lackner/Kristian Kühl (edr), *Lackner/Kühl Strafgesetzbuch Kommentar* (29. Bası, München, C. H. Beck 2018) N 1; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya, *Türk Ceza Kanunu Şerhi C 4 Md.154-233* (2. Bası, Ankara, Adalet 2014) 6455; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu C 5 (Md.197-251)* (2. Bası, Ankara, Adalet 2014) 6543.

⁶ Abdurrahim Altukat, *Nefret Söylemi Olarak Halkın Bir Kesimini ve Halkın Bir Kesiminin Dini Değerlerini Aşağılama Suçları* Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi (2014) 53, 54.

⁷ Altukat (n 6) 30.

⁸ Schäfer (n 2) N 3

sürülmüştür⁹. Ayrıca literatürde, sadece insan onuru, birçok insanın insan onuru, halkın bir kesimi özetle insan, niceliksel belirli sayıdaki insanın onuru, ilgili grup üyelerinin hukuki durumu veya onların bireysel korunan hukuki değerleri ve özellikle yaşamları ve vücut bütünlükleri dolaysız korunan hukuki değer olarak görülmektedir. Ancak bu görüş, yetersiz olduğu gerekçesi ile eleştirilmektedir. Nitekim Alm CK § 130'daki fiillerin kamu barışını tehdit ettiği, bu nedenle bireysel korunan hukuki değerlerin ihlali ile kıyaslanamayacak ek bir nicelik arandığı kabul edilmektedir¹⁰.

Alm CK § 130 II'de, suçun yazı ile işlenmesi kaleme alınmıştır. Bu düzenleme ile ilgili olarak, normun genel ayrımcılık karşıtı karakterinin yeterli bir koruma objesi ortaya koymaması eleştiri konusu olmuştur. Yabancı düşmanlığı eylemleri için ortamın yoğunlaşmasını ve ilgili gruplar için tehlikeli duygusal yüklemelerin gerçekleşmesini engellediği dikkate alındığında, kamu barışının korunmasının ön planda yer aldığı kabul edilmektedir. Ancak buna ek olarak münferit grup üyelerinin onurunun da korunduğu ileri sürülmektedir¹¹.

Alm CK § 130 III¹² ile politik iklim zehirlenmesinin engellenmesi amaçlanmıştır. Bu düzenleme, Nazi düşüncelerini ya da eylemlerini kabul edilebilir göstermek suretiyle veya faşist amacı ölmeye değer göstermek suretiyle barış içinde yaşamaya zarar veren ve Almanya Federal Cumhuriyeti'nde politik iklimi zehirleyen eğilimleri engellemeyi amaçlamaktadır. Bununla aynı zamanda kamu barışı ve kişisel onur kadar ilgilinin şahsi saygı gösterilmesi talebi de korunmaktadır¹³. Alm CK § 130 III'te yer verilen fiiller ile Nazi rejimi tarafından güç ve teröre maruz kalan insan topluluğuna saldırı gerçekleştirilmektedir. Bu düzenleme ile korunan, halk kesiminin diğer bir deyişle birçok kişinin insan onurudur¹⁴. Bu hükme aykırılık, hukuki değerlere önemli ölçüde zarar verdiği için cezai fiil olarak düzenlenmiştir¹⁵. Alm CK § 130 IV'te¹⁶ yer alan fiil, kamu barışının ihlalini gerektirir ve dolayısıyla bu düzenleme de kamu barışının korunmasına hizmet eder. Bununla birlikte fiilin, mağdurun onurunu ihlal edecek şekilde işlenmiş olmasına yer verildiği için mağdurun onurunun da korunduğu kabul edilmektedir¹⁷.

⁹ Heribert Ostendorf, § 130, Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann ve Hans-Ullrich Paeffgen (edr), *Nomoskommentar Strafgesetzbuch (NK-StGB)* (5. Bası, Baden-Baden, Nomos 2017) N 4.

¹⁰ Schäfer (n 2) N 2. Buna karşılık m 130 f.1 b.1'de, insan onuruna saldırının olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre, ilgili düzenlemenin ihlalinde, kural olarak insan onuruna saldırı da mevcuttur (Schäfer (n 2) N 3).

¹¹ Schäfer (n 2) N 4.

¹² Alm CK § 130 III, şu şekildedir: "Nasyonel sosyalist iktidar altında işlenen ve Devletler Ceza Kanunu'nun altıncı maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan bir hareketi, kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde, alenen veya bir toplantı sırasında onaylayan, inkar eden veya zararsız gibi gösteren kişi, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır." (Yenisey ve Plagemann (n 3) 226).

¹³ Schäfer (n 2) N 5.

¹⁴ Ostendorf (n 9) N 4

¹⁵ Schäfer (n 2) N 5.

¹⁶ Alm CK § 130 IV, şu şekildedir: "Her kim aleni olarak veya bir toplantı sırasında cebir ve keyfiliğe dayanan nasyonal sosyalist iktidarı onaylayarak, yücelterek veya hukuka uygun gibi göstererek, mağdurların onurunu ihlal edecek biçimde, kamu barışını bozarsa üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır." (Yenisey ve Plagemann (n 3) 226).

¹⁷ Schäfer (n 2) N 6.

III. Suçun Temel Unsurları

A. Maddi Unsurlar

1. Suçun Konusu

Suçun konusu, tipik hareketin üzerinde gerçekleştiği kişi veya şeydir¹⁸. Eşya veya kişinin fiziki, maddi yapısının da suçun konusunu ifade ettiği belirtilmektedir¹⁹. Suçun konusu hakkında yapılan bu kısa tanımdan hareketle, m 216'da yer alan suçları, suçun konusu bağlamında ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. TCK m 216/1'de halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik etmeden söz edilmektedir. Bu durumda tahrik edecek nitelikteki sözlerin iletildiği kesim, suçun konusunu oluşturacaktır. Bununla birlikte sadece tahrik edecek nitelikte sözlerin sarf edildiği kesimin değil, aynı zamanda hedef gösterilen halk kesiminin de etkilendiği ve böylece hem hedef alınan kesimin hem de tahrik edilmek istenen halk kesiminin suçun konusunu oluşturduğunu ileri sürenler de mevcuttur²⁰. Ancak cezalandırılan fiilin, halkın bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine tahrik etme olması göz önünde bulundurulduğunda, tahrik edici sözlerin yöneltildiği kesimin, suçun konusu olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

TCK m 216/2'de halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılama fiilinin cezalandırıldığını görmekteyiz. Bu fıkra bakımından suçun konusu ise, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılanan halkın bir kesimidir. Alenen aşağılanan halk kesimi, soyut bir kitledir. Aşağılama fiilinin yöneltildiği halk kesimi, belirli bir kişi ya da belirli bir sayıdaki kişiler olmamalıdır²¹. Aksi takdirde hakaret suçunun nitelikli halinden sorumluluk söz konusu olabilecektir²².

TCK m 216/3'te halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde cezalandırılmaktadır. Bu fıkarda yer alan suçta, fiilin üzerinde gerçekleştiği şey, halkın bir kesimi tarafından

¹⁸ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Bası, Ankara, Seçkin 2018) 118.

¹⁹ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Ankara, Seçkin 2019) 219.

²⁰ Aras Türay, *Nefret Söylemi Bağlamında Halkın Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu* (Ankara, Seçkin 2016) 235.

²¹ Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (İstanbul, Beta 2007) 311. "Devlet hastanesi acil servisinde hekim olarak görev yapan katılanın olaydan birkaç ay önce annesini muayene ederken gerekli dikkat ve özeni göstermediğini iddia ederek şikayet için hastaneye giden sanığın, önceki olaydan dolayı duyduğu kızgınlıkla söylediği sözlerin doğrudan doğruya katılana yönelik olup katılana hakaret etme kastıyla hareket ettiği, halkın belli bir kesimini aşağılama suçunun yasal unsurlarının olayda gerçekleşmediği gözetilerek eylemin TCK'nun 125. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması" "Yargıtay 8 CD, 7743/28454, 05.12.2013" (Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 5) 6515, 6516).

²² Bu nitelikli hal, TCK m 125/3-b'de düzenlenmiş olup, şu şekildedir: "Hakaret suçunun; dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı işlenmesi halinde cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz".

benimsenen dini değerler olarak ifade edilmektedir²³. Ancak suçun konusunu, tipik hareketin üzerinde gerçekleştiği kişi veya şey olarak değerlendirdiğimizde, söz konusu dini değerleri, bu dini değerleri benimseyen halk kesimi ile birlikte kabul etmek gerekecektir.

Alm CK § 130 kapsamında yapılan değerlendirmeye göre, maddede belirtilen halkın bir kesimi, diğer bir deyişle ülkede yaşayan halkın bir kısmı, doğrudan saldırının konusunu oluşturmaktadır²⁴. Suçun konusunu oluşturan halkın bir kısmı, belirli özellikler ile nitelendirilen halk kesimidir²⁵. Halkın bir kısmı olarak ifade edilen bu kısım, iç ve dış özelliklerden dolayı halkın tümünden ayrılabilen ve sayıca çok az, küçük bir grup değildir²⁶. Milli, ırki, dini veya etnik kökeni ile belirlenmiş bir grubu veya halkın kesimini kapsamaktadır²⁷. Alm CK § 130’da, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun unsurlarına genel olarak yer verilmiş olup, bu düzenlemede, sadece iç gruplar ile sınırlandırma yapılmamıştır²⁸.

Bu maddede zikredilen halkın bir kesiminin, nasıl belirleneceği hususunda ise, failin kin ve düşmanlığa tahrik fiilini işlerken, söz konusu halk kesiminin, maddede sayılan özelliklere sahip halk kesimi olduğunun dışardan anlaşılabilir olmasının önemine dikkat çekilmiştir²⁹.

Bu bağlamda son olarak suçun konusu üzerinde yarattıkları etkiye göre suç tipleri arasında, zarar suçları ve tehlike suçları şeklinde ayırım yapılmaktadır. Aşağıda “fiil” başlığında ayrıntılı şekilde ele alacağımız üzere yapılan bu ayırma göre, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçu, tehlike suçu kapsamında değerlendirilmelidir.

2. Fiil

TCK m 216/1’de düzenlenen suçun fiil unsurunu, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik etme oluşturmaktadır. Fiilin ne olduğunun anlaşılabilir kılınması, halk, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, bölge, kin ve düşmanlık kavramlarının hangi anlama geldiğinin izahını gerektirmektedir.

²³ Dini değer, “inanç sistemi, dini büyükler, ibadet yeri ve şekilleri gibi o inancı temsil eden ve inananlar tarafından dini değer olarak kabul edilen her türlü şey” olarak tanımlanmaktadır (Mehmet Emin Artuk ve Mehmet Emin Alşahin, “Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m.216/3)” (2014) 20 (1) MÜHF-HAD (Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan) 997; Özge Apış, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK m.216)* (Ankara, Adalet 2017) 507; Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 5) 6557).

²⁴ Kühl (n 5) N 2.

²⁵ Ostendorf (n 9), N 4

²⁶ Kühl (n 5) N 2.

²⁷ Bu husus, Alm CK § 130’a 16.03.2011 tarihli Kanun ile yapılan değişiklik sonrası hale ilişkindir (Kühl (n 5) N 1).

²⁸ Örneğin bu hüküm, terörist yayınlar, aşırı sağ veya “İslamcı” internet siteleri (tüm siyahlar, Amerikalılar veya Haçlılar) bakımından da uygulanabilecektir. Korunan gruplardan bazılarının şunlar olduğu ileri sürülmüştür: Museviler, çingeneler, siyahi insanlar, yabancı işçiler ve içlerinde özellikle Türkler, engelliler, Almanya Federal Cumhuriyeti kara ordusundaki askerler (Kühl (n 5) N 2).

²⁹ Apış (n 23) 118.

Halk kavramı, ortak duygu, çıkar, ideoloji ve manevi değerlerin bir araya getirdiği veya aynı değerleri paylaşan insan grubuna işaret etmektedir³⁰. Sosyal sınıfın ne anlama geldiğinden söz edebilmek için öncelikle sınıf kavramını izah etmek gerekmektedir³¹. Sınıf, “*bir toplumda, aynı görevi yapan, aynı yararı sağlayan, aynı şartlarda yaşayan büyük insan grubu*” anlamına gelmektedir³². Sosyal sınıflar ise, toplumların yaşadıkları çağa göre önem kazanan farklı faktörlerden etkilenecek oluşan sınıflardır³³. Sosyal sınıf kavramının, modern çağda önemini yitirmesi ile tabanı ferde dayanan millet kavramı önemli hale gelmiştir. Tamamen ortadan kalkmayan sınıf ayrımı, önemini büyük ölçüde yitirmiştir. Bununla birlikte toplumda, fertler arasında homojen bir yapının olmadığı ve sosyal sınıfların sosyo-ekonomik şartların getirdiği bir ayrıma sebep olduğu kabul edilmektedir³⁴. Diğer yandan ırk kavramı, kalıtsal olarak ortak fiziksel ve fizyolojik özelliklere sahip insanlar topluluğu olarak tanımlanmaktadır³⁵. Bununla birlikte genetik olarak insanların kuşaktan kuşağa geçen beden karakterlerinin bir araya gelmesi ile oluşan topluluklar anlamına gelen ırk kavramının kapsamına, ten rengine dayanan farklılıkların da dahil olması gerektiği ileri sürülmektedir³⁶.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçu ile ilgili önem arz eden diğer kavramlar ise din, mezhep ve bölge kavramlarıdır. Din, Tanrı’ya, doğaüstü güçlere, çeşitli kutsal varlıklara inanmayı ve tapınmayı sistemleştiren toplumsal bir kurum, diyanet olarak tanımlanmaktadır³⁷. Aynı zamanda kutsal varlıklara bağlılık ve inanç olarak da ifade edilmektedir³⁸. Bununla birlikte inanç kavramından yola çıkarak yapılan tanıma göre din, insanların kutsal saydıkları varlıklara, inanç sistemine ve bunlara dayalı yapılan ibadet, yerine getirilmeye çalışılan ahlaki kurallar bütünüdür³⁹. Mezhep kavramı, bir dinin görüş, esaslara uygunluk veya yorum ve anlayış farklılıkları sebebiyle az ya da çok ayrılık gösteren kollarından her biri

³⁰ “Yargıtay CGK, 8-201/30, 15.03.2005” Kazancı İçtihat Bankası <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 07.02.2020. Ahmet Gökcen, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2)* (Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2001) 67; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (18. Bası, Ankara, Adalet 2018) 895.

³¹ Sosyal sınıf kavramının nitelendirmesinde, ırk, din, mezhep ve bölge kavramlarına göre daha dikkatli davranılması gerektiği hakkında bkz Donay (n 21) 310.

³² Türk Dil Kurumu <www.tdk.gov.tr> Erişim Tarihi 10.02.2020.

³³ Altukat (n 6) 58.

³⁴ Özkan Açıkgöz, “Sosyolojinin Problemleri Bir Konusu Olarak, ‘Sosyal Sınıf’ Kavramı Üzerine Önemli Sosyologların Düşünceleri ve Yorumları” (2000) 26 Sosyoloji Konferansları 306-307.

³⁵ Türk Dil Kurumu <www.tdk.gov.tr> Erişim Tarihi 07.02.2020.

³⁶ Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Bası, İstanbul, Filiz 1994) 416.

³⁷ Türk Dil Kurumu <www.tdk.gov.tr> Erişim Tarihi 07.02.2020.

³⁸ Önder (n 36) 416.

³⁹ Gökcen (n 30) 107. “...Ülkede geçerli hak düzeninin İslam’a ve Kuran’a karşı mücadele yürüttüğü, dahası vahşice saldırılar düzenlediği belirtilip laik düzen gereği ve iç hukukun uygulanması sonucu görevlerinden uzaklaştırılan ordu mensuplarının hain işlemine tabi tutulan insanlar olarak sayıldıkları iddia edilip, 80-90 yıldır ‘nifakına, c erbesine ve istibadlarına mani olamadıklarımız’ şeklinde nitelendirilen ülkedeki laik düzen yanlılarının ‘Haccac, Yezid, Hülagu, Mussolini ve Stalin’den farklı olmadıklarını belirterek halkı din anlayışı farklılığı gözetmek sureti ile kin ve düşmanlığa tahrik ettiği sabit olduğu halde...” “Yargıtay 8 CD, 12101/14522, 10.10.2001” Kazancı İçtihat Bankası <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 07.02.2020.

olarak tanımlanmaktadır⁴⁰. İnanılan şeye giden yoldaki farklar olarak özetlenen mezhep kavramı için bir din içindeki farklılaşan yolların sistemleştirilmesinin gerekli olduğu ileri sürülmüştür⁴¹. Bölge kavramı ise, sınırları idari, ekonomik birliğe, toprak, iklim ve bitki özelliklerinin benzerliğine veya üzerinde yaşayan insanların aynı soydan gelmiş olmalarına göre belirlenen toprak parçası, mıntıka olarak tanımlanmaktadır⁴².

Bununla birlikte halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçu bakımından incelenmesi gereken diğer kavramlar, kin ve düşmanlıktır. Yukarıda da değindiğimiz üzere, 765 sayılı TCK’da kin ve düşmanlığa değil, düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik cezalandırılmaktaydı. Buna göre, düşmanlığa veya kin beslemeye tahrik yeterli görülmekte iken, mevcut düzenlemede kin ve düşmanlığa tahrik bir arada aranmaktadır. Kin, düşmanca yapılan hareketlerin zeminini oluşturan psikolojik durum⁴³; düşmanlık, husumet beslenen konuya karşı düşünerek, tasarlayarak zarar vermeye, onu mağlup etmeye yönelmiş kin duygusu veya kin ve nefret duygusunu saçmak, yaymak olarak tanımlanmaktadır⁴⁴.

