

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Selçuk Law Review



Cilt
Volume
29

Sayı
Number
2

Yıl
Year
2021

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

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

Yayıncı | Publisher

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

Sahibi | Owner

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

Editörler | Editors

Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
sustun@selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Dr. Öğr. Üy. Tamer BOZKURT
tamer.bozkurt@selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Kemal ERDOĞAN

erdogan-kemal@hotmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK

af_kaynak@hotmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Ahmet Talha TETİK

ahmettalhatetik@gmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Rabia MACİT

rabiamacit26@gmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Hamide Merve GÜÇLÜ

merveguncy00@hotmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Özge PAŞAOĞLU

pasaogluozge@gmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Beşir Abidin HAMARAT

bessir@live.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Övünç GÜVEL

ovunc_guvel@hotmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Cansu Büşra ÖLMEZ

cansubkartal@hotmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Ufuk Ramazan ÇAKMAK

urcakmak@selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Yayın Kurulu | Editorial Board

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Danışmanlar Kurulu | Advisory Board

Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk
Faculty of Law, Yeditepe University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Aksu
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

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

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

Prof. Dr. Murat Aydoğdu
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

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

Prof. Dr. Hayrettin Çağlar
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Abdullah Dinçkol
Faculty of Law, Doğuş University
İstanbul, Turkey

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

Prof. Dr. Kadir Emre Gökyayla
Faculty of Law, Bahçeşehir University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Faculty of Law, İstanbul Comm. University
İstanbul, Turkey

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

Prof. Dr. M. Turgut Öz
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

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

Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Faculty of Law, East. Mediterranean University
Famagusta, North Cyprus

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

Prof. Dr. Ömer Anayurt
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

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

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

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

Prof. Dr. Serkan Çınarlı
Faculty of Law, İzmir Bakırçay University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Fikret Eren
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

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

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

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

Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

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

Prof. Dr. Oğuz Sancakdar
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

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

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

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

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

Prof. Dr. Ayhan Döner
Faculty of Law, Erzincan B.Y. University
Erzincan, Turkey

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

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

Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara Turkey

Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel
Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Leyla Ateş
Faculty of Law, Altınbaş University
İstanbul, Turkey

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

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

Prof. Dr. İbrahim Subaşı
Faculty of Law, İstanbul Medeniyet University
İstanbul, Turkey

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

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

Prof. Dr. Sevilay Uzunallı
Faculty of Law, Yaşar University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yener Ünver
Faculty of Law, Özyeğin University
İstanbul, Turkey

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

Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Faculty of Law, Bilkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Zekeriyya Arı
Faculty of Law, Bursa Uludağ University
Bursa, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Nusret Bedük
Faculty of Law, Tekirdağ N.K. University
Tekirdağ, Turkey

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

Doç. Dr. Ayhan Tekinsoy
Faculty of Law, Ankara University
Ankara, Turkey

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

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

Hakkında

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

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

Kısaltma: Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

About

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



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


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

Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 42150, Konya, Türkiye

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

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

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

 hukukdergi@selcuk.edu.tr

Baskı ve Cilt | Printing Office

Selçuk Üniversitesi Basımevi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Printing House, 42150, Konya, Turkey

 +90 332 241 18 47  selcukbasimevi@gmail.com

Basım Tarihi: Haziran 2021

Publication Date: June 2021

İndeksler ve Dizinler | Indexes and Platforms

SÜHFD., 2010 yılından itibaren TR DİZİN tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by TR DİZİN since 2010.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren ERIHPLUS tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by ERIHPLUS since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren EuroPub Index tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by EuroPub Index since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren DOAJ tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by DOAJ since 2020.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren HeinOnline tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by HeinOnline since 2017.
SÜHFD., 2016 yılından itibaren Asos Academia Social Science Index tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Asos Academia Social Science Index since 2016.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren SOBİAD tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by SOBİAD since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Google Scholar tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Google Scholar since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Crossref tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Crossref since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren OpenAIRE tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by OpenAIRE since 2017.

Yayın İlkeleri

Makalenin Hazırlanma Aşaması

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

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

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

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

5. **Dipnotlar:** Makale ile aynı yazı karakteri, 9 punto, tek satır aralığı, 0,7 aslı, paragraf sonrası 2 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmelidir. Dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı, “Makale Adı” (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip

Publication Principles

Preparation Process of the Article

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

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

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

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

5. **Footnotes:** Footnote characters in the same font as the article, but It should be 9 pt. It should be given automatically and bottom the page. IN BOOKS; Author SURNAME – Name, Book Name, (if any) Number of prints, (if any) Translator (or Editor) SURNAME Name, Place of publication, year and page; In ARTICLES; Author SURNAME, Name, “Article Name” (in quotation marks), Title, Volume, Number, year and page; In the second and subsequent references to the same study, the author's surname, a short

atıflarda Yazar soyadı, eserin kısaltılmış adı ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.


Makale Gönderme Aşaması

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

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

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

Ön İnceleme Aşaması

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

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

Hakem Değerlendirme Aşaması

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

name of article and page numbers may be used.


Submission Process of the Article

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

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

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

Preliminary Examination Process

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

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

Process of the Referee Evaluation

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

halinde Editörlük'ün yeni hakem belirleme yetkisi saklıdır.

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

13. Her iki hakemin verdiği puanların toplamı 50 veya altında olduğu takdirde, her iki hakem eserin yayınlanabilir olduğu yönünde görüş bildirirse dahi Editörlük'ün eseri yayımlamama yetkisi vardır.

Makale Düzeltme Aşaması

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

Dergi Dizgi Aşaması

15. Her iki hakemden yayımlanabilir raporu almış olsa bile, bir eser dergiye gönderim tarihinden itibaren bir aydan önce erken görünüme alınamaz.

16. Her bir sayıda dizgi sırası bakımından makalenin kabul tarihi esas alınmaktadır. Her sayı için azami 20 araştırma makalesi yayımlanması planlanmaktadır.

justification or explanation, the Editorship's right to determine a new arbitrator is reserved.

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

13. If the total number of points given by both referees is 50 or less, the Editorial Board is authorized not to publish the study even if both referees reported that the study can be published.

Process of the Article Correction

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

Process of the Review Typographic

15. Even if both referees reported that the study can be published, the study cannot be published earlier than one month from the date its submission to the review.

16. The acceptance time of article is taken into consideration in the sequence of each issue. It is planning that maximum 20 research articles can be published in each Issue.

İçindekiler
Table of Contents

Araştırma Makaleleri

Research Articles

**ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN YEMEN'E YÖNELİK
DAVETLE MÜDAHALENİN DEĞERLENDİRİLMESİ** **843-880**

Assesment of Intervention by Invitation to Yemen in Terms of
International Law

Sercan REÇBER

**THE EVOLUTION OF THE OBLIGATION OF
SEAWORTHINESS FROM THE HAGUE RULES TO THE
ROTTERDAM RULES** **881-912**

Lahey Kuralları'ndan Rotterdam Kuralları'na Taşıyanın Gemiye
Sefere Elverişli Halde Bulundurma Yükümlülüğü

Mustafa YILMAZ

**MAĞDUR HAKLARI KANUNU TASLAĞI'NIN ÇOCUK
TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA
İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ** **913-931**

Evaluation of Draft Law on Victim Rights with Regard to the
Delivery of the Child and the Establishment of Personal
Connection with The Child

Derya BELGİN GÜNEŞ

**AKIL HASTALIĞININ EVLİLİKTEKİ ETKİLERİNE GENEL
BİR BAKIŞ** **933-998**

A General Outlook on the Effects of Mental Illness in Marriage

Burcu YAĞCIOĞLU

**HEKİMİN BORÇLARININ VEKALET SÖZLEŞMESİ
HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ** **999-1035**

Evaluation of the Doctor's Debts Within the Framework of the
Provisional Contract

Şeyda ŞANLI

Buğrahan ERGÜN

- ANONİM ORTAKLIKLARDA YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN TTK 560 UYARINCA UZAMIŞ ZAMANAŞIMINA GÖRE SORUMLU TUTULMASI** 1037-1077
The Liability of Members of the Board of Directors in Joint Stock Companies According to Extended Time Limit as part of Turkish Commercial Code 560
Alper ÖZBOYACI
- İPTAL DAVASINDA “MENFAAT İHLALİ” KOŞULU VE MENFAAT KAVRAMININ YORUMLANMASI** 1079-1125
The Condition of “Infringement of Interests” in the Annulment Suit and Interpretation of the Concept of Interest
Burcu ERDİNÇ
- TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİ BAĞLAMINDA GRUP ŞİRKETLER DOKTRİNİNİN TÜRK TİCARET KANUNU IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ** 1127-1165
Analysis of Group of Companies Doctrine for Extention of Arbitration Agreement to Non-Signatories Under Turkish Commercial Code
Ayşe Begüm KELEŞ GÜVEN
- OSMANLI DEVLETİ’NDE CEZA MUHAKEMESİNE DAİR HUKUKİ BİR DÜZENLEME: DİVAN-I AHKAM-I ADLİYE’CE HAZIRLANAN MUVAKKAT TALİMATNAME (1869)** 1167-1211
A Legal Regulation Related to Criminal Procedure in the Ottoman Empire: The Provisional Ordinance Prepared by Divan-ı Ahkam-ı Adliye (The Council of Judicial Regulations) (1869)
Ali TURAN
- ULUSLARARASI HUKUKTA KÜRESEL SIĞINMA SÖZLEŞMESİ İHTİYACI: SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ** 1213-1245
The Need of a Global Asylum Convention in International Law: Issues and Proposed Solutions
Gökçe KONYALI

NİTELİKLİ SATIŞ SÖZLEŞMESİ Qualified Sales Contract Hasan AYRANCI Sabure PAKET	1247-1274
META DEĞİŞİMİ VE PARANIN SİYASAL İKTİDARIN KURULMA VE KURUMSALLAŞMA SÜRECİNDEKİ ROLÜ The Exchange of Commodities and Invention of The Money; Its Role on The Establishment of Political Power and in The Institutionalization Process Seydi ÇELİK	1275-1304
BİLGİ VERMEME SUÇU (TCK m. 166) Crime of Failure to Submit The Data (Article 166 of Turkish Penal Code) Burak TAŞ	1305-1342
İDARENİN KENDİSİNE YAPILAN BAŞVURULARA CEVAP VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ The Obligation of The Administration to Response to Applications Mehmet HATİPOĞLU Yasin ATALAN	1343-1382
İDARÎ İŞLEMİN GERİ ALINMASINDA, İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KURULU KARARLARININ İDARÎ YARGI PRATİĞİNDEKİ UYGULANIŞINA DAİR BİR DEĞERLENDİRME A Review for in Context of The Judiciary's Approach The Revocation of Administrative Action within The Framework of Decisions of The-Board of Unification of Case Laws Selman ÖZDEMİR	1383-1434
10 YILA YAKLAŞAN GEÇİCİ KORUMADA GEÇİCİLİĞİN SONU VE KALICI ÇÖZÜMLER Approaching 10 Years: Towards the End of Temporary Protection and Durable Solution Gökçe ARIKAN	1435-1475

- HUKUK-AHLAK İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA TÜRK HUKUKUNDA KUMAR** 1477-1499
Gambling in Turkish Law in The Context of The Relationship Between Law and Morality
Duygu HATİPOĞLU AYDIN
- GERÇEK OLMAYAN GEÇMİŞE YÜRÜME V.S. HAKLI BEKLENTİLERİN KORUNMASI İLKESİ: 7194 SAYILI KANUN ÖRNEĞİ ÜZERİNDEN BİR DEĞERLENDİRME** 1501-1540
Retrospectivity v.s. The Principle of Protection of Legal Expectations: an Evaluation on The Example of Law No: 7194
Ercan SARICAOĞLU
Abdullah ARIKAN
- CRIMINAL RESPONSIBILITY ARISING FROM TRANSMITTING COVID-19 TO ANOTHER PERSON** 1541-1556
Covid-19 Bulaştırmadan Doğan Ceza Hukuku Sorumluluğu
Kübra TUNÇ
- BİLİMSEL ETİK İHLALİ OLARAK İNTİHAL KAVRAMI VE İLMÎ VE EDEBİ ESERLERDE İNTİHAL SUÇU** 1557-1590
As a Scientific Ethical Violation Plagiarism and Plagiarism Crime in Scientific and Literature Works
Uğur ARSLAN

Araştırma Makaleleri
Research Articles

ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN YEMEN'E YÖNELİK DAVETLE MÜDAHALENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Sercan REÇBER*

Öz

Yemen’de yaşanan çatışmalara müdahale amacıyla 26 Mart 2015 tarihinde Suudi Arabistan liderliğinde dokuz devletin katılımı ile gerçekleştirilen “Kararlı Fırtına Operasyonu” uluslararası hukuk açısından özellikle kuvvet kullanma kurallarının değerlendirilmesi bakımından bazı sorunları beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda devlet ülkesinin bütününe etkileyen ve daveti yapmaya yetkili olarak kabul edilenin dahi ülke üzerinde etkin kontrolü sağlayamadığı durumda davet üzerine yapılan bu müdahale, davetle müdahaleyi yapanın gerek devletler düzeyinde yaygın bir şekilde tanınması gerek Birleşmiş Milletler (BM) nezdinde tanınması nedeniyle genel düzeyde uluslararası toplum tarafından kabul edilmiştir. Bununla birlikte davetle müdahalenin uluslararası hukukta bir meşruiyeti olmakla birlikte devletler tarafından gerçekleştirilen davetle müdahale uygulamalarının bütünlük oluşturabilecek bir yapıya sahip olduğu söylenemez.

Anahtar Kelimeler

Yemen • Kararlı Fırtına Operasyonu • Kuvvet Kullanma Kuralları • Meşru Müdafaa • Davetle Müdahale

* Dr. Öğr. Üyesi, Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Bursa, Türkiye | Asst. Prof., Uludağ University, Faculty of Law, Department of International Law, Bursa, Turkey.

✉ srecher@uludag.edu.tr • ORCID 0000-0001-7834-7969

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: REÇBER Sercan, “Uluslararası Hukuk Açısından Yemen’e Yönelik Davetle Müdahalenin Değerlendirilmesi”, *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 843-880.

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

ASSESSMENT OF INTERVENTION BY INVITATION TO YEMEN IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW

Abstract

“Operation Decesive Storm” performed with the participation of nine states under the leadership of Saudi Arabia on 26th March 2015 for the purpose of intervening into conflicts experienced in Yemen has brought some problems with it in terms of assessment of particularly rules of use of force from the aspect of the international law. In case where even one who affects the integrity of state country and who is recognized as being authorized to make invitation cannot provide the effective control on the country, this intervention made by invitation has been recognized by international society generally due to the fact that either one is commonly recognized at state level or before the United Nations (UN). However, whereas intervention by invitation has a legitimacy at international law, it cannot be said that practices of intervention by invitation performed by states has a structure of creating an integrity.

Key Words

Yemen • Operation Decesive Storm • Rules of Use of Force • Self Defence • Intervention by Invitation

GİRİŞ

Yemen tarih boyunca birçok çatışmaya sahne olmuştur. Bugün itibarıyla gerek Birleşmiş Milletler’in (BM) gerek bağımsız uluslararası örgütlerin raporlarında Yemen Dünya’da silahlı çatışmalardan kaynaklı olarak insani krizin en yoğun yaşandığı yerlerden biridir.

Bu makalede kısaca Yemen tarihine değinilmekle birlikte, 2011 Arap baharı sonrası Yemen’de yaşanan gelişmeler ayrı bir başlık altında yer almıştır. Bu makalenin ana sorunsalı 26 Mart 2015 tarihinde başlayıp resmi olarak 22 Nisan 2015 tarihinde sona eren Suudi Arabistan liderliğindeki koalisyon tarafından BM Güvenlik Konseyi’nin yetkilendirmesi olmaksızın gerçekleştirilen “Kararlı Fırtına Operasyonunun” uluslararası hukuk açısından geçerliliğinin tartışılmasıdır.

Bu kapsamda uluslararası hukuktaki kuvvet kullanma kurallarına kısaca değinildikten sonra davetle müdahale doktrininin unsurları incelenmeye çalışılacaktır. Bu makale kapsamında bu operasyonun, operasyonu yapan devletler tarafından hangi gerekçelerle savunulduğu ve bu gerekçelerin geçerliliği tartışılacaktır.

I. 19. YÜZYILDAN GÜNÜMÜZE YEMEN

Yemen 19. yüzyıl boyunca Osmanlı İmparatorluğu ile Büyük Britanya arasında güç mücadelesine sahne olmuştur. 1869 yılında Süveyş Kanalı'nın açılması bu bölgenin stratejik önemini artırdığından dolayı özellikle Aden bölgesi Büyük Britanya'nın bu bölgedeki kilit noktalarından biri olmuştur. Büyük Britanya tarafından serbest liman ilan edilen bu bölgeden Büyük Britanya malları Arap yarımadası dışındaki Afrika kıyılarına ulaştırılmıştır¹. Yemen'i stratejik olarak önemli kılan etmenlerden biri Bab'ül Mendep Boğazı-Kızıldeniz-Süveyş Kanalı suyolunun güney girişini kontrol etmesinden dolayı Dünya ticaretinde oynadığı roldür².

Sömürgecilik sonrası dönemde Yemen, Kuzey Yemen (Yemen Arap Cumhuriyeti) ve Güney Yemen (Yemen Demokratik Halk Cumhuriyeti) olarak ikiye bölünmüştür. Bu bağlamda Yemen tarihinin 1960 sonrası dönemine on yıllık dönemler olarak bakıldığında ortak olarak karşılaşılan durumlar şiddetli çatışmalar, darbeler ve sivil ayaklanmalardır³. Yemen'de yaşanan bu çatışmalı süreçlerin ana nedenlerinden biri ülkedeki geleneksel klan ve kabile yapısının (aşiretçilik) toplumun temel örgütlenmesi olarak hüküm sürmesidir⁴.

Yemen bu dönemde bölgede hakimiyet kurmak isteyen bölgesel güçlerin Yemen'de yaşanan çatışmalara taraf olmasına tanıklık etmiştir. Buna ilişkin en çarpıcı örneklerden biri Kuzey Yemen'de yaşanan iç savaştır. Yaşanan bu iç savaş Suudi Arabistan ile Mısır arasında, Arap Dünyası üzerindeki hakimiyet savaşının bir parçası olarak değerlendirilmektedir. 200 bin kişinin ölümüyle sonuçlanan bu iç savaş İsrail ile mücadelesinde önemli oranda yıpranan, bölgede bulunan Arap monarşilerinin

¹ BORISOVIC, Lutskiy, *Arap Ülkelerinin Yakın Tarihi: 16. Yüzyıldan 20. Yüzyıla*, Çev. KESKİN Turan, 1. Baskı, İstanbul, Yordam Kitap, 2011, s. 322.

² ASLAN, İbrahim, "İstikrarsızlaştırılan Bir Ülkede Bölgesel ve Küresel Güç Mücadelesi", *Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 1 (1), 2015, s. 19.

³ FEIERSTEIN, Gerald. M, *Yemen: The 60 Year War*, s. 2, <https://www.mei.edu/sites/default/files/2019-02/Yemen%20The%2060%20Year%20War.pdf> (Erişim Tarihi: 21.08.2020).

⁴ SWIETEK, Hubert, "The Yemen War: A Proxy War, or a Self Fulfilling Prophecy", 26 *Pol. Q. Int'l Aff.*, 162, 2017, s. 39.

desteğine ihtiyaç duyan Mısır'ın, Suudi Arabistan ile anlaşarak ülkeden çekilmesiyle 1967 yılında son bulmuştur⁵.

İngiltere'nin 1967 yılında Aden'den çekilmesi sonucunda Güney Yemen Demokratik Halk Cumhuriyeti kurulmuştur. Kurulan yeni cumhuriyet, Arap yarımadasında bulunan monarşilerin yıkılması için mücadele eden gruplara destek vereceğini belirtmiştir⁶.

Soğuk Savaş'ın sona ermesi ile birlikte Kuzey Yemen ile Güney Yemen'in birleşmesi sonucunda Yemen Cumhuriyeti 22 Mayıs 1990 yılında kurulmuştur. Bu birleşme sonucunda Yemen Cumhuriyeti'nin ekonomik faaliyetler açısından merkezi Aden, siyasi açıdan merkezi Sanaa olmuştur⁷. Yeni kurulan Yemen Cumhuriyeti'nin başına 1978 yılından beri Kuzey Yemen'in başında olan Ali Abd Allah as-Saleh (Abdullah Salih) geçmiştir.

Bu birleşmeye rağmen Kuzey Yemen ile Güney Yemen arasındaki çatışmalar sona ermemiştir. Bu noktada Güney Yemen'in; Yemen Cumhuriyeti'nden ayrılmaya ilişkin talebi, 1994 yılında Abdullah Salih'in kontrolündeki merkezi hükümet güçleri tarafından bastırılmıştır. Kuzey Yemenliler Aden'i ele geçirdikten sonra bu şehri yağmalamıştır. Kuzey Yemen bu süreç sonrası Güney Yemen'e yönelik cezalandırma amaçlı bir politika yürütmüştür. Bu durum Güney Yemenliler tarafından birleşmeden ülke içi bir sömürgeye geçiş olarak adlandırılmıştır⁸.

Yemen'de yaşanan istikrarsızlığın diğer bir sonucu bölgede uluslararası düzeyde bağlantıları olan terör örgütlerinin faaliyet göstermesidir. 1980'li yılların sonlarından itibaren faaliyetleri gözlemlenen bu örgütlenmelerin başında El-Kaide yer almaktadır. Merkezi otoritenin yetersizliği

⁵ Sosyalizm ve Toplumsal Mücadeleler Ansiklopedisi, İletişim Yayınları, 4, s. 1326.

⁶ CLEVELAND, William L., Modern Ortadoğu Tarihi, Çev. HARMANCI Mehmet, 1. Baskı, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2008, s. 499.

⁷ Bu birleşmeye iki önemli gelişmenin neden olduğu söylenebilir; a) Yemen topraklarında Kuzey ile Güney arasında egemenlik tartışmasının olduğu bölgede petrol bulunması. b) Soğuk Savaşın sona ermesiyle birlikte Güney Yemen'in SSCB'nin ekonomik, siyasi ve teknik desteğinden mahrum kalması. CİNGÖZ, Murat, Ortadoğu'da İran-Suudi Arabistan Mücadelesi ve Yemen Sorunu-Sosyal İnşacı Bir Analiz, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 61.

⁸ CİNGÖZ, s. 62.

sonucunda El-Kaide Yemen'de geniş bir hareket alanına sahip olmuştur. El-Kaide'nin en ses getiren eylemlerinden biri 2004 yılında Aden'de bulunan ABD donanmasına yapılan saldırı sonucu 17 denizcinin hayatını kaybetmesidir. 2009 yılında Arap Yarımadası El-Kaide adını alan bu örgüte karşı, ABD'nin Yemen güvenlik güçleri ile yaptığı iş birliği sonucunda örgüt çökertilememiştir. Bununla birlikte bu örgüte yönelik yapılan mücadele sonucunda çok sayıda sivil de hayatını kaybetmiştir⁹.

Yemen'deki çatışmaların 21. Yüzyılda aldığı görünüme baktığımızda çatışmaların en önemli taraflarından birinin merkezi yönetime karşı ayaklanan Husiler¹⁰ olduğu görülmektedir. 2004 yılının haziran ayında Yemen nüfusunun %35 ile %40'ını oluşturan Husiler ya da Zeydi Şii hareketinin isyanı Suudi Arabistan sınırında, merkezi otoritenin kontrolünün zayıf olduğu ekonomik olarak ihmal edilmiş bir dağ eyaleti olan Saada'da başlamıştır¹¹. Husilerin 2009 yılında Suudi Arabistan sınırlarını ihlal ederek, Suudi Arabistan'a yönelik saldırılar gerçekleştirmesi Husilerin isyanına uluslararası bir boyut kazandırmıştır¹².

⁹ SWIETEK, s. 39-40. Yemen'de yaşanan çatışmalara ilişkin diğer bir husus da ABD'nin Yemen'deki El-Kaide unsurlarına yönelik insansız hava araçlarıyla yapmış olduğu saldırılardır. Bu saldırıların Yemen hükümetinin onayıyla olmadığı görülmektedir. Bu saldırılar sonucunda sivillerde hayatını kaybetmiştir. BM raporları ABD'nin saldırılarının uluslararası hukuk ve insancıl hukuku ihlal ettiği yönündedir. QUERSHI, Waseem Ahmad, "The Crisis in Yemen: Armed Conflict and International Law", North Carolina Journal of International Law, 45 (1), 2020, s. 264.

¹⁰ Şii olarak tanımlanmalarına rağmen Zeydiler, Hanefi fıkhını kabul etmişlerdir. Yemen'de Husi olarak adlandırılan grup mensuplarının yaşadığı yer çoğunlukla ülkenin kuzeyinde yaşayan Zeydilere dayanmakta olup, bu hareketin dinsel merkezi Sa'ada'dır. ASLAN, s. 20.

¹¹ Bu kapsamda Zeydilerin ruhani lideri Hüseyin Badreddin el-Houthi'nin, hükümet güçleri tarafından İran istihbaratıyla birlikte hareket ederek yıkıcı faaliyetlerde bulunduğu suçlamasıyla tutuklanmaya çalışılması isyanın başlamasına neden olmuştur. 2004 yılının eylül ayında isyancıların lideri Hüseyin Badreddin el-Houthi'nin öldürülmesi üzerine hareketin liderliğini kardeşi Abdul-Maik al Houthi üstlenmiştir. 2005 yılından 2010 yılına kadar devam eden süreçte Husiler defalarca merkezi hükümete karşı ayaklanmışlardır. Bu isyanlar General Ali Moshen al-Ahmar liderliğindeki Yemen askeri güçleri tarafından bastırılmıştır. Bu bağlamda Arap Baharı sonrasında yaşanan çatışmalar başlamadan önce dahi ülkenin üçte ikilik kısmının merkezi yönetimin kontrolünde olmadığı söylenebilir. GÜN, Mehmet Salih, "Yemen'de Arap Baharı", Yasama Dergisi, 22, 2012, s. 125.

¹² TAŞDEMİR, Fatma, "Yemen İç Savaşına Suudi Arabistan Liderliğindeki Koalisyon Devletlerinin Askeri Müdahalesi ve Uluslararası Hukuk", Ed. PURTAŞ Fırat,

Yemen'i bugün de esir alan sorunların kökenlerine bakıldığında, uzun yıllar boyunca Yemen'i yöneten Salih yönetiminden söz edilmesi gerekir. Bu noktada Salih'in Yemen'i resmi devlet kurumları aracılığı ile yönetmekten ziyade yerel liderler ve güçlü figürlerle kurduğu ilişkiler çerçevesinde yönettiği görülmektedir. Bu noktada Salih yönetiminin petrol ve diğer ekonomik faaliyetlerden elde edilen kazançları, Yemen halkının bütününe yaymak yerine, kurmuş olduğu çıkar ilişkileri çerçevesinde, patronaj ilişkilerinin hakim olduğu bir yapı içerisinde kullanmasının sonucu ülkenin yaygın ve kitlesel bir yoksulluk içerisinde olmasıdır¹³. Bu anlamda özetlersek Yemen'deki düzenin karakteristik özellikleri, dar bir elitin yönetimi, rüşvetin yaygın olması, politik şiddetin hüküm sürmesi, merkezi yönetimin ülkenin kontrolünü gittikçe yitirmesi, ekonomik sorunların ve yaygın yoksulluğun bulunması, denetleme mekanizmalarının yokluğu ya da çok sınırlı olmasıdır¹⁴. Yemen bu veriler ışığında siyasi, toplumsal ve ekonomik bakımdan başarısız ya da çöken bir devlet olarak tanımlanabilir.

BM Mülteciler Yüksek Komiserliğine göre günümüzde Yemen'deki durum Dünya'da yaşanan en kötü insani krizdir. Beş yıldır devam eden çatışmalar sonucunda 3,6 milyondan fazla insan evlerini terk etmeye zorlanmış ve nüfusun yaklaşık yüzde 80'ine karşılık gelen 24 milyon insan başta gıda olmak üzere hayatın birçok alanında insani yardıma ihtiyaç duymaktadır. Orta Doğu'nun en fakir ülkelerinden biri olan Yemen'de çatışmaların başladığı 2015 yılının mart ayından itibaren durum her geçen gün daha da kötüleşmiş, çok büyük boyutlarda gıdaya ve temiz suya erişim sorunu yaşanmıştır. Bunun dışında kanalizasyon ve sağlık sistemi çökmüş bunlara ek olarak dizanteri ve kolera gibi salgın hastalıklar meydana gelmiştir. BM Mülteciler Yüksek Komiserliği verilerine göre; nüfusun en az yüzde 70'inin gıda, temiz su ve yeterli sağlık hizmetlerine

Uluslararası İlişkilere Tarihsel Bakış, Prof. Dr. Refet Yinanç'a Armağan, 1. Basım, Nobel Yayınları, 2019, s. 335.

¹³ HILL, Ginny/SALIZBURY, Peter/NORTHEEDGE Léonie/ KINNINMONT, Jane, "Yemen: Corruption, Capital Flight and Global Drivers of Conflict", Clatham House: The Royal Institute of International Affairs, 2013, s. 18, https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/Middle%20East/0913r_yemen.pdf (Erişim Tarihi: 27.08.2020).