TCK m 216/2’ye göre, halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılama, fiil unsurunu oluşturmaktadır. Yukarıda değindiğimiz sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge kavramlarının yanı sıra bu fıkra kapsamında belirtilen bir diğer kavram, cinsiyettir. Bireye, üreme işinde ayrı bir rol veren ve erkekle dişiyi ayırt ettiren yaradılış özelliği, eşey, cinslik, seks olarak tanımlanan cinsiyet kavramı⁴⁵, doğuştan önce genetik olarak belirlenmiş dişi ya da erkek olma özellikleri olarak da ifade edilmektedir⁴⁶.

Bu düzenlemeye benzer şekilde 765 sayılı TCK’da “halkın bir kısmını tahkir” suçu düzenlenmiştir⁴⁷. Aşağılama fiili de tahkir şeklinde anlaşılmalıdır. Nitekim madde gerekçesinde, “*suçun oluşması için fıkroda belirtilen özelliklere sahip ve halkın bir kesimini oluşturan gayrimuayyen sayıdaki kişilerin aşağılanması, tahkir edilmesi gerekir*” ifadesine yer verilerek bu hususa işaret edilmiştir.

⁴⁰ Önder (n 36) 416.

⁴¹ Bu kapsamda Alevilik değerlendirme konusu yapılmıştır. Aleviliğin bir mezhep veya din olmaması nedeniyle bu suç bağlamında ele alınmayacağı ileri sürülmektedir. Bununla birlikte Aleviliğin dini kaynaklardan beslenen bir kültür olduğu tespit edilmiştir (Altkat (n 6) 63).

⁴² Türk Dil Kurumu <www.tdk.gov.tr> Erişim Tarihi 09.03.2020.

⁴³ Önder (n 36) 414.

⁴⁴ “Yargıtay 8 CD, 1974/2, 18.06.1974” Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 09.12.2019.

⁴⁵ Türk Dil Kurumu <www.tdk.gov.tr> Erişim Tarihi 11.03.2020.

⁴⁶ Altkat (n 6) 66.

⁴⁷ Tahkir, “aşağılama, onur kırma, onuruna dokunma” anlamına gelmektedir (Türk Dil Kurumu <www.tdk.gov.tr> Erişim Tarihi 07.02.2020).

Ayrıca mevcut düzenlemeden farklı olarak 765 sayılı TCK'daki düzenlemede, tahkirin aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyici olması aranmaktadır⁴⁸.

TCK m 216/3'de kamu barışını bozmaya elverişli bir biçimde halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama fiili suç olarak düzenlenmiştir⁴⁹. Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerler, din olarak tanınan uhrevi değerler bütünüünü ifade etmekte olup, fiil söz konusu dinin değil; din tarafından kutsal sayılan değerlerin aşağılanması, tahkir edilmesidir⁵⁰. Aşağılamak ise, “küçültücü davranışlarda bulunmak, hor görmek” olarak tanımlanmaktadır⁵¹. Diğer yandan aşağılamanın, değer vermemek, gereksizliğini ve yararsızlığını ifade ederek kişilerdeki saygı ve güven duygularını sarsmak olarak da tanımlanmaktadır⁵².

Diğer yandan halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunun tespiti, fiilin bir bütün olarak değerlendirilmesi suretiyle yapılacaktır. Yargıtay kararlarında da, söz konusu ifadenin veya yazının bir bütün halinde değerlendirilmesi sonucunda, kin ve düşmanlığa tahrik suçunun tespit edildiğini görmekteyiz⁵³.

a. Aleniyet Unsuru

Suçun maddi unsurlarından fiil başlığı altında incelememiz gereken bir diğer husus, inceleme konumuz olan halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçu kapsamında yer verilen üç suç tipi bakımından da aranan “*aleniyet*”tir. Kelime

⁴⁸ Aşağılama, “küçük görme, tahkir etme” anlamına gelmektedir (Donay (n 21) 312). 765 sayılı Kanun'da tahkirin, aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyici olmasının aranması, tahkirin zaten bu anlama gelmesi nedeniyle eleştiri konusu yapılmıştır (Hamide Zafer, “Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (TCK 312/3)” (2004) LXII (1-2) İÜHF 210.

⁴⁹ Örnek karar için bkz “Yargıtay 4 CD, 8084/1478, 13.02.2008” (Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 5) 6588, 6589).

⁵⁰ Donay (n 21) 312.

⁵¹ Türk Dil Kurumu <www.tdk.gov.tr> Erişim Tarihi 11.03.2020.

⁵² Artuk, Gökcan, Alşahin ve Çakır (n 30) 891.

⁵³ Örnek kararlar için bkz “*Sanığın, bazı resmi kurumlarının yapmış oldukları açıklamalar ve uygulamalarına yönelik eleştiri mahiyetindeki “Basına ve Kamuoyuna” başlıklı basın açıklamasının bütünü gözetildiğinde, geçmiş olaylara ve gelecekte yaşanabileceklere yönelik görüş açıklaması niteliğinde bulunduğu, konuşma sonrasında herhangi bir olay yaşanmadığı gibi yakın bir tehlikenin varlığından da söz edilemeyeceği, AİHS'nin 10. Maddesi ve AİHM'nin yerleşik içtihatları birlikte değerlendirildiğinde sanığın eyleminin şiddet içermeyip, ifade özgürlüğü sınırları içerisinde kaldığından atılı suçun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi” “Yargıtay 8 CD, 7607/6296, 29.02.2012” (Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 5) 6588, 6589). “*Dava konusu sanık M. tarafından yazılan M. Gazete'nin 15.11.2000 tarihli nüshasının 2. Sayfasında ‘Din Düşmanlığı Terörü’ başlıklı yazı bir bütün olarak incelendiğinde, bu yazıda adı geçen sanığın milletine, dinine ve manevi değerlerine saldırmanın hoş karşılanmayacağını vurguladıktan sonra, bu tür değerlere karşı gelenlerin halk yığınlarını devletten soğutmak ve ülkenin temellerini dinamitleyip ülkeyi çöktürmek isteyenler olduğunu belirtep, başörtüsünün İslamın sembolü olduğunu ifade ile Türkiye'nin İslam karşı uygulamaların katı biçimde yapıldığı bir başka devlete benzetilmeye çalışıldığını, ülkemizde dinsizlik baskıları yapıldığını ileri sürüp bazı devlet uygulamalarını ve din sömürüsü yapan mihrakları ağır biçimde eleştirerek onların da İslam dinine karşı büyük kötülük yaptıklarını ifade ettiği anlaşılmaktadır” “Yargıtay CGK, 8-201/30, 15.03.2005” (Kazancı İçtihat Bankası <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 07.02.2020). “*Sanığın bir dergide yayımlanan röportajında; kendisinin Said-i Nursi'nin takipçileri aczmedilerin lideri olduğunu belirterek Kemalist düşünceleri benimseyenleri kastetmek sureti ile Kemalizmin ve laikliğin Allah düşmanı, Kur'an düşmanı ve İslam Düşmanı bir din ve rejim olduğunu, Müslümanların bu rejimle cihad etmesi gerektiğini söylemesi yazının bütünlüğü içinde ele alındığında TCK'nun 312/2. maddesinde yer alan halkı din farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etmek suçunu oluşturur.” “Yargıtay 8 CD, 19078/1127, 04.02.1998” (Kazancı İçtihat Bankası <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 17.02.2020).***

anlamı olarak kısaca “açıklık” şeklinde tanımlanan aleniyet,⁵⁴ fiilin birden fazla kişinin huzurunda işlenmesidir⁵⁵. Ayrıca aleniyet, fiilin herkesin önünde işlenmesi ya da fiilin işlenmesinin belirsiz sayıdaki kişi tarafından izlenebilecek olması veya herhangi bir kimsenin görebileceği ya da işitebileceği bir yerde işlenmiş olması şeklinde de tanımlanmaktadır⁵⁶. Aleniyetin gerçekleşmesi için fiilin umuma açık yerlerde işlenmesi şeklinde bir zorunluluğun da olmadığı kabul edilmektedir⁵⁷. Sonuç olarak işlenen fiili, belirli olmayan sayıdaki kişinin algılayabilecek olması ile aleniyetin gerçekleştiği kabul edilmektedir⁵⁸.

TCK m 216/1’de halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik etme şeklinde ifade edilerek fiilin işleniş şekline dair bir açıklık getirilmektedir. TCK m 261/2’de yer alan aşağılama fiilinin, aleni olması aranmakta olup, aleniyet burada da suçun bir unsuru olup, fiilin işleniş biçimini ifade etmektedir. TCK m 216/3’te, kanun koyucu tarafından dini değerleri alenen aşağılama fiilinin, kamu barışını bozmaya elverişli olması gerektiği belirtilmiştir. Aleniyet ise, suçun unsuru olarak düzenlemiş olup, burada yine fiilin işleniş şekline dair bir açıklık getirilmiştir.

765 sayılı TCK’da da aleniyet aranmaktaydı. Nitekim m 312/2’de, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kişinin cezalandırılacağı belirtilmekteydi⁵⁹. Bunun dışında, halkın bir kısmını aşağılama ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir etme fiili bakımından da mevcut düzenlemeden farklı olarak, suçun temel şekli bakımından aleniyet aranmamıştır. Bu Kanun’da fiilin alenen işlenmesi, daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak yer almaktaydı. 765 sayılı TCK m 312/4’te yapılan atıfla, aleniyetin ne şekilde gerçekleşeceği açıkça düzenlenmişti. Buna göre, fiil her türlü kitle haberleşme araçları, ses kayıt bantları, plak, film, gazete, mecmua ile veya sair basın aletleriyle veya elle yazılıp çoğaltılarak yayınlanan veya dağıtılan yazılar ile ya da umumi yerlerde levha ve ilan asmak suretiyle işlenirse, aleniyet gerçekleşmiş sayılacak ve cezalar bir katı oranında artırılacaktı.

⁵⁴ Türk Dil Kurumu <www.tdk.gov.tr> Erişim Tarihi 07.02.2020.

⁵⁵ Faruk Erem, *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler C II* (Ankara 1965) 226.

⁵⁶ Ahmet Caner Yenidünya ve Mehmet Emin Alşahin, “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar” (2007) (68) TBB Dergisi 74, 75; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 30) 864.

⁵⁷ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (6. Bası, Ankara, Savaş 2012) 121; Tuğrul Katoğlu, “Basın Yoluyla Hakaret Kavramı ve Madde Yönünden Yetki Sorunu” (2013) 19 (2) MÜHF-HAD (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan) 737.

⁵⁸ Erol Cihan, “Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m.312)” (1974) XL (1-4) İÜHF 108.

⁵⁹ 765 Sayılı TCK m 311 ve 312’de aranan aleniyeti, kurucu unsur değerlendiren görüş hakkında bkz Önder (n 36) 375. Aynı yönde bkz Cihan (n 58)109.

b. Tehlike Suçları Bağlamında Değerlendirme

İncelenmesi gereken bir diğer husus ise, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçlarının, *tehlike suçları* bağlamında ele alınmasıdır. Zarar ihtimali anlamına gelen tehlike, zararın meydana gelme olasılığının yüksek olduğu, kuvvetli zarar ihtimali olarak da ifade edilebilir. Bu ihtimalde, zararın gerçekleşmesi yakındır; ancak henüz gerçekleşmemiştir⁶⁰. Tehlike suçlarında ise, zararın ortaya çıkması beklenmeksizin tehlike durumunu cezalandırılmaktadır⁶¹. Bu yönüyle tehlike suçları, aslında cezalandırılabilirliği öne çekmekte ve genişletmektedir⁶². Bu nedenle tehlike suçlarının, kusur prensibi ve hukuk devleti ilkesi ile uyumsuzluk içinde oldukları ileri sürülmektedir⁶³.

Tehlike suçları, genellikle soyut ve somut tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılır. Somut tehlike suçlarında, suçun konusu bakımından tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır⁶⁴. Çünkü somut tehlike suçlarında, fiilin gerçekleşmesi ile birlikte somut bir tehlike ortaya çıkmalıdır. Soyut tehlike suçlarında ise, tehlike, kanuni tipte yer alan bir özellik değildir⁶⁵. Bu suçlarda, fiilin gerçekleşmesi dışında somut bir zarar tehlikesinin meydana gelmesi aranmamaktadır. Bu suç tiplerinde, belirli bir davranış çok tehlikeli görüldüğünden, somut bir tehlikenin ortaya çıkması aranmadan, ceza sorumluluğu bakımından sadece söz konusu fiilin işlenmesi yeterlidir⁶⁶.

Diğer bir ifadeyle tehlike, neticeli suçlarda yer alan tehlike ve hareket biçimi olarak tehlike şeklinde ayrılmaktadır. Bu durumda, neticeli suçlardaki tehlike, somut tehlikedir⁶⁷. Hareket biçimi olarak tehlike ise, sırf hareket suçlarında mevcut olan tehlikedir⁶⁸. Soyut tehlike suçlarında, suçun tamamlanması için hareketin yapılması yeterli olduğundan, nedenselliğin tespitine gerek olmadığı kabul edilmektedir⁶⁹. Ancak bu suç tiplerinde, korunan hukuki değer bakımından tehlike yaratmayan hareketin cezalandırılması, ceza hukukunun son çare olma özelliği ile bağdaşmadığından, hâkimin, somut tehlike suçlarında olduğu gibi, soyut tehlike suçlarında da tehlikenin meydana gelip gelmediğini araştırma yükümlülüğünün

⁶⁰ Elif Bekar, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Ankara, Seçkin 2013) 89 vd.

⁶¹ Vesile Sonay Daragenli, "Tehlike Suçları" (İstanbul 1999) (Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan) 183.

⁶² Eckhard Horn, *Konkrete Gefährdungsdelikte* (Köln, Verlag Otto Schmidt KG 1973) 11.

⁶³ Bu görtiş hakkında detaylı bilgi için bkz. Uğur Ersoy, "Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları" (2020) 11 (41) TAAD 60, 61.

⁶⁴ Johannes Wessels, Werner Beulke ve Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (43. Bası, Heidelberg, C. F. Müller 2013) § 1, N 28; Klaus Hoffmann-Holland, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Bası, Tübingen, Mohr Siebeck 2011) § 1, N 52; Somut tehlike suçları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Frank Zieschang, *Die Gefährdungsdelikte* (Berlin, Duncker&Humblot 1998) 28 vd.

⁶⁵ Jürgen Baumann, Ulrich Weber ve Wolfgang Mitsch, *Strafrecht AT Lehrbuch* (11. Bası, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking 2003) § 8, N 43; Zieschang (n 64) 22 vd.

⁶⁶ Bu suçlar, neticesiz suçlar, sırf hareket suçları veya şekli (biçimsel) suçlar olarak da adlandırılmaktadır. Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75)* (7. Bası, İstanbul, Beta 2019), 242.

⁶⁷ Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch ve Jörg Eisele, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (12. Bası, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking 2016) § 5, N 33.

⁶⁸ Horn (n 62) 11; Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat* (Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann 1989) 191.

⁶⁹ Zafer (n 66) 243, 245.

bulunduğu ileri sürülmektedir⁷⁰. Bu görüş, tehlikenin meydana gelmiş olması ihtimalinde, gerek TCK m 61 kapsamında ele alınması gerektiğini, gerekse içtima kurumlarının değerlendirilmesinde dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir⁷¹. Bize göre de, bu araştırma sonucunda, tehlike meydana gelmiş ise, görünüşte içtima ilkelerinden asli-tali norm gereği, somut tehlike suçundan cezalandırma söz konusu olacaktır. Fakat tehlikenin ortaya çıkması hali, bu durumun arandığı somut tehlike suçu olarak tanımlanmamış olabilir. Bu nedenle tehlike meydana gelmiş ve fakat somut tehlike suçu olarak düzenlenmiş değilse, bu durumda meydana gelen tehlike, faile soyut tehlike suçundan verilecek cezanın tayininde önem arz edecektir.

Soyut tehlike suçları, sırf hareket suçlarıdır⁷². Somut olayda, tehlikenin ortaya çıkması aranmaksızın, hareketin yapılması veya yapılmaması, diğer bir deyişle icrai veya ihmali hareketin varlığı, suçun oluşması için yeterlidir⁷³. TCK m 216/2'de yer verilen halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılama, soyut tehlike suçuna örnek teşkil etmektedir. Aşağılanan halk kesiminin saygınlığının, onurunun zedelenmesi şeklinde bir zarar aranmamaktadır⁷⁴.

Diğer yandan başka bir tasnife göre, tehlike suçları, soyut tehlike suçları, somut tehlike suçları ve öngörülen tehlike suçları olarak ayrılmaktadır. Bu görüşe göre, soyut tehlike suçları, kanun koyucunun suç tipinde tehlikeyi açık bir şekilde belirtmemesine rağmen hareketin genel olarak tehlikelilik değerlendirmesini yaptıran ifadelerin kanuni tipte yer aldığı suçlar olarak kabul edilmektedir. Somut tehlike suçları ise, tehlikenin suç tipinin unsuru olarak açıkça yer almasının ve somut tehlikenin olayda gerçekleşmesinin arandığı suçlardır. Son olarak öngörülen tehlike suçlarının ise, suç tipinde tehlikenin açıkça yer almadığı, tehlikenin varlığının öngörülerek hareketin cezalandırıldığı, genel olarak tehlikeliliğin dahi aranmadığı suçlar olduğu ileri sürülmektedir⁷⁵.

Tehlike suçları ile ilgili bir başka tasnife göre ise, somut tehlike suçları ve soyut tehlike suçları şeklinde yapılan ayırma ek olarak bir de soyut-somut tehlike suçları olarak nitelendirilen bir tehlike suçu türü daha mevcuttur⁷⁶. Soyut-somut tehlike suçları, soyut tehlike suçları ile somut tehlike suçları arasında bir yerde bulunmaktadır⁷⁷. Bu

⁷⁰ Nurullah Kunter, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi* (İstanbul, İsmail Akgün 1954) 124; Zafer (n 66) 243.

⁷¹ Bu görüşün temel dayanak noktası, tehlikenin meydana geldiği ve gelmediği durumlarda cezalandırmanın aynı olmasının, kusur prensibinin ihlaline sebebiyet verecek olmasıdır (Görüş hakkında bkz Ersoy (n 63) 47, 61).

⁷² Bu suçlarda yer alan tehlike, varsayımsaldır ve harekete uzaktır (Zafer (n 66) 242).

⁷³ Örn Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma (TCK m 195), usulsüz ölü gömülmesi (TCK m 196). Bahrî Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (19. Bası, Ankara, Seçkin 2019) N 354. Alkollü halde araç kullanmayı düzenleyen Alm CK § 316'e göre; kişinin, araç kullanmaya elverişli bir halde olmasına rağmen araç kullanması, trafikteki diğer kişiler bakımından somut bir tehlikeye sebebiyet vermese dahi cezalandırılmaktadır (Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil-1* (2. Bası, W. Kohlhammer 2010) N 164).

⁷⁴ Apış (n 23) 393. Tahkir suçları ile bir hak ve menfaatin zarara uğrama ihtimali cezalandırılmaktadır (Zafer (n 48) 238).

⁷⁵ Bu suçlara örnek olarak, 765 sayılı TCK m 549 ve m 557 verilmektedir. Daragenli (n 61) 181.

⁷⁶ Zieschang (n 64) 162 vd; Baumann, Weber ve Mitsch, (n 65) N 44; Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil (Grundrisse des Rechts)* (4. Bası, München, C. H. Beck 2012) § 10, N 16.

⁷⁷ Schäfer (n 2) N 9.

suçlarda, failin hareketi somut tehlike suçlarına göre daha az, soyut tehlike suçlarına göre daha fazla tehlikelilik içermektedir⁷⁸. Tehlike suçlarının bu türünde, hareketin genel olarak tehlikeyi meydana getirmeye elverişliliği, önemli bir özelliktir⁷⁹. Nitekim bu tür tehlike suçları, elverişlilik suçları (*Eignungsdelikte*) veya potansiyel tehlike suçları (*Potenzielle Gefährdungsdelikte*) olarak da anılmaktadır⁸⁰. Bu suç tiplerinde, işlenen fiilin, belirli sonuçları meydana getirme elverişliliği aranmaktadır⁸¹.

Bir görüşe göre, soyut-somut tehlike suçları ikiye ayrılmaktadır. Birincisinde, hâkimin araştırmasını sınırlayan belirli sınırlar getirilmiş olup, kanun koyucu tarafından dikkate alınacak hususlar belirtilmiştir. İkincisinde ise, ilgili hükümde hukuki değer in belirli olmadığı ve bütün koşulların dikkate alınmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu tür suçların aslında soyut tehlike suçu özelliği taşıdığı ifade edilmektedir⁸². Nitekim soyut-somut tehlike suçlarının, soyut tehlike suçlarından farklı olmadığı ve bu şekilde yapılan ayırımın kabul edilemez olduğu da ileri sürülmüştür⁸³. Soyut-somut tehlike suçları, soyut tehlike suçlarının alt bir grubu olarak da kabul edilmektedir⁸⁴.

Soyut tehlike suçlarında tehlikelilik kriterleri, kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Soyut-somut tehlike suçlarında ise, somut olayda, hareketin tehlikeye elverişli olup olmadığı incelenmektedir⁸⁵. Bu suç tiplerinde kanun koyucu, hareketin gerçekleşme şekline dair ayrıca bir özellik aramaktadır. Bu suçlarda elverişlilikten söz edilerek failin işlediği fiil ile bağlantılı objektif nitelikteki bir koşula değil, hareketin işleniş şekline yönelik bir özelliğe işaret edilmektedir. Bu nedenle, suçun unsurlarından fiil kısmında incelenmesi isabetlidir. Ancak buna rağmen elverişliliğin, suçun unsurlarından netice kapsamında ele alınması gerektiği görüşünün de mevcut olduğunu görmekteyiz⁸⁶.

⁷⁸ Baumann, Weber ve Mitsch (n 65) N 44.

⁷⁹ Selman Dursun, *Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar* (İstanbul, On İki Levha 2010), 182, 183, dn 80. Tehlike suçlarının bu türünde, fiilin bir özelliği olarak aranan elverişliliğin gerçekleşmemiş olmasının, işlenemez suçun varlığına işaret ettiği ileri sürülmektedir. Bu görüş için bkz Ersoy (n 63) 53.

⁸⁰ Baumann, Weber ve Mitsch (n 65) N 44; Rengier (n 76) N 16.

⁸¹ Örn Alm CK § 325 bakımından havanın kirletilmesi (Heinrich (n 73) N 165).

⁸² Daragenli (n 61) 180.

⁸³ Daragenli (n 61) 185.

⁸⁴ BGHSt 46, 212, 218 (Rengier (n 76) N 16); Dursun (n 79) 182, dn 80.

⁸⁵ Bu tür suçların, çevre ceza hukukunda da örnekleri mevcuttur. Bkz Alm CK § 324a I Nr.1, § 325 I, § 326 I Nr 4a (Rengier (n 76) N 16).

⁸⁶ Soyut tehlike suçları gibi neticeli suç olmayan soyut-somut tehlike ya da diğer bir deyişle elverişlilik veya potansiyel tehlike suçlarının, Alm CK § 9 anlamında tipik netice olup olmadığının Alman hukukunda problemleri bir konu olduğu ileri sürülmüştür. Alman Federal Mahkemesi (BGH), neticenin sadece somut tehlike suçlarındaki tehlike olmadığını belirtilip aynı zamanda elverişlilik suçlarındaki elverişliliği de netice kapsamında değerlendiren görüşü, Alm CK § 9'daki netice tanımını, düşündürücü bir biçimde genişlettiği için eleştirmektedir. Ancak bir görüşe göre, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun düzenlendiği Alm CK § 130 I ve III'te aranan kamu barışının ihlaline elverişlilik, netice kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin, Almanya doğumlu ve Avustralya vatandaşı olan T, kendi web sitesinde, soykırımı reddeden içerik yayımlar. Bu içeriğe, internet aracılığıyla Almanya'da ulaşılabilir. Ancak tıpkı Alm CK § 6 I'e göre, Alman ceza hukukunun uygulanmasında olduğu gibi, Alman ceza hukuku uygulamasını fazla esnetmemek için uluslararası hukuk kapsamında meşrulaştırılmış bir bağlantı noktası gerekmektedir. Yüksek Mahkeme, Almanya'daki Nasyonel Sosyalist diktatörlük sırasında soykırımı reddetme içeriğini yeterli görmek istemiştir. Ancak ülke içi bir bağlantı noktası olmalıdır. Bu bakımından da Alm CK § 5'ten § 7'ye kadar failin vatandaşlığı ya da ikamet gibi bağlantı noktaları aramak daha anlamlı bulunmaktadır (Baumann, Weber, Mitsch ve Eisele (n 67) N 33).

TCK m 216/3, “Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” düzenlemesine yer vermektedir. Aşağılama fiilinin, kamu barışını bozmaya elverişli olması, kişilerin barış esasına dayalı hukuk toplumunda yaşadıklarına dair duygunun zedelenmesi veya zedelenme ihtimalinin somut bir biçimde ortaya çıkması şeklinde yorumlansa dahi⁸⁷ esasında kamu barışının bozulmasının ya da kişilerin barış esasına dayalı hukuk toplumunda yaşadıklarına dair duygunun zedelenmesinin somut bir biçimde ortaya çıkması aranmamaktadır. Zira söz konusu fiilin, kamu barışını bozmaya elverişli olması yeterli görülmektedir.

Ancak TCK m 216/3 ile ilgili olarak madde gerekçesinde, “*fiilin cezalandırılabilmesi için kamu barışını bozmaya elverişli olması gerekir*” ifadesi yer almaktadır. Buradan yola çıkıldığında, elverişliliğin, cezalandırma için aranan bir koşul olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Fakat madde gerekçesinin bağlayıcı olmadığı ve tek başına gerekçede yer alan ifadeden yola çıkarak hukuki nitelik belirlemesinin yerinde olmadığı söylenebilir. Buna rağmen, madde metninde yer alan “kamu barışını bozmaya elverişli” olma koşulunun objektif cezalandırılabilme koşulu olduğu ileri sürülmektedir⁸⁸.

Aynı zamanda suçun bu yönüyle somut tehlike suçu olduğu ileri sürülmekte olup, dini değerlerin aşağılanması yeterli olmadığı, aşağılamanın kamu barışını bozmaya elverişli olması gerektiği belirtilmiştir⁸⁹. Ancak bu suç, soyut-somut tehlike suçu kapsamında ele alınmalıdır. Çünkü halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanması; ancak fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde cezalandırılacaktır. Burada kamu barışını bozmaya elverişli olan alenen aşağılama, suç olarak düzenlenmiştir. Fiile dair fiil ile doğrudan bağlantılı bir özellik olarak kabul ettiğimiz elverişlilik hususu, fiil kapsamında incelenmelidir. Böylelikle bu ifade ile alenen aşağılama fiilinin, ne şekilde işleneceği, diğer bir deyişle fiilin işleniş şeklinin nasıl gerçekleştirileceğine işaret edilmiştir.

Alman hukukunda, soyut-somut tehlike suçlarına, Alm CK § 130 I ve III tipik örnek olarak gösterilmektedir⁹⁰. Nitekim Alm CK § 130 I ve III’te yer alan fiillerin, kamu barışını bozmaya elverişli olmaları aranmaktadır. Fiilin işlenmesi ile kamu barışının, somut tehlike altında olması gerekli değildir. Ancak somut fiilin, genel olarak tehlikeliliği gereklidir. İfadenin içeriği, türü, yeri gibi belirli durumlar nedeniyle kamu barışını bozmaya elverişlilik aranmaktadır⁹¹. Bu nedenle Alm CK

⁸⁷ Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 5) 6558; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu C 2 (141-345. md)* (Ankara 2007) 1603.

⁸⁸ Artuk ve Alşahin, (n 23) 996; Artuk, Gökcan, Alşahin ve Çakır, (n 30) 899. Objektif cezalandırılabilme koşulları hakkında haksızlık bakımından önem arz eden ve haksızlık bakımından önem arz etmeyen objektif koşullar şeklinde yapılan ayırım ve bu koşullara dair ayrıntılı bilgi için bkz Claudius Geisler, *Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip* (Berlin, Duncker&Humblot 1998) 211 vd.

⁸⁹ Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 5) 6558.

⁹⁰ Rengier (n 76) N 16.

⁹¹ Schäfer (n 2) N 9.

§ 130 I ve III'te yer alan suçların, soyut-somut tehlike, diğer bir deyişle potansiyel tehlike suçları oldukları kabul edilmektedir⁹². Aksi görüşe göre, Alm CK § 130 I ve III'te aranan kamu barışını bozmaya elverişlilik koşulu, soyut-somut tehlike suçu olarak adlandırılmış olsa dahi, bu husus, suçun soyut tehlike suçu karakterinin değiştiği anlamına gelmemektedir⁹³. Bu görüşe göre, halk kesiminin insan onuruna karşı saldırı, kamu barışı için genel bir tehlikeye neden olur. Bu genel tehlikelilik, soyut tehlike suçlarının yasal zemine kavuşmasını sağlamaktadır⁹⁴.

Alm CK § 130 II, Nr 1, fiilin yazı ile yayma şeklinde işlenmesi haline ilişkindir. Bunun yanı sıra § 130 II, radyo veya telekomünikasyon yoluyla suçlu içeriğin yayılmasını cezalandırılabilir kılmaktadır. Alm CK § 130 I ve III'ün aksine, bu fıkra bakımından kamu barışının ihlaline elverişliliğin tespiti, zorunlu değildir. Bu nedenle bu fıkrada yer alan suç, soyut tehlike suçu olarak nitelendirilmektedir⁹⁵.

3. Netice

Suçun maddi unsurlarından netice⁹⁶, zarar veya zarar ihtimali, diğer bir deyişle zarar veya tehlike şeklinde ortaya çıkabilir⁹⁷. Korunan hukuki değer esas alınarak yapılan tanıma göre zarar, ceza normu ile korunan hukuksal yararın ihlali demektir⁹⁸. Zarar, henüz meydana gelmemiş ise, menfaatin kaybı ya da azalması söz konusu değildir⁹⁹. Zarar suçlarında, somut bir zarar, netice olarak öngörülmektedir. Bu nedenle zarar suçlarında, zarar neticesinden söz edilebilecektir¹⁰⁰. Ancak ceza hukuku, sadece hareketten doğan zarar sonucu ile ilgilenmeyip, doğabilecek sonuçlarla da ilgilenmektedir. Bu noktada da tehlike kavramı ve tehlike suçları ortaya çıkmaktadır. Zarar suçları ve tehlike suçları arasındaki ayırım, suçun konusu ve korunan hukuki değer arasındaki farka dayandırılmaktadır¹⁰¹. Zarar suçlarında, işlenen fiil ile suçun konusu zarara uğrattılmakta iken, tehlike suçlarında, işlenen fiil ile suçun konusu tehlikeye maruz kalmaktadır.

⁹² Kühl (n 5) N 1; Schäfer (n 2) N 9, 10.

⁹³ Ostendorf (n 9) N 5. Bu düzenlemenin kısmen soyut tehlike suçu olarak şekillenmesi, karışık ve zor anlaşılır yapısı, hükmün gerekliliğine ilişkin itirazlara sebep olmuştur (Schäfer (n 2) N 8).

⁹⁴ Alm CK § 130'daki fiile ilişkin genel tehlikelilik, değerlendirilen her bir olayda ayrı ayrı tespit edilmelidir. (Ostendorf (n 9) N 5).

⁹⁵ Kühl (n 5) N 1; Schäfer (n 2) N 12.

⁹⁶ Suç unsuru netice ile suçun neticesi birbirinden farklıdır. Zarar ve tehlike unsur değil, zarar ve tehlike neticesi unsurdur. Kanuni tarife zararlı veya tehlikeli olarak tarif edilmeyen neticenin, zararlı veya tehlikeli olmadığı sonucuna ulaşamaz. Bu hususa, kanunen önem arz etmeyen bir netice olarak öldürme suçunda, öldürülen kişinin çocuklarının yoksulluğa düşmesi örnek verilebilir (Kunter (n 70) 140).

⁹⁷ Zafer (n 66) 238.

⁹⁸ Alacakaptan (n 1) 19.

⁹⁹ Kunter (n 70) 124.

¹⁰⁰ Heinrich (n 73) N 161. Kanun koyucunun, kanuni tarifte, zarar şeklinde dış değişikliğe yer verdiği suçlar, *zarar suçları*, *maddi suçlar* ve *neticeli suçlar* olarak adlandırılmaktadır (Zafer (n 66) 239).

¹⁰¹ Rengier (n 76) N 8; Kindhäuser (n 68)190.

Zarar kavramının zıddı olarak ifade edilen tehlike¹⁰², olasılık kavramı ile izah edilmeye çalışılmış, olasılıktan farklı bir şey olmadığı ileri sürülmüştür¹⁰³. Tehlike, zarara ilişkin kuvvetli bir imkân veya ihtimal olarak da tanımlanmaktadır¹⁰⁴. Böylece meydana gelmiş olan zararlar ile birlikte meydana gelmesi muhtemel olanlar da kapsam dâhilinde olacaktır¹⁰⁵.

Ceza hukuku bakımından her netice değil, kanuni tarife uygun netice önem arz etmektedir. Netice, suçun konusunun değer kaybına uğraması olarak gösterilmiş olabilir. Tehlikenin, netice olarak tanımlandığı suçlarda somut tehlike, neticedir. Somut tehlike suçlarında, tehlike yakındır ve bu suçlar, yakın tehlike suçları olarak da adlandırılmaktadır¹⁰⁶. Diğer bir deyişle, tehlike bir tür neticedir ve harekete nedensellik bağı ile bağlanabilir olmalıdır¹⁰⁷. Tehlikenin, hem korunan hukuki değere hem de suçun konusuna göre tanımlandığı görülmektedir. Buna göre, tehlikenin cezalandırma normuna konu olması halinde, korunan hukuki değere yönelen tehlikenin gerçekleşmesi suç tipinde açıkça yer almalıdır¹⁰⁸. Diğer yandan somut tehlike suçlarında, kanuni tarifte, hareketin üzerinde tehlike yaratacağı maddi konunun belirtilmiş olması gerekir¹⁰⁹. Bu durumda somut tehlike suçlarının, netice suçu olduğu ve neticenin de somut tehlikenin ortaya çıkması şeklinde olduğu ifade edilebilir. Somut tehlike suçlarında, zarar, tesadüfen ortaya çıkmamıştır¹¹⁰. Suçun konusu üzerinde gerçek bir tehlikenin mevcut olması yeterli olduğundan, bu suçlar ile zarar neticesi değil; tehlike neticesi veya netice tehlikesinin yaratıldığı kabul edilmektedir¹¹¹.

Hareket ile meydana gelen tehlikenin, ceza normu ile korunan hukuksal yararı ihlal edecek nitelikte olup olmadığı, zarar meydana gelme olasılığı, tehlike oluşturan hareketin zarar neticesi doğurma imkanı değerlendirilmelidir. Tehlike varsayımından yola çıkarak değil; korunan hukuki değere yönelen, bu değeri ihlal gücündeki, diğer bir deyişle ihlale elverişli mahiyette olan gerçek bir tehlikeyi esas alarak suç tipi düzenlenmelidir. Tehlike, zarar suçunun meydana gelmesi bakımından uygun, elverişli değilse, cezalandırılabilir bir özellik arz etmemektedir. Bu suçlarda, zarar tehlikesinin varlığı aranmaktadır. Ayrıca bu noktada incelenmesi gereken, korunan

¹⁰² Kunter (n 70) 126.

¹⁰³ Alacakaptan (n 1) 19.

¹⁰⁴ Kunter (n 70) 125.

¹⁰⁵ Uğur Alacakaptan, *İşlenemez Suç* (Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları) 65.

¹⁰⁶ Zafer (n 66) 239.

¹⁰⁷ Zafer (n 66) 245; Ömer Metehan Aynural, *Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK 179/3)* (İstanbul, On İki Levha 2018) 26, 27.

¹⁰⁸ Alacakaptan (n 1) 19.

¹⁰⁹ Zafer (n 48) 232.

¹¹⁰ Heinrich (n 73) N 161; Rengier (n 76) N 10.