¹⁴ SWIETEK, s. 38; FEIERSTEIN, s. 1.

erişimi yoktur ve 2018 yılından bu yana yaklaşık bir milyon şüpheli kolera vakası kaydedilmiştir. Yemen'de yaşanan çatışmalara ve yokluğa rağmen Yemen, Somali ve Etiyopya'daki şiddetten ve zulümden kaçan 275.000'den fazla mülteciye ve sığınmacıya ev sahipliği yapmaktadır¹⁵. Uluslararası Kızılhaç Komitesi'ne (ICRC) göre; Yemen'de 24 milyondan fazla insan, insani yardıma muhtaçtır ve bu kriz dünyanın en kötü insani krizidir¹⁶.

Yukarıdaki verilerden anlaşılacağı üzere Yemen, Dünya'da gıdanın tedariki anlamında en güvensiz ülke olarak bu raporlarda yer almaktadır. Çatışmalar başlamadan önce bile, gıda tedariki noktasında uluslararası yardımlara bağımlı olan Yemen'in durumu, çatışmaların devamında daha sorunlu bir hal almıştır. Çatışan tarafların bir yöntem olarak sivilleri açlığa sürüklediği görülmektedir¹⁷.

Çok sayıda patlayıcı ve kara mayını Yemen'de mevcuttur. Çok sayıda çocuk Yemen'deki çatışmalarda kullanılmıştır. Çatışmalar esnasında Uluslararası İnsancıl Hukukun temel sözleşmeleri ve ilkeleri ihlal edilmiştir. 70'ten fazla hastane ve 170 okul çatışmalarda hedef alınmıştır¹⁸.

II. 2011 ARAP BAHARI SONRASINDA YEMEN'DE YAŞANAN GELİŞMELER

2011 yılında Tunus'ta başlayıp Arap coğrafyasına yayılan Arap baharı sürecinden birçok Arap ülkesi etkilenmiştir. 2011 yılının ocak ayının ortasında başta Sanaa olmak üzere diğer şehirlere de sıçrayan Salih rejimine yönelik isyanlar patlak vermiştir. Arap baharının etkisiyle başlangıçta bu kitlesel gösteriler ekonomik çürümüşlüğe ve yoksulluğa ilişkinken, sonrasında bu hareketlilik Salih'in istifasına ve demokratik seçimlerin yapılmasına yönelik bir hal almıştır. Bu süreçte hükümet karşıtı kitle gösterileri ve hükümet yanlılarının mitingleri karşılıklı olarak gerçekleşmiştir. Bu gösteriler sırasında kanlı olaylar yaşanmıştır. 18 Mart 2011

¹⁵ UNHCR The Un Refugee Agency: "About the Crisis in Yemen", <https://www.unrefugees.org/emergencies/yemen/> (Erişim Tarihi: 27.09.2020).

¹⁶ International Committee of the Red Cross, "Yemen in Focus", <https://www.icrc.org/en/where-we-work/middle-east/yemen> (Erişim Tarihi: 27.09.2020).

¹⁷ QUERSHI, s. 249.

¹⁸ QUERSHI, s. 249-250.

tarihinde Sanaa’da keskin nişancılar 52 protestocuyu öldürmüştür. Bu süreçte silahlı kuvvetlerin bazı unsurlarının hükümet karşıtı protestocuları desteklemesi siyasi krizi derinleştirmiştir. Yemen ordusu içinde isyan eğilimleri güçlenmiş ve Yemen ordusundaki bazı gruplar harekete geçmiştir. İslamcılar, ılımlılar, sosyalistler, ayrılıkçılar ve Husilerin başlıca muhalif grupları oluşturduğu muhalefet derin bölünmeler yaşamıştır¹⁹. Bu halk ayaklanmaları aynı zamanda ülkenin elitleri arasındaki güç mücadelesinden farklı olarak hükümete, yerleşik muhalefete ve parlamenter sisteme duyulan güvensizliğin ve yabancılaşmanın bir yansımasıdır²⁰.

Devam eden çatışmalı sürecin zirve yaptığı nokta 3 Haziran 2011 tarihinde başkanlık yerleşkesinin camisinde patlayan bombadır, bu saldırı sonucunda ağır yaralanan Salih, tedavi için Suudi Arabistan'a götürülmüştür. Barışçıl ve halkın demokratik talepleriyle başlayan süreç iyi silahlanmış gruplar arasında bir çatışmaya dönüşmüştür²¹. 21 Ekim 2011 tarihinde alınan 2014 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararında uluslararası yaptırım tehdidi altında taraflara yönelik uzlaşma çağrısında bulunulmuştur²².

Salih’in Yemen’e dönüşü sonrasında Körfez İşbirliği Konseyi’nin (KİK) yönlendirmeleri sonucunda Salih ile muhalifler arasında bir anlaşma gerçekleşmiştir. Anlaşma uyarınca seçimlerin 21 Şubat 2012 tarihinde yapılması ve Salih’in yardımcısı Hadi’nin cumhurbaşkanı olması öngörülmüştür. Bu anlaşma uyarınca Salih’in kontrolü altındaki Genel Halk Kongresi geçiş hükümetinde yer alacaktır. Aynı zamanda bu anlaşma ile Salih’e dokunulmazlık garantisi verilmiştir²³.

KİK’in öncülük ettiği bu girişimin uygulanmasına yönelik olarak BM Güvenlik Konseyi’nin 12 Haziran 2012 tarihinde almış olduğu 2051²⁴

¹⁹ SWIETEK, s. 41.

²⁰ GÜN, s. 128.

²¹ SWIETEK, s. 41.

²² S/RES/2014, 21/10/2011, <https://undocs.org/S/RES/2014> (2011) (Erişim Tarihi: 22.08.2020).

²³ KURT, Veysel, “Devrimden’ Askeri Müdahaleye Yemen”, Analiz, 144, Aralık 2015, s. 9, <https://www.setav.org/devrimden-askeri-mudahaleye-yemen/> (Erişim Tarihi: 22.08.2020).

²⁴ S/RES/2051, 12/06/2012, [https://undocs.org/S/RES/2051\(2012\)](https://undocs.org/S/RES/2051(2012)) (Erişim Tarihi: 20.08.2020).

sayılı karar uyarınca geniş bir uluslararası gözlemci heyetinin katılımı ile Ulusal Diyalog Konferansı oluşturulmuştur. Bu oluşumun anlaşmanın imzalandığı gün yürürlüğe gireceği ve geçiş sürecinin iki aşamalı olacağı öngörülmüştür. İlk aşama anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 90 gündür. Bu aşama başkanlık seçimlerinin yapılması ve seçilen kişinin başkan olarak göreve başlamasıyla son bulacaktır. İki yıl sürecek ikinci aşama ise yeni seçilen başkanın görevi üstlendiği gün başlayacaktır. Bu süreç yeni anayasa uyarınca genel seçimlerin yapılması, başkanın seçilmesi ve göreve başlamasıyla son bulacaktır²⁵.

Husiler ve Güney'deki isyancılar bu anlaşmadan memnun kalmamışlardır. Bu memnuniyetsizliğin altında yatan temel neden, bu anlaşmanın Salih ve taraftarlarına geniş dokunulmazlıklar tanınmasıdır. Husilere göre anlaşma, ABD ve Suudi Arabistan çıkarlarına hizmet edenlere yöneliktir. Güney'deki isyancılar açısından ise Kuzey lehine hükümler içeren, Güney'in taleplerine cevap vermeyen bir anlaşmadır. Bu anlaşmanın geniş halk kitlelerinin yönetime katılımı konusunda gerekli düzenlemeleri içermediği görülmektedir²⁶. Bütün bu olumsuzluklara rağmen Salih yetkilerini devretmiş ve taraflar arasında bakanlıkların eşit dağılımını öngören bir uzlaşma hükümeti kurulmuştur²⁷.

18 Mart 2013 tarihinde başlayan konferansın amacı geçiş süreci ile birlikte, Yemen'in sorunlarının barışçıl yollarla çözümü ve Yemen'in bir devlet olarak yeniden inşasıdır²⁸. Ulusal Diyalog süreci²⁹ ile hedeflenen Yemen'de federal sistemin uygulanabilmesidir. Bu noktada ülkenin altı bölgeye ayrılması, farklı kabilelere ve dini gruplara özerklik sağlanması, ayrımcılık sorununun çözülmesi hedeflenmiştir³⁰.

²⁵ GÜN, s. 132-133.

²⁶ GÜN, s. 134.

²⁷ GÜN, s. 135.

²⁸ KURT, s. 11.

²⁹ Konferansta, geçiş sürecini tamamlamak ve Yemen'e ilişkin ana sorunları tartışmak ve çözüm önerileri sunmak amacıyla dokuz ayrı çalışma grubu oluşturulmuştur. Bu oluşturulan dokuz çalışma grubunun odaklanacağı meseleler olarak şu konular öngörülmüştür: Güvenlik, devletin yeniden inşası, temel hak ve özgürlüklerin tesisi ve korunması, kalkınmanın sağlanması, yeni bir anayasanın yapılması, ulusal uzlaşma, iyi yönetim, Sa'da meselesi ve Güney sorundur. KURT, s. 11.

³⁰ SWIETEK, s. 41.

21 Ocak 2014 tarihinde 1.800 tavsiye içeren bir sonuç belgesi yayımlanmıştır³¹. BM Güvenlik Konseyi tarafından Yemen'de geçiş sürecini desteklemek için tesis edilen 26 Şubat 2014 tarihli 2140 sayılı karar uyarınca barışı, güvenliği veya istikrarı tehdit eden eylemlerde bulunan veya bu eylemlere destek sağlayan bireylerin mal varlıklarının dondurulmasına ve seyahat yasağı getirilmesine karar verilmiştir. Aynı zamanda bu kararlarla bir yaptırım komitesi kurulmuştur³².

Bununla birlikte ilerleyen süreçte Cumhurbaşkanı Hadi, siyasi ve ekonomik geçişi sağlayamamış ve ulusal diyalog süreci başarıya ulaşmamıştır. Bu hedeflerin gerçekleştirilememesi noktasında Güney'deki ayrılıkçı güçlerin ve Husilerin direnişi etkin olmuştur. 2011 yılının eylül ayından itibaren etkinliklerini artıran Husiler, 2014 yılının ortalarından itibaren ülkenin kuzeyinin büyük bölümünde hakimiyet kurmuşlardır. Derinleşen kriz ortamı ve merkezi yönetimin zayıf olması Husileri güçlendirmiş ve 2014 yılının eylül ayında Husiler askeri bir saldırı ile başkent Sanaa'yı ele geçirmiştir. Bu noktada Husilerin amacı, yeni hükümetin kurulması üzerinde belirleyici olmaktır. Sanaa'yı ele geçirdikten sonra Husiler, Salih ile birlikte ona sadık güçlerle ittifak kurmuşlardır. Siyasal süreci kontrol altına almak amacıyla Husiler, Yemen'in güneyine doğru ilerleyişlerini sürdürmüşlerdir. Bu süreçte Cumhurbaşkanlığı sarayı da bombalanmış, Hadi ev hapsinde tutulmuş ve istifaya zorlanmış, diğer kabine üyeleri hapsedilmiştir. Bu gelişmeler sonucunda Hadi 22 Ocak 2015 tarihinde istifa etmiştir. Bu istifayı Başbakan Halid Baha'nın istifası takip etmiştir. Husiler 6 Şubat 2015 tarihinde Yemen meclisini feshederek, kendi parlamentolarını oluşturmuş ve beş üyeden oluşan devrim konseyini atamışlardır. Husiler tarafından tesis edilen bu oluşumları hiçbir devlet tanımamıştır. Ülkenin güneyinde Husi rejimine karşı kitlesel gösteriler

³¹ RUYS, Tom/ FERRO, Luca, "Weathering the Storm: Legality and Legal Implications of the Suudi Led Military Intervention in Yemen", *International and Comparative Law Quarterly*, 65 (1), 2016, s. 63, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2685567 (Erişim Tarihi: 20.06.2020).

³² S/RES/2140, 26/02/2014, [https://undocs.org/S/RES/2140\(2014\)](https://undocs.org/S/RES/2140(2014)) (Erişim Tarihi: 20.08.2020).

yapılmış, ev hapsinden Aden'e kaçan Hadi bu gelişmeler sonrasında istifasını geri çekmiştir³³.

Bu çatışmalı süreç boyunca Yemenliler sorunlarına çözüm bulmak için defalarca bir araya gelmiş ve Yemenliler tarafından çeşitli öneriler sunulmuştur. Bu önerilerin bazıları şunlardır. Hükümetin ademi merkezileşmesi ve yerel düzeyde özerklik verilmesi, federal bir devlet yapısının oluşturulması, parlamentoda temsil haklarından mahrum edilmiş ya da yeterince temsil edilmeyen grupların temsilinin sağlanması, sağlık ve eğitim gibi temel hizmetlere daha iyi erişimin sağlanması, ekonomik faaliyetlere katılım için daha eşit bir kamusal alanın yaratılmasıdır. Ancak bu reform programlarının hiçbiri uygulanamamıştır³⁴.

Çatışmalı sürecin devamında 2015 yılının mart ayında Husiler, Güney'e yönelik bir saldırı başlatmış ve bunun sonucunda 22 Mart 2015 tarihinde Yemen'in 3. büyük şehri Taizi, bir gün sonrasında Bab-el-Mandeb yolu üzerinde stratejik önemi olan liman şehri Mokka'yı ele geçirmişlerdir³⁵.

Yemen'de yaşanan çatışmaların uluslararası boyutuna bakıldığında İran ve Suudi Arabistan'ın genel anlamdaki rekabetlerini bu bölgede sürdürdükleri görülmektedir. Başlangıçta Suudi Arabistan'ı desteklemekle birlikte sonrasında bağımsız hareket eden Birleşik Arap Emirlikleri de önemli bir aktör olarak karşımıza çıkmaktadır³⁶.

III. ULUSLARARASI HUKUKTA DAVETLE MÜDAHALE

II. Dünya Savaşı'nın sona ermesinden itibaren, yeryüzünde küresel ölçekte bir Dünya savaşı yaşanmasa da çok sayıda iç savaşa ve uluslararası nitelikte olmayan onlarca silahlı çatışmaya tanıklık edilmiştir. Bu çatışmaların en yoğun yaşandığı bölge ise Afrika'dır. Bu dönemde yaşanan uluslararası nitelikte olmayan onlarca silahlı çatışmaya hükümet ya da muhalif güçler adına devletler müdahalede bulunmuştur³⁷.

³³ SWIETEK, s. 41-42.

³⁴ FEIERSTEIN, s. 18.

³⁵ SWIETEK, s. 42-43.

³⁶ FEIERSTEIN, s. 20.

³⁷ LIEBLIC, Eliav, "Intervention and Consent: Consensual Forcible Interventions in International Armed Conflicts as International Agreements", Boston University

II. Dünya Savaşı sonrasında tesis edilen BM Antlaşması'nın kurduğu yapı kuvvet kullanma yasağına dayanmaktadır. Bu özellik BM Antlaşması'nın 2. maddesinin 4. paragrafında şu şekilde yer almıştır; *“Tüm üyeler uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına karşı, gerek Birleşmiş Milletlerin amaçlarıyla bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar”*. Bu hüküm uyarınca devletlerarası ilişkilerde sadece savaş değil aynı zamanda devletlerarası ilişkilerde her türlü kuvvet kullanımı ile birlikte kuvvet kullanma tehdidi de yasaklanmıştır. BM Antlaşmasında kuvvet kullanma yasağının istisnası olarak belirtilen durumlarsa BM Güvenlik Konseyi'nin³⁸ BM Antlaşması'nın *“Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Eylemi Durumunda Alınacak Önlemler”*³⁹ başlıklı VII. Bölüm uyarınca alacağı kararlar ile BM Antlaşması'nın 51. maddesinde⁴⁰ belirtilen meşru müdafaa halidir.

Uluslararası hukukta kuvvet kullanmanın yasaklanması ve kuvvet kullanma tehdidinde bulunmanın yasaklanması ilkesi ile beraber uluslararası güvenlik, barış ve devletlerin ülkesel bütünlüğü ilgili diğer bir önemli ilke içişlerine karışmanın yasaklanmasıdır. Bu ilke en somut biçimiyle BM Antlaşması'nın 2. maddesinin 7. paragrafında yer almıştır. *“İş*

International Law Journal, 29 (337), 2011, s. 339, <https://www.bu.edu/ilj/files/2014/05/Lieblich-finalpdf.pdf> (Erişim Tarihi: 17.07.2020).

³⁸ BM Antlaşmasının 24. maddesinin 1. paragrafı şu şekildedir *“Birleşmiş Milletler'in üyeleri örgütün hızlı ve etkili hareket etmesini sağlamak için uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumluluğu Güvenlik Konseyi'ne bırakırlar ve bu sorumluluk gereğince görevlerini yerine getirirken Güvenlik Konseyi'nin kendi adlarına hareket ettiğini kabul ederler”*. Bu hükümden anlaşılacağı gibi uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumlu organ BM Güvenlik Konseyi'dir.

³⁹ DOST, Süleyman, *“Suriye'deki Silahlı Çatışmalara Diğer Devletlerin Destek ve Müdahaleleri ile Uluslararası Hukuki Sonuçları”*, SOBİDER Sosyal Bilimler Dergisi, 4 (12), 2017, s. 359-360, https://sobider.com/?mod=tammetin&makaleadi=&makaleurl=114593597_3542%20%20%20DOST.pdf&key=31339 (Erişim Tarihi: 01.01.2021).

⁴⁰ BM Antlaşması'nın 51. maddesi şu şekildedir, *“Bu antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı saldırıya uğraması halinde, Güvenlik konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya kadar, tabi olan münferit ve kolektif meşru müdafaa hakkına hâlel getirmez. Bu meşru müdafaa hakkını kullanarak üyelerin aldığı önlemler derhal Güvenlik Konseyi'ne bildirilir ve Konsey bu antlaşmaya dayanarak uluslararası barış ve güvenliğin korunması veya idamesi için gerekli göreceği şekilde her an hareket etmek veya ödevine hiçbir şekilde tesir etmez”*.

bu Antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletlere herhangi bir devletin kendi iç yetki alanına giren konulara müdahale yetkisi vermediği gibi üyeleri de bu türden konuları iş bu Antlaşma uyarınca bir çözüme bağlamaya zorlayamaz; ancak, bu ilke VII. Bölümde öngörülmüş olan zorlayıcı önlemlerin uygulanmasını hiçbir biçimde engellemez”.

BM Genel Kurulu bu ilkelere ilişkin esaslara 1965 tarihinde alınan 2131 sayılı “Devletlerin İç İşlerine Karışmanın Yasaklanması ve Bağımsızlık ve Egemenliklerinin Korunması Bildirisi” ile 1970 tarihli “BM Antlaşmasına uygun olarak Devletler arasında İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi’nde” yer vermiştir.

Buradan anlaşılacağı üzere davetle müdahale kavramı BM Antlaşması’nda yer almamaktadır. Buna rağmen BM Antlaşması’nda devletler arasında kuvvet kullanmanın sıkı şartlara bağlanması sonucu devletler, antlaşmada öngörülen istisnalar dışında, başka bir devletin egemenlik alanına müdahaleyi meşrulaştırmak amacıyla çeşitli görüşler ileri sürmüşlerdir. Davetle müdahale bu ileri sürülen görüşlerden biridir. Burada önemli olan husus bu müdahalenin silahlı ve askeri bir nitelik taşımasıdır. Mevcut kuvvet kullanma kurallarının sıklıkla tartışıldığı gerçeği dikkate alındığında davetle müdahale olgusuna yönelik farklı görüşler söz konusudur.

Bununla birlikte davet ile müdahale olgusu BM Antlaşması’nda yer almamasına rağmen, tüm üye devletlerin temsil edildiği BM Genel Kurulu’nda 14 Aralık 1974 yılında kabul edilen 3314 sayılı saldırının tanımına⁴¹ ilişkin kararın saldırı fiili kapsamındaki eylemleri düzenleyen 3. maddesinin e paragrafında dolaylı olarak düzenlenmiştir. Bu paragraf uyarınca, “Kabul eden devletle yapılan bir anlaşma uyarınca o devletin ülkesinde bulunan bir devletin silahlı kuvvetlerinin, o anlaşmada belirtilen koşullara aykırı olarak kullanılması veya anlaşmanın sona ermesinden sonra da bu topraklardaki varlığını devam ettirmesi” saldırı olarak nitelenmiştir. Bu karar uyarınca bir devlet diğer bir devlete, kendi toprakları üzerinde silahlı güç kullanımına izin verebilir.

⁴¹ Definition of Aggression, The General Assembly, [https://undocs.org/en/A/RES/3314\(XXIX\)](https://undocs.org/en/A/RES/3314(XXIX)) (Erişim Tarihi: 17.07.2020).

Davetle müdahalenin çeşitli tanımları yapılabilir. George Nolte'a göre; davetle müdahale ilgili devletin hükümetinin daveti üzerine yaşanan bir iç silahlı çatışmada yabancı birliklerin askeri müdahalesidir. Bu tür müdahaleler askeri müdahalenin dışında, lojistik ve diğer askeri yardımları da içerebilir⁴².

Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün 2011 yılında sunmuş olduğu raporda davetle müdahale; *"Talep üzerine askeri yardım, bir devletin isteği üzerine, diğer devletin silahlı kuvvetlerinin istekte bulunan devlete gönderilmesi anlamına gelen doğrudan askeri bir yardımdır. Talep ise istekte bulunan devletin iradesinin özgürce ifade edildiği ve askeri yardımın usul ve şartlarına onay vermeyi yansıtan bir istek anlamına gelir"*⁴³.

Bu bağlamda davetle müdahale, devleti temsil yetkisine sahip olan hükümetin, kendi devlet ülkesi sınırları içerisinde meydana gelen uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmada bir başka devlet/devletlerden ya da uluslararası örgütten, söz konusu silahlı çatışmaya, askeri müdahalede bulunulmasını talep etmesini ve bu müdahaleye rıza göstermesini içermektedir. Vakalar arasında yerel ve düzensiz huzursuzluklar olabileceği gibi tam ölçekli bir iç savaş da olabilir⁴⁴.

Davetle müdahalenin uluslararası hukuka uygunluğunun sağlanabilmesi için, bir hukuk kuralının geçerli olması için aranan şekli ve maddi koşul ya da koşulların sağlanması gerekir. Bu noktada maddi geçerlilik açısından davetin verilmiş şekli ve zamanı önemlidir. Şekli açıdan bakıldığında davetin kim ya da kimler tarafından yapıldığı önem kazanmaktadır. Bu noktada davetle müdahalenin devleti temsile yetkili olarak kabul edilen birimler tarafından yapılması gerekmektedir.

Bu noktada davetle müdahalenin uluslararası hukuk normlarına aykırılık oluşturmaması için cevaplanması gereken sorular bulunmaktadır. Bu soruların başında BM Antlaşması'nda kuvvet kullanma yasağının istisnası olarak yer almayan bu duruma ilişkin, bir devletin kendi

⁴² NOLTE, George, Intervention by Invitation, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, s. 1, www.mpepil.com (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

⁴³ KARA AHMETOĞLU, İsmail, Uluslararası Hukukta Davetle Müdahale: Rusya'nın Suriye'ye Müdahalesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 27.

⁴⁴ NOLTE, s. 3.

ülkesinde başka bir devlet ya da devletler tarafından kuvvet kullanılmasına rıza göstermesi, bu durumun hukuka aykırılığını ortadan kaldırırmı? Davetle müdahale noktasında verilen rıza bağlamında, genel olarak bakıldığında Uluslararası Hukuk Komisyon'un çalışmalarını 2001 yılında tamamladığı *“Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu”* başlıklı taslak maddelerin 20. maddesinde rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden biri olarak düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca; *“Bir Devlet, bir başka Devletten, belirli bir davranış için geçerli bir rıza almışsa, bu davranışın hukuka aykırılığı, rızayı alan Devlet bakımından, davranışın rızanın sınırları dâhilinde kaldığı ölçüde, ortadan kalkar”*⁴⁵.

Bu noktada vurgulanması gereken müdahalenin uluslararası hukuka uygunluğu açısından devleti temsile yetkili hükümet tarafından davetin yapılmasının tek başına davetle müdahale çerçevesinde kuvvet kullanılmasını ve diğer askeri desteklerin sağlanmasını uluslararası hukuka uygun hale getirmeyeceğidir. Bu kapsamda hükümetin yabancı güçleri davet etme yetkisinin sınırsız bir yetki olmadığı açıktır. Bunun sınırları uluslararası hukuk kurallardır. Bu kapsamda davet eden devletin uluslararası hukuktan kaynaklı olarak yapamayacağı faaliyetlerin, başka bir devletin davet edilmesiyle, davet edilen devlet tarafından yapılması mümkün değildir.

Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu başlıklı taslak metnin 8. maddesi *“Bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şayet bu kişi ya da grup bu davranışı yaparken, Devletin talimatları, emri ya da denetimi altında ise, uluslararası hukuka göre bu devletin fiili olarak kabul edilir”* şeklindedir⁴⁶. Bu madde uyarınca, davet edilenin fiilleri davet edenin sorumluluğu kapsamındadır. Bu kapsamda söz konusu davet uluslararası hukuk kurallarının ihlalini içeremez. Bu davet kuvvet kullanmayı içereceğinden dolayı insan hakları hukuku ve silahlı çatışmalar hukuku kurallarının ihlalini içermemelidir. Örneğin davette bulunan devlet, davet edilen devlete yapılan askeri operasyonlarda çatışmayla doğrudan bağlantısı olmayan altyapı tesisleri, okul ve hastane gibi yerlerin vurulması

⁴⁵ ERKİNER, Hakkı Hakan, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 168.

⁴⁶ ERKİNER, s. 133.

yetkisini veremez. Benzer şekilde davette bulunan devlet, davette bulunulan devlete çatışma dışı kalmış kişilerin öldürülmesi yetkisini veremez.

Davetle müdahale konusunda diğer bir sorunsal jus cogens (buyruk kural) olarak da kabul edilen kuvvet kullanma yasağına aykırı bir şekilde davette bulunulup bulunulamayacağı sorunudur. Kuvvet kullanma yasağı jus cogens niteliğinde bir kural olmakla birlikte bu kapsamdaki jus cogens kural BM Antlaşması'nın 2. maddesinin 4. paragrafında düzenlenen kuvvet kullanma yasağı ile tam örtüşmediği için yasağın kapsamı bu maddeye göre daha dardır⁴⁷. Bu sebeple davetle müdahale kapsamında verilen rızanın jus cogens kapsamındaki kuvvet kullanma yasağını ihlal etmemesi gerekmektedir. Bu noktada davetle müdahalenin kendisinin silahlı bir saldırı durumu oluşturması halinde davet üzerine yapılan müdahalenin geçerliliği savunulamaz.

Bu kapsamda davet üzerine yapılan müdahalenin silahlı saldırıya dönüşmesi verilen rızayı geçersiz kılacaktır. Saldırının tanımına ilişkin karara dönecek olursak, bu kararın yukarıdaki paragraflarda belirtilen 3. maddesinin e paragrafında, yapılan bir anlaşma uyarınca başka bir devletin ülkesinde bulunan başka bir devletin silahlı kuvvetlerinin anlaşmaya aykırı davranması saldırı olarak nitelendirilmiştir.

Davetle müdahale olgusu çerçevesinde verilen rızanın geçerli olması için birtakım unsurlara sahip olması gerekmektedir. Bu kapsamda rıza tek taraflı işlem ve anlaşma yoluyla olmak üzere iki şekilde verilebilir. Söz konusu davet ad hoc bir olay üzerine verilebileceği gibi olay ya da olaylar yaşanmadan önce sınırları belirlenmiş bir şekilde anlaşma temelli olarak da verilebilir⁴⁸.

Anlaşma yoluyla davet yönteminde devletler iki taraflı anlaşmalar yapabilirler. Bu anlaşmaların söz konusu müdahalelerin hukuka aykırılığını ortadan kaldırdığı söylenebilir. Anlaşma yoluyla davetle

⁴⁷ BAŞAREN, Sertaç Hamdi, Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2003, s. 76.

⁴⁸ PERISIC, Petra, Intervention by Invitation –When Can Consent from a Host State Justify Foreign Military Intervention”, Russian Law Journal, VI (46), 2019, s. 9-10.

müdahaleye örnek pek çok olay sayılabilir⁴⁹. Tek taraflı davette, devleti temsile yetkili birimlerin davetiyle gerçekleşmektedir.

Davetle müdahaleye ilişkin diğer bir sorunsal davetle müdahale talebini yapmaya kim ya da kimlerin yetkili olduğudur. Bu noktada Uluslararası Adalet Divanı (UAD) kararları bize yardımcı olabilir. “*Nikaragua’ya Karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler*” davasında verilen kararın 209. paragrafında müdahalenin hukuka aykırı olmamasının devletin temsilcisi durumundaki hükümetin talebiyle mümkün olabileceği belirtilmiştir. Kararın 246. paragrafında ise bir devletin hükümetinin talebiyle gerçekleşen davetle müdahaleye, muhaliflerin talebiyle izin verilmesi halinde içişlerine karışmama ilkesinin bir belirsizlikle karşılaşılabileceği ve bu ilkenin anlamını yitirebileceği belirtilmiştir⁵⁰.