¹¹¹ Öztürk ve Erdem (n 73) N 354.

hukuki değer bakımından objektif bir tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığıdır¹¹². Somut olayda tehlike neticesinin ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı, tehlikenin tespitinin nasıl yapılacağı tartışma konusu olmuştur. Tehlikenin tespitinin, hakim tarafından genel yaşam tecrübesine göre, objektif ve ex-ante bir değerlendirme ile yapılacağı kabul edilmektedir¹¹³.

TCK m 216/1'e göre, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun oluşumu için halkın belirli bir kesiminin, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa tahrik olması ve bunun bir sonucu olarak o kesime karşı suç işlemiş olması gerekli değildir. Nitekim tahrik suçlarında, cezalandırma için tahrik edilen suçun işlenmesi beklenmez. Çünkü aksi halde, suçun önlenmesinde, suç ile mücadele edilmesinde geç kalınabileceği düşüncesi vardır¹¹⁴.

Görülmektedir ki, bu suç bakımından kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması aranmaktadır¹¹⁵. Açıklık, tehlike halinin kuşkuya yer bırakmayacak bir özellik arz etmesi; yakınlık ise, kullanılan ifadelerin zarar yaratma ihtimalinin yakın olması anlamına gelmektedir. Tehlikenin açıklığının ve yakınlığının her somut olayda, olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁶.

Bununla birlikte, madde metninde belirtilen tehlike durumunun, kamu güvenliği açısından ortaya çıkan somut bir tehlike olduğunu görmekteyiz. Diğer bir deyişle, failin

¹¹² Alacakaptan (n 1) 19-22.

¹¹³ Zafer (n 66) 240, 241; Aynural (n 107) 27.

¹¹⁴ Önder (n 36) 379.

¹¹⁵ "Açık ve yakın tehlike" kavramı, Tasan'da olmayıp, Komisyon'da eklenmiştir. Yapılan bu eklemenin gerekçesi şu şekildedir: "Ülkemizde ifade özgürlüğünün genişletilmesi süreci ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarının bağlayıcılığı da göz önünde tutularak, madde metnine ifade özgürlüğünün kapsamını genişletmek amacı ile "açık ve yakın tehlike" koşulu eklenmiştir. Buna göre söz konusu suçun oluşması için işlenen fitil nedeniyle kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikenin ortaya çıkması gerekir. Açık ve yakın tehlikenin belirlenmesinde hâkimin böyle bir durumun ortaya çıktığına dair somut olguların varlığına ilişkin dayanak noktalarını tesbit etmesi bunları kararında göstermesi zorunludur."

¹¹⁶ Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 5) 6553. Yargıtay'ın bazı kararlarında halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından değerlendirilecek olan ifadelerin sarf edilmesinden sonra bir olay yaşanıp yaşanmadığına göre değerlendirme yapıldığını görmekteyiz. Örn "Konuşma sonrasında herhangi bir olayın yaşanmadığı yakın bir tehlikenin varlığından söz edilemeyeceği" "Yargıtay 8 CD, 8117/11026, 06.10.2011" Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 5) 6588, 6589. "Kürtçe şarkı söyleyen sanığın bu eyleminin şarkının söylendiği ortam ile türkücü olan sanığın etkinliği, düğünün bir olay meydana gelmeden sona erdiği, kamu güvenliği açısından açık, yakın ve somut bir tehlikenin saptanamaması" nedeniyle bozma kararı verildiği görülmektedir. "Yargıtay 8 CD, 14850/18205, 28.12.2011" Yaşar, Gökcan ve Artuç (n 5) 6588, 6589. "Basına ve Kamuoyuna" başlıklı basın açıklamasının bütünü gözetildiğinde, geçmiş olaylara ve gelecekte yaşanabileceklere yönelik görüş açıklaması niteliğinde bulunduğu, konuşma sonrasında herhangi bir olay yaşanmadığı gibi yakın bir tehlikenin varlığından da söz edilemeyeceği... " "Yargıtay 8 CD, 7607/6296, 29.02.2012" Kazancı İçtihat Bankası <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 06.03.2020. Bu kararlarda, ex-post yapılan değerlendirme ile halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu incelenerek karar verilmektedir. Bu durumda ise, herhangi bir olayın meydana gelip gelmemesi bir kriter olarak ele alınmaktadır. Ancak tehlike suçu niteliğinde olan bu suçun sonucunda, meydana gelen zarara göre değerlendirme yapılmamalıdır. Nitekim bu suç tipi bakımından da aranan "tehlike", zarardan evvelki, zararın henüz gerçekleşmediği, gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu durumdur. Zararın meydana gelmemesi, tehlikenin de mevcut olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır.

tahrik oluşturan fiilin sonucunda, somut tehlikenin ortaya çıkması aranmaktadır¹¹⁷. Doktrinde, açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkmasının, suçun kurucu bir unsuru olmayıp, objektif cezalandırılabilme koşulu olduğu ileri sürülmektedir¹¹⁸. Bu görüşe göre; suç, aleni tahrikin yapılması ile tamamlanmaktadır. Ancak failin cezalandırılabilmesi için kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması aranmaktadır¹¹⁹. Bu durumda da fiil sonucunda, kamu güvenliği için açık ve yakın bir tehlike ortaya çıkmadığı durumlarda cezalandırma söz konusu olmayacaktır. Ancak teşebbüs başlığında değerlendirdiğimiz üzere, objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmesi halinde, teşebbüsten sorumluluk söz konusu olabilecektir. Ancak somut tehlike suçlarında, hareketin gerçekleşmesi sonucunda somut bir tehlikenin ortaya çıkmasının aranmasında, objektif cezalandırılabilme koşulları bakımından aranan soyut nedensellikten, daha yoğun bir bağlantı olmalıdır¹²⁰. Bununla birlikte halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda aranan kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması, bu suçun somut tehlike suçu olduğuna işaret etmektedir. Somut tehlike suçlarında aranan somut tehlike, objektif bir nitelik arz etmeyip, failin fiili ile doğrudan bağlantılı özellikler içermektedir¹²¹. Bu durumda, somut tehlike suçlarının, neticeli suçlar olduğunu ve somut tehlike neticesinin ortaya çıkmasının, suçun tamamlanması için arandığını ifade edebiliriz¹²².

Nitekim somut tehlike suçlarında aranan somut bir tehlikenin gerçekleşmesi, maddi unsurlar kapsamında değerlendirilmelidir¹²³. Bununla birlikte somut tehlikenin, geniş anlamda netice¹²⁴ kapsamında ele alınabileceği ve bu hususun, suçun unsurları dışında objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değerlendirilemeyeceği ve bunun bir sonucu olarak bu unsurun failin kastının kapsamında olduğu söylenebilir. Ancak somut tehlike suçuna teşebbüs hususu tartışmalı olup, mevcut teşebbüs düzenlemesi de dikkate alınarak somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır.

¹¹⁷ Donay (n 21) 310.

¹¹⁸ Horn (n 62) 101 vd; Kindhäuser (n 68) 190; Özgenç (n 19) 694; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Ankara, Seçkin 2019) 209; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 30) 875; Aslı Ekin Yılmaz, *Suç ve Suçluyu Övme Suçu* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi (2019) 100; Yaşar, Gökçen ve Artuç (n 5) 6553. Somut tehlikenin hem objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul edilmesi hem de nedensellik bağı ile bağlantı kurularak açıklanmasına dair eleştiriler için bkz Ersoy (n 63) 43, 44.

¹¹⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 30) 865, 875; Zafer (n 66) 475 dn 16.

¹²⁰ Wessels, Beulke ve Satzger (n 64) N 28; Heinrich (n 73) N 163.

¹²¹ Failin hareketi ile doğrudan bağlantılı olmayan özellikler gerektiren suçlar ile failin hareketi ile doğrudan bağlantılı özellikler gerektirmeyen suçlar ayrımı hakkında bkz Elif Bekar, *Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar* (İstanbul, On İki Levha 2017) 179 vd.

¹²² 765 sayılı TCK döneminde yaşanan haksız ve aşırı uygulamaların önüne geçilebilmesi amacıyla yürürlükteki TCK döneminde, kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkmasının arandığı ve bu hususun suçun unsuru olarak yorumlanması gerektiği hakkındaki görüş için bkz Ersoy (n 63) 60.

¹²³ Heinrich (n 73) N 163.

¹²⁴ Geniş anlamda netice, kişisel özgürlük alanına, doğrudan ihlal şeklinde yahut dolaylı bir biçimde etki etmek suretiyle yapılan müdahale olarak tanımlanmaktadır. Böylece özgürlük alanının, en azından somut tehlike altına girmiş olması aranmaktadır. Bkz Cemil Ozansü, *Ceza Hukukunda Kastan Doğan Sübjektif Sorumluluk* (Ankara, Seçkin 2007) 73.

Genel olarak “ifade suçları”¹²⁵ olarak nitelendirilen Alm CK § 130’da düzenlenen suçlar, farklı suç türlerine örnek teşkil etmektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, Alm CK § 130 II soyut tehlike suçuna, I ve III soyut-somut tehlike suçuna örnek teşkil ederken¹²⁶, kamu barışının bozulmasının arandığı Alm CK § 130 IV ise, neticeli bir suç olup, zarar suçuna örnek teşkil etmektedir.

4. Fail

Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişiler, fail olarak sorumlu olacaktır. TCK m 37’de yer alan faile ilişkin bu genel tanımdan hareketle, failin kanuni tanımdaki fiili işleyen kişi olduğu söylenebilecektir. Özgü suç olarak nitelendirilen bazı suç tiplerinde, fail bakımından özellik arz eden bir takım hususlar aranmaktadır¹²⁷. Aranan bu özelliklere sahip olmayanlar, söz konusu suç bakımından fail olarak sorumlu tutulamayacak olup, ancak şerik olarak sorumlulukları söz konusu olabilecektir.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunun faili bakımından herhangi bir özellik aranmamıştır. Sonuç olarak fiili işleyen kişinin, özel bir sığata sahip olmasının aranmadığı, herkesin fail olabileceği bu suç, özgü bir suç değildir. Bununla birlikte TCK m 266’ya göre, görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri, bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında, ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Kamu görevlisi olan fail hakkında bu hükümde yer alan unsurların gerçekleşmesi halinde, bu fıkra hükmü uygulama alanı bulacaktır¹²⁸. Diğer yandan bu suçun faili, gerçek kişidir. Tüzel kişi yararına suç işlenmesi halinde fail, tüzel kişilik yararına suç işleyen gerçek kişidir¹²⁹.

Dolayısıyla m 216/1’de yer alan suç tipi bakımından fail, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimsedir. TCK m 216/2 bakımından halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi faildir. TCK m 216/3’e göre ise, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, suçun failidir.

Bununla birlikte failin belli bir özelliğe sahip olması, toplumun belirli bir kesiminin kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi konusunda daha etkin olabilir. Belirli bir konumdaki

¹²⁵ Schäfer (n 2) N 9-11.

¹²⁶ Schäfer (n 2) N 9-11.

¹²⁷ Zafer (n 66) 189.

¹²⁸ Apış (n 23) 84.

¹²⁹ Özgenç (n 19) 213; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (22. Bası, Ankara, Adalet 2019) 137; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Bası, Ankara, Adalet 2018) 309; Altıkay (n 6) 71.

kişilerin, örneğin bir siyasi liderin söylemlerinin, diğer kişilerin söylemlerine nazaran daha fazla etkiye sahip olduğu söylenebilir¹³⁰. Ancak bu durum, suçun işlenmesi için fail bakımından belirli özellikler arandığı anlamına gelmemektedir.

TCK m 216/2 bakımından tartışma konusu yapılan husus, kişinin kendi mensup olduğu gruba karşı aşağılama suçunu işlemesi halinde, fail olarak kabul edililmeyeceğidir. Birbirinden farklı görüşlerin mevcut olmasına rağmen, aynı gruptan olursa dahi toplum içinde sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak ayrılabilen halkın bir kesimine karşı alenen aşağılama suçu işlendiği takdirde, fail olarak sorumluluğun doğmasının gerekli olduğu söylenmelidir¹³¹. Yine bu bağlamda, TCK m 216/3'te yer alan aşağılama fiilini işleyen kişi, kendi inandığı dini değerleri aşağıladığında da bu suçtan sorumlu olacaktır.

Son olarak suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi hali incelenmelidir. Suç, basın ve yayın yoluyla işlenirse, Basın Kanunu'nun ilgili düzenlemeleri uygulanmalıdır. Basın ve yayın yoluyla işlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunda failin tespiti, Basın Kanunu m 11'e göre yapılacaktır. Buna göre, süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan, eser sahibi sorumludur.

Ayrıca Basın Kanunu m 11' göre, süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümlerle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili kişi, sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.

Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümlerle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı; yayımcının belli

¹³⁰ “Anti laik odaklaşması nedeni ile sonradan kapatılan bir siyasi partinin önde gelen isimlerinden olan ve yığınları etkileyebilme özelliğinde bir mevkiye sahip bulunan sanığın, Siirt'te açık hava toplantısındaki konuşmasına Ziya Gökalp'in eserinden bir bölüm olarak alınan ‘minareler süngü, kubbeler miğfer camiler kışlamız, müminler asker’ şüirini okuyarak başlaması, hiçbir şeyin kendilerini sindiremeyeceğini, kendilerinin susturulamayacağını, ezanları susturanlar karşısında patlayacaklarını, referansının İslam olduğunu, bu ülkede inançlara saygı duyulmadığını, yoruma değil, yorumcuya bakılması gerektiğini, kula kulluk edilmeyeceğini (Atatürkçü laik kesim amaçlanmış), hakka kulluk edenlerden olduklarını (İslami şeriat ile bütünleştirilen Müslümanlar amaçlanmış) söylemesi eyleminde halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun unsurları oluşmuştur.” “Yargıtay 8 CD, 10296/11672, 23.09.1998” Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 09.12.2019. Ayrıca bu hususun, hareketin elverişliliği kapsamında ele alınması gerektiği hakkında bkz Türay (n 20) 231, 232.

¹³¹ Aynı yönde bkz Altıkat (n 6) 71. Bu hususu, halkı kin ve düşmanlığa tahrik bağlamında değerlendiren aksi görüş için bkz Gökçen (n 30) 132. Yazar, aynı dine, aynı ırka, aynı mezhebe, aynı sınıfa ya da aynı bölgeye mensup insanların birbirine karşı tahrik edilmesi durumunda, fiil tipik olmadığı için inceleme konusu suçun oluşmayacağını ileri sürmektedir. Yazar tarafından aksi görüşün, ceza hukukunda kıyas anlamına geleceği belirtilmiştir (Gökçen (n 30) 133).

olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur.

Basın Kanunu’nda yer alan bu düzenleme gereği, eser sahibinin işlediği suçtan duruma göre sorumlu müdür, yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili, yayımlatan, yayımcı veya basımcının sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ancak bu düzenleme, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ile çelişki halinde olmasından ötürü hem Anayasa’ya hem de TCK’ya aykırı görülüp, eleştirilmektedir¹³². Son olarak suçun faili bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir. Birden fazla faille işlenmesi halinde, suça iştirak hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹³³.

5. Mağdur

Mağdur, suçun konusunun ait olduğu¹³⁴ ya da suç işlenerek zarar verilen değerlerin sahibi olan kişi olarak tanımlanmaktadır. Mağdur ve suçtan zarar gören, aynı kişi olabileceği gibi farklı kişiler de olabilir¹³⁵. Mağdur, aynı zamanda suçun işlenmesinden zarar gören kişidir. Fakat suçtan zarar gören, her zaman mağdur olmayabilir. Diğer yandan suçun mağduru, ancak gerçek kişiler olabilir. Bununla birlikte kişi topluluklarının, suçun mağduru olamayacağı ileri sürülmektedir¹³⁶. Tüzel kişiler de işlenen suç dolayısıyla mağdur değil; suçtan zarar gören olabilirler¹³⁷. Alm CK § 130’a göre, sadece Almanya’da Alman vatandaşı olarak yaşayanlar, mağdur olarak kabul edilebilecektir. Buna karşılık tüzel kişilik bünyesindeki dini topluluklar, mağdur olamayacaktır. Ancak saldırıya uğraması halinde, bir grubun temsilcisi olan kişi, suçun mağduru olabilecektir¹³⁸.

TCK m 216/1’de sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip olan ve kin ve düşmanlığa alenen tahrik edilen halk kesiminden söz edilmektedir. Burada zikredilen halk kesiminin, belirli bir sayıya ulaşması ve toplum bakımından belirli bir önemi haiz olması gerekmektedir. Nitekim tahrik fiilinin yöneldiği halk kesimi, belirli özellikleri ile ayrılabilen ve çok az sayıda olmayan bir çoğunluğu ifade etmektedir¹³⁹. Ancak tahrik edilen halk kesiminin, suçun mağduru olduğu ileri sürülse dahi, mağdur, toplumu oluşturan herkestir. Kamu barışının korunduğu bu suçun mağduru, tahrik fiili, belirli bir halk kesimi aleyhine yapılmış olsa dahi belirtilen halk kesimi ile birlikte genel olarak tüm toplumdur.

¹³² Mustafa Özen, “Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi” (2008) (75) TBB Dergisi 106.

¹³³ Gökçen (n 30) 72.

¹³⁴ Koca ve Üzülmöz (n 18) 116.

¹³⁵ Hakeri (n 128) 138, 139.

¹³⁶ Koca ve Üzülmöz (n 18) 117.

¹³⁷ Koca ve Üzülmöz (n 18) 117.

¹³⁸ Kühl (n 5) N 2.

¹³⁹ Kühl (n 5) N 2.

765 sayılı Kanun'da yer alan halkın bir kısmını tahkir suçunda, söz konusu halk kesimine yönelik belirleme yapılmamış olup, herhangi bir özelliği ile farklı olan halk kesimi olması yeterli görülmüştü¹⁴⁰. Buna göre, toplum içinde farklı özelliklere sahip olan grubun, mağdur olduğu kabul edilmektedir. Buna gerekçe olarak, aleniyet şartının aranmaması ileri sürülmektedir¹⁴¹. Bununla birlikte bu Kanun döneminde, halkın bir kısmının, suçun doğrudan doğruya mağduru, kamunun ise dolaylı mağduru olduğu da ifade edilmiştir¹⁴².

TCK m 216/2'de, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılanan halk kesimi söz konusudur. Aşağılama fiilinin yöneldiği halk kesiminin, bu suçun mağduru olduğu ileri sürülmektedir¹⁴³. Bununla birlikte sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılanan halk kesiminin doğrudan mağdur, tüm toplumun ise dolaylı mağdur olduğu düşünülebilir. Ancak halk kesimi olarak ifade edilen insan topluluğu, belirsiz sayıdadır. Bu belirsiz sayıdaki insan topluluğu aşağılanarak aslında tüm topluma yönelik suç işlenmektedir. Suçun yöneldiği halk kesiminin suçtan daha fazla etkilenmiş olması söz konusu olabilir. Ancak bu suç ile kamu barışının korunması amaçlanmaktadır. Bu nedenle suçun mağdurunun, söz konusu halk kesimi ile birlikte tüm toplum olduğu kabul edilmelidir.

Son olarak TCK m 216/3'de ise, benimsediği dini değerleri alenen aşağılanan halkın bir kesimi yer almaktadır. Bu suçun mağdurunun, benimsediği dini değerleri alenen aşağılanan halk kesimi olduğu ileri sürülmektedir¹⁴⁴. Diğer yandan bu suç bakımından da benimsediği dini değerleri alenen aşağılanan halkın bir kesiminin doğrudan mağdur, toplumun ise, dolaylı mağdur olduğu da kabul edilmektedir¹⁴⁵. Bu suç tipi bakımından da, söz konusu suç ile kamu barışının korunduğu dikkate alındığında mağdurun, benimsediği dini değerleri alenen aşağılanan halk kesimi ile birlikte tüm toplum olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

Öte yandan dini değerleri aşağılanan halk kesiminin, aşağılama fiilini algılaması aranmamaktadır. Bu nedenle belirtilen halk kesiminde yer alan kişilerin, sağır olması veya isnat yeteneğinin bulunmaması suçun oluşması bakımından önem arz etmemektedir¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Gökçen (n 30) 74.

¹⁴¹ Altıkat (n 6) 53.

¹⁴² Zafer (n 48) 223.

¹⁴³ Apış (n 23) 85.

¹⁴⁴ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 30) 895; Apış (n 23) 505.

¹⁴⁵ Zafer (n 48) 223.

¹⁴⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 30) 895, 896.

B. Manevi Unsurlar

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama başlığı altında düzenlenen suç tiplerini ayrı ayrı değerlendirecek olursak ilk olarak TCK m 216/1’de düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun, kasten işlenebilen bir suç olduğunu belirtmek gerekecektir. Bu halde halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun doğrudan ve olası kast ile işlenebileceği söylenebilecektir. Fakat diğer bir görüşe göre, bu suç ancak doğrudan kast ile işlenebilir¹⁴⁷. Bununla birlikte suçun kast dışında, kastı hazırlayan belirli amaç veya saik ile işlenmesi aranmamaktadır. Buna rağmen her ne kadar madde metninde zikredilmemiş olsa dahi ayrıca saikin aranması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁴⁸.

Bu madde kapsamında öngörülen kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike, somut tehlike suçuna işaret etmekte olup, netice kapsamında ele alınmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, TCK m 216/1’de aranan açık ve yakın tehlike, failin kastının kapsamında değerlendirilmelidir¹⁴⁹. Ancak somut tehlikeyi objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul eden aksi görüşe göre, somut tehlike failin kastı kapsamında değildir¹⁵⁰. Diğer yandan bu suçun taksirli hali düzenlenmediğinden taksirli sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

TCK m 216/2’de yer alan halkın bir kesimini belirli özellikleri nedeniyle alenen aşağılama suçunun manevi unsuru kasttır. Suçun taksirli hali düzenlenmediğinden, taksirli sorumluluk bu suç bakımından da söz konusu olmayacaktır. Kastten işlenen diğer suçlarda olduğu gibi halkın bir kesimini alenen aşağılama suçunun, doğrudan ve olası kast ile işlenebileceği söylenebilir. Ayrıca bir saike yer verilmediği için failin cezalandırılabilmesi bakımından suçun kasten işlenmesi yeterlidir.

Bununla birlikte suçun sadece doğrudan kast ile işlenebileceğini kabul eden bir görüşe göre, bu suç bakımından failin saikinin önem arz ettiği, failin belirli bir saikle hareket etmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁵¹. Diğer yandan halkın bir kesimini aşağılama suçunun işlenebilmesinin, failin nefret saiki ile hareket etmesi ile mümkün olacağı ileri sürülmektedir. Bu görüş tarafından, nefret saikinin, halkın bir kesimini aşağılama suçundan daha geniş bir tanıma sahip olduğu ve nefret söylemlerinin, nefret saiki ile işlendiği kabul edilmektedir¹⁵².

¹⁴⁷ Apiş (n 23) 199.

¹⁴⁸ “...failin özel kastına doğrudan işaret eden bir ibare mevcut olmamasına rağmen hükmün kaleme alınış tarzı, tahrikin niteliği ve muhataplarda aranan hususiyetler suçun oluşması için özel kastın aranmasını gerekli kılmaktadır. Bu bakımdan suçun oluştuğunun tespiti için failin hususi maksadının (saik) araştırılması gerekir.” Gökçen (n 30) 296.

¹⁴⁹ Wessels, Beulke ve Satzger (n 64) N 28; Heinrich (n 73) N 163; Bekar (n 121) 246.

¹⁵⁰ Objektif cezalandırılabilme koşullarının failin kastı veya taksiri kapsamında ele alınmayacağı hakkında bkz Bekar (n 121) 56-59, Geisler (n 88) 9 vd. Ayrıca tehlike suçları ve objektif cezalandırılabilme koşulları arasındaki ilişki hakkında bkz Geisler (n 88) 275 vd.

¹⁵¹ Failin saikinin aranması gerektiğine dair görüşler için bkz Gökçen (n 30) 96. Bu görüşe dair eleştiriler için bkz Zafer (n 48) 248.

¹⁵² Altukat (n 6) 74.

TCK m 216/3’de yer alan halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama suçunun da manevi unsuru kasttır ve suçun taksirli hali düzenlenmemiştir. Bunun bir sonucu olarak halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama suçu, doğrudan veya olası kast ile işlenebilecektir.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama başlığında düzenlenen, üç suç tipinde de aleniyet aranmaktadır. Kasten işlenen suçlarda, kastın kapsamı da incelenmelidir. Maddi unsurlar veya nitelikli unsurlar kapsamında kabul ettiğimiz aleniyet, kastın kapsamındadır. Bu nedenle TCK m 216’da düzenlenen suçlar bakımından aranan aleniyet, suçun temel şekline dâhildir ve kastın kapsamındadır.

Alm CK § 130’da düzenlenen suçun manevi unsuru, kasttır. Bu bağlamda, fiilin işlenmesi bakımından olası kastın varlığı yeterlidir. Bu suç tipi bakımından, kamu barışının ihlali şeklinde özel bir amacın varlığı aranmamaktadır. Bununla birlikte kast, kamu barışını bozmaya elverişlilik de dahil olmak üzere tüm unsurları kapsmalıdır. Failin bu norm kapsamında ele alınabilecek söylemlerini, küçük bir grupta zikretmesi ve fakat söz konusu söylemlerin o grubun dışına taşınması ve failin bu durumu hesaba katmamış olması ihtimalinde, suçun oluşması için aranan kastın eksik olduğu ileri sürülmektedir¹⁵³. Ancak böyle bir durumda, failin halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunu oluşturacak ifadelerinin, belirsiz sayıda kişilere ulaşabileceğini öngörüp, kabullenmesinin, diğer bir deyişle olası kastının mevcudiyeti değerlendirilmelidir.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu kapsamında hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni değerlendirilmelidir. Hakkını kullanan kimseye ceza verilmeyeceği, TCK m 26/1’de düzenlenmiştir. Bu kapsamda halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu ile bağlantılı bir hak olarak ifade özgürlüğü incelenmelidir. Anayasal bir hak olan ifade özgürlüğü, AY m 26’da şu şekilde düzenlenmiştir: “*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet, resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...*”. Bu hakkın sınırlandırılmasına ilişkin düzenleme ise, AY m 26/2’de yer almaktadır. Söz konusu hakkın sınırlandırılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla mümkündür.

¹⁵³ Schäfer (n 2) N 100.

Fikir ve düşünce açıklamaları, kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike oluşturacak şekilde kin ve düşmanlığa tahrik niteliğinde olmamalıdır. Bu noktada da ifade ve düşünce özgürlüğünün, evrensel niteliğine göre değerlendirme yapmak gerekecektir. İfade özgürlüğü esas alınarak, düşünce açıklama ve yayma hürriyeti ihlal edilmeden söz konusu söz veya yazıların, şiddet unsuru içerip içermediği, kin ve düşmanlığa tahrikin var olup olmadığı değerlendirilmelidir¹⁵⁴. Düşünce özgürlüğünü sınırsız kabul etmek, demokratik yapıya, özgürlükler sistemine zarar veren sonuçlar doğuracaktır¹⁵⁵. Bununla birlikte söz konusu ifadelerin, zarar neticesini meydana getirmeye uygun olmaması halinde cezalandırma yoluna gidilmesi, düşünce açıklama özgürlüğünün ihlali gibi demokratik hak ve özgürlüklerin ihlali anlamına gelecektir¹⁵⁶.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun, ifade özgürlüğünü sınırlayan bir yanı olsa dahi haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan açıklamalar bu kapsamda değerlendirilemeyecektir. Nitekim TCK m 218/1, c 2'ye göre; “*Haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz*”. Eleştiri, açıklama yapma şeklinde olmayıp, değerlendirme içermektedir. Eleştiri hakkı, kaynağını Anayasal güvence olan düşünce özgürlüğünden alıp, bir hukuka uygunluk sebebi teşkil eder¹⁵⁷.

Haber verme hakkının, haberi bilme ve toplama, haber verme ve yorumlama ile haberi yazıya dökme ve dağıtma, yayma hakkından oluştuğu kabul edilmektedir. Bu şartlar, basın hürriyetinin de zorunlu şartları olarak kabul edilmektedir¹⁵⁸. Diğer yandan haber verme hakkının, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında kabul edilebilmesi için haberin gerçek ve güncel olması, kamu yararının ve ölçülülüğün mevcut olması aranmaktadır. Haberinin gerçek olmasından anlaşılması

¹⁵⁴ Donay (n 21) 311. Özgürlüğün esas, kısıtlamanın istisnai olması gerektiğine vurgu yapan Yargıtay kararı için bkz “*Suçta konu edilen paylaşımların halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri aşağılamak amacıyla yazıldığı kabulü zorlamayı gerektirmektedir. Sosyal medya üzerinden yapılan paylaşımlarda, özellikle güncel kullanımda hemen her konuda düşünce ifadesine rastlanıldığı, buna özel anlam atfedilebilmesi için çok kapsamlı, özellikle hazırlanmış ve bilinçli bir şekilde belli bir amaca yönelik planlı bir paylaşım gerekeceği düşünülmelidir. Özenli ve özellikli bir yaklaşımla bu amaç gerçekleştirilebilir. ...Özgürlük esas, kısıtlama istisnaidir. İçinde bulunduğumuz yüzyılda, çağdaş olduğuna inandığımız ülkemizde, varlığına her koşulda güvendiğimiz hukuk sistemimizde, özgür bireylerden oluşan özgür bir toplum olmak adına daha hoşgörülü ve geniş bakış açısına sahip olmak gerekmektedir. Dosya içeriğine göre, sanığın siyasi bir kişilik olduğu yine bir siyasetçiye yönelik olarak söylenen sözlerin, kamu barışı açısından açık, yakın ve ciddi bir tehlikeyi somut olarak ortaya çıkarmadığı, şiddet çağırısı ya da tavsiyesi niteliğinde bir anlatım olmadığı gibi sanığın yasal çerçevede ifade özgürlüğünü kullandığı da dikkate alındığında unsurları itibarıyla oluşmayan müstet suçtan sanığın beraati yerine yetersiz gerekçeyle mahkumiyetine karar verilmesi” “Yargıtay 18 CD, 18864/16714, 10.12.2018” Kazancı İçtihat Bankası <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 15.03.2020.*

¹⁵⁵ Alacakaptan (n 1) 18. “*İftira, küfür, onur, şeref ve saygınlığı zedeleyici söz ve beyanlar, müstehten içerikli söz, yazı, resim ve açıklamalar, savaş kıskırtıcılığı, hukuk düzenini zor ve cebir yoluyla değiştirmeye yönelen, farklılıklar arasında nefret, ayrımcılık, kavga, düşmanlık ve şiddet yaratmaya yönelik bulunan beyan, ifade ve eylemler ise düşünce özgürlüğü bağlamında hukuki koruma görmemekte, suç sayılmak suretiyle cezai yaptırımlara bağlanmaktadır.*” “Yargıtay CGK, 8-244/92, 29.4.2008” Kazancı İçtihat Bankası <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 15.03.2020.

¹⁵⁶ Alacakaptan (n 1) 22.

¹⁵⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 30) 897.

¹⁵⁸ Sulhi Dönmez, *Basın Hukuku C I* (İstanbul, Sulhi Garan Matbaası 1958) 61 vd; Sinan Bayındır ve Özge Apış, “Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkının Yazılı Basın Yoluyla İşlenen Hakaret Suçları Açısından Değerlendirilmesi” (2010) (91) TBB Dergisi 91.

gereken, maddi gerçeklikten ziyade belirli bir bilginin doğru olduğuna inanmak için yeterli sebebin mevcut olmasıdır. Haberin güncel olması ise, geçmişte gerçekleşen ve unutulmuş olan bir olayın hatırlatılmasında kamu yararının bulunmasıdır. Halkın bilgilenme hakkı olduğu gibi basın da kamu yararının varlığı halinde haber verme hakkı mevcuttur. Bu hakkın, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi, haberin gerçek ve güncel olması ile kamuyu ilgilendirmesinin yanı sıra ölçülü olmasına bağlıdır. Burada haberde kullanılan ifadeler, tahkir edici veya aşağılayıcı nitelikte ise, bu hukuka uygunluk nedeni uygulama alanı bulamayacaktır¹⁵⁹. Zira aşağılayıcı, bilimsel değerden yoksun, sanatsal yönü bulunmayan, sadece insanların utanma duygularını incitmek amacı taşıyan ifadelerin, düşünce açıklama özgürlüğü ve haber verme hakkı kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir¹⁶⁰.

Diğer bir hukuka uygunluk sebebi olan ilgilinin rızası ise, normun koruma alanının birey ile sınırlı olmaması nedeniyle¹⁶¹ bu suç bakımından önem arz etmemektedir¹⁶².

IV. Nitelikli Unsurlar

TCK m 218’de ortak bir hükme yer verilerek, kamu barışına karşı suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, cezanın artırılacağı düzenlenmiştir. Bu hükme göre, basın ve yayın yoluyla işlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunda verilecek ceza, yarı oranına kadar artırılacaktır. Bu nitelikli hal, kişiye daha fazla ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli haldir. Yarı oranına kadar yapılacak artırımda, oranın belirlenmesi noktasında hâkimin takdir hakkı söz konusudur. TCK m 6’ya göre, suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi, her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçlarıyla işlenmesi anlamına gelmektedir. Sosyal paylaşım sitelerinde yapılan açıklamalar, bu kapsamda değerlendirme konusu yapılabilecektir.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçu ile ilgili olabilecek bir diğer nitelikli hal ise, imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerden birinin, dini sıfatından istifade ederek bu suçu işlemesi halidir. Görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma başlıklı TCK m 219/1’e göre, “*İmam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerden biri vazifesini ifa sırasında alenen hükümet idaresini ve Devlet kanunlarını ve hükümet icraatını takbih ve tezyif ederse bir aydan bir seneye kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır veya bunlardan birine hükmolunabilir*”. Bu maddenin 4. fıkrası ise şu şekildedir; “*Bunlardan biri dini sıfatından istifade ederek, birinci fıkrada yazılı fiillerden başka bir cürüm işlerse altıda bir miktarı çoğaltılmak şartıyla o cürüm için kanunda yazılı olan ceza ile mahkûm olur*”. Görülmektedir

¹⁵⁹ Bayındır ve Apış (n 158) 92 vd.

¹⁶⁰ Alacakaptan (n 1) 18.

¹⁶¹ Schäfer (n 2) N 113.

¹⁶² Rackow (n 5) N 49.

ki, maddede zikredilen kişilerden birinin, dini sıfatından istifade ederek halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunu işlemesi halinde daha fazla ceza verilecektir¹⁶³.

765 sayılı TCK'da yer alan halkın bir kısmını tahkir suçunda, suçun oluşması için aleni olması aranmamaktaydı. Ancak tahkirin alenen işlenmesi, daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak yer almaktaydı. Buna göre, tahrik, her türlü kitle haberleşme araçları, ses kayıt bantları, plak, film, gazete, mecmua ile veya sair basın aletleriyle veya elle yazılıp çoğaltılarak yayınlanan veya dağıtılan yazılar ile ya da umumi yerlerde levha ve ilan asmak suretiyle olursa, aleniyet gerçekleşmiş sayılacak ve cezalar bir katı oranında artırılacaktı¹⁶⁴. Yine bu TCK döneminde, halkı kin ve düşmanlığa tahrik eden kişi, imam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerden biri olup da fiili, dini sıfatını kullanarak işlemiş ise, m 242/3 gereği, verilecek cezaya altıda bir oranında artırım uygulanacaktı¹⁶⁵.