UAD Kongo Topraklarında Silahlı Faaliyetler Davası kararında davet üzerine müdahaleye hükümetin talebi ile izin verilebileceğini belirtmiştir⁵¹. Bu bağlamda devletin temsilcisi olan hükümetin daveti ile yapılan müdahalenin genel olarak uluslararası hukuka uygun olduğu; hükümete muhalif olan grupların talebinin ise uluslararası hukuka aykırı olduğu söylenebilir. Bununla birlikte buradan hükümetin davetiyle yapılan her müdahalenin uluslararası hukuka uygun olduğu sonucu çıkarılmaz⁵².

Davetle müdahale olgusunda bu yetkinin kime ait olduğu Grenada olayında tartışılmıştır⁵³. Bu olayda müdahaleye davet talebi adanın Genel

⁴⁹ Bu kapsamda şu örnekler verilebilir, “Bosna-Hersek, Komor adaları, Tacikistan, Cibuti, Togo, Laos, Sri Lanka, Mozambik, Afganistan, Liberya, Sierra Leone, Çad ve Gabon’da gerçekleştirilen askeri müdahaleler anlaşma temelli müdahalelere örnek olarak gösterilmektedir”. WIPMANN, David, “Treaty-Based Intervention: Who Can Say No?”, *University of Chicago Law Review*, 62, 1995, s. 609.

⁵⁰ ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, (Nicaragua and United States of America), 27/05/1986, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

⁵¹ ICJ, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo and Uganda)*, 19/12/2005, para 45-46, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

⁵² NOLTE, s. 4.

⁵³ 1983 yılının ekim ayında Grenada’da hükümetin darbe sonucunda devrilmesi ve sonrasında yaşanan çok sayıda kişinin hayatını kaybettiği olaylar sonucunda, Doğu

Valisi tarafından yapılmış bu da beraberinde söz konusu davet talebinin işgal öncesi olup olmadığı tartışmasını getirmiştir. Bu konudaki diğer tartışma valinin böyle bir yetkiye sahip olup olmadığı noktasındadır⁵⁴. Burada genel valinin yetkilerinin sembolik düzeyde olmasından dolayı davetle müdahale konusunda yetkili olmadığı sonucuna ulaşılabilir⁵⁵.

Davetle müdahale olgusunda daveti veren hükümetin, davet talebinde yetkili olup olmadığı noktasında uluslararası hukuk doktrininde birtakım ölçütler bulunmaktadır. Devleti temsil noktasında kim ya da kimlerin yetkili olabileceği noktasında ölçütlerden biri etkin kontrol ölçütüdür. Bu ölçüt uyarınca ülke üzerinde etkin kontrolü olan hükümet, meşru hükümet olarak ele alınmaktadır⁵⁶.

Bu ölçüt bir grubun ülke genelinde belirli ölçülerde etkinlik tesis etmesiyle ilgilidir, bu ölçüt uyarınca ülke genelinde etkin kontrolü sağlayan bu grubun iktidara geliş biçimi, devleti temsil etmesine engel değildir⁵⁷.

Bununla birlikte etkin kontrol ölçütünün devleti temsil noktasında tek başına değerlendirilebilecek bir ölçüt olmadığı belirtilmelidir. Bu noktada hükümetin, ülke üzerinde etkin kontrolü kaybetmiş olsa bile, BM nezdinde tanınıyor ise temsile yetkili, meşru olduğu kabul edilir ve dış yardım talepleri geçerliliğini sürdürür⁵⁸. Bu noktada Haiti örneği verilebilir. 1991 yılında seçimle işbaşına gelen Jean-Bernard Aristide bir darbe sonucu görevinden uzaklaştırılmıştır. Darbe sonrasında ülke üzerinde etkin kontrolünü kaybetmiş olmasına rağmen Aristide, Haiti'nin temsili noktasında yetkili olduğunu belirtmiş, BM ve Amerikan Devletleri

Karayip Ülkeleri Örgütü Grenadaki bu durumun kendi vatandaşlarına yönelik bir tehdit oluşturduğu gerekçesiyle, bu durumun sonlandırılması amacıyla kuvvet kullanılması yönünde bir karar almıştır. Bu kararı dönemin Grenada Genel Valisi Sir Paul Scoon'da desteklemiştir. BATIR, Kerem, "Soğuk Savaş Sonrası Dönemde Amerikan Müdahaleciliği ve Uluslararası Hukuk", *Yönetim Bilimleri Dergisi*, 9 (1), 2011, s. 120-121.

⁵⁴ SHAW, Malcolm N., *Uluslararası Hukuk*, Çev. KAYA İbrahim, ACER Yücel, DEMİRTEPE M. Turgut, ŞİMŞEK G. Engin, 1. Baskı, TÜBA, Ankara, 2018, s. 839.

⁵⁵ BATIR, s. 121.

⁵⁶ NOLTE, s. 5.

⁵⁷ KARAAHMETOĞLU, s. 39.

⁵⁸ TUNÇ, Abdullah, *Uluslararası Hukukta Davetle Müdahale*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 65.

Örgütleri uyarınca meşru temsilci olarak kabul edilmiştir⁵⁹. BM Güvenlik Konseyi daha önce almış olduğu ve askeri rejime yönelik özellikle ekonomik ambargoyu içeren kararlarına⁶⁰ ek olarak 31 Temmuz 1994 tarihinde 940⁶¹ sayılı kararı almıştır. Bu kararda üye devletlere askeri rejimin ülkeyi terk etmesi için gereken bütün önlemleri alma yetkisi verilmiştir. Bu kararda dikkat çeken unsurlardan biri de demokrasinin yeniden tesisinin uluslararası toplumun hedefi olarak belirtilmesidir⁶².

Davetle müdahale kapsamında tartışılan diğer bir konu, toplumun tamamen çatışan taraflar arasında bölünmesi durumudur. Burada çatışmaların tam ölçekli bir iç savaş durumunu yansıtması halinde devleti temsile ve dolayısıyla davetle müdahaleye kimin ya da kimlerin yetkili olacağıdır. Bu noktada "İç Savaş'ta Müdahale Etmeme İlkesi" uyarınca yaşanan tam ölçekli bu iç savaşın taraflarına devletlerin yardım yapmaması gerektiği vurgulanmaktadır⁶³. Diğer bir ifadeyle yaşanan çatışmalar, ülkenin bütününe etkileyen tam ölçekli bir iç savaşa dönüştüğünde davetle müdahale doktrinin uygulanabilir olmadığı savunulmaktadır⁶⁴.

Bu noktada negatif eşitlik ilkesinin değerlendirmelerde rol oynadığı görülmektedir⁶⁵. Negatif eşitlik ilkesi çatışan tarafların hiçbirinin, çatışma süresince hiçbir dış destek almamasını ifade eder. İç işlerine karışmama

⁵⁹ TUNÇ, s. 59.

⁶⁰ Bu duruma ilişkin olarak Güvenlik Konseyi 841,873 ve 917 sayılı kararları almıştır. Bu kararlarda Haiti'ye yönelik petrol ve silah ambargosu ile Haiti devletinin malvarlıklarının dondurulması, hammaddelere yönelik yasaklamalar getirilmesi ve uçuş yasağı gibi kısıtlamalar yer almaktadır. REÇBER Sercan, İnsancıl Müdahale ve Koruma Sorumluluğu, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 134-135.

⁶¹ S/RES/940, 31/07/1994, [https://undocs.org/S/RES/940\(1994\)](https://undocs.org/S/RES/940(1994)) (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

⁶² REÇBER, s. 135-136.

⁶³ TUNÇ, s. 130.

⁶⁴ TAŞDEMİR, Fatma, "Suriye İç Savaşı'na Üçüncü Devletlerin Müdahalesi ve Uluslararası Hukuk", Ed. TAŞDEMİR Fatma, Suriye, Çatışma ve Uluslararası Hukuk, 2. Basım, Nobel Yayınları, Ankara, 2019, s. 173.

⁶⁵ 2009 yılında Gürcistan'da yaşanan çatışmalara ilişkin olarak Bağımsız Uluslararası Olgu Bulma Misyonunun Güney Osetya yetkililerinin Rusya'ya yönelik yapmış oldukları davete yönelik negatif eşitlik ilkesinin kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesi yapılmıştır. TUNÇ, s. 63, Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, (Georgia Report), 2009, https://www.echr.coe.int/Documents/HUDOC_38263_08_Annexes_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 19.06.2020).

ilkisinin yansması olarak değerdendirebileceğimiz negatif eşitlik ilkesi uyarınca, toplumun tamamen bölünmüş olması nedeniyle tüm toplumu temsil ettiğini iddia edebilecek bir hükümet olmadığından dolayı, bölünmüş bu toplum adına hiçbir otorite bir müdahale talebinde bulunamaz. Böyle bir ortamda bir müdahale talebinin kabulü ve bunun sonucunda yapılabilecek bir askeri müdahale aynı zamanda self determinasyon hakkına müdahale oluşturacağından dolayı kabul edilemez nitelikte değerlendirilmektedir⁶⁶. Self determinasyon mücadelesi veren grupların daveti ile geçerli bir müdahale yapıp yapılmayacağı noktasında Genel Kurul kararları self determinasyon hakkının tesisi için kuvvet kullanma yetkisi vermemekte, yalnızca bu hakkı kullanmak isteyen grupların taleplerinin bastırılması için kuvvet kullanılması durumunda buna karşı yardım almalarını meşru görmektedir⁶⁷.

Negatif eşitlik ilkesini savunanlarca bu ilke iç savaşların uluslararası bir çatışmaya dönüşmesini engelleyebilir. Bununla birlikte bu ilkenin uygulanabilirliğinin sorun yaratabileceği nokta bir çatışmanın iç savaş haline gelip gelmediği, bir isyancı ile savaşan arasındaki farkın tanımlanmasının zorluğudur⁶⁸. Bu kapsamda doktrinde kabul gören yaklaşım müdahalenin meşruluğu açısından çatışmaların iç savaş eşliğinin altında olmasıdır⁶⁹.

Soğuk Savaş sonrası dönemde davetle müdahale konusunda yapılan tartışmalardan biri, davette bulunan hükümetin aynı zamanda demokratik meşruiyetinin aranan bir ölçüt haline gelmesidir. Bu görüşü savunanlar etkin kontrol ölçütü uygulansa bile bunun yeterli olmayabileceğini, davette bulunan hükümetin aynı zamanda demokratik meşruiyete sahip olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir⁷⁰. Bu noktada, baskıdan uzak serbest ve adil seçimler sonucunda seçilmiş olan hükümetlerin, neredeyse

⁶⁶ FOX, Gregory H., "Intervention by Invitation", Ed. WELLER, Marc, The Oxford Handbook of The Use of Force In International Law, Oxford University Press, 2015, s. 827.

⁶⁷ TAŞDEMİR, Fatma, Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi, Ankara, USAK, 2006, s. 18.

⁶⁸ FOX, s. 827.

⁶⁹ KARAAHMETOĞLU, s. 28.

⁷⁰ TUNÇ, s. 57; FOX, s. 835.

tüm etkin kontrollerini kaybettikten sonra bile başka bir devletin silahlı kuvvetlerini davet etmek suretiyle bu statülerini koruyabilecekleri vurgulanmıştır⁷¹.

Demokratik meşruiyet ilkesi dikkate alındığında halkın iradesine aykırı bir şekilde yönetimi ele geçiren ve ülke üzerinde etkin kontrolü sağlayan yönetimin davet ile müdahale talebi kabul edilemez⁷².

IV. DAVETLE MÜDAHALE VE YEMEN

15 Şubat 2015 tarihinde alınan 2201 sayılı karar uyarınca BM Güvenlik Konseyi, Husilerden kayıtsız şartsız müzakere masasına dönmelelerini, ev hapsindeki tüm bireyleri serbest bırakmalarını, hükümet ve güvenlik kurumlarından güçlerini çekmelerini istemiştir⁷³. 22 Mart 2015 tarihinde yapmış olduğu açıklamada BM Güvenlik Konseyi Başkanı, Hadi'ye desteğini yenilemiş ve bu kapsamda Husileri, Yemen'de süren siyasi geçiş sürecini engelledikleri ve Yemen'in egemenliğini tehlikeye attıkları gerekçesiyle kınamıştır⁷⁴.

24 Mart 2015 tarihinde, Husilerin devam eden ilerlemesi karşısında Hadi ortadan kaybolmuş ve Suudi Arabistan'a sığınmıştır. BM ve birçok devlet tarafından, Yemen'in meşru temsilcisi olarak kabul edilen Hadi, BM Güvenlik Konseyi'ne hitaben yazmış olduğu 25 Mart 2015 tarihli mektubunda⁷⁵ Husilerin eylemlerini bir darbe olarak nitelendirmiş ve Yemen'in egemenliğine yönelik bu saldırıları kınamıştır. Bu mektubun içeriğini Yemen'deki düzenin ve barışın güç kullanılarak sağlanması isteği oluşturmakla beraber, mektup genel hatlarıyla şu şekildedir; Hadi mektubunun başında Suudi Arabistan, Birleşik Arap Emirlikleri, Katar, Kuveyt, Bahreyn ve Umman krallarına hitaben sevgili kardeşlerim diye

⁷¹ NOLTE, s. 4.

⁷² RUYS/ FERRO, s. 20.

⁷³ UNSC/RES/2201, 15.02.2015, para 7, [https://undocs.org/S/RES/2201%20\(2015\)](https://undocs.org/S/RES/2201%20(2015)) (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

⁷⁴ S/PRST/2015/8, Statement by the President of the Security Council, <https://undocs.org/S/PRST/2015/8> (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

⁷⁵ Statement issued by the Kingdom of Saudi Arabia, the United Arab Emirates, the Kingdom of Bahrain, the State of Qatar and the State of Kuwait, https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2015_217.pdf (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

seslenmiştir. Hadi mektubunda Yemen'deki güvensiz ortamdan, saldırı eylemlerinden ve Yemen'in içine düştüğü felaketten bahsetmiştir. Bu mektubun içeriğine bakıldığında Yemen'deki istikrarsızlık, güvensizlik ve felaketin ana sorumlusu olarak Husiler gösterilmektedir. Mektupta Husilerin eylemleri "*Husi darbe orkestrası*" olarak nitelendirilmiştir. Mektubun devamında Husilerin devam eden saldırılarının Yemen'de tesis edilmeye çalışılan barışçıl amaçları engellediği yer almıştır. Husilerin, Aden'i de kapsayan ülkenin güneyini egemenlik altına almak istedikleri mektupta yer alan diğer bir unsurdur. Aynı zamanda Husilerin, bölgede etkin olmak isteyen güçler tarafından desteklenmesinin uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit oluşturduğu, ulusal birliğin, ülkesel bütünlüğün ve anayasal düzenin korunması gerektiği vurgulanmıştır⁷⁶.

Mektupta Güvenlik Konseyi'ne ve temsil ettiği müttefik Devletlere, her zaman yaptıkları gibi Yemen halkının yanında durma ve ülkenin yardımına gelme çağrısı yapılmıştır. Hadi, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 51. maddesinde öngörülen meşru müdafaa hakkı ve Arap Devletleri Birliği Şartı ve Arap Ortak Savunma Antlaşması uyarınca, Yemen'i ve halkını devam eden Husi saldırganlığından korumak için her şekilde acil destek sağlamak ve askeri müdahale dahil gerekli önlemleri almak için Güvenlik Konseyi'ni ve temsil ettiği müttefik devletleri davet etmiştir. Bu davet mektubunda aynı zamanda Yemen'in El-Kaide ve İŞİD ile mücadelesine yönelik yardım çağrısı vardır⁷⁷.

Bu mektubun içeriğinden anlaşılan Yemen'de yaşanan ve aynı zamanda bölgesel açıdan uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturan asıl unsurun Husiler olduğudur. Mektupta, Arap yarımadası El-Kaide'si ve İŞİD ile mücadeleye yönelik bir çağrı olsa da şüphesiz en büyük tehdit unsuru Husilerdir. Hadi isim vermeden Husilerin bölgede etkinlik kurmak isteyen bölgesel güçler tarafından desteklendiğini belirtmiştir. Hadi,

⁷⁶ Statement issued by the Kingdom of Saudi Arabia, the United Arab Emirates, the Kingdom of Bahrain, the State of Qatar and the State of Kuwait, https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2015_217.pdf (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

⁷⁷ Statement issued by the Kingdom of Saudi Arabia, the United Arab Emirates, the Kingdom of Bahrain, the State of Qatar and the State of Kuwait, https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2015_217.pdf (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

Husilerin güneye doğru ilerlemesi konusunda uyarılarda bulunmuş ve El-Kaide'nin mevcut istikrarsızlığı daha fazla kullanabileceğini belirterek yardım talebinde bulunmuştur.

Bu davetten hareketle 26 Mart 2015 tarihinde Suudi Arabistan liderliğinde⁷⁸ Körfez devletlerinin ağırlıklı olduğu 9 devletin yer aldığı bir koalisyon tarafından⁷⁹ Hadi'nin davet mektubuna dayanılarak "Kararlı Fırtına Operasyonu" (Operation Decesive Storm) başlatılmıştır. Bu koalisyonla Amerika Birleşik Devletleri lojistik yardım, istihbarat ve gözetim desteği sağlamış, Birleşik Krallık ve Fransa'da lojistik destek sağlamıştır. Somali hava sahasının ve topraklarının kullanımına izin vermiştir. Operasyonun amaçlarından biri, KİK'in girişimi ve uygulama mekanizması tarafından başlatılan siyasi sürecin temel alınarak bölgenin istikrara kavuşabilmesi için Yemen halkıyla birlikte her türlü çabanın gösterilmesidir⁸⁰.

Özellikle Husilerin hedef alındığı bu operasyonda hava saldırılarında bulunulmuş ve denizden abluka yapılmıştır. Operasyon 21 Nisan 2015 tarihinde resmen sona ermiştir. Bu operasyon yerini "Umudun Yeniden Canlandırılması" operasyonuna bırakmıştır. 2015 yılının mayıs ayında uluslararası koalisyon birliklerinin desteklediği hükümet güçleri Aden'de bir saldırı başlatmıştır. 21 Temmuz 2015'te Aden'in kontrolü

⁷⁸ Bu operasyonun önderliğini yapan Suudi Arabistan'ın rolü ile ilgili şöyle bir iddia da söz konusudur. Müdahalenin yapıldığı tarihte Kral olan Selman bin Abdülaziz el-Suud'un kendisinden sonra kral olacak olan, müdahalenin yapıldığı tarihte savunma bakanı olan oğlu Muhammed Bin Salman'ın etkili bir lider olarak görülmesine yapacağı katkı bu operasyonun yapılma nedenlerinden biridir. Müdahaleyle ilişkin belirtilen noktalardan biri de Suudi Arabistan'ın bu müdahaleyi Sünni Müslüman Dünya'da hegemonya kurmak amacıyla kullandığıdır. STENSLIE, Stig, "Decisive Storm": Suudi Arabia Attack on the Houthis in Yemen, Noref: Norwegian Peace Building Research Centre, Expert Analysis, 2015, s. 1.

⁷⁹ Müdahalenin gerçekleştiği tarihte koalisyonda yer alan devletler şunlardır. Suudi Arabistan, Mısır, Birleşik Arap Emirlikleri, Bahreyn, Katar, Fas, Ürdün, Kuveyt ve Sudan'dır.

⁸⁰ NUBERGER, Benjamin, "Military Strikes in Yemen in 2015: Intervention by Invitation and Self Defence in the Course of Yemen's 'Model Transitional Process", Journal on the Use of Force and International Law, 2016, s. 7-8.

hükümet güçlerinin eline geçmiş, Hadi Eylül ayında Aden'e geri dönmüştür⁸¹.

Kararlı fırtına operasyonu ile eş zamanlı bir şekilde KİK üyesi olan Suudi Arabistan, Bahreyn, Birleşik Arap Emirlikleri, Katar ve Kuveyt yapmış oldukları bu müdahalenin haklılığına yönelik BM Güvenlik Konseyi'ne ortak bir demeçte bulunarak şu savları ileri sürmüşlerdir. Yemen'de yaşanan gelişmelerden derin üzüntü ve kaygı duyulduğunun belirtildiği bu açıklamada yapılan bu müdahalenin Yemen halkının korunmasını amaçladığı vurgulanmıştır. Yemen'de güvenliği ve istikrarı zayıflatmaya çalışan Husilerin bölgesel güçler tarafından desteklendiği ve dolayısıyla tehdidin sadece Yemen'in güvenliği ve istikrarına yönelik olmadığı, söz konusu sorunun bir bütün olarak bölgenin güvenliğine ve istikrarına yönelik olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca Hadi yönetiminin terör örgütleriyle mücadele için yardım talebinde bulunduğu, Husilerin Suudi Arabistan'a tehdit oluşturduğu da söylenmiştir⁸². Bu ortak demeçte yapılan müdahalenin geçerliliği noktasında iki gerekçeyle karşılaşılmaktadır. Bunlardan birincisi BM Antlaşması'nın 51. maddesi ve davet mektubunda da atıf yapılan Arap Birliği Şartının 6. maddesi⁸³ uyarınca bireysel ve kolektif meşru müdafaa hakkı, ikincisi davet ile müdahaledir⁸⁴.

⁸¹ SWIETEK, s. 43.

⁸² NUBERGER, s. 9.

⁸³ Arap Birliği Şartının 6. maddesi şu şekildedir;

“Bir üye devlete karşı bir devletin saldırganlığı veya saldırganlık tehdidi durumunda, saldırıya uğrayan veya saldırı tehdidinde maruz kalan devlet, Konseyin derhal toplantıya çağrılmasını talep edebilir.

Konsey, saldırıyı püskürtmek için gerekli önlemlere oybirliğiyle karar verir. Saldırgan bir üye devlet ise, oybirliğinin belirlenmesinde oyu sayılmaz.

Saldırı sonucunda, saldırıya uğrayan devletin hükümeti Konsey ile iletişim kuramazsa, Devletin Konsey'deki temsilcisi, yukarıdaki paragrafta belirtilen amaç için Konseyin toplantıya çağrılmasını talep eder. Bu temsilcinin Konsey ile iletişim kuramaması durumunda, Lig'in herhangi bir üye devleti, Konseyin toplanmasını talep etme hakkına sahip olacaktır”. Charter of the Arab League, <http://arableague-us.org/wp/wp-content/uploads/2012/06/Charter%20of%20the%20Arab%20League.pdf> (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

⁸⁴ TAŞDEMİR, Fatma, “Yemen İç Savaşına Suudi Arabistan Liderliğindeki Koalisyon Devletlerinin Askeri Müdahalesi ve Uluslararası Hukuk”, Uluslararası İlişkilere Tarihsel Bakış, Ed. PURTAŞ Fırat, Prof. Dr. Refet Yinanç'a Armağan, 1. Basım, Nobel Yayınları, 2019, s. 341.

Bu gerekçelere daha yakından bakıldığında gerek kolektif gerekse bireysel meşru müdafaa'nın gerçekleşmesi için birinci koşul silahlı saldırının gerçekleşmesidir. Burada silahlı saldırıyı gerçekleştiren grup olarak bu operasyonun ana hedefi olan Husiler öne çıkmaktadır. Husiler ise Yemen vatandaşlarıdır. Yemen'deki silahlı çatışmada çok sayıda devletin müdahilliği söz konusu olsa da Husilerin organize bir grup olmaları ve aynı zamanda belirli bir bölgeyi kontrol altına almalarından dolayı, bu çatışma uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma⁸⁵ olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle ülke dışından kaynaklanan bir silahlı saldırıdan söz edilemeyeceğinden dolayı gerek bireysel gerek kolektif meşru müdafaa hakkını düzenleyen BM Antlaşması'nın 51. maddesinde yer alan meşru müdafaa hakkının şartları gerçekleşmemiştir.

Davet mektubunda yer alan Arap Yarımadası El Kaide'si ve İŞİD'in eylemlerinin silahlı saldırı boyutuna ulaşması halinde meşru müdafaa hakkı kullanılabilir. Bununla birlikte bu terörist grupların oluşturduğu tehdit, esas olarak Husileri hedef alan bir askeri operasyonu haklı göstermez⁸⁶.

Meşru müdafaa gerekçesinin dayandığı ana unsurlardan biri Husiler üzerinde bölgesel güçlerin etkinlik çabalarıdır. Bu noktada İran'la, Husiler arasında birtakım bağlantılar olduğu iddia edilmekle birlikte bu bağlantıların meşru müdafaa gerekçesinin ileri sürülmesi açısından silahlı saldırı oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir⁸⁷.

⁸⁵ "Silahlı muhalif gruplarla mücadele eden düzenli silahlı kuvvetler veya birbiriyle çatışan silahlı gruplar dahil, tek bir devletin ülkesiyle sınırlı olan çatışmalardır. Bu tür silahlı çatışmalara, 1977 tarihli Ek protokol II kadar, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin 3. Maddesinde yer alan ortak hükümde belirtilen daha sınırlı kapsamlı bir dizi kural uygulanır". TÜ-TÜNCÜ Aysel Nur, İnsancıl Hukuka Giriş, Beta Yayınevi, 2. Baskı, 2012, İstanbul, s. 56.

⁸⁶ RUY/ FERRO, s. 11.

⁸⁷ Örneğin 23 Ocak 2013 tarihinde Yemenli yetkililer Husilere bağlı olduğu iddia edilen, patlayıcılar, roket güdümlü silahlar, el bombaları ve mühimmat dahil olmak üzere İran silahları taşıyan bir gemiyi yakalamıştır. Benzer şekilde Husiler, Sanaa'nın devralınmasının ardından iki ülke arasında haftada 14 uçuşa izin vermek için İran ile bir anlaşma imzalamıştır. Dahası, İslam Devrim Muhafızları personelinin Husileri eğittiğine dair göstergeler vardır. Son olarak, BM Yemen Uzmanlar Paneli, Husilerin, Sanaa'nın kontrolünü ele geçirmesinin hemen ardından İranlı mahkumların serbest bırakılmasını ilişkin derinliğine işaret ettiğini belirtmiştir. RUY/ FERRO, s. 12.

Nikaragua kararında Divan silahlı saldırı kavramının unsurlarına asilere silah sağlama, lojistik ve diğer desteklerin verilmesini dahil etmemiştir. Bu yapılan yardımlar kuvvet kullanma, kuvvet kullanma tehdidi ya da devletlerin içişlerine müdahale olarak kabul edilmesine rağmen bir silahlı saldırı oluşturmamaktadır.

Birtakım bağlantılar ileri sürülmekle birlikte müdahale eden devletler tarafından İran'a yönelik ileri sürülen iddiaların belirsizlikler içerdiği görülmektedir. 14 Nisan 2015 tarihinde Güvenlik Konsey'inde yapılan tartışmalarda İran'dan ismen dahi bahsedilmemiştir⁸⁸. Bu noktada Suudi Arabistan bile İran'ın Husilerin saldırılarını planladığı ve komuta ettiğini ileri sürmemiştir⁸⁹.

İran'ın Husilere yönelik bir desteği varsayılsa bile bunun meşru müdafaayı gerektirecek ölçüde, İran'ın Husiler üzerinde doğrudan ve etkin denetimini kapsamadığı söylenemez. İran ile Husiler arasında varsayılan vekalet ilişkisinin, BM Genel Kurulu'nun 1974 yılında almış olduğu 3314 sayılı Saldırı kararının tanımının unsurları arasında yer almadığı görülmektedir. Varsayılan bu ilişkinin saldırı kararının 3. maddesinin g paragrafında⁹⁰ yer alan unsurları taşıdığı söylenemez⁹¹. Bununla birlikte İran tarafından verilen desteğin kuvvet kullanma yasağını ihlal etmesi söz konusu olabilir ve böyle bir durum İran'ın uluslararası sorumluluğunu doğurabilir.

Bu noktada Suudi Arabistan, İran'ın Yemen'de bir vekalet savaşı yürüttüğü konusunda ısrarcıdır⁹². İran ise Suudi Arabistan'ı Yemen topraklarında kuvvet kullanmakla ve Yemen'in egemenliğini ihlal etmekle suçlamıştır. Suudi Arabistan ise Hadi hükümetinin Yemen'in yasal

⁸⁸ RUYS/ FERRO, s. 13.

⁸⁹ TAŞDEMİR, "Yemen İç Savaşına Suudi Arabistan Liderliğindeki Koalisyon Devletlerinin Askeri Müdahalesi ve Uluslararası Hukuk", s. 344.

⁹⁰ Saldırı kararının tanımının 3 maddesinin g paragrafı şu şekildedir; "Bir devlet tarafından veya devlet adına diğer bir devlete karşı yukarıda listesi verilen fiillere varan veya o ölçekte olan silahlı kuvvet fiillerini icra eden silahlı çetelerin, grupların, gayri nizami askerlerin veya paralı askerlerin gönderilmesi veya bu gibi fiillere önemli ölçüde katılması".

⁹¹ TZIMAS, Themistoklis, "Legal Evaluation of the Saudi-Led Intervention in Yemen: Consensual Intervention in Cases of Contested Authority and Fragmented States", ZaöRV, 2018, s. 180.

⁹² SWIETEK, s. 38.

hükümeti olduğunu, yasal hükümetin daveti ile Yemen'deki barış ve düzeni sağlamaya yönelik kuvvet kullandığını belirtmiştir⁹³.