V. Kusur

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçlarının işlenmesi halinde, kusurluluğu etkileyen hallerin mevcut olması durumunda, kusurluluğa ilişkin düzenlemeler uygulama imkânı bulacaktır. Kusurluluğu azaltan bir hal olan haksız tahrikte, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında işlenen suç söz konusudur. Ancak burada işlenen suç, haksız fiili işleyen kişiye karşı gerçekleştirilmiş olmalıdır. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından değerlendirildiği takdirde, suçun haksız bir fiilin etkisi ile işlenmesi durumunda haksız fiili işleyen kamu ya da halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda belirtilen halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, bölge bakımından özellik arz eden bir halk kesiminin bütünü olamayacağından, haksız tahrikin uygulanamayacağı kabul edilmektedir¹⁶⁶.

Haksızlık hatasının düzenlendiği TCK m 30/4'e göre, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmayacaktır. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu işleyen kişinin, söylemlerinin haksızlık oluşturduğu konusunda hataya düşmesi durumunda, hatasının kaçınılabılır olup olmadığı değerlendirilecektir. Fail, hatanın kaçınılabılır olması halinde cezalandırılmayacaktır.

¹⁶³ 765 sayılı TCK'da suçlar, cürüm ve kabahat olarak ayrılmaktaydı. Ancak yürürlükteki TCK'da, bu ayırım kaldırılmıştır. Buna rağmen artık kullanılmayan cürüm ibaresinin, hala madde metninde mevcut olduğunu görmekteyiz. Eski Kanun'daki cürümlerin, suç olarak anlaşılması gerektiğinden buradaki cürüm ibaresini de suç olarak kabul etmek gerekmektedir (Özgenç (n 19) 114, 118).

¹⁶⁴ 765 sayılı TCK'da yer alan bu hükmün, diğer suçlarla ortak hüküm şeklinde düzenlenmesi nedeniyle aleniyetin nitelikli hal olarak değerlendirilemeyeceği görüşü hakkında bkz Altıkat (n 6) dn 112.

¹⁶⁵ Gökçen (n 30) 72.

¹⁶⁶ Türay (n 20) 315.

Bununla birlikte hata, kaçınılabileceği bir hata ise, fail kusurlu sayılacak ve hata hali, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır¹⁶⁷.

VI. Objektif Cezalandırılabilme Koşulunun Bulunmamasına İlişkin Değerlendirmeler

Aleniyetin hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte bir görüş tarafından objektif cezalandırılabilme koşulu olduğu ileri sürülmektedir¹⁶⁸. Bu suç tipi bakımından aleniyetin varlığının kamu düzenini ihlal etmesinden yola çıkarak, tahrik fiilinden ayrı, onun dışında kalan bir hal olduğu ifade edilmiştir¹⁶⁹. Ancak TCK'da aleniyetin yer aldığı suç tipleri incelendiği takdirde, aleniyetin bazı suç tiplerinde suçun unsuru; bazılarında ise, suçun daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli unsuru olarak yer aldığı görülmektedir¹⁷⁰. Ancak burada halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden, halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak ya da halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi cezalandırılmaktadır. Görülmektedir ki, bu düzenlemede aleniyet, yukarıda fiil başlığı altında da değindiğimiz üzere, objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değil, suçun temel unsuru olarak aranmakta olup, gerçekleşmediği takdirde suç tamamlanmış olmayacaktır¹⁷¹.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama başlığı altında düzenlenen suçların bu başlıkta değerlendirme konusu olma sebebi, bu maddede yer alan suçların zarar suçu değil; tehlike suçu olmalarıdır. Ancak biz yukarıda da değindiğimiz üzere, somut tehlike suçlarında aranan somut tehlikeyi ve soyut-somut tehlike suçlarında aranan elverişliliği, objektif cezalandırılabilme koşulu olarak ele almamaktayız.

¹⁶⁷ Bkz TCK m 30'a, 29.06.2005 tarihli 5377 sayılı Kanun ile eklenen 4. fıkranın gerekçesi. Diğer yandan failin, hukuk düzenince geçerli bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamasına rağmen, normu yanlış yorumlayarak olaya uygulanabilecek bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğunu zannetmesi halinde, dolaylı haksızlık hatası vardır ve bu durumda da benzer şekilde kaçınılabilirlik değerlendirmesi yapılacaktır.

¹⁶⁸ Görüş hakkında bkz Öztekin Tosun, "Basın Suçu ve Teşebbüs Sorunu" (1979-1981) 45 (1-4) İÜHFMD (Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan) 263-265; Ahmet Hulusi AKKAŞ, "İfade Hürriyeti Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK 216/1)" (2006) I (1) EÜHFD 99; Cihan (n 58) 108, 109.

¹⁶⁹ Gökçen (n 30) 195.

¹⁷⁰ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 30) 864; Uğur Ersoy, *Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları* (Ankara, Adalet 2015) 228; Serra Karadeniz, *Nefret Söylemi Kapsamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu* Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi (2012) 124. Aleniyete, nitelikli unsur olarak yer verilen suçlarda, aleniyetin gerçekleşmesi halinde, faile daha fazla ceza verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle suçun unsurlarından bağımsız ve failin kastı kapsamında olmayan bir durum olarak değerlendirilmesi kabul edilemeyecektir (Bekar (n 121) 276 vd).

¹⁷¹ Bekar (n 121) 279.

VII. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

A. Teşebbüs

Teşebbüs, kişinin işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamasıdır. Teşebbüs halinde netice, eğer tehlike şeklinde gerçekleşmişse, tehlike, soyut elverişlilik ile değil, mevcut koşullar dikkate alınarak belirlenmelidir. Teşebbüsün bir unsuru olan elverişliliğe dair bu değerlendirme, fiilden sonraki durum ve şartlara göre değil; ex ante, fiil anındaki koşullara göre yapılmalıdır¹⁷².

TCK m 216/1’de yer alan halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik suçunda aranan kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike, somut tehlike suçuna işaret etmektedir. Açık ve yakın tehlikenin gerçekleşmemesi halinde, suçun icra hareketleri tamamlanmış ise, teşebbüsten cezalandırmanın mümkün olduğu kabul edilmektedir¹⁷³. Somut tehlike suçlarında somut tehlikeyi, netice olarak kabul ettiğimizden, bu suçta teşebbüsten cezalandırmanın söz konusu olabileceğini ifade edebiliriz. Bu ihtimalde, teşebbüsten sorumluluğun salt hareketin gerçekleştirilmesinin cezalandırılması anlamına geleceği ifade edilmektedir¹⁷⁴. Örneğin, halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kişinin, bu fiilin sonucunda açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkmaması halinde de cezalandırılması mümkün olacaktır. Bu hususun, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmadığı TCK m 35’e göre, tutarlı olmayan bir sonuca sebebiyet verdiği ileri sürülmektedir. Somut tehlike suçundaki tehlike neticesini, geniş anlamda netice kapsamında ele alarak, teşebbüsün mümkün olmadığı, sadece dar anlamda neticeye teşebbüsün mümkün olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak buna rağmen somut tehlike suçuna teşebbüsten sorumluluğun belirlenmesinde, elverişlilik değerlendirmesi yapıp, somut olaya göre bir sonuca ulaşılabilmelidir¹⁷⁵. Bu noktada, doktrinde bir görüşe göre, teşebbüs aşamasında kalan somut tehlike suçlarında, fiilin objektif ve soyut olarak tehlikeli olduğu hallerde, ceza alt sınırından belirlenmelidir¹⁷⁶.

Diğer yandan bu fıkroda aranan, kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikenin, objektif cezalandırılabilirlik koşulu olarak değerlendirilmesi halinde, suçta teşebbüsten sorumluluğun doğup doğmayacağı hususunda farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşlerden biri tarafından, objektif cezalandırılabilirlik koşulu içeren suçlarda

¹⁷² Alacakaptan (n 105) 76, 77. Elverişlilik, sadece teşebbüsün bir unsuru değil, cezalandırılabilir fiile dair genel bir ilkedir. Böylece tamamlanmış suçlarda da aranan temel bir koşuldur (Alacakaptan (n 1) 19).

¹⁷³ Karadeniz (n 170) 131.

¹⁷⁴ Ozansü (n 124) 73.

¹⁷⁵ Alman hukukunda elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilir olmasının yanı sıra somut tehlike suçuna örnek teşkil eden münferit düzenlemelerde, (cünhalara) teşebbüsten sorumluluğa ilişkin açık hükme yer verilmektedir. Bu husus da somut tehlikenin, netice olarak değerlendirilebileceğini göstermektedir. Örn Alm CK § 315 II, 318 II (Bekar (n 121) 247, 248).

¹⁷⁶ Zafer (n 66) 246.

teşebbüsten cezalandırmanın mümkün olmadığı ileri sürülmüştür¹⁷⁷. Buna göre, objektif cezalandırılabilme koşulları gerçekleşmediği sürece, kişi işlediği fiilden sorumlu olmaz. Dolayısıyla bu koşullara yer veren suçlarda teşebbüsten cezalandırma da söz konusu olmayacaktır¹⁷⁸.

Diğer bir görüş tarafından, objektif cezalandırılabilme koşulu içeren bir suçta teşebbüsün mümkün olduğu; fakat koşul gerçekleşmediği sürece teşebbüsten cezalandırılabilmenin söz konusu olmadığı ifade edilmiştir¹⁷⁹. Böylece fiilin teşebbüs aşamasında kalması halinde, failin cezalandırılabilmesi, bu koşulun gerçekleşmesine bağlıdır¹⁸⁰. Buna göre, icra hareketleri kısımlara ayrılabilen ve objektif cezalandırılabilme koşulu içeren bir suçta fail, suçun icra hareketlerini tamamlayamamış ve objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleşmemiş ise teşebbüsten sorumluluk doğmayacaktır¹⁸¹. Bununla birlikte objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleşmiş ise, teşebbüs aşamasında kalan suçtan dolayı cezalandırma söz konusu olacaktır¹⁸². Teşebbüs aşamasına varan fiile ilişkin cezalandırmada, o ana kadar işlenen kısım itibariyle suçun konusu üzerinde meydana gelen tehlike veya zarar dikkate alınarak indirim uygulanacaktır. Bu durumda da objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmesi halinde, fiilin durumuna bakılarak, meydana gelen tehlikenin ve zararın ağırlığına göre ceza tayin edilecektir¹⁸³.

Ancak halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik suçunda aranan kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikeyi objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değerlendirmedığımız için teşebbüs bakımından ayrıca bir inceleme yapmaya gerek yoktur. Bu durumda teşebbüs düzenlemesine yer veren TCK m 35 gereği, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamayan kişi teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır.

Doktrinde, tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olmadığını kabul eden görüşler¹⁸⁴ olduğu gibi, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunun, sırf hareket

¹⁷⁷ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C I* (11. Bası, İstanbul 1994) N 459; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri* (İstanbul 1992) 378; Nurullah Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi* (İstanbul 1949) N 147; Öztürk ve Erdem (n 73) N 252; Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 5) 6477, 6493; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 30) 886.

¹⁷⁸ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 128) 567; Cihan (n 58) 110.

¹⁷⁹ Hakeri (n 128) 84; Özgenç (n 19) 695; Ersoy (n 170), 192.

¹⁸⁰ Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul, Beta 2016) 229.

¹⁸¹ Mehmet Emin Artuk ve Mehmet Emin Alşahin, "Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı" (2013) Özel Sayı 19 (2) MÜHF-HAD (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan) 23. Kamu barışını bozmaya elverişliliği, objektif cezalandırma koşulu olarak kabul eden görüşe göre, suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesinde söz konusu yayının yayımının veya dağıtımının engellenmesi ihtimalinde, bu koşul gerçekleşmediği için teşebbüsten sorumluluk doğmayacaktır (Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 30) 900).

¹⁸² Fatih Selami Mahmutoğlu ve Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (İstanbul, Beta 2017) 826.

¹⁸³ Bekar (n 121) 151 vd.

¹⁸⁴ Dönmezer ve Erman (n 177) N 587.

suçu olması sebebiyle teşebbüse elverişli olmadığını ileri sürenler de mevcuttur. Bu durumda suçun, tahrik edilenlerin, tahriki algıladıkları anda oluştuğu, ancak suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, neşriyatın gerçekleştiği anda suçun tamamlandığı kabul edilmekte olup, tahrik edilenlerin söz konusu fiilden sonra kin ve düşmanlık duygularına sahip olmaları gerekmemektedir¹⁸⁵. Ancak halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama başlığında yer verilen üç suç tipinin de tehlike suçu olmaları ya da halkın bir kesimini belirli özellikleri nedeniyle aşağılama veya halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama suçlarının sırf hareket suçu olmaları, teşebbüsten sorumluluğun doğmasına engel değildir.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunun, söz ile gerçekleştirildiği hallerde, sözlerin sarf edileceği sırada yanında bulunan kişiler tarafından engellenmesi durumunda, teşebbüsten sorumluluk doğabilecektir¹⁸⁶. Diğer yandan hareketin kısımlara bölünebildiği durumlarda, teşebbüsten sorumluluk söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda söz konusu maddede yer verilen üç suç tipinin de basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, yazının henüz dağıtılmadan yakalanılması durumunda, teşebbüsten sorumluluğun doğabileceği kabul edilmelidir¹⁸⁷. Örneğin, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri aşağılama içeren yazıların bulunduğu bir yayının, yayınevinde iken yayımı veya dağıtımını engellenirse, teşebbüsten sorumluluk doğacaktır¹⁸⁸.

B. İştirak

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunda, iştirake dair özellik arz eden bir husus bulunmadığından, genel prensiplerin geçerli olduğu söylenebilecektir¹⁸⁹. Bu suç, bir kişi tarafından işlenebileceği gibi iştirak halinde birden fazla kişi tarafından da işlenebilir. Birden fazla kişinin katılımı ile işlenmesi durumunda sorumluluk, iştirake dair düzenlemelere göre belirlenecektir. Örneğin, aklında bu yönde bir fikir olmayan kişinin, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik edilmesine azmettirilmesi halinde, azmettiren TCK m 38 gereği işlenen suçun cezası ile cezalandırılacaktır. Söz konusu ifadelerin, bir basın açıklamasında zikredilmesi halinde, basın açıklamasına ilişkin hazırlığı yapan kişinin, azmettiren olarak sorumlu olabileceği ileri sürülmektedir¹⁹⁰. Ancak belirttiğimiz gibi, basın açıklaması yapan kişinin, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçu bakımından suç işleme

¹⁸⁵ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 30) 886.

¹⁸⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 30) 900.

¹⁸⁷ Teşebbüsten sorumluluğun söz konusu olabileceğine dair bkz Yaşar, Gökçen ve Artuç (n 5) 6567.

¹⁸⁸ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 30) 900. Alm CK § 130 VI'da, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun yazı veya radyo ya da telekomünikasyon yoluyla işlenmesi hallerinde, suça teşebbüsün cezalandırılacağı düzenlenmektedir.

¹⁸⁹ Schäfer (n 2) N 114.

¹⁹⁰ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 30) 900.

fikri olmamasına rağmen, azmettirilerek suçu işlemesi gerekmektedir. Aksi halde, koşulları mevcutsa, dolaylı faillik de söz konusu olabilecektir.

Aynı durum, yardım etmenin söz konusu olduğu hallerde de geçerlidir. TCK m 216'da yer alan fiillerin işlenmesine yardım edilmesi halinde yardım etmeye ilişkin genel hüküm olan TCK m 39 dikkate alınacaktır¹⁹¹. Bu hususta da söz konusu ifadelerin bir basın açıklamasında zikredilmesi halinde, konuşmanın yapılması esnasında megafonu tutan kişinin yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁹². Elbette verilen bu örnekte, yardım eden kişinin, fiilin işlenmesine yönelik kastının mevcudiyeti aranacaktır.

Suçta iştirak ile ilgili diğer bir husus, bu suçta ihmal suretiyle iştirakin mümkün olup olmadığıdır. Örneğin, halkı kin ve düşmanlığa tahrik edici nitelikte bir yazıyı, başkasının duvarına yazan kişinin fiiline, bu yazıyı silmeyen ev sahibinin ihmal suretiyle iştiraktan sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir. Ev sahibinin, bu suçta iştiraktan sorumlu tutulmamasına gerekçe olarak kendisinin bu yazıyı silmek, temizlemek şeklinde bir yükümlülüğünün olmadığı ileri sürülmektedir. Buna karşılık üçüncü bir kişinin, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu oluşturan bir yazıyı üzerine yazdığı otomobilin sürücüsünün, otomobildeki böyle bir yazının cezalandırılabilir bir içeriğe sahip olduğunu bilerek otomobili kullanması halinde, yazının sürekli ve hareketli bir şekilde bildirim içeriğine sahip olması nedeniyle halkı kin ve düşmanlığa tahrikten cezalandırılabileceği ifade edilmektedir¹⁹³. Bu iki örnek arasındaki fark, otomobildeki yazının, otomobilin kullanıldığı her an daha fazla kişi tarafından görülme imkânına sahip olmasıdır. Fakat evinin duvarındaki yazıyı bilmesine rağmen silmeyen kişi, oradan geçen insanların bunu göreceği olması ihtimalinin farkındadır ve bu kişi bakımından da olayın koşullarına göre, otomobil sürücüsü hakkında olduğu gibi değerlendirme yapılabilir. Ancak gerek ev sahibinin gerekse otomobil sürücüsünün sorumluluğunun tayininde değerlendirilmesi gereken, suçun mütemadi bir suç olup olmadığı ve kişinin bu içerikteki yazıyı silme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığıdır.

Diğer yandan değinilmesi gereken bir diğer husus, sosyal paylaşım siteleri (örneğin, facebook, twitter ve instagram) aracılığıyla halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunu oluşturan bir içeriğin, beğenme tuşuna basılarak beğenilmesinin ya da paylaşım veya retweet tuşlarına basılarak aktarılması halinde, suç teşkil içerikten

¹⁹¹ Alman hukukunda, yabancı bir bildirim yayılmasına katılma suretiyle Alm CK § 130 II veya IV'e failliğin gerçekleşmesi hususu, eksiklik olarak görülmektedir. Örn halkı kin ve düşmanlığa tahrik içeren seçim bildirgesinin posta ile gönderilmesi olayında, yardım etmeye ilişkin genel kurallar geçerli olacaktır. Failin, fiilin işlenmesine kışkırtılmasıyla, Alm CK § 130 I Nr 2'nin gerçekleşmesinde, yardım etmeden cezalandırma söz konusu olacaktır. Bu durumda yardım edenin kastı, sadece ifadelerin aşağılayıcı olmasını değil, insan onurunu zedeleyici olmasını da kapsamalıdır (Rackow (n 5) N 51, 52).

¹⁹² Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 30) 900.

¹⁹³ Schäfer (n 2) N 114.

ceza sorumluluğunun doğup doğmayacağı meselesidir¹⁹⁴. Beğenme ile paylaşma veya retweet farklı özelliklere sahiptir. Beğenme, kişinin ilgili içeriğe ilişkin olumlu düşüncelerini diğer kişilere aktarması anlamına gelirken, paylaşma veya retweet, ayrıca yorum eklenmeksizin yapılırsa, içeriğe ilişkin bir düşünce açıklaması özelliğine sahip olmayacaktır¹⁹⁵. Burada önemli olan, kişinin paylaştığı içerikte yer alan ifadeleri benimseyerek paylaşıp paylaşmadığının tespit edilmesidir¹⁹⁶. Benimseyerek paylaşım, söz konusu paylaşma dair bir yorum eklenmeksizin, önceki ve sonraki paylaşımlarda destekleyici açıklamalara yer verilmek suretiyle gerçekleştirilmiş olabilir. Sonuç olarak halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunu oluşturan bir içeriğin beğenilmesi ile tek başına bu suçtan sorumluluğun doğmayacağı kabul edilmelidir. Aynı şekilde hiçbir yorum, açıklama yapılmaksızın tahrik veya aşağılama niteliğindeki bir içeriğin paylaşılması ve kişinin önceki ve sonraki paylaşımlarında da içeriği destekleyecek ifadelerin olmaması halinde, paylaşım yapmanın suçtan sorumluluk için yeterli olduğunun kabulü isabetli değildir. Buna karşılık örneğin, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama niteliğindeki bir içeriğin, destekleyici yorumlar yapılarak birden çok kişi tarafından anlaşmalı bir biçimde paylaşılması halinde, suçtan sorumluluk söz konusu olabilecektir.

Bu bağlamda değerlendirilmesi gereken husus, internet yoluyla işlenen suçların ne zaman tamamlanmış ve ne zaman sona ermiş kabul edileceğidir. İnternet ortamında, söz konusu içerik yayında kaldığı sürece, suçun sürekli (mütemadi) bir suç olması nedeniyle temadi ettiği ve bu süre boyunca suça iştirakin mümkün olduğu söylenebilecektir. Ancak söz konusu içeriğin yayınlanması ile suçun tamamlandığı ve sona erdiği kabul edilirse, suça iştirak ancak suç tamamlanana kadar söz konusu olabileceği için daha sonraki içeriği silmeme fiili ile suça iştirak kabul edilemeyecektir¹⁹⁷.

Burada belirlenmesi gereken, söz konusu suç, gerek internet yoluyla gerekse yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi başka suretle (örneğin, evin duvarına veya otomobilin camına yazı yazılarak) işlenmiş olsun, suçun ne zaman sürekli (mütemadi) suç olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Çünkü bu tip bir suça, içerik yayında kaldığı sürece, o içeriği destekleyen yorumlarla yayınlama şeklinde icrai, söz konusu içeriği kaldırmama şeklinde ihmali hareketle iştirak mümkün olabilecektir. Bu noktada, sürekli (mütemadi) suçlarda aranan sürekliliğe, failin son verme iktidarının olup olmamasına göre değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülmüştür.

¹⁹⁴ Öncelikle beğenme, retweet ve paylaşma gibi araçların, birer ifade biçimi olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu bağlamda, içerikte yer alan şeyi beğenme veya paylaşma, düşüncenin dışavurumu olarak nitelendirilip, ifade biçimi olarak kabul edilmektir (Yılmaz (n 118) 38, 39).

¹⁹⁵ Yılmaz (n 118) 42.

¹⁹⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 30) 900.

¹⁹⁷ Selman Dursun, "İnternette Kaynaklanan Ceza Hukukundaki Gelişmeler" (2003) 23 (1-2) MHB 291, 292.

Buna göre, failin söz konusu içeriği, yazıyı silme veya değiştirme konusunda yetkisi mevcut ise ve buna rağmen yapmıyorsa, ihmal suretiyle suça iştirak söz konusu olabilecektir¹⁹⁸.

C. İçtima

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik eden fail, belirli bir halk kesimine karşı suç işlemeye tahrik etmese dahi kin ve düşmanlığa sebep olmaktadır. Ancak bir tehlike suçu olarak düzenlenen bu suçun işlenmesi sonucunda, zarar suçlarının işlenmesi durumu ile karşılaştırılabilir. Bu suçun düzenlenmesindeki amaç ise, aslında kin ve düşmanlığa sebebiyet verilmemesi ve böylece kamu barışının korunmasıdır. Ancak aksi durum gerçekleştiğinde ve halkın kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi sonucunda, zarar suçunun işlenmesi halinde ne şekilde hareket edileceği hakkında Kanun'da ayrıca bir açıklamaya yer verilmemiştir. Burada esasında olaya uygulanacak aynı fiille ilgili tek norm mevcut olup, suçların çokluğu görünüştedir. Bu nedenle görünüşte içtima ilkeleri dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Tehlike suçları ve zarar suçları arasında, görünüşte içtima ilkelerinden asli norm-yardımcı (tali) norm ilişkisi söz konusudur. Buna göre, asli norm olan zarar suçuna ilişkin düzenleme uygulanacak olup, ayrıca tehlike suçundan cezalandırma söz konusu olmayacaktır. Bu durumda eğer görünüşte içtima ilkelerinden yararlanamıyorduk, zararın meydana gelmesi halinde özel düzenlemenin mevcut olması halinde netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin düzenleme uygulanabilirdi. Diğer bir ihtimal ise, farklı neviden fikri içtima hükmünün uygulanması olacaktı¹⁹⁹. Ancak görünüşte içtima ilkeleri ile olaya uygulanacak hüküm belirlenebiliyorsa, aslında suçların çokluğu da görünüştedir. Bu durumda, görünüşte içtima ilkelerinden yola çıkarak, olaya uygulanabilecek olan düzenleme belirlenir²⁰⁰.

TCK m 216'da yer alan üç suç tipi bakımından da zincirleme suç hükümleri, koşulları mevcutsa ayrı ayrı uygulama alanı bulabilecektir. TCK m 43'e göre, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi halinde bir cezaya hükmedilip, bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılabilecektir. Halkın belli özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimine karşı kin ve düşmanlığa tahrik eden ya da halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan veya halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi hakkında, zincirleme suç hükümleri bunlardan ayrınsı birden fazla işlendiği takdirde uygulanabilecektir.

¹⁹⁸ Dursun (n 197) 292.

¹⁹⁹ Hakeri (n 128) 635. Konu ile ilgili Yargıtay kararları incelendiğinde, farklı neviden fikri içtima uygulanarak en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidildiği görülmektedir. Konu hakkında bkz Muhammed Demirel, "Karar Analizi Tehlike Suçları Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi" (2013) LXXI (1) İÜHF 1484, 1485.

²⁰⁰ Tuba Keleş Pekmez, *Ceza Muhakemesinde Fiil* (İstanbul, On İki Levha 2019) 235.

Ayrıca hakaret suçunu düzenleyen TCK m 125'in nitelikli hallerinden olan 3. fıkranın b ve c bendi değerlendirilmelidir. TCK m 125/3-b'ye göre, hakaret suçunun, dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı işlenmesi veya m 125/3-c'ye göre, kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle işlenmesi halinde cezanın alt sınırı bir yıldan az olamayacaktır. Bileşik suç, biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta denir ve bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz. Değerlendirilmesi gereken ise, halkın bir kesimini aşağılama suçu ile hakaret suçunun yer verdiğimiz bu nitelikli halleri arasında bileşik suç ilişkisinin mevcut olup olmadığıdır. Unsurları incelendiğinde, bu iki suçun birbirinden farklı suçlar olduğu ve aralarında bileşik suç ilişkisinin mevcut olmadığı söylenebilecektir. Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama fiilinin, kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, TCK m 216/3'ün uygulanması gerekecektir. Ancak örneğin, belirli bir kimseye karşı, mensup olduğu din tarafından kutsal sayılan değerlerden söz ederek hakaret edilirse bu durumda TCK m 216 değil; m 125/3-c uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlamda verilen bir örnek ise şu şekildedir; topluluk içinde yapılan bir konuşmada, mağdurun dini grubunu esas alarak mağdura hakaret edilmesi halinde, halkın bir kesimine yönelik din farklılığına dayanarak işlenen aşağılama suçu ile hakaretin nitelikli halinin tek fiille işlendiği söylenebilir. Ancak bu durumda da farklı neviden fikri içtima hükmü uygulanarak, fail daha ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu olacaktır²⁰¹.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama düzenlemesinde, üç farklı suç tipi düzenlenmektedir. Bu durumda, işlenen bir fiil ile ayrı fıkralarda yer alan birden fazla suç tipinin gerçekleşmesi halinde, farklı neviden fikri içtima (TCK m 44) uygulanacak olup, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırma söz konusu olacaktır.

Söz gelimi halkın bir kesimi, din farklılığına dayanarak alenen aşağılanırken, aynı zamanda halkın bir kesiminin benimsediği dini değerler de alenen aşağılanıyor olabilir. Bu durumda, özel norm olarak halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanması hükmünün uygulanması gerektiği düşünülebilir²⁰².

²⁰¹ Altıkat (n 6) 82.

²⁰² "...TCK m.312/3. maddedeki suçta 175/3, 1. kısımda yer alan suçlar arasında fikri içtima kurallarının uygulanması düşünülebilir de, tahkirin konusunun yasa koyucu tarafından somut olarak belirlenmiş olması nedeniyle bu suçun halkın bir kesimini tahkir suçuna nazaran daha özel bir tahkir suçu olduğu ve özel hükmün öncelikle uygulanması gerektiği kabul edilmelidir" (Zafer, (n 48) 215). 765 sayılı TCK m 312/3; "Halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir eden kimseye de birinci fıkradaki ceza verilir", 765 sayılı TCK m 175/3; "Allah'a veya dinlerden veya bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaret eden veya bir kimseyi dini inançlarından veya mensup olduğu dinin emirlerini yerine getirmesinden veya yasaklarından kaçınmasından dolayı kanayan veya tezyif veya tahkir eden veya alaya alan kimseye altı aydan bir yıla kadar hapis ve beş bin liradan yirmibeş bin liraya kadar ağır para cezası verilir" şeklindeydi. Bu nedenle burada yer vermiş olduğumuz halkın bir kesiminin tahkir edilmesi ile dini inançlar veya mensup olunan dinin emirlerini yerine getirme veya yasaklarından kaçınma nedeniyle tahkir edilme arasında özel hükmün öncelikle uygulanması gerektiği şeklinde yorum yapmak mümkün olsa dahi yürürlükteki TCK m 216'da yer alan üç suç tipi bakımından, görünüşte içtima ilkelerinden özel norm-genel norm ilişkisinin bulunduğunu söylemek isabetli olmayacaktır.

Fakat yukarıda da belirttiğimiz üzere ayrı fıkralarda yer alan bu düzenlemeler, farklı unsurlara sahip, farklı suç tipleridir. Genel norma ilave ek bazı unsurlar içermeyen bu düzenlemeyi, özel norm olarak değil, farklı unsurlar içerdiği için farklı suç tipi olarak kabul etmek daha isabetli olacaktır.

Benzer şekilde Alm CK § 130'da yer verilen suçların, birden fazla değişik şeklinin, tek fiille işlenebileceği kabul edilmektedir. Fiil teklifi, örneğin, Alm CK § 130 I ve III arasında mümkündür. Bununla birlikte halkın aynı kesimine karşı söz konusu ifadeler doğrultulduğunda, CK § 130 I karşısında, II uygulama alanı bulamayacaktır²⁰³. Ayrıca CK § 130 II Nr 1-c'nin, Gençliğin Korunması Hakkında Kanun'un cezai hüküm başlıklı 27. maddesine göre öncelikli uygulama alanına sahip olduğu kabul edilmektedir. Aksi takdirde, uygulanacak düzenlemenin tespiti bakımından, görünüşte içtima ilkeleri düşünülebilecektir²⁰⁴.

Failin, kin ve düşmanlığa tahrik fiili, aynı zamanda suç işlemeye tahrik (TCK m 214) niteliğine sahip ise, bu durumda farklı neviden fikri içtima hükmü uygulanmalı ve daha ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı sorumluluk doğmalıdır²⁰⁵. Diğer yandan halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı bir kesiminin sahip oldukları bu özellikler nedeniyle diğer kesimine karşı, nefret ve ayrımcılık suçunda (TCK m 122) belirtilen fiillerin işlenmesi konusunda tahrik edilmesi halinde, suç işlemeye tahrik, nefret ve ayrımcılık ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçları bir arada olabilecektir. İşlenen bir fiil ile birden fazla suç tipinin gerçekleşmesi halinde, farklı neviden fikri içtima uygulanacak olup, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırma söz konusu olacaktır.

TCK m 216/2 veya 3'te yer alan düzenlemeler dışında, konu ile ilgili olarak TCK m 153'de ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçu düzenlenmiştir. Buna göre, ibadethanelere, bunların eklentilerine, buralardaki eşyaya, mezarlara, bunların üzerindeki yapılara, mezarlıklardaki tesislere, mezarlıkların korunmasına yönelik olarak yapılan yapılara yıkmak, bozmak veya kırmak suretiyle zarar veren veya bu yerleri ve yapıları kirleten kişi, bu madde uyarınca cezalandırılacaktır. Bu maddenin son fıkrasında ise, bu suçun ilgili dini inancı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla işlenmesi halinde, cezanın artırılacağına yer verilmiştir.

²⁰³ Rackow (n 5) N 53.

²⁰⁴ ibid N 56.

²⁰⁵ Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır (n 30) 887. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik içeren söylemler, aynı zamanda suç işlemeye tahrik niteliğinde olabilir. “Yapılan konuşmada; bir takım tarihi olayların ve rejimin din ve inanç açısından eleştirilmesi, ülkedeki insanları kendi görüşü ve inancı doğrultusunda ve yoğunluğunda inanca sahip olanlar ve olmayanlar biçiminde ayırma tabi tutularak şeriat kurallarının egemen kılınmasından yana olanların iktidarı ele geçirmeleri durumunda karşı düşüncede olanları öldüreceklerinin belirtilip cihat çağrısı yapılması durumunda halkı din ve inanç farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik suçunun oluşacağı belirtilmiştir” “Yargıtay 8 CD, 1140/3117, 10.03.1999” Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 09.10.2019. TCK m 216/1'in, TCK m 214'te düzenlenen suç işlemeye tahrik suçuna göre daha özel nitelikte olduğu ve bu nedenle TCK m 216/1'in uygulanması gerektiği hakkında bkz Apis (n 23) 344.

Bu nedenle suçun, dini inanıştan dolayı tahkir maksadı ile işlenmesi durumunda TCK m 216 yerine, asli norm olan TCK m 153/3 uygulanacaktır²⁰⁶.

Halkın bir kesimini aşağılama suçu ve Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama suçunun bu kapsamda incelenmesi halinde, halkın bir kesimini aşağılama suçunda yer verilen ırk kavramı ve Türk milleti kavramının birbirinden farklı kavramlar olması nedeniyle içtima ilişki bakımından özellik arz etmediğini ve farklı suçlar olduğunu söylemek yerinde olacaktır.²⁰⁷

VIII. Yaptırım, Kovuşturma Usulü, Görevli ve Yetkili Mahkeme

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun düzenlendiği birinci fıkrada, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimsenin, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Görülmektedir ki, bu suç şikâyete tabi olmayıp, re'sen soruşturulan bir suçtur²⁰⁸. Bununla birlikte suçun görev sebebiyle kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte avukatların, avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacaktır²⁰⁹.

5235 sayılı Kanun'un 11. maddesine göre, “*Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince*” bakılacaktır. Bu durumda sulh ceza hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görev alanları dikkate alındığında, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip

²⁰⁶ Apiş (n 23) 566.

²⁰⁷ Altıkat (n 6) 83.

²⁰⁸ Alm CK § 130'da yer alan halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu da benzer şekilde re'sen soruşturulan bir suçtur (Schäfer (n 2) N 124).

²⁰⁹ Bkz Avukatlık Kanunu m 58. “*Sanığın 17.10.2004 tarihindeki Ankara Barosu Olağan Genel Kurulunda yaptığı konuşmada “...Osmanlı İmparatorluğu 1915 yılında Hamidiye Alayları ve İttihat ve Terakki kadroları ile bir buçuk milyon Ermeni'nin katliamında rol almıştır. Mazlum ve güzel Ermeni halkının acısını paylaşarak önlere saygı ile eğiliyorum... Kürtler ayrı bir ulustur. Ben Kürt vatandaşı olarak Türkiye'de yaşayan otuz milyon nüfusu olan Kürt halkına hiçbir hak tanımamaktadır... Ben Kürt ulusunun bir bireyi olarak ve kürdistanın bir vatandaşı olarak konuşuyorum ve Kürtlerin devlet kurma hakkını da hukuksal bir hak olarak sonuna kadar savunuyorum...” şeklinde ifadeler kullanmak suretiyle; sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik ettiğiinden bahisle açılan kamu davasında, adı geçenin Ankara Barosuna bağlı avukat olması sebebiyle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/8. maddesi uyarınca soruşturma yapılmasının izne tabi olduğu gerekçesiyle yapılan yargılamanın durdurulmasına karar verilmiş ise de, ...hakkında soruşturma yapılmasına neden olan sözlerin, avukatlık görevinden doğmayan ve avukatlık görevi haricinde işlenen bir suç olması nedeniyle hakkındaki yargılamanın genel hükümler uyarınca yapılarak, hukuki durumunun tayin ve tespiti ile sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden...” “Yargıtay 8 CD, 3753/12780, 29.12.2005” Kazancı İçtihat Bankası <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 15.03.2020.*

bir kesiminin, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik edilmesi ve bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi olacaktır²¹⁰.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunun ikinci fıkrasında yer alan, halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılama suçunun işlenmesi halinde veya üçüncü fıkrada yer alan halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırma söz konusu olacaktır. Bu iki fıkrada yer alan suçların takibi şikâyete tabi olmayıp, resen yapılacaktır. Yine bu iki fıkrada düzenlenen suçlar hakkında asliye ceza mahkemelerinin görevli olduğu söylenebilecektir.