Bireysel meşru müdafaa hakkı ile ilgili olarak müdahale eden devletlerin söyleminde öne çıkan diğer bir unsur, Suudi Arabistan'ın güvenliğine ve toprak bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehdit olduğu iddiasıdır⁹⁴.

Bu noktada Suudi Arabistan, Husi milislerinin sınırında ağır silahlar ve füzeler dahil olmak üzere askeri varlık oluşturmaya devam ettiğini belirtmiştir. Bu iddiayı güçlendiren unsurlardan biri de Husi milislerinin 2009 yılının kasım ayında Suudi Arabistan topraklarına yaptıkları saldırılardır. Bununla birlikte 2009 yılında gerçekleştirilen bir saldırının meşru müdafaa çerçevesinde savunulması mümkün değildir. Meşru müdafaa hakkının hangi koşulları taşıdığı BM Anlaşması'nın 51. maddesinde yer almaktadır. Bu madde uyarınca daha önceki bir tarihte gerçekleştirilen silahlı saldırı bireysel meşru müdafaa hakkının kullanımına yol açmaz. Bu nedenle Kararlı Fırtına Operasyonunun, Suudi Arabistan'ın bireysel meşru müdafaa hakkına atıfta bulunularak uluslararası hukuka uygun olduğu ileri sürülemez⁹⁵.

Koalisyon güçleri tarafından Husilerin genel bir tehdit oluşturduğu belirtilmekle birlikte, tehdit algısından hareketle meşru müdafaa hakkının kullanılmasının kuvvet kullanma kurallarının ihlalini oluşturacağı açıktır. Meşru müdafaa hakkının unsurları arasında tehdit olgusu yer almamaktadır.

Koalisyon kuvvetlerinin müdahalesinde öne çıkan diğer gerekçe Hadi'nin davetidir. Hadi'nin bu daveti yapmaya yetkili olup olmadığı noktası, bu müdahalenin uluslararası hukuka uygunluğu açısından önemlidir. Söz konusu operasyonun uluslararası hukukta kuvvet kullanma kurallarının ihlalini oluşturmaması için Hadi'nin bu daveti yapmaya yetkili olması gerekir.

Bu süreçte koalisyon üyelerinin tamamına göre Hadi barışçıl bir geçiş sürecine öncülük eden meşru başkandır. Etkililik noktasında eksikliği vurgulanmakla birlikte, geçiş sürecinin Husiler tarafından sabote

⁹³ QURESHI, s. 241-242.

⁹⁴ RUYS/ FERRO, s. 14.

⁹⁵ RUYS/ FERRO, s. 15-16.

edildiği, bunun sonucunda Yemen'in egemenliğinin ihlal edildiği ve Yemen halkının iradesinin dikkate alınmadığı vurgulanmıştır. Bu müdahale ile Yemen'in meşru hükümetinin savunulmaya çalışıldığı, Yemen'in ve Yemen halkının kurtarılmaya çalışıldığı söylenmiştir⁹⁶. Suudi Arabistan ve müttefikleri tarafından yapılan davetle müdahalenin uluslararası hukuk açısından uygun olup olmadığına yönelik yapılan yorumlarda, ev sahibi hükümetin BM tarafından meşru bir hükümet olarak tanınması, davetle müdahalenin meşruiyeti için yeterli kabul edilmiştir⁹⁷.

Bu olayda yanıtlanacak ana soru Hadi hükümetinin davetle müdahale noktasında yetkisini belirleyen unsurların neler olduğudur.

Davetle müdahale konusunda yetkili kabul edilen Hadi hükümetine yönelik yetki tartışmasının yapılabileceği nokta Hadi'nin bu daveti yaptığı sırada Yemen üzerindeki etkinliğinin ne düzeyde olduğudur. Bu kapsamda uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda, müdahaleye ilişkin davetin kim tarafından yapılacağı, bu davet karşısında taraf olan üçüncü devletlerin ne şekilde davranacağı, hükümet ile muhaliflerin ülke üzerindeki kontrol derecelerine bağlıdır. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda tarafların ülke üzerindeki kontrol dereceleri ile hukuki statüleri hükümetlerin tanınmasıyla doğrudan ilişkilidir⁹⁸. Bu kapsamda yetkili olarak kabul edilen Hadi hükümetinin, 2014 yılının eylül ayından itibaren Husilerin güçlenmesi ve başkent Sanaa'yı ele geçirmesi karşısında Husilerle iktidarı paylaştığı daha önceki bölümlerde aktarılan bilgiler kapsamında söylenebilir. Bu da Yemen'in daha önce de belirttiğimiz gibi parçalanmış bir otoritenin derin bir örneği olduğunu göstermektedir.

Bu bağlamda etkin kontrol ölçütü üzerine yapılan değerlendirmelerde davet mektubunun sunulduğu dönemde Hadi'nin Yemen topraklarındaki kontrolünün çok az bir düzeyde olduğu anlaşılmaktadır. Müdahale sonrası dönemde Husilerin, Yemen üzerindeki egemenliklerinin genişlediği görülmüştür. Suudi Arabistan liderliğindeki müdahaleye rağmen bile Aden'de tam kontrolün sağlandığı söylenemez⁹⁹. Bununla

⁹⁶ NUBERGER, s. 9-10.

⁹⁷ QURESHI, s. 243.

⁹⁸ TUNÇ, s. 53.

⁹⁹ TZIMAS, s. 175.

birlikte etkin kontrol ölçütünün katı bir şekilde uygulanması, bazı silahlı grupların devleti temsil edici bir noktaya gelmesine yol açabilir. Bu konuda Irak ve Suriye'de yakın zamana kadar hakimiyeti altına aldığı topraklar düşünüldüğünde İŞİD akla gelebilir.

Yemen'e yönelik yapılan davetle müdahalenin Yemen'de yaşanan durumun uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma niteliğini taşıması ve Hadi yönetiminin halkın önemli bir bölümü üzerinde temsil kabiliyetini yitirmesi nedeniyle geçerliliği tartışılmakla birlikte BM düzeyinde Yemen'in meşru temsilcisi kabul edilmesinden dolayı Hadi'nin davetle müdahale çerçevesinde yetkisi olduğu söylenebilir.

BM Güvenlik Konseyi tarafından 14 Nisan 2015 tarihinde alınan 2216 sayılı kararın giriş kısmında, BM Güvenlik Konseyi Hadi'nin meşruiyetine yönelik desteğini yeniden teyit etmiştir. Bu kararda ayrıca tüm taraflara ve üye devletlere Yemen'in birliğine, egemenliğine, bağımsızlığına ve toprak bütünlüğüne ve Yemen Cumhurbaşkanı'nın meşruiyetine zarar verecek her türlü eylemde bulunmaktan kaçınma çağrısı yapılmıştır. Bu kararda ayrıca Suudi Arabistan liderliğinde yapılan müdahale ne kınanmıştır ne de müdahaleye yönelik bir yetkilendirme söz konusu olmuştur¹⁰⁰.

Bu kararın giriş kısmında Yemen'in barış, güvenlik ve istikrarını baltalamaya devam eden Husilerin eylemlerini desteklemek dahil olmak üzere eski Yemen Cumhurbaşkanı Ali Abdullah Salih'in yaptığı istikrarı bozucu eylemlere yönelik endişe dile getirilmiştir¹⁰¹. Kararın 1. paragrafında Husiler başta olmak üzere çatışmanın tüm taraflarına 2201 sayılı karara uyulması çağrısı yapılmış, yine tüm taraflara yönelik siyasi geçiş sürecini yıkacak ya da olumsuz etkileyecek tek taraflı davranışlardan kaçınma çağrısı yapılmıştır. Bu paragrafın devamında Husilerden derhal ve koşulsuz olarak, şiddete son vermeleri, başkent Sanaa'da dahil tüm kuvvetlerini işgal ettikleri bölgelerden geri çekmeleri, Yemen hükümetine ait yetkileri kullanmaktan vazgeçmeleri, komşu devletlere yönelik herhangi

¹⁰⁰ UNSC/RES/2216, 14.04.2020, [https://undocs.org/S/RES/2216\(2015\)](https://undocs.org/S/RES/2216(2015)) (Erişim Tarihi: 24.07.2020).

¹⁰¹ UNSC/RES/2216, 14.04.2020, [https://undocs.org/S/RES/2216\(2015\)](https://undocs.org/S/RES/2216(2015)) (Erişim Tarihi: 24.07.2020).

bir provokasyon veya tehditten kaçınmaları, çocukları asker olarak kullanmaya son vermeleri istenmiştir¹⁰².

Bu bağlamda uluslararası alanda tanınan bir hükümetin kontrolünü ülke üzerinde kaybetmesi halinde bile, yerine başka devletler tarafından tanınmış ve ülkede kontrolü sağlamış başka bir yönetim gelinceye kadar meşru hükümet olarak kabul edilmektedir¹⁰³.

Koalisyonun yapmış olduğu müdahaleye uluslararası toplumun tepkisi özellikle insancıl hukuk kurallarına uyulması boyutundadır. Arap Ligi, ABD, Birleşik Krallık, Türkiye, Fransa, Almanya, Kanada, Japonya tarafından yapılan bu operasyona temkinli yaklaşılmakla birlikte, bu operasyon uluslararası hukuka uygun bulunmuştur. Yapılan müdahaleye en sert eleştiri İran tarafından yapılmıştır. İran bu müdahaleye BM Antlaşması'nda yer alan kuvvet kullanma kurallarına aykırılık taşıdığı gerekçeyle açıkça karşı çıkmıştır¹⁰⁴. Rusya dışişleri bakanı Sergey Lavrov'a göre Yemen'e yönelik müdahalenin yasal bir temeli yoktur¹⁰⁵.

Yemen krizinde uluslararası kurumlar ve bazı devletler açıkça kuvvet kullanma yerine diplomatik anlamda barışçıl yollarla çözümün sağlanması gerektiğini vurgulamışlardır. Dönemin BM Genel Sekreteri Ban Ki Moon'a göre; Yemen krizinde tek olası çözüm barışçıl yollardır. Benzer şekilde Avrupa Birliği (AB) askeri çözümün bir seçenek olmadığını sürdürülebilir bir çözümün ancak müzakereler aracılığı ile geniş bir uzlaşi ile sağlanabileceğini belirtmektedir. Benzer şekilde Rusya, Çin ve Umman açısından tek çözüm yöntemi barışçıl yollardır¹⁰⁶.

Bu bağlamda BM Güvenlik Konseyi'nden önceden karar alınmadan ve bir iç savaşın arka planında gerçekleşmiş olsa da operasyon, yalnızca

¹⁰² UNSC/RES/2216, 14.04.2020, para 1, [https://undocs.org/S/RES/2216\(2015\)](https://undocs.org/S/RES/2216(2015)) (Erişim Tarihi: 24.07.2020).

¹⁰³ DEMİRCİ, Saadat Rüstemova, "Suriye Krizinde Davetle Müdahale Sorunu", Ed. TAŞDEMİR Fatma, Suriye, Çatışma ve Uluslararası Hukuk, 2. Basım, Nobel Yayınları, Ankara, 2019, s. 144.

¹⁰⁴ NUBERGER, s. 10-11.

¹⁰⁵ NUBERGER, s. 12.

¹⁰⁶ QURESHI, s. 246.

birkaç eleştirel sesle karşılaşmıştır. Bu operasyon en azından çok sayıda devletin onayını almıştır¹⁰⁷.

Davetle müdahalenin geçerliliği noktasında yukarıda yapılan tartışmalarda etkin kontrol ölçütü üzerinde durulmuştur. Bu bakımdan 2013 yılında Mali'nin daveti üzerine Fransa'nın yapmış olduğu müdahale dikkat çekicidir. Mali'de isyancılar ülkenin önemli bir bölümünü ele geçirmesine rağmen geçici başkan Dioncunda Traore, Fransa'dan askeri yardım talebinde bulunmuş ve bu talep üzerine Fransa tarafından "Operation Serval" adlı müdahale gerçekleştirilmiştir. Mali, Fransa'nın müdahalesi öncesi ikiye bölünmüş olmasına rağmen, Fransa'nın müdahalesi meşru kabul edilen hükümetin davetiyle gerçekleştirildiği için hiçbir devlet negatif eşitlik ilkesi üzerinden Fransa'ya bir eleştiri yöneltmemiştir¹⁰⁸.

Mali örneğinde BM nezdinde meşru hükümetin ülke üzerinde etkin kontrolü kaybetmiş olmasına rağmen devleti temsil etme konusunda yetkisini ortadan kalkmadığı görülmektedir. BM nezdinde tanınmış, meşru hükümet ülke üzerinde etkin kontrolü kaybetmiş olsa da devleti temsil etmeye yetkili hükümet olarak kabul edilmekte ve bu hükümetin daveti geçerli olmaktadır.

Bu olaydan çıkarılabilecek sonuçlardan biri Kararlı Fırtına Operasyonu öncesinde Hadi askeri yardım talebinde bulunmuşken, Yemen topraklarının önemli bir kısmının kontrolünü kaybetmesine rağmen, Hadi hükümeti geniş bir uluslararası tanınırlığa sahip olmaya devam etmiş ve hiçbir devlet Hadi'nin talebinin geçerliliğini açıkça sorgulamamıştır.

Bu kapsamda davetle müdahale olgusu bağlamında uluslararası tanımın bulunması, ülke üzerinde etkin kontrol şartının varlığını geçersiz kılabilmektedir¹⁰⁹.

Bu açıklamalara rağmen söz konusu durumun uluslararası bir norm haline gelmediği söylenebilir. Yemen'e yönelik yapılan bu müdahalenin uluslararası hukuk kurallarına uygunluğunun sağlanabilmesi için BM Antlaşması'nın VII. bölüm hükümlerinin uygulanması söz konusu müdahalelerin uluslararası hukuk kurallarına uygun olup olmadığı

¹⁰⁷ RUYS/ FERRO, s. 1.

¹⁰⁸ FOX, s. 828; KARAAHMETOĞLU, s. 34.

¹⁰⁹ RUYS/ FERRO, s. 22.

tartışmasını ortadan kaldırabilir. Bu noktada BM Antlaşması'nın 39. maddesi itibarıyla BM Güvenlik Konseyi barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptayabilir ve bunun üzerine uluslararası barış ve güvenliğin korunması ve yeniden tesisi için gerekli tavsiyelerde bulunabilir ya da 41. ve 42. maddeler uyarınca hangi önlemlerin alınabileceğini kararlaştırabilir. BM Antlaşması'nın 41. maddesi silahlı zorlama içermeyen önlemleri düzenlemektedir. 42. madde ise BM Güvenlik Konseyi'nin 41. maddedeki önlemlerin yetersiz kaldığı ya da kalacağı kanısına varması halinde, hava, deniz ve kara kuvvetleri aracılığıyla her türlü girişimde bulunabileceğini öngörmektedir. Bu tür zorlama önlemlerini içeren bir karar ise bütün devletler bakımından bağlayıcıdır. Bununla birlikte söz konusu vakada Rusya'nın tutumu ve daimi üyelerin esasa ilişkin konularda sahip olduğu veto yetkisi dikkate alındığında, BM Antlaşması uyarınca Güvenlik Konseyi'ne tanınan yetkiler bağlamında oluşturulan bu normların uygulanabilirliği söz konusu olmamıştır.

Bu müdahale kapsamındaki sorunsallardan biri bu müdahalenin diğer bir boyutu olan *jus in bello* (savaş içindeki haklar ve yükümlülükler) boyutunun değerlendirilmesidir. Bu çerçevede Suudi Arabistan'ın bu operasyon çerçevesinde gerçekleştirdiği deniz ambargosu sonucunda gıda ve tıbbi yardım dağıtımının durduğu, Al-Hudaydah limanındaki vinçlerin bombalanarak insani yardımın tedarikini önemli ölçüde sınırlandığı, Suudi Arabistan'ın açlığı bir savaş yöntemi olarak kullandığı görülmektedir. İnsancıl Hukuk kurallarının ihlalini oluşturan bu durumlar bu ihlalleri gerçekleştiren devletlerin uluslararası sorumluluğunu beraberinde getirmekle birlikte, bu makalenin sınırları içerisinde bu konu ele alınmayacaktır¹¹⁰.

SONUÇ

Yemen'de gerçekleştirilen bu operasyonun gerekçelerine bakıldığında bireysel ve kolektif meşru müdafaa hakkının koşullarının oluşmadığı görülmektedir. Burada özellikle Yemen'de yaşanan çatışmanın Yemen'in devlet ülkesinde meydana gelmesi, diğer devletlere yönelik silahlı saldırı şartının gerçekleşmediğini göstermektedir.

¹¹⁰ TZIMAS, s. 183.

Davetle müdahale bağlamında Hadi'nin davetinin ülke üzerinde etkin kontrolü sağlayamadığından dolayı sorunlu olduğu söylenebilir. Bununla birlikte BM ve devletlerin çoğunun nezdinde tanınır olmanın bu davetin geçerliliğini pek çok devlet açısından sağladığı görülmektedir.

Etkin kontrol ölçütünün uygulanmaması, bu örnekte görüldüğü gibi operasyonun yapıldığı dönemde Yemen'in tamamen bölünmüş bir yapıya sahip olması, yaşanan çatışmaların bütünüyle bir iç savaş boyutunda iken bu müdahalenin gerçekleştirilmesi uluslararası hukukun içişlerine karışma yasağı ve self determinasyon ilkeleri ile çeliştiği söylenebilir.

Bununla birlikte davetle müdahalenin uluslararası hukukta bir meşruiyeti olmakla birlikte devlet uygulamalarının davetle müdahale konusunda bütünlük oluşturabilecek bir yapıya sahip olduğu söylenemez. Bu kapsamda davetle müdahalenin uluslararası hukukta belirsiz birçok noktayı barındırması, uluslararası hukukta kuvvet kullanma kurallarının ihlalini beraberinde getirebilir.

Bu kapsamda Yemen örneğinde görüldüğü gibi davetle müdahale gibi bir doktrinden hareket etmek yerine, BM Güvenlik Konseyi'nin devreye girmesi uluslararası barış ve güvenliğin korunması açısından işlevsel olabilir. Bununla birlikte en azından Rusya'nın tavrı dikkate alındığında bunun Yemen örneğinde gerçekleşmesi mümkün görünmemektedir. Bu da BM Antlaşmasıyla oluşturulan kolektif Güvenlik sisteminin işlemediği durumlarda uluslararası hukukta başka yöntemlerin kullanılmasına neden olmaktadır. Bu yöntemlerin kullanılması uluslararası hukukun kuvvet kullanma kurallarının ihlal olasılığını artırmaktadır.

KAYNAKLAR

- ASLAN, İbrahim, “İstikrarsızlaştırılan Bir Ülkede Bölgesel ve Küresel Güç Mücadelesi”, Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 1, 2016, s. 17-48.
- BAŞEREN, Sertaç Hamdi, Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2003.
- BATIR, Kerem, “Soğuk Savaş Sonrası Dönemde Amerikan Müdahaleciliği ve Uluslararası Hukuk”, Yönetim Bilimleri Dergisi, 9 (1), 2011, s. 119-134.
- CİNGÖZ, Murat, Ortadoğu’da İran-Suudi Arabistan Mücadelesi ve Yemen Sorunu-Sosyal İnşacı Bir Analiz, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- CLEVELAND, William L., Modern Ortadoğu Tarihi, Çev. HARMANCI Mehmet, 1. Baskı, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2008.
- DEMİRCİ, Saadat Rüstemova, “Suriye Krizinde Davetle Müdahale Sorunu”, Ed. TAŞDEMİR Fatma, Suriye, Çatışma ve Uluslararası Hukuk, 2. Basım, Nobel Yayınları, Ankara, 2019, s. 117-152.
- DOST, Süleyman, “Suriye’deki Silahlı Çatışmalara Diğer Devletlerin Destek ve Müdahaleleri ile Uluslararası Hukuki Sonuçları”, SOBİDER Sosyal Bilimler Dergisi, 4 (12), 2017, s. 359-360, https://sobider.com/?mod=tammetin&makaleadi=&makaleurl=114593597_3542%20S%C3%BCleyman%20DOST.pdf&key=31339 (Erişim Tarihi: 01.01.2021).
- ERKİNER, Hakkı Hakan, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- FEIERSTEIN, Gerald, Yemen: The 60 Year War, 2019, s. 1-32, <https://www.mei.edu/sites/default/files/201902/Yemen%20The%2060%20Year%20War.pdf> (Erişim Tarihi: 21.08.2020).
- FOX, Gregory H., “Intervention by Invitation”, Ed. WELLER, Marc, The Oxford Handbook of The Use of Force in International Law, Oxford University Press, 2015, s. 816-840.

GÜN, Mehmet Salih, "Yemen'de Arap Baharı", *Yasama Dergisi*, 22, 2012, s. 120-140.

HILL, Ginny/ SALISBURY Peter/ NORTHEEDGE Léonie/ KINNINMONT Jane, "Yemen: Corruption, Capital Flight and Global Drivers of Conflict", *Clatham House: The Royal Institute of International Affairs*, 2013, s. 1-57, https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/Middle%20East/0913r_yemen.pdf (Erişim Tarihi: 27.08.2020).

KARAAHMETOĞLU, İsmail, *Uluslararası Hukukta Davetle Müdahale: Rusya'nın Suriye'ye Müdahalesi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018.

KURT, Veysel, "Devrimden' Askeri Müdahaleye Yemen", *Analiz*, 144, 2015, s. 7-24, <https://www.setav.org/devrimden-askeri-mudahaleye-yemen/> (Erişim Tarihi: 22.08.2020).

LIEBLIC, Eliav, "Intervention and Consent: Consensual Forcible Interventions in International Armed Conflicts as International Agreements", *Boston University International Law Journal*, 29 (337), 2011, s. 337-382, <https://www.bu.edu/ilj/files/2014/05/Lieblich-finalpdf.pdf> (Erişim Tarihi: 17.07.2020).

LUTSKIY, Borisoviç, *Arap Ülkelerinin Yakın Tarihi: 16. Yüzyıldan 20. Yüzyıla*, Çev. KESKİN Turan, 1. Baskı, Yordam Kitap, 2011.

NOLTE, George, "Intervention by Invitation", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, s. 1-8, www.mpepil.com (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

NUBERGER, Benjamin, "Military Strikes in Yemen in 2015: Intervention by Invitation and Self Defence in the Course of Yemen's Model Transitional Process", *Journal on the Use of Force and International Law*, 2016, s. 1-41.

PERISIC, Petra, "Intervention By Invitation –When Can Consent from a Host State Justify Foreign Military Intervention", *Russian Law Journal*, 46, 2019, s. 4-29.

RUYS, Tom/ FERRO Luca, "Weathering the Storm: Legality and Legal Implications of the Suudi Led Military Intervention in Yemen",

s. 1-33, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2685567 (Erişim Tarihi: 20.06.2020).

REÇBER, Sercan, *İnsancıl Müdahale ve Koruma Sorumluluğu*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.

SHAW, Malcolm N., *Uluslararası Hukuk*, Çev. KAYA, İbrahim/ ACER, Yücel/ DEMİRTEPE, M. Turgut/ ŞİMŞEK, G. Engin, 1. Baskı, TÜBA, Ankara, 2018.

Sosyalizm ve Toplumsal Mücadeleler Ansiklopedisi, İletişim Yayınları, Cilt: 4.

STENSLIE, Stig, "‘Decisive Storm’: Suudi Arabia Attack on the Houthis in Yemen", Noref: Norwegian Peace Building Research Centre, Expert Analysis, 2015, s. 1-3.

SWIETEK, Hubert, "The Yemen War: A Proxy War, or a Self Fulfilling Prophecy", *Pol. Q. Int'l Aff.*, 162, 2017, s. 38-54.

TAŞDEMİR, Fatma, *Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi*, USAK, Ankara, 2006.

TAŞDEMİR, Fatma, "Yemen İç Savaşına Suudi Arabistan Liderliğindeki Koalisyon Devletlerinin Askeri Müdahalesi ve Uluslararası Hukuk", Ed. PURTAŞ Fırat, *Uluslararası İlişkilere Tarihsel Bakış*, Prof.Dr. Refet Yinanç'a Armağan, 1. Basım Nobel Yayınları, 2019, s. 331-355.

TAŞDEMİR, Fatma, "Suriye İç Savaşı'na Üçüncü Devletlerin Müdahalesi ve Uluslararası Hukuk", Suriye, *Çatışma ve Uluslararası Hukuk*, Ed. TAŞDEMİR, Fatma, 2. Basım, Nobel Yayınları, Ankara, 2019, s. 157-182.

TZIMAS, Themistoklis, *Legal Evaluation of the Saudi-Led Intervention in Yemen: Consensual Intervention in Cases of Contested Authority and Fragmented States*, *ZaöRV*, 2018, s. 1-41.

TUNÇ, Abdullah, *Uluslararası Hukukta Davetle Müdahale*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015.

TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur, *İnsancıl Hukuka Giriş*, 2. Baskı, Beta Yayınevi, 2012, İstanbul.

WASEEM, Ahmad Qureshi, "The Crisis in Yemen: Armed Conflict and International Law", *North Carolina Journal of International Law*, 45 (1), 2020, s. 227-268.

WIPMAN, David, "Treaty-Based Intervention: Who Can Say No?", *University of Chicago Law Review*, 62, 1995, s. 607-687, Coalition statement in letters to UN, dated 26 March 2015 (n 2) 5.

Charter of the Arab League, <http://arableague-us.org/wp/wp-content/uploads/2012/06/Charter%20of%20the%20Arab%20League.pdf> (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

Definition of Aggression, The General Assembly, [https://undocs.org/en/A/RES/3314\(XXIX\)](https://undocs.org/en/A/RES/3314(XXIX)) (Erişim Tarihi: 17.07.2020).

International Committee of the Red Cross, Yemen in Focus, <https://www.icrc.org/en/where-we-work/middle-east/yemen> (Erişim Tarihi: 27.09.2020).

ICJ, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, (Nicaragua and United States of America), 27.05.1986, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

ICJ, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo and Uganda), 19/12/2005, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, (Georgia Report), 2009, https://www.echr.coe.int/Documents/HUDOC_38263_08_Annexes_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 20.07.2020).

Statement issued by the Kingdom of Saudi Arabia, the United Arab Emirates, the Kingdom of Bahrain, the State of Qatar and the State of Kuwait, https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3CF6E4FF96FF9%7D/s_2015_217.pdf (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

S/PRST/2015/8, Statement by the President of the Security Council, <https://undocs.org/S/PRST/2015/8> (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

S/RES/940, 31/07/1994, [https://undocs.org/S/RES/940\(1994\)](https://undocs.org/S/RES/940(1994)) (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

S/RES/2014, 21/10/2011, [https://undocs.org/S/RES/2014\(2011\)](https://undocs.org/S/RES/2014(2011)) (Erişim Tarihi: 22.08.2020).

S/RES/2051, 12/06/2012, [https://undocs.org/S/RES/2051\(2012\)](https://undocs.org/S/RES/2051(2012)) (Erişim Tarihi: 20.08.2020).

S/RES/2140, 26/02/2014, [https://undocs.org/S/RES/2140\(2014\)](https://undocs.org/S/RES/2140(2014)) (Erişim Tarihi: 20.08.2020).

UNSC/RES/2201, 15.02.2015, [https://undocs.org/S/RES/2201%20\(2015\)](https://undocs.org/S/RES/2201%20(2015)) (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

UNSC/RES/2216, 14.04.2020, [https://undocs.org/S/RES/2216\(2015\)](https://undocs.org/S/RES/2216(2015)) (Erişim Tarihi: 17.06.2020).

UNHCR The UN Refugee Agency: "About the Crisis in Yemen", <https://www.unrefugees.org/emergencies/yemen/> (Erişim Tarihi: 27.09.2020).



THE EVOLUTION OF THE OBLIGATION OF SEAWORTHINESS FROM THE HAGUE RULES TO THE ROTTERDAM RULES

Arş. Gör. Mustafa YILMAZ*

Abstract

Carrier's duty to provide a seaworthy vessel has been one of the most fundamental principles in maritime law and hereby a core element of every contract of carriage of goods by sea throughout maritime history. Notwithstanding the duty was initially appraised to be absolute obligation under common law, it has been then boiled down to whether exercising due diligence by the carrier as a result of several attempts to find the balance between the commercial interests of carriers and shippers. The obligation of exercising due diligence was introduced in the Harter Act for the first time though, it has, in essence, gained international recognition through the Hague Rules. This paper hereby will comparatively scrutinize how the obligation of seaworthiness has been interpreted by courts, and whether there is a remarkable difference amongst the Hague/Hague-Visby Rules, the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules in the sense of the nature of the carrier's duty to provide a seaworthy vessel.

Key Words

Seaworthiness • Due Diligence • International Conventions • Basis of Liability
• Burden of Proof

* Arş. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Res. Asst., Social Sciences University of Ankara, Faculty of Law, Department of Commercial Law, Ankara, Turkey.

✉ mustafayillmaz@hotmail.com • ORCID 0000-0002-4795-2899

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: YILMAZ, Mustafa, "The Evolution of the Obligation of Seaworthiness From the Hague Rules to the Rotterdam Rules", *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 881-913.

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

LAHEY KURALLARI'NDAN ROTTERDAM KURALLARI'NA TAŞIYANIN GEMİYİ SEFERE EL VERİŞLİ HALDE BULUNDURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Özet

Taşıyanın gemiyi sefere elverişli halde bulundurma yükümlülüğü deniz ticaret hukukunun en temel prensiplerinden biridir ve nitekim denizcilik tarihi boyunca da her deniz yoluyla mal taşıma sözleşmesinin temel unsurlarından biri haline gelmiştir. Bu yükümlülük, başlangıçta İngiliz Hukuku'nda mutlak bir garanti sorumluluğu olarak değerlendirilmiş olsa da gemi sahiplerinin ve kargo sahiplerinin ticari çıkarları arasında bir denge bulmaya ilişkin çeşitli girişimlerin akabinde, taşıyanın sadece gerekli özeni gösterip göstermeği olgusuna indirgenmiştir. Gerekli özeni gösterme yükümlülüğü ise, ilk kez esasen Harter Yasası ile benimsenmiş olup, Lahey Kuralları ile uluslararası tanınırlık kazanmıştır. İşbu makalede, taşıyanın sefere elverişli bir gemi bulundurma borcunun genel anlamda mahkemeler tarafından nasıl yorumlandığı ve sorumluluğun esaslı bakımından, Lahey/Lahey-Visby Kuralları, Hamburg Kuralları ve Rotterdam Kuralları arasındaki farklar incelenecek olup, buna ilişkin karşılaştırmalı bir değerlendirme sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Sefere Elverişlilik • Gerekli Özen • Uluslararası Sözleşmeler • Sorumluluğun Esası • İspat Yükü

I. INTRODUCTION

Seaworthiness is conceived to be one of the most pivotal concepts in maritime law and hereby has become a core component of every contract in respect of maritime freight transport throughout the history of shipping¹. The doctrine of seaworthiness had initially been constituted to safeguard the diverse interests of parties exposed to the possible perils of the marine adventure, and then it has been enhanced in response to the current needs of marine adventure². The definition of seaworthi-

¹ SÖZER Bülent, Deniz Ticareti Hukuku: Gemi-Donatan-Taşıyan ve Deniz Ticareti Hukuku'nda Sorumluluk Rejimi, 1st ed., İstanbul, 2011, p. 573; GIRVIN, Stephen, "The Obligation of Seaworthiness: Shipowner and Charterer", CML Working Paper Series, No. 17/11, 2017, p. 1; GIRVIN, Stephen, "The Carrier's Fundamental Duties to Cargo under the Hague and Hague-Visby Rules", JIML, V. 25, pp. 443-462, 2019, p. 444.

² FOSTER, Nicolas R., "The Seaworthiness Trilogy: Carriage of Goods, Insurance, and Personal Injury", Santa Clara Law Review, V. 40, N. 2, pp. 473-510, 2000, p. 509; ZHANG, Pengfei/PHILLIPS, Edward, "Safety First: Reconstructing the Concept of

ness has been subjected to many discussions within time, yet there is still no consensus in this regard; nevertheless, seaworthiness is generally accepted as a relative and comprehensive term³.

In hindsight, the standard of seaworthiness had been interpreted in the grip of national laws of different countries. However, after the maritime transport of goods had turned out to be a universal activity, the concept of seaworthiness was required to have been enshrined within international carriage of goods conventions in order to unify certain rules and to make sure that the parties to any maritime activity are considerably wary of the severe consequences of breach of the obligation⁴. In essence, the first regulation⁵ regarding seaworthiness was introduced

Seaworthiness under the Maritime Labour Convention”, *Marine Policy*, V. 67, pp. 54-59, 2016, p. 54; SOYER Baris, *Warranties in Marine Insurance*, 1st ed., London, 2001, p. 56-57.

- ³ WILSON John F., *Carriage of Goods by Sea*, 7th ed., London, 2010, p. 11; WHITE, Roger, “The Human Factor in Unseaworthiness Claims”, *LMCLQ*, pp. 221-239, 1995, p. 222; KASSEM, Ahmad H., *The Legal Aspects of Seaworthiness: Current Law and Development*, Doctoral Dissertation, Swansea University, Swansea, 2006, p. 22; CHACÓN Víctor H., *The Due Diligence in Maritime Transportation in the Technological Era*, New York, 2017, p. 118; SOYER Baris, *Warranties in Marine Insurance*, 3rd ed., Abingdon, 2017, p. 63-64; SÖZER Bülent, *Taşıyanın Gemiyi Sefere Elverişli Halde Bulundurmak Borcu*, Ankara, 1975, p. 28; SÖZER, Deniz Ticareti, p. 583; TAŞDELEN Nihat, *Deniz Yoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyanın Başlangıçtaki Elverişsizlikten Doğan Sorumluluğu, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan*, V. I, İstanbul, 2003, p. 946; ÇAĞA Tahir/KENDER Rayegan, *Deniz Ticareti Hukuku II: Navlun Sözleşmesi*, 10th ed., İstanbul, 2010, p. 19; YETİŞ-ŞAMLI, Kübra, “Lahey-Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kuralları’nda Sefere Elverişlilik”, *İÜHFİM*, V. LXXI, I. 2, 2013, p. 483.
- ⁴ KARAN Hakan, *The Carrier’s Liability Under International Maritime Conventions The Hague, Hague-Visby, and Hamburg Rules*, New York, 2004, p. 43; KASSEM, p. 3; BAATZ Yvonne, “Charterparties” In *Maritime Law*, edited by BAATZ Yvonne, pp. 117-177, 3rd ed., Abingdon, 2014, p. 121; KENDER Rayegân/ÇETİNGİL Ergon/YAZICIOĞLU Emine, *Deniz Ticareti Hukuku –Temel Bilgiler*, Volume 1, İstanbul, 2019, p. 203; CHACÓN, p. 174.
- ⁵ Even though those given regulations are regarded as the first implications of seaworthiness in the context of the contemporary maritime law, the concept of seaworthiness dates back to hundreds of years ago. To exemplify, the Sea Law of Rhodes, which did not impose explicitly the obligation of seaworthiness on ship owner though, established three particular elements as “*the condition of the vessel itself, the tackle and the mariners*”, which the carrier was to check out before loading. These elements might be considered to correspond with the modern seaworthiness standard in some respects. See CHACÓN, p. 35. Likewise, the Laws of Oleron of about 1150 AD, which is conceived to be the foundation of all the European Maritime

by U.S. Harter Act in 1893⁶. Afterwards, the principles established in the Harter Act became in many respects the basis of liability and then followed by the Hague Rules (HR, 1924)⁷, the Hague-Visby Rules (HVR, 1968)⁸, the Hamburg Rules (1978)⁹, and the Rotterdam Rules (2009)¹⁰ consecutively¹¹.

It must be above all borne in mind that the term of seaworthiness encompasses not only worthiness as regards physical state of the ship (*denize elverişlilik*) but also voyage-worthiness (*yola elverişlilik*) and cargo

codes, encompassed several provisions in respect of seaworthiness in the sense that the master was obliged to provide the vessel with sufficient crew in order for the ship owner to be able to exculpate himself from liability in the case of damage or loss. Even so, the term of seaworthiness was not explicitly enunciated. Ultimately, it is suggested that the concept of seaworthiness initially began as a recommendation to the merchants who were to make an inspection as to whether particular aspects of the vessel's structure are in sound condition. This understanding has been evolved and maintained as an obligation upon the shipowner over time. See SOYER, Warranties, p. 58; KARAN, Liability, p. 7-12.

- ⁶ The significance of the Harter Act of 1893 stems from the fact that the first introduction of the duty to exercise due diligence, instead of absolute warranty, in making a vessel seaworthy has been laid down in Sec. 191 of the Act. See KASSEM, p. 74; KARAN, Liability, p. 19-20; DJADJEV Ilian, The Obligations of the Carrier Regarding the Cargo-The Hague-Visby Rules, Cham, 2017, p. 41; CHACÓN, p. 70; ZHANG/PHILLIPS, p. 55; SÖZER, Deniz Ticareti, p. 566.
- ⁷ International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Bills of Lading was adopted on 25 August, 51 Stat. 233, 120 L.N.T.S. 155. (in force 2 June 1931) (hereinafter the HR).
- ⁸ Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading (Visby Amendments), Feb. 23, 1968, 1412 U.N.T.S. 127. (in force 23 June 1977) (hereinafter the HVR). The Visby Protocol introduced slight changes and did not amend the seaworthiness provisions of HR.
- ⁹ United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea was adopted on 31 March 1978, 1695 U.N.T.S. 3. (in force 1 November 1992) (hereinafter the Hamburg Rules).
- ¹⁰ United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea was adopted on 11 December 2008, G.A. Res. 63/122, U.N. Doc. A/RES/63/122, Annex (Feb. 2, 2009) (hereinafter the Rotterdam Rules) As of January 2021, the rules are not yet in force. See UNCITRAL, "Text and Status", <https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/rotterdam_rules/status> (accessed, on 10 January, 2021).
- ¹¹ THOMMEN, T. Kochu, "Carriage of Goods by Sea: The Hague Rules and Hamburg Rules", JILI, V. 32, N. 3, 1990, p. 285; KASSEM, p. 14; KARAN, Liability, p. 7; ZHANG/PHILLIPS, p. 55.

worthiness (*yüke elverişlilik*) in the light of both international conventions on maritime transport of goods and Common Law¹².

The aim of this paper is to make a comparative analysis of the obligation of seaworthiness in the scope of the HR/HVR, the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules. Considering these, the evolving character of the obligation of seaworthiness under the involved conventions will be scrutinized in the sense of the nature of the carrier's duty to provide a seaworthy vessel, basis of liability, burden of proof and order of proof. The comparative analysis will also be submitted in the light of the jurisprudence of several states parties to the HR/HVR, in particular Common Law.

II. THE CARRIER'S DUTY UNDER THE HAGUE/HAGUE-VISBY RULES

2.1. Background

The genesis of the HR was, in essence, to find the balance between the commercial interests of the carriers and cargo-owners, which were regarded disproportionate to cargo interests¹³. This is because the UK, which had dominated over the shipping industry with a considerable number of sailing vessels and steamships of over 100 tons accounting for over a half of the world's whole tonnage at the beginning of the 20th century¹⁴, had favoured the carriers¹⁵. In contrast, other countries such as USA, Canada, Australia appeared to be favouring cargo owners by enacting accordingly legislations¹⁶. In the wake of these fragmentations, discussions about a necessity for an international regulation were stirred

¹² AIKENS Richard/ LORD Richard/ BOOLS Michael, *Bills of Lading*, 2nd ed., Abingdon, 2016, p. 316-318; WILSON, p. 12; CHACÓN, p. 144; SÖZER, *Taşıyanın*, p. 3-4; KASSEM, p. 24; DJADJEV, p. 45.

¹³ REYNOLDS, Francis, "The Hague Rules, the Hague-Visby Rules, and the Hamburg Rules", *MLANZ Journal*, V. 7, pp. 16-34, 1990, p. 18; SÖZER, *Deniz Ticareti*, p. 559; YAZICIOĞLU Emine, *Hamburg Kuralları'na Göre Taşıyanın Sorumluluğu: Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak*, 1. ed., İstanbul, 2000, p. 1; CHACÓN, p. 73; DJADJEV, p. 33.

¹⁴ CHACÓN, p. 73.

¹⁵ REYNOLDS, p. 18; CHACÓN, p. 73; DJADJEV, p. 33.

¹⁶ YAZICIOĞLU, *Hamburg Kuralları*, p. 1-2; SÖZER, *Deniz Ticaret*, p. 563-564; REYNOLDS, p. 18; CHACÓN, p. 73; DJADJEV, p. 33.

dramatically¹⁷. Eventually, the HR were opened for signature in 1924, came into effect in certain states in 1931 and turned out to be the first international mandatory rules constituting uniform international maritime law¹⁸ by enacting to be a general code under bills of lading¹⁹. Nevertheless, the convention was designed to implement merely to the relations deriving from bills of lading (Art I-b) or any similar document of title (Art I-b). That is to say, only certain aspects of the contract of carriage have been encompassed by the HR. Afterwards, the HVR, which adopted in 1968, introduced a few subtle changes on the grounds that the questions raising owing to the shortcomings such as vagueness, insufficient language, obsolescence of the HR became more conspicuous²⁰. However, the HVR did not succeed in fulfilling the real necessities that the new global economy went through even at time of its enactment²¹.

The HR/HVR²² are by far the most significant and leading convention on maritime cargo transport, inasmuch as the convention is current-

¹⁷ FREDERICK, David C., "The Political Participation and Legal Reform in the International Maritime Rulemaking Process: from the HR to the Hamburg Rules", *JMLC*, V. 22, pp. 81-117, 1991, p. 84; YAZICIOĞLU, Hamburg Kuralları, p. 3.

¹⁸ KARAN, Liability, p. 27; SOYER, Baris/ NIKAKI, Theodora, "A New International Regime for Carriage of Goods by Sea: Contemporary, Certain, Inclusive AND Efficient, or Just Another One for the Shelves?", *BJIL*, V. 30:2, pp. 303-348, 2012, p. 303.

¹⁹ TETLEY, William, "Interpretation and Construction of the Hague, Hague/Visby and Hamburg Rules", *JIML*, V. 10, 2004, p. 37; SOYER/NIKAKI, p. 304.

²⁰ SÖZER, Deniz Ticaret, p. 567; YAZICIOĞLU, Hamburg Kuralları, p. 2-3; KARAN, Liability, p. 27; CHACÓN, p. 86.

²¹ KARAN, Liability, p. 27; CHACÓN, p. 86.

²² The Hague Rules of 1924 ratified by Turkey on 14 February 1955 entered into force on 4 January 1956 (RG. 22.02.1955, S. 8936), whereas the Visby Protocol was neither ratified nor transposed into domestic law. Moreover, different views are put forward in respect of the way in which the Hague Rules were transposed in Turkish Commercial Code No. 6762. At this point, some argue that the Hague Rules were introduced into the obsolete code No. 6762 by making some changes and therefore the provisions of the convention can be applied as enacted. See YAZICIOĞLU, Emine, "Uluslararası Deniz Taşımlarında Uygulanacak Kural Sorunu", *Deniz Hukuku Dergisi*, V. 5, I. 1-4, pp. 45-56, 2002, p. 55. In contrast, others suggest that the Hague Rules have been put into effect as is and hence the Rules apply in all cases where the conditions of application adhere. See KARAN, Hakan, "Yargıtay'ın Konışmentolu Taşımlar Hakkındaki 1924 Tarihli La Haye Kaideleri'ni Uygulaması Gereği", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII: Bildiriler-Tartışmalar*, pp. 223-243, Ankara, 2000, p. 227; ATAMER, Kerim, "Parça Başı Sınırlı Sorumlulukve 1924 Brüksel Sözleşmesi", *Deniz Hukuku Dergisi*, V. 5, I. 1-4, pp. 57-94, 2002, p. 80. With regards to the new Turkish commercial Code No. 6102, it is

ly applied through either contractually or statutory²³ and thereby covers 90% of the global shipping tonnage²⁴. The striking feature which distinguishes the HR from the other conventions lies on the fact that an impressively broad jurisprudence has accumulated over ninety years upon the meaning of the seaworthiness provisions in the HR²⁵.

2.2. Nature of the Duty

Under the HR/HVR, the concept of seaworthiness has been defined particularly by providing rather far-reaching articles in respect of which elements may be necessitated in order for the ship to be considered seaworthy in Article III (1)²⁶. Hereby, the carrier is compelled to provide a seaworthy vessel in the sense that she must be equipped, properly manned with competent and sufficient crew, supplied and ultimately must be within a fit state to receive the contractual cargo²⁷. In accordance with Article III (1), the ship owner must exercise due diligence in making the ship seaworthy, which indeed differentiates the convention from common law against the backdrop of the principle of due diligence²⁸.

submitted that the new code has been utterly harmonised with the Hague Rules so as to remove discrepancies and to solve the involved issues. The Hague-Visby Rules and the 1979 SDR Protocol as well as the Hamburg Rules have also been taken as a basis while establishing provision for carrier's liability. See ATAMER Kerim/SÜZEL Cüneyt, *Yeni Deniz Ticareti Hukuku'nun Kaynakları*, Vol. 1, 1st ed., İstanbul, 2013, p. 129-130; KARA Hacı, *Rotterdam Kuralları'na Göre Taşıyanın Zıya, Haskar veya Gecikmeden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluğu*, İstanbul, 2014, p. 134.

²³ TREITEL Guenter/ REYNOLDS Francis, *Carver on Bills of Lading*, 2nd ed., London, 2005, p. 530.

²⁴ MARITIME CONNECTOR, "International Maritime Organization & Conventions: Hague-Visby Rules", <<http://maritime-connector.com/wiki/hague-rules/>> (accessed, on 24 February, 2021); DJADJEV, p. 36.

²⁵ REYNOLDS, p. 33.

²⁶ The probable reason why the concept of seaworthiness was laid down in detail is that the Rules were drafted in a common law fashion. See TETLEY, William, "Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)", *Louisiana Law Review*, V. 60, N. 3, 677-738, 2000, p. 704.

²⁷ AIKENS/LORD/BOOLS, p. 316-318; WILSON, p. 12; CHACÓN, p. 144; KASSEM, p. 24; DJADJEV, p. 45.

²⁸ TETLEY William, *Marine Cargo Claims*, 3rd ed., Montreal, 1988, p. 180; DJADJEV, p. 46.

From this point of view, unseaworthy vessel would set the scene for liability of the carrier. To illustrate, any sorts of deficiencies or defects in the structure or equipment of the vessel would render the vessel unseaworthy, e.g. a leaky valve caused by missing a vital nut or missing or unfitting spare parts²⁹, leaking of hatch covers³⁰, defective boilers³¹, corrosion of bottom plates³². So far as incompetent or insufficient crew or master is concerned, bereft of adequate fire-fighting training³³, an indisposition to carry out the job properly³⁴, mental or physical incapacity³⁵, a shortcoming of knowledge as regards a particular vessel or its system³⁶ may pave the way for unseaworthiness. A vessel which is not capable to take delivery of cargo and to hand over it safely and accordingly to its final destination would be conceived to be unseaworthy, e.g. the residues of previous cargo³⁷, improper stowage³⁸ or overloading³⁹. Consequently, the utmost significance of the concept of due diligence emerges in the event of any deficiency endangering the state of seaworthiness. In other words, even if a vessel was held unseaworthy, the carrier would exculpate himself from the accountability, unless caused by lack of due diligence.

2.2.1. Definition of Due Diligence

It is noteworthy to dwell upon what forms due diligence as well. Due diligence may be described as “*genuine, competent and reasonable effort of the carrier to fulfil the obligations set out in subparagraph (a), (b) and (c) of Art III (1) of the Hague or Hague-Visby Rules*”⁴⁰. Based on the formal version of the HR, which is in French, the due diligence is articulated as “*diligence raisonable*”, that is to say, this term does not allude to an abso-

²⁹ *The Kamsar Voyager* (2002) 2 Lloyd’s Rep. 57.

³⁰ *The Sea Maas* (1999) 2 Lloyd’s Rep. 281.

³¹ *The Hong Kong Fir* (1962) 2 QB 26.

³² *Jerneh Insurance Corp SdnBhd v Hai Heng Enterprise SdnBhd* (2002) 4 MLJ 332; (2002) 4 AMR 4199.

³³ *The Star Sea* (1997) 1 Lloyd’s Rep. 360.

³⁴ *The Makedonia* (1962) 1 Lloyd’s Rep. 316.

³⁵ *The Eurasian Dream* (2002) EWHC 118 (Comm).

³⁶ *The Farrandoc* (1967) 2 Lloyd’s Rep 276.

³⁷ *The Good Friend* (1984) 2 Lloyd’s Rep. 586.

³⁸ *The Aconcagua* (2010) EWCA Civ 1403.

³⁹ *The Aga* (1968) 1 Lloyd’s Rep. 431.

⁴⁰ TETLEY William, *Marine Cargo Claims*, Vol. 1, 4th ed., Toronto, 2008, p. 876.

lute commitment but solely one of reasonableness⁴¹. Nonetheless, the concept of due diligence also has been interpreted by the courts through revealing a connection with reasonable care, and thereby the due diligence is conceived to be “*indistinguishable from an obligation to exercise reasonable care*”⁴². Eventually, the concept of due diligence succinctly may be boiled down to whether being performed of reasonable care and skill by the carrier when making the ship seaworthy⁴³.

Viscount Sumner, in *The Bradley*⁴⁴, shed light on one of the most significant points in the sense of actual concept of both due diligence and seaworthiness. It was highlighted that both seaworthiness and due diligence have a great deal of evolving character and thus should not be appraised as an absolute concept, namely immobile or static.⁴⁵ It can be hence submitted that due diligence hints at the exercise of reasonable care and skill in the sense that it relies on numerous factors from the provisions of regulatory codes to the nature of the vessel and the existing state of knowledge at the time of voyage⁴⁶.

Last but not least, a contract of carriage will be null and void, should it provide clauses that relieves the carrier from liability for the loss or damage springing from failure in exercising due diligence in virtue of Article III (8). Namely, the obligation of exercising due diligence cannot be excluded or lessened by a contract of carriage⁴⁷. It is submitted that as the carrier is not allowed to contract out of a liability concerning

⁴¹ BARCLAY, Cedric, “Technical Aspects of Unseaworthiness”, L.M.C.L.Q., 1975, p. 292; TETLEY, Marine Cargo Claims (1988), p. 370. Moreover, So far as the concept of reasonableness is concerned, one notable illustration of this may be the case of *The Kapitan Sakharov*, in which it was held that in order to measure the “*reasonability*” of the obligation, it must be tested that “*Whether it had shown that the carrier, its servants, agents or independent contractors, had exercised all reasonable skill and care to ensure that the vessel was seaworthy at the commencement of its voyage, namely, reasonably fit to encounter the ordinary incidents of the voyage*”. (2000) EWCA Civ 400. Likewise, in the case of *The Eurasian Dream*, it was stated that “*The exercise of due diligence is equivalent to the exercise of reasonable care and skill.*” para. 131.

⁴² *The Muncaster Castle* (1960) 1 QB 536, 581 (per Willmer L.J.)

⁴³ *The Eurasian Dream* (2002).

⁴⁴ *The Bradley v Federal Steam Navigation Co.* (1927) 27 Lloyd’s Rep. 395.

⁴⁵ It was held that “*In the law of carriage by sea neither seaworthiness nor due diligence is absolute. Both are relative, among other things, to the state of knowledge and the standards prevailing at the material time*”. *Bradley v Federal*, p. 396.

⁴⁶ AIKENS/LORD/BOOLS, p. 328.

⁴⁷ TETLEY, Marine Cargo Claims (2008), p. 881.

due diligence, in return for that, the Rules exonerate the carrier from liability for negligence stemming from navigation and management of the vessel, also referred to “*nautical fault*”, by virtue of Article IV (2) (a)⁴⁸.

2.3. Period of Time When the Seaworthiness Obligation Attaches

Based on the wording of Article III (1), the carrier is obliged to exercise due diligence in making the vessel seaworthy before and at the commencement of the voyage. This is why the article does not indicate the time in which the vessel must be seaworthy, but to specify the time the obligation of exercising due diligence attaches⁴⁹. Nonetheless, a question which inevitably arises is: How could the commencement of the voyage be exactly determined having regard to arduousness of this concept?

At this point, it would be worthwhile to indicate the exposition of *Lord Somervell* in *The Maxine Footwear*⁵⁰, in which it was held that the beginning of voyage⁵¹ hints at the period from the commencement of the loading of goods until the vessel embarks on her voyage, that is to say, until the vessel lifts anchor or leaves her berth⁵².

The carrier’s duty set out in Article III (1) does not attach, unless the vessel in question is in the orbit of carrier⁵³. In other words, the fact that the vessel must be in the possession, ownership, or control of the carrier is imperative to attach the duty of exercising due diligence laid down under the aforementioned provision⁵⁴. Moreover, in the event that a new ship is chartered, purchased or commissioned from another person, the present defects leading the vessel to be unseaworthy neither

⁴⁸ REYNOLDS, p. 17.

⁴⁹ AIKENS/LORD/BOOLS, p. 330-31; CHACÓN, p. 144; TETLEY, *Marine Cargo Claims* (2008), p. 893.

⁵⁰ *The Maxine Footwear Co. Ltd. v. Can. Government Merchant Marine* (1959) AC 589, at 602.

⁵¹ Likewise, *Tetley* defines the moment of commencement of the voyage by forming some elements in the light of case law and suggests that the obligation of carrier begins when “*all hatches are battened down, visitors ashore and orders from the bridge given so that the ship actually moves under its own power or by tugs or both*”. TETLEY, *Marine Cargo Claims* (2008), p. 893-894.

⁵² Also see WILSON, p.187; BAATZ, p. 121; BARCLAY, p. 289; KARAN, *Liability*, pp. 106-107; KASSEM, p. 120; GIRVIN, *Fundamental Duties*, p. 447.

⁵³ *The Happy Ranger* (2006) EWHC 122 (Comm), para. 18.

⁵⁴ DJADJEV, p. 47; AIKENS/LORD/BOOLS, p. 329; GIRVIN, *Fundamental Duties*, p. 448.

are attachable to the carrier nor make him liable, unless the defects in question were reasonably discoverable by performing due diligence in the course of takeover⁵⁵.

The case of *The Happy Ranger* is a prime example, in which it was addressed that the ship owner shall not be accountable due to any defects in the construction of the vessel, namely defaults of the builders in the course of building. Otherwise, this might turn out to be “an almost unlimited retrogression” in the sense of the carrier’s duty which is regarded as non-delegable⁵⁶. However, it is also submitted that when a carrier gets involved remarkably in a design or construction of the particular aspect of the vessel, he might be under the obligation of due diligence at least in the sense of supervision associated with that aspect, which he involved, prior to delivery⁵⁷.

It is also of paramount importance to be taken into consideration that different cargoes might have different voyages. On this point, the carrier’s obligation of exercising due diligence in accordance with Article III (1) of the HR/HVR should be regarded separately where the vessel calls at a series of ports to gather different cargoes⁵⁸. That is to say, in the event that a ship loads cargo X in Istanbul and then sails to Southampton where cargo Y is loaded, then proceed to New York where it loads cargo Z, there is indeed three various voyages in this sense. Therefore, whether or not the requirement of exercising due diligence is fulfilled should be evaluated individually for each voyage⁵⁹. From this example, if the carrier fails to fulfil his obligation while loading cargo Z, this is by no means lead to the lack of due diligence in the sense of cargo X and Y⁶⁰. However, if the vessel is unseaworthy owing to deficiency in due diligence on the part of carrier or its servants or agents when the vessel loads cargo X in Istanbul, which brings about damage or loss to cargo Y

⁵⁵ GIRVIN, *Fundamental Duties*, p. 448.

⁵⁶ *The Happy Ranger*, para. 19.

⁵⁷ AIKENS/LORD/BOOLS, p. 331.

⁵⁸ EDER Bernard/ BENNETT Howard/ BERRY Steven/ FOXTON David/ SMITH Christopher, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 23rd ed., London, 2015, para. 7-020; TETLEY, *Marine Cargo Claims* (2008), p. 895; AIKENS/LORD/BOOLS, p. 330; KARAN, *Liability*, p. 107; YETİŞ-ŞAMLI, p. 486.

⁵⁹ TETLEY, *Marine Cargo Claims* (2008), p. 895; AIKENS/LORD/BOOLS, p. 330; also see *The Fjord Wind* (2000) EWCA Civ 184, para. 6.

⁶⁰ TETLEY, *Marine Cargo Claims* (2008), p. 895; AIKENS/LORD/BOOLS, p. 330.

or Z, the carrier will be accountable on the grounds that actual or imputed knowledge of the defects or harmful condition or failure while exercising due diligence proceeds to the date relevant to the particular, Y and Z, contract of carriage⁶¹.

2.4. Causation and Unseaworthiness

There must be a causal connection between the loss or damage and unseaworthiness in order for the carrier to be liable under Article III (1)⁶². It is therefore submitted that the carrier will not be responsible associated with failure arising from the requirement of due diligence, unless the failure was causative of the loss which was contended to have been incurred and suffered⁶³. What's more, if the unseaworthiness has not been prevented by exercising due diligence on the part of carrier, the carrier is not liable as stated explicitly in Article IV (1)⁶⁴.

2.5. Basis of Liability and Burden of Proof

It is crystal clear that under the HR/HVR, the basis of liability puts an unduly heavy burden on the cargo-owner considering that the cargo owner is at a disadvantage as to access to information about condition of the vessel⁶⁵. By contrast, the carrier is able to inherently hold the information in respect of the condition of the vessel throughout the voyage and therefore has control of the evidence at the commencement of any conflict⁶⁶. As far as Article IV (1) of HR/HVR is concerned, the carrier is

⁶¹ TETLEY, *Marine Cargo Claims* (2008), p. 895; GIRVIN, *Seaworthiness*, p. 39; AIKENS/LORD/BOOLS, p. 330; GIRVIN, *Fundamental Duties*, p. 447.

⁶² SÖZER, *Taşıyanın*, p. 72-73; EDER/BENNETT/BERRY/FOXTON/SMITH, para. 7-031; TETLEY, *Marine Cargo Claims* (2008), p. 895-896.

⁶³ AIKENS/LORD/BOOLS, p. 332.

⁶⁴ TETLEY, *Marine Cargo Claims* (2008), p. 898; SÖZER, *Taşıyanın*, p. 73-74.