“Ortak hüküm” başlıklı m 218 gereği, m 216’da yer alan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranına kadar artırılacaktır. Bu durumda görevli mahkemeyi belirlerken Basın Kanunu’nun 27. maddesi göz önünde bulundurulmalıdır. “Görevli Mahkemeler ve Yargılama Usulü” başlıklı bu düzenlemeye göre, basılmış eserler yoluyla işlenen suçlardan dolayı açılan davalarda, ağır ceza işlerinden olanlar ağır ceza mahkemelerinde, diğerleri asliye ceza mahkemelerinde görülecektir. Bu durumda halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunun, basılı eser yoluyla işlenmesi halinde de görevli mahkeme, asliye ceza mahkemesi olacaktır.

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından yetkili mahkemenin, CMK (Ceza Muhakemesi Kanunu) m 6 dikkate alındığında, suçun yani tahrik veya aşağılama fiilinin işlendiği yer mahkemesi olduğu söylenebilecektir. Ancak CMK m 12’ye göre, suç basılı eserle işlenmişse yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir. Aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir (CMK m 12). Basın Kanunu m 26’ya göre, basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanun’da öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının, bir muhakeme şartı olarak, günlük süreli yayınlar yönünden dört ay, diğer basılmış eserler yönünden altı ay içinde açılması zorunludur.

TCK m 66 uyarınca, Kanun’da başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası; beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl geçmesiyle düşer. Dolayısıyla bu suç bakımından, 8 yıllık zamanaşımı süresi söz konusudur. Suçun nitelikli şeklinin işlenmiş olması halinde

²¹⁰ Ceza mahkemeleri, sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemelerinden oluşmakta iken, 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası sulh ceza mahkemeleri kaldırılmıştır. Sulh ceza mahkemelerinin görev alanlarına ilişkin mülga düzenleme ise şu şekildeydi: “*Kanunların ayrıca görevli kaldığı haller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir*”.

de aynı süre geçerlidir. Zamanaşımı süresi, fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlar²¹¹. Alm CK § 130'da yer alan bu suç bakımından zamanaşımı süresi ise, Alm CK § 78 III Nr 4'e göre, 5 yıldır. Fiilin, basın suçu şeklinde işlenmesi halinde, kural olarak Eyalet Basın Kanunu'nda yer alan zamanaşımı süreleri geçerli olacaktır²¹². Bununla birlikte CK § 130'da yer alan halkı kin ve düşmanlığa tahrik fiilinin münferit hareket biçimlerine istisna oluşturabilecek birçok özel hüküm mevcuttur²¹³. Bu konudaki çeşitli düzenlemelere göre, CK § 130'da yer alan suçların zamanaşımı süresi bakımından yine CK § 78'in uygulanacağına dair istisnalarının mevcut olduğu ifade edilmektedir²¹⁴.

IX. Sonuç

TCK m 216'da yer alan halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama başlıklı düzenlemede, üç farklı suç tipi mevcuttur. Bu suç tipleri, tehlike suçlarının farklı türlerine örnek teşkil etmektedir. Zararın ortaya çıkması beklenmeksizin tehlike durumunun cezalandırıldığı ve bizim de katıldığımız görüşe göre, aslında cezalandırılabilirliği öne çeken tehlike suçları bakımından farklı ölçütler ile farklı ayrımlar benimsenmektedir. Ancak biz tehlike suçları hakkında somut tehlike, soyut tehlike ve soyut-somut (elverişlilik/potansiyel) tehlike suçları şeklinde yapılan ayrımı benimsemekteyiz. Bize göre tehlike, neticeli suçlarda yer alan tehlike ve hareket biçimi olarak tehlike şeklinde ayrılmaktadır. Bu durumda, somut tehlike suçları, tehlike neticesini barındırdıklarından neticeli suça örnek teşkil etmektedir. Bununla birlikte hareket biçimi olarak tehlike ise, sırf hareket suçlarında mevcut olan tehlikedir.

TCK m 216/1'de halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, cezalandırılacaktır. Bu suç tipi bakımından aranan kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlikenin, diğer bir deyişle somut tehlikenin hukuki niteliği hakkında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Somut tehlikenin, objektif cezalandırılabilme koşulu olduğunu ileri sürenler mevcut olsa dahi, biz suçun unsurlarından netice kapsamında ele alınması gerektiğini tespit ettikten sonra, somut

²¹¹ Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda objektif cezalandırılabilme koşulunun mevcut olduğunu kabul eden görüş bakımından zamanaşımının başlangıcı özellik arz etmektedir. Objektif cezalandırma koşulu içeren suçlarda, zamanaşımı süresinin başlangıcı hakkında farklı görüşler mevcuttur. Ancak bu koşullar, suçun unsurları dışında kalan, failin kast ve taksirinin kapsamında olmayan, işlenen fiilden dolayı cezalandırılabilme için kanun koyucu tarafından suç politikası gereği aranan koşullardır. Böylece somut olayda, koşul henüz gerçekleşme dahi, haksızlık gerçekleşmiş sayılabilecek ve zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Bu nedenle objektif cezalandırılabilme koşullarına yer veren suçlarda, zamanaşımı süresinin başlangıcı bakımından koşulun gerçekleştiği zaman değil, suçun unsurları ile birlikte işlendiği, tamamlandığı an esas alınmalıdır. Aksi şekilde yorum yapmak, TCK m 66 bakımından kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir (Bekar (n 121) 165 vd).

²¹² Rackow (n 5) N 63; Schäfer (n 2) N 123.

²¹³ Rackow (n 5) N 63.

²¹⁴ Schäfer (n 2) N 123.

tehlikenin suçun unsuru olarak değerlendirilmesinden kaynaklı sonuçları inceledik. Örneğin, somut tehlikenin suçun unsuru olarak kabul edilmesi halinde, failin kastı somut tehlikeyi kapsamalıdır. Aynı şekilde suça teşebbüs halinde de cezalandırma için bir koşul olarak somut tehlikenin gerçekleşmesi aranmamaktadır.

Tehlike suçlarının bir diğer türü olan soyut tehlike suçlarına örnek teşkil eden TCK m 216/2’de ise, halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılama cezalandırılmaktadır. Doktrinde, bir görüşe göre soyut tehlike suçunda, korunan hukuki değer bakımından tehlike yaratmayan hareketin cezalandırılmasının, ceza hukukunun son çare olma özelliği ile bağdaşmadığı ileri sürülmekle birlikte hâkimin, somut tehlike suçlarında olduğu gibi, soyut tehlike suçlarında da tehlikenin meydana gelip gelmediğini araştırma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir. Bize göre de, somut olayda eğer görünüşte içtima ilkeleri uygulanamıyorsa, yapılan bu araştırma sonucunda, tehlikenin meydana gelmiş olması, soyut tehlike suçunda verilecek cezanın tayininde önem arz edecektir.

TCK m 216/3’te, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde cezalandırılmaktadır. Burada kamu barışını bozmaya elverişli olan alenen aşağılama, suç olarak düzenlenmiştir. Doktrinde, elverişlilik olarak aranan bu hususun, objektif cezalandırılabilme koşulu olduğunu ya da bu suçun somut tehlike suçu olduğunu ileri sürenler mevcuttur. Ancak bize göre bu suç, soyut-somut tehlike suçu kapsamında ele alınmalıdır. Fiile dair bir özellik olarak kabul ettiğimiz elverişlilik hususu, suçun unsurlarından fiil kapsamında incelenmelidir. Böylelikle bu ifade ile alenen aşağılama fiilinin ne şekilde işleneceği, nasıl gerçekleştirileceği belirtilmiş olup, niceliğine dair özellik vurgulanmıştır.

Bununla birlikte halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçu kapsamında düzenlenen üç suç tipinde de aleniyet aranmaktadır. Bu suç tipleri bakımından aranan aleniyetin, tahrik fiilinden ayrı, onun dışında kalan bir hal olduğunu ileri sürenler mevcut olsa dahi, biz aleniyetin, TCK’da suçun temel unsuru veya nitelikli unsuru olarak düzenlendiğini ve failin kastının kapsamında ele alınması gerektiğini kabul etmekteyiz. Aleniyet, inceleme konumuz olan suç tipleri bakımından ise, suçun nitelikli unsuru olmayıp, temel unsurları kapsamında değerlendirilmelidir.

TCK m 216’da yer alan üç suç tipi bakımından da ayrıca bir maksat, saik aranmaması nedeniyle hem doğrudan hem de olası kast ile işlenebileceğini kabul etmekteyiz. Öte yandan inceleme konumuz olan suç tiplerine, ihmal suretiyle iştirakin mümkün olup olmadığı ve sosyal medya aracılığıyla suçun işlenmesi halinde sorumluluğun ne şekilde tayin edileceği değerlendirilmiştir. Buna göre, suçun mütemadi suç olarak işlenmesine ve failin söz konusu içeriğin kaldırılmasına dair yetkisinin bulunup bulunmamasına göre sorumluluk belirlenmelidir. Son olarak tehlike suçu olarak

düzenlenen bu suçun işlenmesi ile zarar neticesinin ortaya çıkması halinde, suçların çokluğu görünüştedir ve görünüşte içtima ilkelerinden asli-tali norm ilişkisi mevcut olduğundan asli norm olan zarar suçundan cezalandırma söz konusu olacaktır. Diğer yandan TCK m 216’da üç farklı suç tipinin düzenlendiğini kabul ettiğimiz için tek fiille farklı fıkraların ihlalinde, farklı neviden fikri içtima hükmü uygulanmalı ve en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumluluk tayin edilmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Açıkgöz Ö, “Sosyolojinin Problemleri Bir Konusu Olarak, ‘Sosyal Sınıf’ Kavramı Üzerine Önemli Sosyologların Düşünceleri ve Yorumları” (2000) 26 Sosyoloji Konferansları 281, 308.
- Akkaş AH, “İfade Hürriyeti Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK 216/1)”, (2006) I (1) EÜHFD 89, 106.
- Alacakaptan U, “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar” (2000) Hukuk Kurultayı 6, 32.
- Alacakaptan U, *İşlenemez Suç* (Ankara 1968).
- Altıkat A, *Nefret Söylemi Olarak Halkın Bir Kesimini ve Halkın Bir Kesiminin Dini Değerlerini Aşağılama Suçları* (Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi 2014).
- Apiş Ö, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK m.216)* (Ankara, 2017).
- Artuk ME ve Alşahin ME, “Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m.216/3)” (2014) 20 (1) MÜHF-HAD (Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan) 989, 1012.
- Artuk ME ve Alşahin ME, “Objektif Cezalandırılabilirlik Şartı ve Zamanaşımı” (2013) Özel Sayı 19 (2) MÜHF-HAD (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan) 17, 44.
- Artuk ME, Gökçen A ve Yenidünya AC, *Türk Ceza Kanunu Şerhi C 4, (Madde 154-233)*, (2. Bası, Ankara 2014).
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Bası, Ankara 2018).
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (18. Bası, Ankara 2019).
- Aynural ÖM, *Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK 179/3)* (İstanbul 2018).
- Baumann J, Weber U ve Mitsch W, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (11. Bası, Bielefeld 2003).
- Baumann J, Weber U, Mitsch W ve Eisele J, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (12. Bası, Bielefeld, 2016).
- Bayındır S ve Apiş Ö, “Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkının Yazılı Basın Yoluyla İşlenen Hakaret Suçları Açısından Değerlendirilmesi” (2010) (91) TBB Dergisi 67, 109.
- Bekar E, *Objektif Cezalandırılabilirlik Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar* (İstanbul 2017).
- Bekar E, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Ankara 2013).
- Cihan E, “Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m.312)” (1974) XL (1-4) İÜHFM 97, 130.
- Daragenli VS, “Tehlike Suçları” (İstanbul 1999) (Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan)
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Ankara 2019).
- Demirel M, “Karar Analizi Tehlike Suçları Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi” (2013) LXXI (1) İÜHFM 1479, 1488.
- Donay S, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (İstanbul 2007).
- Dönmezer S, *Basın Hukuku C I* (İstanbul 1958).
- Dönmezer S ve Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C I* (11. Bası, İstanbul 1994).
- Dursun S, *Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar* (İstanbul 2010).
- Dursun S, “İnternette Kaynaklanan Ceza Hukukundaki Gelişmeler” (2003) 23 (1-2) MHB 251, 294.
- Erem F, *Türk Ceza Hukuku Hususi Hükümler C II* (Ankara 1965).
- Ersoy U, *Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları* (Ankara 2015).
- Ersoy U, “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları” (2020) 11 (41) TAAD 27, 64.

- Geisler C, *Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip* (Berlin 1998).
- Gökçen A, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2)* (Ankara 2001).
- Hakeri H, *Ceza Hukuku* (22. Bası, Ankara 2019).
- Hoffmann-Holland K, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Bası, Tübingen 2011).
- Horn E, *Konkrete Gefährdungsdelikte* (Köln 1973).
- İçel K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul 2016).
- Karadeniz S, *Nefret Söylemi Kapsamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu* (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi 2012).
- Katoğlu T, “Basın Yoluyla Hakaret Kavramı ve Madde Yönünden Yetki Sorunu” (2013) 19 (2) MÜHF-HAD (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan) 735, 748.
- Kelep Pekmez T, *Ceza Muhakemesinde Fiil* (İstanbul 2019).
- Kindhäuser U, *Gefährdung als Straftat* (Frankfurt am Main 1989).
- Koca M ve Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Bası, Ankara 2018).
- Kunter N, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi* (İstanbul 1949).
- Kunter N, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi* (İstanbul 1954).
- Kühl K, § 130, Karl Lackner/Kristian Kühl (edr), Lackner/Kühl Strafgesetzbuch Kommentar, (29. Bası, Münih 2018).
- Mahmutoğlu FS ve Karadeniz S, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (İstanbul 2017).
- Ostendorf H, § 130, Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann ve Hans-Ullrich Paeffgen (edr), *Nomoskommentar Strafgesetzbuch (NK-StGB)* (5. Bası, Baden-Baden 2017).
- Ozansü C, *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk* (Ankara 2007).
- Önder A, *Ceza Hukuku Dersleri* (İstanbul 1992).
- Önder A, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Bası, İstanbul 1994).
- Özen M, “Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi” (2008) (75) TBB Dergisi 106.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Ankara 2019).
- Öztürk B ve Erdem MR, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (19. Bası, Ankara 2019).
- Parlar A ve Hatipoğlu M, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu C 2 (141-345. Md)* (Ankara 2007).
- Rackow P, § 130, Dr. Bernd von Heintschel-Heinegg (edr), *BeckOK StGB* (44. Bası, Münih 2019)
- Rengier R, *Strafrecht Allgemeiner Teil (Grundrisse des Rechts)* (4. Bası, Münih 2012).
- Schäfer J, StGB § 130, Dr. Klaus Mießbach (edr), *Münchener Kommentar zum StGB (MüKoStGB) §80-184j* (3. Bası, Münih 2017).
- Toroslu N, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (6. Bası, Ankara 2012).
- Tosun Ö, “Basın Suçu ve Teşebbüs Sorunu” (1979-1981) 45 (1-4) İÜHFİM (Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan) 261-265.
- Türay A, *Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu* (Ankara 2016).
- Wessels J, Beulke W ve Satzger H, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)* (43. Bası, Heidelberg 2013).
- Yaşar O, Gökcan HT ve Artuç M, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (Md.197-251)* (2. Bası, Ankara 2014).
- Yenidünya AC ve Alşahin ME, “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar” (2007) (68) TBB Dergisi 43, 93.
- Yenisey F ve Plagemann G, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)* (2. Bası, İstanbul 2015).

Yılmaz, AE, *Suç ve Suçlu Öyme Suçu* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi 2019).

Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75)* (7. Bası, İstanbul 2019).

Zafer H, “Halkın Bir Kısmını Aşağılayacak ve İnsan Onurunu Zedeleyecek Şekilde Tahkir Etme Cürmü (TCK m.312/3)” (2004) LXII (1-2) İÜHF 209, 261.

Zieschang F, *Die Gefährdungsdelikte* (Berlin 1998).

İSTANBUL HUKUK MECMUASI YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION PRINCIPLES OF ISTANBUL LAW REVIEW

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) olarak yayımlanır.

Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published four times a year (in March, June, September and December) and indexed by ESCI and ULAKBİM.

2. Mecmua’ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.

The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.

3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review. Extraordinary spelling errors and not being eligible with the scientific standards are sufficient for a paper to be rejected by the Editorial Board. Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality.

4. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.

5. Mecmua’nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Makalelerde 250 kelimeden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmeli ve en az beş en çok on beş anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben Türkçe ve İngilizce dilindeki tüm makaleler için ayrıca 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır.

The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. The articles should include Turkish and English abstracts consisting of 250 words and at least five and at most fifteen keywords should be added to the paper in Turkish and English languages.

Following the abstracts, there should also be an extended summary of 600-800 words for all the articles both in English and Turkish.

6. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir.

The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page.

7. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

Author's name should be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consist of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e-mail address.

8. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The article should consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.

9. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen makalenin çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.

10. Mecmua'da, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakati da iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.

11. İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayımlanması istenen yazıların hukuk_dekan@istanbul.edu.tr veya iuhfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adreslerine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) gönderilmesi gerekmektedir.

Papers should be sent to hukuk_dekan@istanbul.edu.tr or iuhfdergiler@istanbul.edu.tr in Microsoft Word (.doc, *.docx) file type.*