⁶⁵ At this point, the recent developments in the shipping industry represented by mainly the introduction of the ISM Code may pave the way for the cargo-owner to access information as to the condition of the vessel in the course of the voyage. This because the carrier is obliged to keep documentary records of all the accidents, the competency of the crew, hazardous situation or non-conformity, and the actions taken onboard the ship by the company as well as established procedures for the implementation of corrective action in accordance with Article 9, and 10 and 11 of the ISM Code. *See* TETLEY, *Marine Cargo Claims* (2008), p. 887; CHACÓN, p. 82; KASSEM, p. 154; KARAN, *Liability*, p. 32; MANDARAKA-SHEPPARD *Aleka, Modern Maritime Law-Managing Risks and Liabilities*, Volume 2, 3rd ed., Abingdon, 2013, p. 107.

⁶⁶ WHITE, p. 237; KASSEM, p. 152; TONG-JIANG, Su/ PENG, Wang, "Carrier's Liability under International Maritime Conventions and the UNCITRAL Draft Con-

exempted from the liability for loss or damage deriving merely from unseaworthiness of the vessel, unless it results from lack of due diligence⁶⁷. Article IV (2) provides a wide-ranging enumeration of exonerating conditions that enable the carrier to exculpate himself from liability in the event of a damage or loss invoking upon these events set forth⁶⁸.

On the other hand, there is an ongoing debate associated with evaluation of types of basis of liability, that is to say, whether it should be appraised as the fault-based liability or presumed fault or neither under HR/HVR is nebulous. Some scholars contend that there is an example of proved fault-based liability system based upon Article IV (1) and therefore the burden of proof as to unseaworthiness is explicitly upon the cargo interest⁶⁹, whereas others⁷⁰ consider that the basis of liability pertinent to the carrier under HR/HVR falls into an accountability for presumed fault or neglect plus exceptions. It is hence suggested that the carrier firstly, namely prior to the issue of being proven unseaworthiness of the vessel by the claimant, must demonstrate that he exercised due diligence in making the ship seaworthy.

Those who stand by the view of fault-based liability suggest that no burden is cast upon the carrier associated with proving due diligence until the cargo interests have initially established that the vessel was unseaworthy and that the loss or damage was attributable to the fact of unseaworthiness⁷¹. All in all, even though Article IV provides the onus

vention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea”, Transport, V. 24(4), pp. 345-351, 2009, p. 347; TETLEY, William, “The Burden and Order of Proof in Marine Cargo Claims, Chambre Arbitrale Maritime de Paris, p. 16, <<https://www.arbitrage-maritime.org/fr/Gazette/G37complement/burden.pdf>>, (accessed, on 25 November, 2020); WILSON, p. 191.

⁶⁷ KARAN, Liability, p. 105

⁶⁸ KARAN, Liability, p. 105; BARCLAY, p. 289.

⁶⁹ GIRVIN Stephen, Carriage of Goods by Sea, 2nd ed., Oxford, 2011, p. 428; WHITE, p. 237; MANDARAKA-SHEPPARD, p. 106; KASSEM, p. 143; GIRVIN, Fundamental Duties, p. 448; EDER/BENNETT/BERRY/FOXTON/SMITH, para. 7-031.

⁷⁰ TETLEY, Marine Cargo Claims (2008), p. 888; BARCLAY, p. 289; TONGJIANG/PENG, p. 347.

⁷¹ One notable illustration of this is *The Makedonia*, in which it was held that “The burden of proof lay on the defendants to show, if unseaworthiness in any respect was proved, that they had exercised all normal and reasonable care to prevent that unseaworthiness.” (1962) 1 Lloyd’s Rep. 316, p. 326 (Hewson J.); also see WILSON, p. 190; WHITE, p. 237; SÖZER, Taşıyanın, p. 76-77.

of proof for the carrier's liability, particularly in the sense that the burden of proving due diligence casts upon the carrier when the loss or damage results from unseaworthiness (IV-1), it can be said that the provisions mostly fail to put forth who exactly must bear the burden of proof⁷². In other words, the process for determination of who endures the onus of proof is merely alluded to some elements under the convention and thus not straightforward⁷³. Therefore, this ambiguity has led to scholars to put different approaches forward in the context of the burden of proof. In addition, this uncertainty has led the litigation and arbitration to turn out to be more complicated⁷⁴.

2.5.1. Order of Proof

The HR/HVR do not lay down obviously a concept for the order of proof in the sense of marine cargo claim and its defence as well. It appears that the courts are to engage in this issue case-by-case basis⁷⁵. This is why the consensus is partially unclear as to how the order of proof should carry on. However, it could be noteworthy to indicate firstly the order of proof provided by *Noël J.* in the Canadian case of *The Farrandoc*, which is indeed both the most widely accepted order of proof⁷⁶ and the established position as regards burden and order of proof under Article

⁷² KARAN, Liability, p. 122; AIKENS/LORD/BOOLS, p. 335; BERLINGIERI, Francesco, "A Comparative Analysis of the Hague-Visby Rules, The Hamburg Rules and the Rotterdam Rules", The General Assembly of the AMD, Marrakesh, 2009, p. 8; TETLEY, Marine Cargo Claims (1988), p. 133; MARGETSON N.J., "Some Remarks on the Allocation of the Burden of Proof under the Rotterdam Rules as compared to the Hague (Visby) Rules" In *The Carriage of Goods by Sea under the Rotterdam Rules*, edited by THOMAS Rhidian, 191-214, New York, 2014, p. 191.

⁷³ BERLINGIERI, A Comparative Analysis, p. 8; KARAN, Liability, p. 122; AIKENS/LORD/BOOLS, p. 335; TETLEY, Marine Cargo Claims (1988), p. 133.

⁷⁴ KARAN, Liability, p. 122.

⁷⁵ KASSEM, p. 152; AIKENS/LORD/BOOLS, p. 335; TETLEY, *The Burden and Order of Proof*, p. 43.

⁷⁶ For interpretations in the same manner as Noël J.'s order of proof see CLARKE Malcolm A., *Aspects of the Hague Rules: A comparative Study in English and French Law*, The Hague 1976, p. 139-140; CLARK Julian/ THOMSON Jeffrey, "Exclusions of Liability" In *The Carriage of Goods by Sea under the Rotterdam Rules*, edited by THOMAS Rhidian, 141-162, New York, 2014, p. 144; WHITE, p. 237; AIKENS/LORD/BOOLS, p. 335; MANDARAKA-SHEPPARD, p. 106; KASSEM, p. 143; GIRVIN, Carriage, p. 428; GIRVIN, *Fundamental Duties*, p. 448; EDER/BENNETT/BERRY/FOXTON/SMITH, para. 7-031-2; MARGETSON, p. 196-197.

III (1) at Common Law⁷⁷, followed by a different interpretation of the relevant issue made by *Tetley* and ultimately an overview of how the issue is handled in practise.

As far as the order of proof provided by *Noël J.* in the case of *The Farrandoc*⁷⁸ is concerned, according to his dictum, which is known as the “*orthodox view*”⁷⁹, the cargo interest firstly must prove that the cargo arrived either in damaged situation or that it did arrive by no means⁸⁰. Following that, the carrier needs to prove that the cause of the loss or damage is encompassed by one of the exceptions set out in Article IV(2). If he does so, thereafter, the cargo-owner must demonstrate a different cause of loss that is not encompassed by the exceptions in question and at this stage the cargo owner can invoke the loss or damage on unseaworthiness. In the wake of allegation put forward by the cargo-owner as to unseaworthiness of the vessel, he must also adduce evidence in support of the claim that the vessel was unseaworthy before and at the commencement of the voyage. If the cargo owner achieves that, given this circumstance, the carrier has two optimal way outs. First of which is that he must demonstrate that he exercised due diligence before and at the onset of the voyage. Secondly, he could also rely on the argument of that even if the vessel was unseaworthy, this unseaworthiness would not have been attributed to the loss or damage of the cargo⁸¹. This is how the burden of proof should be aligned according to the orthodox view.

In the simplest terms, *Tetley’s* approach to the order of proof, which has been widely applied by mainly the courts of Canada, differs from the orthodox view and accordingly the exposition of *Noël J.* in the

⁷⁷ AIKENS/LORD/BOOLS, p. 335 citing *Minister of Food v Reardon Line* (1951) 2 Lloyd’s Rep. 265; *Walker v Dover Navigation* (1950) 83 Ll. L. Rep. 84; *The Hellenic Dolphin* (1978) 2 Lloyd’s Rep. 336; *The Theodegmon* (1990) 1 Lloyd’s Rep. 52; WILSON, p. 190 citing *The Fjord Wind* (2000) EWCA Civ 184; *The Kamsar Voyager* (2002) 2 Lloyd’s Rep. 57.

⁷⁸ (1967) 2 Lloyd’s Rep 276, at p. 284.

⁷⁹ AIKENS/LORD/BOOLS, p. 335.

⁸⁰ The cargo-owner can prove this by means of a bill of lading, which is considered *prima facie* evidence. See STEVENS Frank, *The Bill of Lading-Holder Rights and Liabilities*, Abingdon, 2018, p. 13; KASSEM, p. 153; KARAN, *Liability*, p. 123.

⁸¹ Also see CLARKE, p. 128; MANDARAKA-SHEPPARD, p. 106; WHITE, p. 237; AIKENS/LORD/BOOLS, p. 335; KASSEM, p. 143; GIRVIN, *Carriage*, p. 428; GIRVIN, *Fundamental Duties*, p. 448; CLARK/THOMSON, p. 144; SÖZER, *Taşıyanın*, p. 76-77; MARGETSON, p. 196-197.

sense of whether unseaworthiness should firstly be proven by the cargo owner or due diligence by the carrier⁸². According to Tetley, it is firstly the cargo interest who is to bear the onus of proof and hereby he must prove that his loss or damage occurred is at the hands of the carrier. Then, the carrier must prove respectively “i) the cause of the loss, ii) that due diligence to make the vessel seaworthy...iii) that the cause of the loss or damage falls into Article IV (2) (a) to (q) of the HR/HVR”⁸³. Afterwards, the onus of proof switches back to the cargo interests and then they must take steps to rebut evidences, including the evidences as to seaworthiness and due diligence, adduced by the carrier. Last but not least, it is possible for the both parties to resort to other various arguments available them, that is to say, the latest is considered “middle ground”, where both the carrier and the cargo interest are enabled to put forward their supplementary proofs⁸⁴.

In a nutshell, Tetley argues the carrier must firstly endure the burden of proving due diligence in making the vessel seaworthy before he relies on an exception under Article IV (2)⁸⁵, whilst many authors disagree⁸⁶ and suggest that the carrier must first prove one of the exculpatory exceptions and then the cargo claimant must prove unseaworthiness, ultimately due diligence in making the vessel seaworthy must be proved by the carrier under the HR/HVR. Furthermore, considering the obliga-

⁸² TETLEY, *Marine Cargo Claims* (2008), p. 889; TETLEY, *The Burden and Order of Proof*, p. 34.

⁸³ TETLEY, *The Burden and Order of Proof*, p. 31.

⁸⁴ Tetley constructs his order of proof based on the dictum of Lord Somervell in *The Maxine Footwear Co. Ltd V. Canadian Merchant Marine Ltd.*, in which it was held that “Article III, Rule I, is an overriding obligation. If it is not fulfilled and the non-fulfilment causes the damage, the immunities of Article IV cannot be relied on. This is the natural construction apart from the opening words of Article IV, rule 2. The fact that that Rule is made subject to the provision of Article IV and Rule 1 is not so conditioned makes the point clear beyond argument.” (1959) AC 589 (PC).

⁸⁵ Wilson, based on the facts of *The Hellenic Dolphin*, argues that Tetley’s thesis appears to be sensible, considering it is fairly arduous for the cargo owner to discharge the burden of proof of unseaworthiness. WILSON, p. 191.

⁸⁶ Clarke disagrees with Tetley in this regard and states that “Tetley cites Canadian authority; but not all Canadian courts are of the same mind. He also cites a dictum of Lord Somervell, but a dictum which, seen in its wider context, does not support his contention.” See CLARKE, p. 140. Also see MARGETSON, p. 201; AIKENS/LORD/BOOLS, p. 335; MANDARAKA-SHEPPARD, p. 106; GIRVIN, *Carriage*, p. 428; GIRVIN, *Fundamental Duties*, p. 448.

tion set forth in Article III (1) has been regarded as an “*overriding obligation*”⁸⁷ in *The Maxine Footwear*, the carrier cannot avail himself of the defences set out in Article IV, if he breaches the overriding obligation by providing an unseaworthy ship.

When it comes to how the courts have dealt with this dilemma, it must be borne in mind that most courts issue a call for both parties in order to gather all available evidences which the parties keep⁸⁸. Perhaps most importantly, in cases where there is any sort of incursion of seawater in a vessel’s hold, the courts frequently regard it as a *prima facie* evidence of unseaworthiness by inference⁸⁹. Under this circumstance, it is regarded that the carrier failed to exercise due diligence. The courts then put the onus of proof as to whether due diligence is exercised on the carrier by virtue of Article IV (1) of the HR/HVR⁹⁰. From now on, it turns out to be the duty of the carrier to rebut the inference of unseaworthiness established by the court so that he can exculpate himself from the liability⁹¹.

2.6. Delegation of the Obligation

The obligation of due diligence is indeed peculiar to the carrier, namely, the duty must be exercised by the carrier and therefore it is conceived that the liability is non-delegable⁹². However, taking into consideration the arduousness of large maritime operations, the shipowners appear to count on third parties as regards readiness, maintenance or inspection of the vessel for the intended voyage⁹³. From this point on, if the duty of providing a seaworthy vessel is delegated to the agent or servants of the carrier or even to an independent contractor, it is of capi-

⁸⁷ Also see DJADJEV, p. 48-49; TETLEY, *Marine Cargo Claims* (2008), p. 886; CHACÓN, p. 120; AIKENS/LORD/BOOLS, p. 328; GIRVIN, *Fundamental Duties*, p. 447; MARGETSON, p. 193.

⁸⁸ TETLEY, *Marine Cargo Claims* (2008), p. 892; On the other hand, AIKENS/LORD/BOOLS, p. 335, argue this issue and point out that the possible reason for not being sorted conclusively out of this intricacy despite its paramount importance may be associated with the fact that cases in practise barely rely upon the burden or order of proof in this respect.

⁸⁹ WILSON, p. 191; TETLEY, *Marine Cargo Claims* (2008), p. 892.

⁹⁰ TETLEY, *Marine Cargo Claims* (2008), p. 888.

⁹¹ TETLEY, *Marine Cargo Claims* (2008), p. 892.

⁹² WHITE, p. 229-230; DJADJEV, p. 49; BARCLAY, p. 289; MANDARAKA-SHEPPARD, p. 106; KASSEM, p. 81.

⁹³ CHACÓN, p. 121.

tal importance that the delegate must be chosen with due diligence and must be a diligent and conscientious person himself⁹⁴. Therefore, if the delegate fails to abide by the obligation, namely he is not diligent, the carrier will remain liable for the loss or damage⁹⁵.

III. THE CARRIER'S DUTY UNDER THE HAMBURG RULES

3.1. Background

The genesis of the Hamburg Rules, in essence, was a consequence of several discrepancies and ambiguities found under the HR and HVR, in particular, the language of the HR has been found intricate and therefore has led to confusion in terms of several issues⁹⁶. Furthermore, the Hague Rules has given rise to an imbalance between the ship owners and cargo-owners by imposing an unduly heavy burden of proof on the cargo interests and has not encompassed the loss resulting from delay⁹⁷. The Visby Amendments was also regarded as not fulfilling the necessities arising from incapacity and several shortcomings of the HR and as constituting solely provisional expedient⁹⁸. It was thus considered that it would be more remarkable to start afresh rather than to make further amendment of Hague-Visby Regime⁹⁹.

⁹⁴ BARCLAY, p. 289; AIKENS/LORD/BOOLS, p. 328-329; BAATZ, p. 127; KASSEM, p. 81; DJADJEV, p. 48.

⁹⁵ In contrast, in the case of *The Muncaster Castle*, the court arrived at the decision that even if the delegate was reputable one, the carrier could not have such excuses to exculpate himself from the liability. This is because the failure of the delegates as to the exercising due diligence to make the ship seaworthy is fundamentally the failure of the carrier. Based on the exposition of that the carrier should not be allowed to avoid his responsibility in respect of his vessel by transferring his fairly vital obligation to others, it can be deemed that the carrier is expected to have an active role rather than a passive when delegating his obligation to another person. (1961) 1 Lloyd's Rep 57, p. 87 (Lord Keith of Avonholm). Moreover, the non-delegable nature of the carrier's obligation also most recently has been pointed out in *The CMA CGM Libra*, in which it was held that "...as the duty is non-delegable, the ship owner cannot avoid liability by delegating responsibility for making the vessel seaworthy to the master and officers." (2020) EWCA Civ 293, para. 99. For further information see AIKENS/LORD/BOOLS, p. 328-329; GIRVIN, Fundamental Duties, p. 447-448; TETLEY, Marine Cargo Claims (1988), p. 391; WHITE, p. 230; WILSON, p. 188.

⁹⁶ YAZICIOĞLU, Hamburg Kuralları, p. 5; CHACÓN, p. 83; WILSON; 217; KARAN, Liability, p. 32.

⁹⁷ CHACÓN, p. 83; WILSON; 217; KARAN, Liability, p. 32.

⁹⁸ WILSON, p. 215.

⁹⁹ AIKENS/LORD/BOOLS, p. 411; CHACÓN, p. 86; WILSON, p. 215; FREDERICK, p. 94; SOYER /NIKAKI, p. 304.

Eventually, the Hamburg Rules, which were devised to replace the rather outdated HR and HVR, was introduced in 1978 and then entered into force in 1992. Even so, the convention has been ratified¹⁰⁰ fundamentally by only a few states, particularly developing countries, and an important number of the endorsing members of the convention are even landlocked countries¹⁰¹. That's why the Hamburg Rules indeed failed to succeed in the intention of creating worldwide uniformity and hence does not have a large role to play in international shipping nowadays. The figure of the total volume of goods carried by sea subjected to the Hamburg Rules is predicted to have accounted for approximately 5%¹⁰².

3.2. Nature of the Duty

Under the Hamburg Rules, the obligation to exercise due diligence in making the ship seaworthy is neither set out as an explicit provision nor referred to the obligation. However, the Hamburg Rules indeed carries on the same approach and adopts the very essence of the duty of carrier set forth in Article III (1) of HR and HVR, by virtue of Article V (1)¹⁰³.

3.3. Period of Time When the Seaworthiness Obligation Attaches

Under the Hamburg Rules, the duty of the carrier to make the ship seaworthy before and at the beginning of the voyage is turned into an obligation continuing in the course of voyage. Hereby, the period of time at which the carrier is responsible under this convention extends from the moment the carrier is in charge of the goods at the port of loading to during the carriage and at the port of discharge in accordance with Article IV (1).

¹⁰⁰ Turkey neither ratified nor transposed the Hamburg Rules into domestic law. *See* YETİŞ-ŞAMLI, p. 479.

¹⁰¹ UNCITRAL, Text and Status, United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea (Hamburg, 1978), <https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/hamburg_rules/status> (accessed, on 5 November, 2020).

¹⁰² AIKENS/LORD/BOOLS, p. 411; DJADJEV, p. 37-38; WILSON, p. 215; SOYER/NIKAKI, p. 304.

¹⁰³ TETLEY, *Marine Cargo Claims* (2008), p. 923; WILSON, p. 217; KARAN, *Liability*, p. 112; KASSEM, p. 74, LUDDEKE Christof/ JOHNSON Andrew, *The Hamburg Rules from Hague to Hamburg Via Visby*, 2nd Edition, London, 1995, p. 12; CHACÓN, p. 89; YETİŞ-ŞAMLI, p. 491.

3.4. Basis of Liability

Firstly, the presumed fault-based liability system has been adopted in accordance with Article V (1) and Annex II¹⁰⁴. This is why the carrier is always regarded to be at fault, unless he substantiates his innocence under this liability system¹⁰⁵. The carrier is thus conceived to be liable for any loss of or damage to cargo or for delay, provided that it occurred when the carrier took in charge of the cargo pursuant to Article V (1). Nonetheless, should the carrier want to exculpate himself from liability, he must demonstrate that he and his servants and agents took all reasonable measures that could be taken properly so as to abstain from the cause of the loss, damage or delay and its consequences by the virtue of Article V (1)¹⁰⁶.

Perhaps most importantly, there is no exclusive distinction made amongst the causes of loss, damage or delay (except for fire caused loss) associated with whether or not being attributed to the lack of seaworthiness of the vessel¹⁰⁷. To summarize briefly the basis of liability under the Hamburg Rules, there is a two-fold stage associated with the carrier's liability; the first of which is to demonstrate that the occurrence causing the loss or damage took place while the goods were in charge of the carrier, the second one is reliance on the carrier who must demonstrate that he took all measures that could reasonably be necessitated to ward off the occurrence and its results¹⁰⁸. Furthermore, one of the principal distinctions between the HR/HVR and the Hamburg Rules is that the defence of negligence in navigation and management is not laid down under the Hamburg Rules as opposed to that of HR/HVR¹⁰⁹.

3.4.1. Burden and Order of Proof

It is submitted that one of the reasons why the Hamburg Rules was introduced is to clarify the concept of burden of proof, which is, indeed, in some respects nebulous and needs for careful interpretation

¹⁰⁴ The Annex II of the Hamburg Rules explicitly addresses that: *"It is the common understanding that the liability of the carrier under this Convention is based on the principle of presumed fault or neglect."* For further information see WILSON, p. 216-217.

¹⁰⁵ KASSEM, p. 141; FREDERICK, p. 92; YAZICIOĞLU, Hamburg Kuralları, p. 72.

¹⁰⁶ YAZICIOĞLU, Hamburg Kuralları, p. 70-71; TETLEY, Marine Cargo Claims (2008), p. 924; CLARK/THOMSON, p. 143-144.

¹⁰⁷ SÖZER, Deniz Ticaret, p. 596; WILSON, p. 217.

¹⁰⁸ AIKENS/LORD/BOOLS, p. 412.

¹⁰⁹ KARAN, Liability, p. 112; REYNOLDS, p. 30; KARA, p. 151; BAATZ, p. 121-122.

under the HR/HVR¹¹⁰. Hence, the Hamburg Rules intend to remove this confusion by instituting a uniform burden of proof upon the carrier on the grounds that the carrier is considered to be the most likely to access to factual information on board the vessel throughout the voyage¹¹¹. As a rule, the burden of proof lays on the carrier under the convention¹¹². However, the carrier is responsible for any loss and delay, unless he demonstrates that he and his servants and agents took all reasonable measures to avoid the cause of the loss or damage and its consequences pursuant to Article V (1) and Annex II of Hamburg Rules¹¹³.

So far as loss or damage resulted from fire is concerned, the principle of presumed fault is switched back to the fault-based liability system, which the claimant must endure the onus of proof in accordance with Article V (4) (a)¹¹⁴. The probable reason why the Rules prefers to make a distinction in this sense is that establishment of the exact origin of a fire at sea is a matter of difficulty to be dealt with having regard to the fact that the majority of cases involved in a fire are considered to originate in the cargo carried¹¹⁵.

IV. THE CARRIER'S DUTY UNDER THE ROTTERDAM RULES

4.1. Background

There was a great deal of failure in ratification of the Hamburg Rules, which has been approved by mainly developing countries that are not the major seafaring nations and the ratifying countries is estimated to have accounted for approximately 5% of the world maritime

¹¹⁰ TETLEY, Interpretation and Construction, p. 41; KARAN, Liability, p. 122; WILSON, p. 217.

¹¹¹ TETLEY, Interpretation and Construction, p. 41; KARAN, Liability, p. 122; WILSON, p. 217.

¹¹² YAZICIOĞLU, Hamburg Kuralları, p. 131; AIKENS/LORD/BOOLS, p. 412; TETLEY, Interpretation and Construction, p. 41; WILSON, p. 218; CLARK/THOMSON, p. 144.

¹¹³ AIKENS/LORD/BOOLS, p. 412; TETLEY, Interpretation and Construction, p. 41; CLARK/THOMSON, p. 144.

¹¹⁴ AIKENS/LORD/BOOLS, p. 412; YAZICIOĞLU, Hamburg Kuralları, p.131; TETLEY, Interpretation and Construction, p. 41.

¹¹⁵ WILSON, p. 218.

trade¹¹⁶. The Hamburg Rules also failed to fulfil its function, which was to provide the harmonization of national regimes of sea carriage in accordance with the technological developments in shipping industry¹¹⁷.

On the other hand, there has been an upward trend amongst a number of states, such as the Scandinavian countries, China, France, India, Australia, to adopt a hybrid HR/HVR and Hamburg Rules, leading to a grave fragmentation in the sense of international maritime transport regime¹¹⁸. The CMI, in conjunction with UNCITRAL, thus launched a new international initiative so that the confusion and ambiguity in international trade originated in particularly ubiquitous national regimes would be abolished or at least further fragmentation would be prevented through providing an international uniformity¹¹⁹.

Ultimately, the Rotterdam Rules was formally adopted by the U.N. General Assembly in 2008, and opened for signature on 23 September 2009. However, the convention is not entered into force owing to the fact that merely five states have ratified the convention so far, yet the convention must be conceded by at least twenty countries. In addition, the ratifying states are obliged to denounce any other maritime freight transport conventions that they are parties pursuant to Article 96 of the convention. One of the main goals of the convention is to succeed in modernizing and harmonizing of the rules dominating over the international maritime freight transport¹²⁰. The motivation behind the convention lies on the fact that technological and commercial developments have soared since the adoption of the HR/HVR and Hamburg Rules¹²¹.

¹¹⁶ DJADJEV, p. 37; CHACÓN, p. 92; WILSON, p. 217; NIKAKI, Theodora, "The Carrier's Duties Under the Rotterdam Rules: Better the Devil You Know?", *Tulane Maritime Law Journal*, V. 35, I. 1, 1-44, 2010, p. 3; SOYER/NIKAKI, p. 304.

¹¹⁷ DJADJEV, p. 37; WILSON, p. 226-227; SOYER/NIKAKI, p. 304.

¹¹⁸ WILSON, p. 228-230; SOYER/NIKAKI, p. 307; BERLINGIERI Francesco, "The History of the Rotterdam Rules" In *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea- An Appraisal of the "Rotterdam Rules"*, edited by GÜNER M. Deniz, 1-62, Berlin, 2011, p. 1; NIKAKI, p. 2; TETLEY, William, "Reform of Carriage of Goods-The UNCITRAL Draft and Senate COGSA'99", *Tulane Maritime Law Journal*, V. 28, N. 1, pp. 1-44, 2003, p. 6.

¹¹⁹ WILSON, p. 228-230; SOYER/NIKAKI, p. 307; BERLINGIERI, The History of the Rotterdam Rules, p. 1; NIKAKI, p. 2; TETLEY, Reform of Carriage, p. 6.

¹²⁰ NIKAKI, p. 5; CHACÓN, p. 92-93; DJADJEV, p. 74; SOYER/NIKAKI, p. 319-320.

¹²¹ NIKAKI, p. 5; CHACÓN, p. 92-93; DJADJEV, p. 74; SOYER/NIKAKI, p. 319-320.

4.2. Nature of the Duty

The Rotterdam Rules, in essence, proceed to embrace more or less the same principle pertaining to the concept of seaworthiness as laid down in HR/HVR, which are the vessel seaworthiness and cargo worthiness¹²². Moreover, the obligation to provide a seaworthy vessel under the Rotterdam Rules is boiled down to the exercise due diligence in accordance with Article 14 of the Rotterdam Rules in the same manner as adopted under the HR/HVR. However, the container-worthiness is also incorporated into the carrier's duty to exercise due diligence in virtue of Article 14 (c) as opposed to the HR/HVR. Ultimately, it has been explicitly stated that the provisions concerning the seaworthiness of ship, in this sense the seaworthiness hints at Article 14 (a) and Article 14 (b), are compulsory and hereby cannot be contracted out of in accordance with Article 80 (4) of the Rules¹²³. Perhaps more importantly, the Rotterdam Rules differ from the HR/HVR by excluding Article 14 (4), which is concerning cargo worthiness, from the scope of Article 80 (4)¹²⁴.

4.3. Period of Time When the Seaworthiness Obligation Attaches

It is submitted that the most conspicuous distinction between the Rotterdam Rules and the HR/HVR in the sense of the obligation of seaworthiness is associated with the period of time in which the duty to exercise due diligence attaches¹²⁵. That is to say, the obligation of the carrier to exercise due diligence is not restricted to before and at the onset of the voyage. In contrast, it has turned out to be a continuing obligation and hence the carrier is compelled to maintain exercising due diligence before, at the commencement of, and throughout the voyage pursuant to Article 14. Moreover, Article 14 (a) of the Rotterdam Rules sets forth "*make and keep the ship seaworthy*" as opposed to that of the HR/HVR where it is stated as "*make the ship seaworthy*" in Article III (1) (a).

¹²² MARGETSON, p. 206-207; CLARK/THOMSON, p. 144; NIKAKI, p. 7; CHACÓN, p. 95.

¹²³ ÜLGENER M. Fehmi, "Obligations and Liabilities of the Carrier." In *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea- An Appraisal of the "Rotterdam Rules"*, edited by GÜNER M. Deniz, 139-153, Berlin, 2011, p. 142.

¹²⁴ ÜLGENER, p. 142.

¹²⁵ MARGETSON, p. 207; NIKAKI, p. 7-8; CLARK/THOMSON, p. 144; WILSON, p. 232; SOYER/NIKAKI, p. 329; ÜLGENER, p. 145.

4.4. Basis of Liability

So far as the basis of liability under the Rotterdam Rules is concerned, based on Article 17 of the Rules, it can be clearly enunciated that the Rotterdam Rules take a similar approach concerning the basis of liability, as stated in the context of HR/HVR¹²⁶. In other words, the carrier's liability is predicated on fault-based system¹²⁷. It is hence deemed that the carrier shall solely be accountable, if the cargo interest demonstrates the loss of or damage to the goods, in addition to for delay in delivery occurred throughout the period in which the carrier is in charge pursuant to Article 17 (1). Ultimately, the exoneration from liability for negligence resulting from navigation and management of the vessel, also referred to "*nautical fault*", in Article IV (2) (a) of the HR/HVR is not laid down under the Rotterdam Rules¹²⁸.

4.4.1. Burden and Order of Proof

Under the Rotterdam Rules, the first onus of proof lays on cargo interests. Therefore, if the claimant can establish that the loss, damage or delay took place in the course of the carrier's responsibility, the burden of proof switches to the carrier. The carrier then has two options. He could either rely on Article 17 (2), which enables the carrier to avoid liability provided that he demonstrates that the cause of the loss or delay is not imputable to his fault or to the fault of any person for whom he is liable, or count on Article 17 (3), which provides a set of exceptional causes¹²⁹.

From this point on, the claimant is given three alternatives so as to make the carrier responsible for all or part of the loss or delay by means of Article 17 (4) and (5). Accordingly, the claimant can either resort to Article 17 (4)(a), which the excepted peril was caused or contributed by

¹²⁶ ÜLGNER, p. 145; FUJITA Tomotaka, "Obligations and Liabilities of the Shipper" In The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea- An Appraisal of the "Rotterdam Rules", edited by GÜNER M. Deniz, 211-228, Berlin, 2011, p. 222; DJADJEV, p. 92; WILSON, p. 232; NIKAKI, p. 9; MARGETSON, p. 206-207.

¹²⁷ MØLLMANN Anders, "Compensation for Damage" In The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea- An Appraisal of the "Rotterdam Rules", edited by GÜNER M. Deniz, 201-209, Berlin, 2011, p. 202; NIKAKI, p. 8-9.

¹²⁸ Also see KARA, p. 133; CLARK/THOMSON, p. 147.

¹²⁹ BERLINGIERI, The History of the Rotterdam Rules p.16; ÜLGNER, p. 145; NIKAKI, p. 8-9; MARGETSON, p. 209; KARA, p. 152.

the carrier or any person for whom the carrier is liable, or invoke on Article 17 (4)(b) that the event or circumstance in question not fallen into the list of the exceptional perils contributed to the loss. What's more, the claimant can invoke the loss or delay upon the unseaworthiness of vessel in accordance with Article 17 (5)(a).

To sum up, the Rotterdam Rules appear to adopt relatively same provisions in respect of the concept of seaworthiness except for the period of exercising due diligence, which has been turned into a continuing obligation under the Rules¹³⁰. It appears that the concept of onus and order of proof has become a bit more sophisticated compared to that of HR/HVR. Nevertheless, in essence, the Rotterdam Rules follow the HR/HVR framework and the principles that have been constituted and shaped by jurisprudence¹³¹. Therefore, the Rotterdam Rules are indeed perceived as not a revolutionary instrument but an evolutionary one¹³².

V. CONCLUDING REMARKS

It has been revealed earlier that the duty to provide a seaworthy vessel on the part of the carrier appears to undergo some fundamental changes from the HR to the Rotterdam Rules. Nevertheless, the main breakthrough in the sense of the duty can be conceived as the radical transition from an absolute warranty under common law to a reasonable care. For the first time on an international scale, the HR have adopted the requirement of exercising due diligence by the carrier as an indispensable principle of shipping. It has then been embraced in both the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules. Even though neither the wording of due diligence nor the duty of seaworthiness is laid down in the Hamburg Rules, the obligation is considered to be continued in virtue of the requirement of that the carrier is bound to take all reasonable measures so as not to occur any sort of loss or damage to cargo as well as delay in delivery. What's more, the Hamburg Rules appraise the carrier to be always at fault based on the principle of presumed fault or neglect adopted as opposed to that of both the HR/HVR and the Rotterdam Rules. Perhaps most importantly, both the Hamburg Rules and the

¹³⁰ Margetson also argues that the duty of the carrier to provide a seaworthy vessel is no longer an overriding obligation under the Rotterdam Rules on the grounds that "*none of the duties are made subject to the carrier's immunities.*" See MARGETSON, p. 207.

¹³¹ DJADJEV, p. 93.

¹³² SOYER/NIKAKI, p. 308.

Rotterdam Rules make the carrier be accountable in the course of the whole voyage in contrast to the HR/HVR in which the carrier is merely necessitated to exercise due diligence before and at the commencement of the voyage.

So far as burden and order of proof is concerned, the carrier is always obliged to bear the burden of proof apart from the occurrence of the loss or damage caused by fire under the Hamburg Rules. By contrast, except for the fact that the carrier must prove whether due diligence is exercised, the demonstration on the issue of seaworthiness is controversial under the HR/HVR. That is to say, under the HR/HVR, those who stand by the orthodox view argue that unseaworthiness must be proven by the cargo interests before the carrier proves that he exercised due diligence to make the vessel seaworthy, whilst others suggest that the cargo interests are naturally not capable to access the facts and it is therefore the carrier who must endure firstly the onus of proving due diligence. Even so, it is argued that the probable reason for not being sorted conclusively out of this intricacy despite its paramount importance may be associated with the fact that cases in practise barely rely upon the burden or order of proof in this respect. Moreover, in practise, it is highly probable that the carrier is regarded to fail in exercising due diligence by inference in the event that there is any sort of incursion of seawater in a vessel's hold. The courts therefore put the burden of proof as to whether exercising due diligence on the carrier pursuant to Article IV (1) of the Hague/Hague-Visby Rules on the grounds that such occurrence is conceived to be *prima facie* evidence of unseaworthiness. Eventually, even if the Rotterdam Rules are not into force yet, it can be envisaged that the expositions and interpretations made over the meaning of the concerning provisions of the HR/HVR could be conceivably appropriate for the purpose of the Rotterdam Rules in the sense of obligation of seaworthiness.

BIBLIOGRAPHY

- AIKENS Richard/ LORD Richard/ BOOLS Michael**, Bills of Lading, 2nd ed., Abingdon, 2016.
- ATAMER, Kerim/ SÜZEL, Cüneyt**, Yeni Deniz Ticareti Hukuku'nun Kaynakları, Vol. 1, 1st ed., İstanbul, 2013.
- ATAMER, Kerim**, "Parça Başı Sınırlı Sorumluluk ve 1924 Brüksel Sözleşmesi", Deniz Hukuku Dergisi, V. 5, I. 1-4, pp. 57-94, 2002.
- BAATZ Yvonne**, "Charterparties." In *Maritime Law*, edited by BAATZ Yvonne, pp. 117-177, 3rd ed., Abingdon, 2014.
- BARCLAY, Cedric**, "Technical Aspects of Unseaworthiness", L.M.C.L.Q., 1975.
- BERLINGIERI, Francesco**, "A Comparative Analysis of the Hague-Visby Rules, The Hamburg Rules and the Rotterdam Rules", The General Assembly of the AMD, Marrakesh, 2009.
- BERLINGIERI Francesco**, "The History of the Rotterdam Rules" In The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea- An Appraisal of the "Rotterdam Rules", edited by GÜNER M. Deniz, 1-62, Berlin, 2011.
- CHACÓN Víctor H.**, The Due Diligence in Maritime Transportation in the Technological Era, New York, 2017.
- CLARK Julian/ THOMSON Jeffrey**, "Exclusions of Liability" In The Carriage of Goods by Sea under the Rotterdam Rules, edited by THOMAS Rhidian, 141-162, New York, 2014.
- CLARKE Malcolm A.**, Aspects of the Hague Rules: A comparative Study in English and French Law, The Hague, 1976.
- ÇAĞA Tahir/ KENDER Rayegan**, Deniz Ticareti Hukuku II: NavlunSözleşmesi, 10th ed., İstanbul, 2010.
- DJADJEV Ilian**, The Obligations of the Carrier Regarding the Cargo- The Hague-Visby Rules, Cham, 2017.
- EDER Bernard/BENNETT Howard/BERRY Steven/FOXTON David/ SMITH Christopher**, Scrutton on Charterparties and Bills of Lading, 23rd ed., London, 2015.
- FOSTER, Nicolas R.**, "The Seaworthiness Trilogy: Carriage of Goods, Insurance, and Personal Injury", Santa Clara Law Review, V. 40, N. 2, pp. 473-510, 2000.

- FREDERICK, David C.**, “The Political Participation and Legal Reform in the International Maritime Rulemaking Process: from the HR to the Hamburg Rules”, *JMLC*, V. 22, pp. 81-117, 1991.
- FUJITA Tomotaka**, “Obligations and Liabilities of the Shipper” In *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea- An Appraisal of the “Rotterdam Rules”*, edited by GÜNER M. Deniz, 211-228, Berlin, 2011.
- GIRVIN Stephen**, *Carriage of Goods by Sea*, 2nd ed., Oxford, 2011.
- GIRVIN, Stephen**, “The Obligation of Seaworthiness: Shipowner and Charterer”, *CML Working Paper Series*, No. 17/11, 2017.
- GIRVIN, Stephen**, “The Carrier’s Fundamental Duties to Cargo under the Hague and Hague-Visby Rules”, *JIML*, V. 25, pp. 443-462, 2019.
- GOLD Edgar**, *Maritime Transport: The Evolution of International Marine Policy and Shipping Law*, Lexington, 1981.
- KARA Hacı**, *Rotterdam Kuralları’na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar veya Gecikmeden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluğu*, İstanbul, 2014.
- KARAN Hakan**, *The Carrier’s Liability Under International Maritime Conventions The Hague, Hague-Visby, and Hamburg Rules*, New York, 2004.
- KARAN, Hakan**, “Yargıtay’ın Konişmentolu Taşımalar Hakkındaki 1924 Tarihli La Haye Kaideleri’ni Uygulaması Gereği”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII: Bildiriler-Tartışmalar*, pp. 223-243, Ankara, 2000.
- KASSEM, Ahmad H.**, *The Legal Aspects of Seaworthiness: Current Law and Development*, Doctoral Dissertation, Swansea University, Swansea, 2006.
- KENDER Rayegân/ ÇETİNGİL Ergon/ YAZICIOĞLU Emine**, *Deniz Ticareti Hukuku –Temel Bilgiler*, Vol. 1, İstanbul, 2019.
- LUDDEKE Christof/ JOHNSON Andrew**, *The Hamburg Rules from Hague to Hamburg Via Visby*, 2nd Edition, London, 1995.
- MANDARAKA-SHEPPARD Aleka**, *Modern Maritime Law-Managing Risks and Liabilities*, Volume 2, 3rd ed., Abingdon, 2013.

- MARGETSON N.J.**, "Some Remarks on the Allocation of the Burden of Proof under the Rotterdam Rules as compared to the Hague (Visby) Rules" In *The Carriage of Goods by Sea under the Rotterdam Rules*, edited by THOMAS Rhidian, 191-214, New York, 2014.
- MØLLMANN Anders**, "Compensation for Damage" In *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea- An Appraisal of the "Rotterdam Rules"*, edited by GÜNER M.Deniz, 201-209, Berlin, 2011.
- NIKAKI, Theodora**, "The Carrier's Duties Under the Rotterdam Rules: Better the Devil You Know?", *Tulane Maritime Law Journal*, V. 35, I. 1, 1-44, 2010.
- REYNOLDS, Francis**, "The Hague Rules, the Hague-Visby Rules, and the Hamburg Rules", *MLAANZ Journal*, V. 7, pp. 16-34, 1990.
- SOYER Baris**, *Warranties in Marine Insurance*, 3rd ed., Abingdon, 2017.
- SOYER Baris**, *Warranties in Marine Insurance*, 1st ed., London, 2001.
- SOYER, Baris/ NIKAKI, Theodora**, "A New International Regime for Carriage of Goods by Sea: Contemporary, Certain, Inclusive AND Efficient, or Just Another One for the Shelves?", *BJIL*, V. 30:2, pp. 303-348, 2012.
- SÖZER Bülent**, *Deniz Ticareti Hukuku: Gemi-Donatan-Taşıyan ve Deniz Ticareti Hukuku'nda Sorumluluk Rejimi*, 1st ed., İstanbul, 2011.
- SÖZER Bülent**, *Taşıyanın Gemiyi Sefere Elverişli Halde Bulundurmak-Borcu*, Ankara, 1975.
- STEVENS Frank**, *The Bill of Lading-Holder Rights and Liabilities*, Abingdon, 2018.
- TAŞDELEN Nihat**, *Deniz Yoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyanın Başlangıçtaki Elverişsizlikten Doğan Sorumluluğu, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan*, V. I, İstanbul, 2003.
- TETLEY, William**, "Interpretation and Construction of the Hague, Hague/Visby and Hamburg Rules", *JIML*, V. 10, 2004.
- TETLEY William**, *Marine Cargo Claims*, Vol. 1, 4th ed., Toronto, 2008.
- TETLEY William**, *Marine Cargo Claims*, 3rd ed., Montreal, 1988.

- TETLEY, William**, "Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)", *Louisiana Law Review*, V. 60, N. 3, 677-738, 2000.
- TETLEY, William**, "Reform of Carriage of Goods-The UNCITRAL Draft and Senate COGSA'99, *Tulane Maritime Law Journal*, V. 28, N. 1, pp. 1-44, 2003.
- THOMMEN, T. Kochu**, "Carriage of Goods by Sea: The Hague Rules and Hamburg Rules", *JILI*, V. 32, N. 3, 1990.
- TONG-JIANG, Su/ PENG, Wang**, "Carrier's Liability under International Maritime Conventions and the UNCITRAL Draft Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea", *Transport*, V. 24(4), pp. 345-351, 2009.
- TREITEL Guenter/ REYNOLDS Francis**, *Carver on Bills of Lading*, 2nd ed., London, 2005.
- ÜLGENER M. Fehmi**, "Obligations and Liabilities of the Carrier." In *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea- An Appraisal of the "Rotterdam Rules"*, edited by GÜNER M. Deniz, 139-153, Berlin, 2011.
- WHITE, Roger**, "The Human Factor in Unseaworthiness Claims", *LMCLQ*, pp. 221-239, 1995.
- WILSON John F.**, *Carriage of Goods by Sea*, 7th ed., London, 2010.
- YAZICIOĞLU Emine**, *Hamburg Kuralları'na Göre Taşıyanın Sorumluluğu: Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak*, 1. ed., İstanbul, 2000.
- YAZICIOĞLU, Emine**, "Uluslararası Deniz Taşımalarında Uygulanacak Kural Sorunu", *Deniz Hukuku Dergisi*, V. 5, I. 1-4, pp. 45-56, 2002.
- YETİŞ-ŞAMLI, Kübra**, "Lahey-Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kuralları'nda Sefere Elverişlilik", *İÜHFİM*, V. LXXI, I. 2, 2013.
- ZHANG, Pengfei/ PHILLIPS, Edward**, "Safety First: Reconstructing the Concept of Seaworthiness under the Maritime Labour Convention", *Marine Policy*, V. 67, pp. 54-59, 2016.

Internet Resources

MARITIME CONNECTOR, “International Maritime Organization & Conventions: Hague-Visby Rules”, <<http://maritime-connector.com/wiki/hague-rules/>> (accessed, on 24 February, 2021).

TETLEY, William, “The Burden and Order of Proof in Marine Cargo Claims, *Chambre Arbitrale Maritime de Paris*, <<https://www.arbitragemartime.org/fr/Gazette/G37complement/burden.pdf>>(accessed, on 25 November, 2020).

UNCITRAL, “Text and Status”, <https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/rotterdam_rules/status> (accessed, on 10 January, 2021).

UNCITRAL, Text and Status, United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea (Hamburg, 1978), <https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/hamburg_rules/status> (accessed, on 5 November, 2020).

Table of Cases

The Aconcagua (2010) EWCA Civ 1403.

The Aga (1968) 1 Lloyd’s Rep. 431.

Bradley v Federal Steam Navigation Co. (1927) 27 Lloyd’s Rep. 395.

The CMA CGM Libra (2020) EWCA Civ 293.

The Eurasian Dream(2002) EWHC 118 (Comm).

The Fjord Wind (2000) EWCA Civ 184.

The Good Friend (1984) 2 Lloyd’s Rep. 586.

The Happy Ranger (2006) EWHC 122 (Comm).

The Hellenic Dolphin (1978) 2 Lloyd’s Rep. 336.

Jerneh Insurance v Hai Heng (2002) 4 MLJ 332; (2002) 4 AMR 4199.

The Kamsar Voyager (2002) 2 Lloyd’s Rep. 57.

The Kapitan Sakharov (2000) EWCA Civ 400.

The Makedonia (1962) 1 Lloyd’s Rep. 316.

Maxin Footwear Co. Ltd V. Canadian Merchant Marine Ltd. (1959) AC 589 (PC).

Minister of Food v Reardon Line (1951) 2 Lloyd’s Rep. 265.

The Muncaster Castle (1960) 1 QB 536, (1961) 1 Lloyd's Rep 57.

The Sea Maas (1999) 2 Lloyd's Rep. 281.

The Star Sea (1997) 1 Lloyd's Rep. 360.

The Theodegmon (1990) 1 Lloyd's Rep. 52.

Walker v Dover Navigation (1950) 83 Ll. L. Rep. 84.

MAĞDUR HAKLARI KANUNU TASLAĞI'NIN ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Dr. Derya BELGİN GÜNEŞ *

Öz

Türk hukukunda çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmlar, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre icra daireleri tarafından yerine getirilmektedir. Bu usûl, takip talebi, icra emri, zorla yerine getirme ve yerine getirilmediği takdirde hapis ile tazyik etme üzerine kurulu olan bir sistemdir. Çocuğun yüksek yararını yeteri kadar gözetemeyen bu sistemin değiştirilmesi veya kaldırılması doktrin ve uygulama tarafından dile getirilmektedir.

Bu çalışmada öncelikle İcra ve İflas Kanunu'ndaki düzenlemelere ve buna ilişkin eleştiri ve sorunlara değinilmiştir. Ardından Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan ve Mağdur Hakları Kanun Taslağı'nda yer alan, Adli Hizmet ve Mağdur Hakları Müdürlüğü tarafından çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesine ilişkin sisteme yer verilerek bu sistemin değerlendirilmesi yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Çocuk Teslimi • Çocukla Kişisel İlişki • Çocuğun Yüksek Yararı • Mağdur Hakları Kanunu Tasarısı • Zorla Yerine Getirme

* Arş. Gör. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni usul ve icra iflas Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Research Asst. Dr., Istanbul University, Faculty of Law, Department of Civil Procedure Law and Enforcement and Bankruptcy, Istanbul, Turkey.

✉ dbelgin@istanbul.edu.tr • ORCID 0000-0003-4009-4526

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: BELGİN GÜNEŞ Derya, "Mağdur Hakları Kanunu Taslağı'nın Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 913-931.

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

EVALUATION OF DRAFT LAW ON VICTIM RIGHTS WITH REGARD TO THE DELIVERY OF THE CHILD AND THE ESTABLISHMENT OF PERSONAL CONNECTION WITH THE CHILD

Abstract

In Turkish law, the judgements regarding the delivery of the child and the establishment of a personal relationship with the child are fulfilled by the enforcement offices in accordance with the Execution and Bankruptcy Law. This procedure is a system based on a request for execution, execution order, enforcement and imprisonment if not fulfilled. Change or removal of this system, which cannot adequately take into account the best interests of the child, is expressed by doctrine and practice.

In this study, first of all, the regulations in the Execution and Bankruptcy Law and the criticism and problems related to these regulations are mentioned. Afterwards, the system was included in the Draft Law on the Rights of the Victims prepared by the Ministry of Justice and the system related to the fulfillment of the aforementioned judgements by the Legal Service and Victim Rights Directorate was evaluated.

Key Words

Delivery of the Child • Personal Connection with the Child • Best Interests of the Child • Draft Law on Victim Rights • Enforcement

GİRİŞ

Hukukumuzda bir mahkeme kararı ile kendilerine yüklenen borçları taraflar rıza ile yerine getirmediikleri takdirde, bu mahkeme kararı devletin cebri icra yetkisi kullanılarak yerine getirilmektedir. Bir mahkeme kararında çocuk teslimine veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına karar verilmiş ise, bu kararların yerine getirilmesi icra dairesi vasıtasıyla yapılmaktadır. Buna ilişkin kanunî düzenlemeler İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nin 25, 25/a, 25/b maddelerinde yer almaktadır. Özellikle boşanma davaları sonucunda taraflardan birine velâyet verilirken, diğeri hakkında çocukla kişisel ilişki kurulması kararlarına sık rastlanmaktadır. Zaten aralarında daha eskiye dayanan uyuşmazlık bulunan tarafların, bir de çocuklara ilişkin hususlarda yargılama aşamasının ardından ilâmlı icra aşamasında bu uyuşmazlıklarının devam etmesi de kaçınılmaz olmaktadır. Anne babasının arasındaki yıpranmış ilişkiden etkilenen çocuklar, bir de icra dairesi aracılığıyla mahkeme kararının yerine getirilmesi esnasında icra memuru, kolluk kuvveti, uzmanlar karşısında cebri icraya

maruz kaldığı için olumsuz etkilenebilmektedir. Doğrudan çocukları ilgilendiren böylesine hassas bir konuda icra hukukunun şekli ve katı düzenlemeleri söz konusu mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde çocuğun yüksek yararını ön planda tutmaktan uzaklaşmaktadır.

Bu çalışmada çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair mahkeme kararlarının icra dairesi aracılığıyla yerine getirilmesine ilişkin eleştiriler ve uygulamada karşılaşılan sorunlar öne çıkarılarak ilk olarak bu sistemin terk edilmesi gerekliliği ortaya konmaktadır. Son yıllarda devletin çeşitli organlarında da bu uygulamayı kaldırmaya yönelik çalışmalar yapılmakta ve artık bu düzenlemelerde yeniliğe gidilmesi gerektiği dile getirilmektedir. Bu konuda ortaya konmuş en somut metin olan Mağdur Hakları Kanunu Taslağı (MHKT)'nin 16. maddesi ile çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması kararlarının yerine getirilmesi görevi icra dairelerinden alınarak adlî destek ve mağdur hizmetleri müdürlüklerine verilmektedir. Söz konusu Taslağın hükümleri ele alınarak öngörülen sistemin yerinde olup olmadığı bu çalışma kapsamında değerlendirilmektedir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun sistematığı içerisinde "taşınır teslimi"nden sonra düzenlenen "çocuk teslimi" kavramının kullanılmış olması, çocuğun bir eşya gibi teslim edilmesini çağrıştırdığı için bu kavramın kullanılması tercih edilmemiştir. Kanunî düzenlemeler ve MHKT ile ilgili düzenlemelerden bahsederken yine "çocuk teslimi" kavramı kullanılması zorunda kalınmış olmakla birlikte söz konusu kavram yerine kişisel ilişkiyi de içine alacak biçimde "çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi" kavramı kullanılmıştır. Ayrıca burada hem ilâmları hem de tedbir kararlarını içerisinde barındıran bir kavram olması nedeniyle "mahkeme kararları" ifadesi seçilmiştir.

I. ÇOCUKLARA İLİŞKİN VELÂYET, VESAYET VE KİŞİSEL İLİŞKİYE DAİR MAHKEME KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİ BAKIMINDAN MEVCUT DURUM VE SORUNLAR

A. İcra ve İflas Kanunu'ndaki Düzenlemeler ve Tarihi Gelişimi

Çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi hakkındaki düzenlemeler 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 25, 25/a, 25/b maddelerinde yer almaktadır.

İcra ve İflas Kanunu'nun 25. maddesine göre, çocuk teslimine dair olan ilâm icra dairesine verilerek borçluya çocuğun 7 gün içinde teslimini emreden bir icra emri gönderilir. Borçlu bu emri yerine getirmese, çocuk nerede bulunursa bulunsun ilâm zorla yerine getirilir. Çocuk teslim edildikten sonra, diğer taraf haklı bir sebep olmaksızın çocuğu tekrar alırsa başka bir hükme gerek kalmaksızın, çocuk icra dairesi tarafından zorla elinden alınıp diğer tarafa teslim edilir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 25/a maddesine göre, çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların yerine getirilmesi ise, yine borçluya icra emri tebliğ edilerek yapılır. Bu icra emri, çocuğun ilâm hükümleri gereğince, lehine hüküm verilen tarafla kişisel ilişkide bulunmasına engel olunmamasını ve aksi halde ilâm hükmünün zorla yerine getirileceğini içerir. Ayrıca bu icra emrinde ilâm hükmüne aykırı davranılmasının İİK m. 341 gereği tazyik hapsi uygulanacak bir fiil olduğu da yazılır. Borçlu bu icra emrini yerine getirmese ilâm hükmü zorla yerine getirilir ve alacaklı şikâyet ederse ayrıca İİK m. 341'e göre borçluya yaptırım uygulanır.

İcra ve İflas Kanunu'nun 25/b maddesine göre, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların yerine getirilmesi sırasında, icra müdürü ile beraber Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu¹ tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzman, bunların bulunmadığı yerlerde ise bir eğitimcinin hazır bulundurulması zorunludur.

Gerek çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların gerek ara kararlarının yerine getirilmesine muhalefet edenlere ilişkin yaptırım ise İİK m. 341'de düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre, çocuk teslimi hakkındaki ilâmların veya ara kararlarının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişiye, hüküm lehine olan kişinin şikâyeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsi uygulanır. Hapis uygulanmaya başladıktan sonra kişi, ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirirse tahliye edilir.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'ndan önceki 1929 tarihli ve 1424 sayılı İcra ve İflas Kanunu bu konuda herhangi bir düzenleme içermemekteydi. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu 1932 yılında yürürlüğe girdi-

¹ İİK m. 25/b'ye yansımamış olmakla beraber, uzmanların görevlendirilmesi bugün için Çocuk Esirgeme Kurumu'ndan değil, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü ve İl Müdürlükleri tarafından yapılmaktadır.

ğinde yalnızca çocuk teslimine ilişkin düzenleme yer almaktaydı. 1940 yılında yapılan değişiklikle borçluya tanınan yerine getirme süresi 5 günden 7 güne çıkarılmıştı. Daha sonra 1965 yılında çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların yerine getirilmesine ilişkin hüküm İcra ve İflas Kanunu'na eklenmişti. Nihayet 2003 yılında çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların yerine getirilmesinde uzman bulundurulması kuralı getirilmişti. 2005 yılında ise İcra ve İflas Kanunu'nun 341. maddesi değişikliğe uğrayarak çocuk teslimine ilişkin kararları yerine getirmeyenler hakkında tazyik hapsi öngörülmüştü. Söz konusu maddenin daha önceki halinde, ilâmı yerine getirmeyen kimse bir aya kadar hafif hapis cezasına çarptırılmaktaydı.

B. Eleştiriler ve Sorunlar

Çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi gerek hukuk alanında gerek medyada uzun zamandır eleştirilere tâbi tutulan bir konudur. Medyada bu konudaki hususlara dikkat çekmek amacıyla çocuğun icra dairesi yoluyla teslimi “çocuk haczi” olarak adlandırılmaktadır.

Bu konudaki eleştirilerin başında çocukların bir taşınır mal gibi icra memuru tarafından ve polis eşliğinde anne veya babadan alınıp diğerine verilmesi gelmektedir. İcra hukuku alacaklı-borçlu ve alacak-borç kavramları üzerine kurulu bir sistem olduğundan çocuklar bakımından kıyasen dahi uygulanması, çocuklar ve hatta anne babaların psikolojileri üzerinde olumsuz ve belki de geri dönülemez etkiler doğurmaktadır. 2003 yılından bu yana mahkeme kararının yerine getirilmesi sırasında çocuğun yüksek yararının sağlanması için uzmanlardan faydalanılıyor olsa da², bu uzmanların varlığı ve etkinliği de yetersiz kalabilmektedir. Kimi zaman ise icra prosedüründen hiçbir sonuç alınamaması, çocuğun velâyetine sahip olduğu halde alamayan veya kişisel ilişki kurmak istediği halde kuramayan anne/babalar bakımından daha yıpratıcı bir süreç haline dönüşmektedir. Ayrıca icra takibi yapmak ve her defasında icra memuru ve uzmanlar ile hükmü yerine getirmeye adrese gitmek, takibe başvuran bakımından masrafları artıran ve masraflar arttığı için de bu yola başvurmadan vazgeçmeye neden olan bir husustur.

Hukuk alanında çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi hakkında ilk olarak ileri

² ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 5. bası, Ankara, 2019, s. 411.

sürülen görüşe göre³, icra dairelerinin bu süreçte mümkün olduğunca geri planda olması gerekir. Bu görüşe göre, takip talebi ve icra emri aşamalarının icra dairesi tarafından yapılması, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasının icra memuru tarafından değil, Adalet Bakanlığı dışında uzmanlardan oluşan resmî bir birim tarafından yerine getirilmesi tavsiye edilmişti. Daha sonra yapılan akademik çalışmalarda da mevcut sistemin terk edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴. Kısaca bugün için doktrinde, söz konusu mahkeme kararlarının icra dairesi kanalıyla yerine getirilmemesi, artık bu uygulamadan vazgeçilmesi görüşü baskındır⁵.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir bireysel başvuruda, icra dairesi aracılığıyla defalarca uğraşmasına rağmen çocuğu ile kişisel ilişki kuramayan bir baba hakkında Anayasa'nın 20. maddesindeki aile hayatına saygı hakkının ihlâl edildiğine karar verilmiştir⁶. Aynı kişinin daha önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yaptığı başvuru da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin aile hayatı ile ilgili 8. maddesinin ve yargının uzunluğu bakımından 6. maddenin 1. fıkrasının ihlal edildiği gerekçeyle kabul edilmiştir. Bu kararda özellikle "*Mevcut davada uygulandığı gibi, genel icra hukukunun, aile hayatına saygı hakkı alanında karşılaşılan direnme türü için uygun olmadığı ortaya çıkmaktadır.*" ifadesi dikkat çekicidir⁷.

³ BELGİN, Derya, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlâmların İcrası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 135-136.

⁴ MARDİN, Çağrı, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlâmların İcrası, Ankara, 2019, s. 197; GÜVEN, Aydın, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlâmların İcrası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 216-217; ÖZBAY, İbrahim, "Türk Hukukunda Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlâmların İcrası Hakkındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2017, Y. 4, S. 2, s. 108; SARISÖZEN, Serhat, "İcra ve İflas Hukukunda Canlı Haczi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2015, s. 94-95; REYHANİ YÜKSEL, Sera, "Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı", Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, 2019, s. 1554.

⁵ Azınlıkta kalan bir görüşe göre, yalnızca İcra ve İflas Kanunu'ndaki hükümlerin değiştirilmesi sorunların çözümünde yeterlidir, YÜCEL, Yeliz, Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı, İstanbul, 2018, s. 198.

⁶ Cengiz Kılıç, B. No: 2013/3181, 3/2/2016, §§ 94-96, 116 (RG, 16.3.2016, S. 29655).

⁷ Cengiz Kılıç/Türkiye, B. No: 16192/06, 6.12.2011, § 130.

Adalet Bakanlığı Mağdur Hakları Daire Başkanlığı da bu hususta bir çalışma yapmıştır. Çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi bakımından hazırlanan raporda, bu konuda üç farklı model getirilebileceğinden bahsedilmektedir⁸. Bunlardan ilki ve en faydalı olduğu belirtilen model, bu işin tamamen adliye binası dışında gerçekleştirilmesidir. Çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi kamu gücüne sahip idarî bir birim tarafından ve uzmanlar eliyle gerçekleştirilmelidir. Bu şekilde adliye dışında mahkeme kararlarının yerine getirilecek olması halinde ciddi ve sağlam denetim mekanizmalarının da oluşturulması gerekir. İkinci bir model, kararı veren aile mahkemesi aracılığıyla bu kararların yerine getirilmesidir. Yine burada aile mahkemesinde görevli uzmanlardan faydalanılacaktır. Ancak mahkemelerin mevcut iş yükünü artırması ve yine adliye binası içerisinde gerçekleşmesi nedeniyle ülkemiz şartlarına çok uygun düşmediği belirtilmiştir. Üçüncü bir model olarak ise adliye binası içerisinde yine uzmanların yer aldığı ayrı bir idarî birim aracılığıyla kararların yerine getirilmesi düşünülebileceği ifade edilmiştir. Burada icra dairesinden bağımsız bir birim olsa da adliye binasının içerisinde olması bu modelin olumsuz yönünü teşkil etmektedir.

Adalet Bakanlığı yine 2017 yılında hazırladığı Mağdur Hakları Kanunu Taslağı'nda çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi bakımından birtakım düzenlemeler öngörmektedir. Buna göre, söz konusu mahkeme kararlarının Adalet Bakanlığı'na bağlı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü tarafından yerine getirilmesi önerilmektedir. Bu Kanun Taslağı yukarıda belirtilen üçüncü modeli benimsemektedir. Söz konusu Taslağın ayrıntılarına aşağıda değinilecektir.

Mayıs 2019'da duyurulan Yargı Reformu Stratejisi'nde "*Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması icra müdürlüklerinin görevi olmaktan çıkartılacak ve bu işlemin harç alınmaksızın uzmanlar vasıtasıyla yapılması sağlanacaktır.*" ifadesi yer almaktadır.

Aralık 2019 tarihinde Kamu Denetçiliği Kurumu tarafından da bu konu bir rapor halinde etraflıca ele alınmıştır. Bu raporda da çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının ye-

⁸ Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, Çocuk Teslimi Sürecine Mağduriyet Odaklı Yaklaşım, (Çevrimiçi) <https://magdur.adalet.gov.tr/cocuk-teslimi-surecine-magduriyet-odakli-yaklasim-01497>, Erişim Tarihi: 11.11.2019, s. 72-75.

rine getirilmesi hususlarının icra sisteminden çıkarılması gerektiği belirtilmektedir⁹. Bu raporun önem arz ettiği başka bir husus ise, Kamu Denetçiliği Kurumu tarafından verilen tavsiye kararları hakkında Adalet Bakanlığı'nca verilen cevabi yazılara yer vermesidir. Buna göre, “*çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasının icra müdürlüklerinin görevi olmaktan çıkartılacağı ve bu işlemin harç alınmaksızın uzmanlar tarafından yapılacağı, ayrıca çocuğun üstün yararı ile bütün aile fertlerinin hukukunu koruyan, adli süreç içerisinde örselenmelerini önleyen ve uyuşmazlığın en kısa sürede çözümüne imkân veren yeni bir yargılama usulü gerçekleştirileceği ve mahkeme temelli aile arabuluculuğu getirileceği*” Adalet Bakanlığı tarafından belirtilmiştir¹⁰.

Çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi icra dairelerinin görevinden çıkarılmasına yönelik henüz herhangi bir kanunî düzenleme yapılmamıştır. Devlet mekanizması içerisinde çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının icra dairesi aracılığıyla yerine getirilmemesinden vazgeçildiği açık olarak ortadadır. Bu nedenle bir an evvel gerekli kanuni düzenlemeleri yapılarak yürürlüğe girmesi gerekmektedir.

II. MAĞDUR HAKLARI KANUNU TASLAĞI'NDAKİ SİSTEM

A. Genel Olarak

2017 yılında Adalet Bakanlığı tarafından “Mağdur Hakları Kanunu Tasarısı” Taslağı hazırlanmış ve kamu kurum ve kuruluşlarına görüşleri sorulmak üzere gönderilmiştir¹¹. Ancak henüz söz konusu Taslak kanunlaşmamıştır.

MHKT esasen ceza soruşturması ve kovuşturması sürecinde mağdurların haklarının kapsamını genişletmek amacıyla hazırlanmıştır¹².

⁹ Kamu Denetçiliği Kurumu, Çocuk Tesliminde Hak İhlallerine ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Özel Rapor, (Çevrimiçi) <https://www.ombudsman.gov.tr/kdk-pdf/icra-teslim-raporu/mobile/index.html>, Erişim Tarihi: 15.9.2020, s. 89.

¹⁰ Kamu Denetçiliği Kurumu, s. 90.

¹¹ MHKT'nin tam metni için bkz. <https://magdur.adalet.gov.tr/adalet-bakanligi-kanunlar-genel-mudurlugu-terafindan-2017-yilinda-hazirlanarak-kamu-kurum-ve-kuruluslarina-goruse-gonderilen--magdur-haklari-kanunu-tasarisi-taslagi-01528>, Erişim Tarihi: 12.11.2019.

¹² Tasarı taslağının genel gerekçesinde bu amaç şöyle ifade edilmiştir: “*Tasarının amacı, soruşturma veya kovuşturma aşamasında suç mağdurlarına tanınan haklar ile sağlanan hizmet ve yardımlara ilişkin esasları ve bu hizmetlerin yerine getirilmesine dair görev, yetki ve sorumlulukları düzenlemek olarak belirlenmiştir.*”

Çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi, ceza ve ceza muhakemesi hukukunu ilgilendiren bir alan değildir. Ama MHKT'da "kırılgan grup"¹³ arasında yer alan çocuklar bakımından yaşanan sorunları bertaraf etmek amacıyla İcra ve İflas Kanunu'ndaki hükümler kaldırılarak farklı bir sistem getirilmiştir. Öngörülen bu sistemde mevcut icra dairesi odaklı sistemden vazgeçilerek çocuğun yüksek yararını dikkate alan ve çocuk merkezli yeni bir modelin getirilmesi hedeflenmektedir.

MHKT'nin genel gerekçesinde ifade edildiği üzere, 2016 yılında hazırlanan bir Meclis Araştırma Komisyonu raporunda ortaya çıkan sonuç doğrultusunda bu kanun değişikliği hazırlanmıştır. Söz konusu rapora göre, çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi icra dairelerinin görev alanından çıkartılmalı, içerisinde uzmanların bulunduğu, söz konusu sürecin her aşamasında hem çocuğun hem de tarafların zarar görmesine engel olmaya yönelik, mahkemelerce verilen kararların yerine getirilmesi ve yerine getirildikten sonra da takibini sağlamak üzere kamu gücüne sahip idarî bir birim tarafından söz konusu işlemlerin yapılması gerektiği önerilmektedir¹⁴.

B. Çocuklara İlişkin Velâyet, Vesayet ve Kişisel İlişkiye Dair Mahkeme Kararlarının 'Adlî Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü' Tarafından Yerine Getirilmesi

Öncelikle MHKT'ya göre İcra ve İflas Kanunu'nun çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların yerine getirilmesine ilişkin 25, 25/a, 25/b maddeleri ve çocuk teslimi emrine muhalefeti düzenleyen 341. maddeleri yürürlükten kaldırılacaktır (MHKT m. 33/I).

MHKT'da öngörülen modelde, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm veya tedbir kararı bu kararın yükümlüsü tarafından rızasıyla yerine getirilmez ise yerine getirilmesini isteyen tarafın, çocuğun oturduğu yer adlî destek ve mağdur hizmetleri müdür-

¹³ MHKT m. 2: "f) Kırılgan Grup: Cinsel suç, aile içi şiddet, terör, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçu mağdurları ile çocuk, kadın, yaşlı ve engelli mağdurları"

¹⁴ Türkiye Büyük Millet Meclisi Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar İle Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, 26. Dönem Yasama Dönemi, 1. Yasama Yılı, Sıra S. 399, 14.5.2016, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss399.pdf>, Erişim Tarihi: 12.11.2019, s. 374-375.

lûğüne başvurması gerekir (MHKT m. 16/I). Başvuru, başka yerdeki adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğüne yapılmış ise, derhal çocuğun oturduğu yer müdürlüğüne gönderilir (MHKT m. 16/VI). Adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğünde bir müdür, yeterli sayıda adli destek uzmanı ve yardımcı personel bulunur (MHKT m. 10/II, c. 3). Adli destek uzmanları, Mağdur Hakları Daire Başkanlığı ile adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlükleri bünyesinde çalışan psikolog, pedagog veya sosyal çalışmacı mesleğine sahip görevlilerdir (MHKT m. 2/I, ğ). Adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlükleri şu an için 99 adet adliyede kurulmuştur ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile verilen görevleri yerine getirmektedir¹⁵.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm veya tedbir kararının yerine getirilmesi talebini alan adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğü, teslim yükümlüsü kişiyle telefon gibi iletişim araçlarıyla irtibata geçer ve çocuğun karşı tarafa teslimini ister. Buna göre çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasının, ilâmda belirlenen koşullarda, başkaca bir işlem veya ihtar yapılmasına gerek kalmaksızın yerine getirilmesi gerekir. Teslim yeri olarak, çocuğun bulunduğu adres, adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğü veya belirlenen başka bir yer kararlaştırılabilir (MHKT m. 16/I, c. 2).

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması yükümlülüğü yerine getirilmez ise, talep üzerine, kararın nasıl uygulanacağını göstermek için adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğü tarafından bir "plan" hazırlanır. Bu plan hazırlanırken mümkünse tarafların veya vekillerinin katılımı da sağlanır. Bu plan kapsamında çocuğun yüksek yararının yanı sıra teslim sürecinin çocuğun psikolojisi üzerindeki etkisi de esas alınır. Söz konusu plan, tarafların kararda gösterilen hak, yükümlülük ve sorumluluklarını içerir ve planda, plana uymayan kişilere uygulanacak yaptırımlar da gösterilir. Plan, aile mahkemesi hâkiminin onayına sunulur ve mahkemece onaylanmış plan, hazır olmayan tarafa tebliğ edilir (MHKT m. 16/II).

Aile mahkemesi tarafından plan onaylandıktan sonra, taraflar yükümlülüklerini, herhangi bir işlem veya ihtar yapılmaksızın plana uygun olarak yerine getirmek zorundadır. Plana uygun hareket edilmediği

¹⁵ Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Kararname No. 63 (RG, 10.6.2020, S. 31151).

takdirde karşı tarafın talebi üzerine planın gereği adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğünce zorla yerine getirilir (MHKT m. 16/III).

Kararın zorla yerine getirilmesine ilişkin işlemler adli destek uzmanları tarafından yürütülür. Söz konusu uzmanın bulunmadığı yerlerde bu işlemler, adalet komisyonu tarafından görevlendirilen memurlar tarafından yerine getirilir. Görevlendirilen bu memurun yanında, sosyal çalışmacı, pedagoğ, psikolog veya çocuk gelişimcisi mesleklerine mensup bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulundurulması gerekir. Adli destek uzmanı veya görevlendirilen memur, plan çerçevesinde belirlenen görevlerini yerine getirirken gerekirse, kolluk kuvvetlerine yardım talebinde bulunabilir. Kolluk birimleri söz konusu talepleri derhal yerine getirmek zorundadır (MHKT m. 16/IV).

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması sırasında, bu ilâmların yerine getirilmesi talebinde bulunan taraf hazır bulunur. Ancak, adli destek uzmanı veya görevlendirilen memurun gerekli görmesi halinde bu işlemin, talep eden taraf hazır bulunmaksızın da yapılması mümkündür (MHKT m. 16/V).

Adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğü tarafından bu maddede kapsamında yapılan iş ve işlemlerin denetimi icra ve iflâs hukukuna özgü bir yol olan şikâyet kurumu ile yapılacaktır. Ancak bu konuda görevli mahkeme icra mahkemesi değil, aile mahkemesidir. Aile mahkemesine yapılan şikâyet, İcra ve İflas Kanunu'nun 16 ilâ 18. maddeleri kıyasen uygulanmak suretiyle hükme bağlanır (MHKT m. 16/VII). Bu durumda söz konusu müdürlüğün yaptığı iş ve işlemlere karşı şikâyet yoluna başvuru süresi kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile süresiz olduğu kabul edilmelidir¹⁶. Çünkü çocuğun yüksek yararı karşısında kanuna aykırı yapılan işlemler nedeniyle kamu düzeninin ihlal edildiği kabul edilmelidir.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm veya tedbir kararının yerine getirilmemesi halinde uygulanacak yaptırımlar İcra ve İflas Kanunu'nun 341. maddesi ile büyük ölçüde benzerdir. Söz konusu ilâm veya tedbir kararı kapsamında hazırlanan plana aykırı hareket eden kişiler ile planın yerine getirilmesini engelleyen kişiler

¹⁶ KURU, s. 109; PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. bası, İstanbul, 2019, s. 66-67; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, s. 79; ATALI/ ERMENEK/ ERDOĞAN, s. 57.

hakkında, şikâyet üzerine, altı aya kadar tazyik hapsi uygulanmasına karar verilir. Söz konusu tazyik hapsinin uygulanmaya başlamasından sonra plan yerine getirilirse, kişi derhal tahliye edilir. Ancak ilgili kişi bu hükümden yalnızca bir defa yararlanabilir. Başka bir deyişle, planın yerine getirilmemesinden dolayı hakkında tazyik hapsi uygulanmış bir kişi, bu fiilini tekrarlar ise, hapsin uygulanması sırasında planın gereğini yerine getirse dahi tahliyesi sonucu ortaya çıkmaz. Bu fiile ilişkin yargılama yapmakla görevli mahkeme de aile mahkemesidir. Bu durumlarda aile mahkemesi İcra ve İflas Kanunu'nun 347 ilâ 354. maddelerinde düzenlenen icra ve iflas suçları hakkındaki yargılama usûlüne ilişkin hükümleri uygular (MHKT m. 16/VIII).

Taslakta tazyik yaptırımına ilişkin aile mahkemesi kararına karşı itiraz yolu da öngörülmüştür. Aile mahkemesinin kararına itiraz edilmesi halinde, itirazı inceleyecek merci, o yerde aile mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daire, son numaralı daire için birinci daire, o yerde aile mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde en yakın aile mahkemesidir. İtiraz incelemesi sonucunda verilen karara karşı kanun yolu kapalıdır (MHKT m. 16/VIII).

Velâyete sahip ana veya baba, plandaki yükümlülüğü haklı bir sebep olmaksızın birden fazla defa yerine getirmez ise çocuğun menfaati dikkate alınarak aile mahkemesi tarafından velâyet sahibinin değiştirilmesi veya gerekirse velâyetin kaldırılarak çocuğa vasi de atanması mümkündür. Buna göre, söz konusu ilâmın yerine getirilmemesinin tazyik hapsi dışında başka bir yaptırımını olarak velâyetin değiştirilmesi veya kaldırılması öngörülmüştür. Aile mahkemesi, velâyeti veya çocuk ile kişisel ilişkiyi düzenleyen kararında bu husus hakkında tarafları önceden ihtar eder (MHKT m. 16/IX).

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi kapsamında taraflardan herhangi bir masraf alınmaz. Bu maddeye göre yapılan giderler, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır (MHKT m. 16/X).

C. Mağdur Hakları Kanunu Taslağı Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Öncelikle MHKT'nin değerlendirilmesinde olumlu yönlerinden bahsetmek gerekir. En olumlu gelişme, çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde icra dairelerinden vazgeçilmiş olmasıdır. Çocuklara ilişkin velâyet, vesayet

ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının ilk aşamada rıza ile yerine getirilmeye çalışılması da yıpratıcı bir sürecin önüne geçebilmek açısından faydalı bulunabilir. Başka bir olumlu yön ise, bu mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde masrafların talep eden tarafından değil, Adalet Bakanlığı tarafından karşılanacak olmasıdır¹⁷.

MHKT'nin olumlu yönlerine karşın, olumsuz ve eleştiriye muhtaç yönleri de bulunmaktadır. Öncelikle Adalet Bakanlığı Mağdur Hakları Daire Başkanlığının hazırladığı raporda¹⁸ da belirtildiği üzere, söz konusu mahkeme kararlarının yerine getirilmesi sürecine taraflar ve çocuklar bakımından en uygun düşen modelin bu kararların yerine getirilmesinin adliye dışına taşınmasıdır. Ancak Bakanlık, en uygun model olarak sürecin adliye dışında kamu gücüne sahip idari bir birim tarafından yerine getirilmesi olarak görmesine rağmen, MHKT'da yine adliyeler içerisinde Adalet Bakanlığına bağlı ayrı bir birim tarafından yerine getirilmesi modeli tercih edilmiştir. Kanaatimizce, çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi İcra ve İflas Kanunu'ndan çıkarılırken bu işin adliye dışında resmî bir birim tarafından yerine getirilmesi yeni yapılacak kanunî düzenlemelerde esas alınmalıdır.

Çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi bakımından ideal olan hükmün taraflarının mahkeme kararına kendiliğinden uymasıdır¹⁹. Mahkeme kararının adlî destek uzmanı tarafından da olsa "zorla" yerine getirilmesinin mevcut sistemden yalnızca bir adım ileri gittiğini söyleyebiliriz. Taraflar mahkeme kararına uymak konusunda anlaşmazlık yaşadıklarında sorunların aile arabuluculuğu ile giderilmesinin mümkün kılınması ve aile arabuluculuğunun özendirilmesi ve artırılmasına yönelik faaliyetler yapılması da gereklidir²⁰. Bu şekilde zor kullanmaya gerek kalmaksızın

¹⁷ MARDİN, s. 50.

¹⁸ Bkz. dn. 7.

¹⁹ ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, İcra ve İflas Hukuku, 3. bası, Ankara, 2020 s. 448.

²⁰ Çocuğun velâyeti ve çocuk ile kişisel ilişki kurulması mevzuatımız gereğince arabulucuğa elverişli kabul edilmemektedir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrası kapsamında bu hususlar üzerinde tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği kabul edildiği ve bu hususlar bakımından Türk Medeni Kanunu'nun 184. maddesinin 5. bendi gereğince hâkim tarafından onaylanması gerektiği için aile arabuluculuğu bugün için mümkün görünmemektedir. Buna karşılık kanaatimizce, olması gereken hukuk

anne-baba ve çocuk arasındaki sorunların giderilmesi hatta ortaya çıkmasının önlenmesi sağlanabilir. Velâyet ve kişisel ilişki bakımından taraflar arasında sorunların ortaya çıkmasını önemli ölçüde azaltacak başka bir imkan da ortak velâyettir²¹. Ortak velâyette eşler, velâyet bakımından eş yetkilere sahip olacağından boşanmış eşler arasında mahkeme kararının zorla yerine getirilmesi olasılığı oldukça azalacaktır. Sonuç itibarıyla kanaatimizce tarafların çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarına uymadıkları takdirde yerine getirilmesinin sağlanmasında çocuğun yüksek yararına hizmet eden bir sistemin oluşturulmasının yanı sıra bu uyuşmazlıkların çıkmasını önleyici ve azaltıcı, aile arabuluculuğu ve ortak velâyet gibi, mekanizmaların desteklenmesi ve artırılması gerekmektedir. Zira tek başına İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişiklikler yetersiz kalacaktır.

Mağdur Hakları Kanun Taslağı'nda öngörülen sistemde, öncelikle taraflarla iletişim kurarak mahkeme kararının yerine getirilmesi sağlanmaya çalışılmakta, bir "plan" hazırlanmakta, buna da uyulmazsa zorla yerine getirme yoluna gidilmektedir. Bu zorla yerine getirme aşamasının, halihazırdaki mahkeme kararının icra dairesi yoluyla yerine getirilmesinden büyük bir farkı bulunmamakta, yine ilgilinin kapısına polis eşliğinde gidilmektedir. Tek fark olarak, planın yerine getirilmesinde icra memuru yerine adli hizmet uzmanı yer almaktadır. Yine ilgilinin adresine polis eşliğinde gidilerek mahkeme kararının gereği zorla yerine getirilmeye çalışıldığında bugünkü durumdan farklı bir sonuç çıkma ihtimali oldukça düşüktür²².

"Plan" denilen kavram ise oldukça belirsizdir. Uzmanlar bakımından planda neler yer alabileceği, uzmanın nereye kadar inisiyatif kullanabileceği belirsizdir. Keza uzmanın görevinin, kararın yerine geti-

bakımından tarafların aile arabuluculuğunda çocuğun velâyeti ve kişisel ilişki üzerinde anlaşmaya varabilmelerini sağlayacak kanunî düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Böylece taraflar arasındaki çekişmenin ve uyuşmazlıkların ortaya çıkması ihtimali azaltılarak çocuğun yüksek yararına hizmet edilmiş olacaktır.

²¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, mahkemelerin ortak velâyet kararı vermesinde Türk Hukukunda bir engel olmadığı kanaatindedir "...Yukarıda değinilen iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramıyla ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ortak velâyet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir..." 2. HD, 20.02.2017, E. 2016/15771, K. 2017/1737 (Legalbank).

²² MARDİN, s. 49.

rilmesi bakımından tarafların uzlaşabileceği bir plan mı yapmak olduğu Taslak'tan anlaşılmamaktadır.

İçerik olarak belirsiz olmasının yanı sıra “plan”ın hukukî niteliği de belirsizdir. Adlî destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğünün Adalet Bakanlığı'na bağlı resmî bir daire olduğuna ve bu müdürlükte çalışan adlî destek uzmanlarının devlet memuru olduğuna şüphe yoktur. Bu anlamda söz konusu müdürlüğün yalnızca çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi ile sınırlı olarak icraî organ olduğu söylenebilir. Adlî destek uzmanlarının zor kullanma yetkisine sahip olması ile müdürlüğün yaptığı iş ve işlemlerin şikâyet yoluyla aile mahkemesince denetlenmesi bu niteliği de desteklemektedir. Dolayısıyla söz konusu müdürlük tarafından hazırlanan “plan” hukukî niteliği itibarıyla resmî ve icraî bir belgedir.

Plan bakımından başka bir sorun da uzmanın, bu plan ile aile mahkemesi tarafından verilmiş bir kesin hükmü değiştirebilme yetkisinin olup olmayacağıdır. Örneğin, kişisel ilişki kurulmasına ilişkin aile mahkemesi kararına karşın, “plan” gereğince çocuğu psikolojisinin olumsuz etkilediği gerekçesiyle kişisel ilişki kurulmamasına karar verilmemesi gerekir²³. Çünkü medenî usûl hukukunda kesin hükmün değiştirilmesi sınırlı hallerde kabul edilir. Sadece yargılamanın yenilenmesi veya değişiklik davası yoluyla kesin hüküm değiştirilebilir²⁴. Dolayısıyla uzmanın hazırlayacağı plan ile aile mahkemesi kararını değiştirmesi kanaatimizce mümkün değildir. Bu nedenle, uzman, plan aracılığıyla kesin hükmü değiştirirse, aile mahkemesinin onayına sunulduğunda onaylanmaması gerekir. Olması gereken, aile mahkemesinin, özellikle kişisel ilişki şartları hakkında kalıplaşmış kararlar yerine somut uyumsuzluğa ve tarafların durumuna uygun olarak karar vermesidir.

²³ Yargıtay bu gibi durumlarda icra memurunun İİK m. 25/b gereği hazır bulunan uzmanın görüşü nedeniyle ilamın yerine getirilmemesini kanuna aykırı bulmuştur, 12. HD, 9.6.2009, E. 2009/4318, K. 2019/12326 (KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. bası, Ankara, 2013, s. 983).

²⁴ KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku, İstanbul, 2016, s. 786-787; ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel, Medeni Usûl Hukuku, 6. bası, Ankara, 2020, s. 718-719; PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usûl Hukuku, 8. bası, İstanbul, 2020, s. 459-460; ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ERDOĞAN, Ersin, Medeni Usûl Hukuku, 3. bası, Ankara, 2020, s. 658, 673.

Aile mahkemesinin onay için gelen plan metni üzerindeki denetim yetkisinin kapsamı da kanun ile belirlenmelidir²⁵. Özellikle bu denetimi yapan aile mahkemesinin, daha önce verilen aile mahkemesi kararında değişiklik yapma yetkisine sahip olup olmayacağı açıkça düzenlenmelidir.

Çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi sırasında kolluk kuvveti bulundurulması uygulamasından vazgeçilmiyor ise, en azından kolluk kuvvetlerinin çocuk teslimi sırasında sivil kıyafetli olması hususu da kanaatimizce bu Taslak'ta yer almalıydı.

İcra ve İflas Kanunu'nda sistematik bakımından taşınır "teslimi"nden sonra çocuk "teslimi" kavramı tercih edilmiştir. MHKT'da da bu kavram kullanılmaya devam edilmiştir. Ancak çocuğun herhangi bir mal gibi "teslim"i kavramının bu konuda yeni bir düzenleme yapılırken terk edilmesi kanaatimizce uygun düşecektir. Çocuğun yararının gözetilmesi konusunda hassasiyet gösterilmesi kullanılan dile de yansımalıdır. Bu nedenle "çocuk teslimi" kavramı yerine "velâyete ilişkin kararların yerine getirilmesi" veya çocukla kişisel ilişkiyi de kapsayacak şekilde "çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi" ifadeleri kullanılabilir.

SONUÇ

Öncelikle çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi bakımından kanun değişikliğinin zaruri olduğunu söylemek gerekir. Bu anlamda çalışmanın konusunu oluşturan Taslak hükümlerinin bunu sağlamak adına çok olumlu bir adım olduğu kanaatini taşımaktayız.

Çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi Avrupa ülkelerinde icra dairesi kanalıyla yapılmamaktadır. Bizim de öncelikle bu yönde bir kanunî düzenlemeye ihtiyacımız bulunmaktadır. Hatta çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde hem çocuk hem ebeveynler bakımından en ideal sistem, bunun adliye dışında bir kurum tarafından yerine getirilmesidir.

Adalet Bakanlığı bu konuda bir kanun tasarısı hazırlayıp kamu kurum ve kuruluşlarına görüş sormak için göndermiştir. Ancak 2017

²⁵ MARDİN, s. 49.

tarihli bu tasarı Meclis gündemine gelememiştir. Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü pilot illerde kurularak çalışmalar yapmaktadır.

Yargı Reformu Stratejisi belgesi kapsamında ilk paket (7188 sayılı Kanun) kanunlaştıktan sonra çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi hakkındaki düzenlemelerin ikinci yargı reformu paketinde yer alması beklenmekteydi. Ancak ikinci yargı paketi olan 7251 sayılı Kanun'da da bu konuda herhangi bir düzenleme yer almadı. Çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesi bakımından yapılacak düzenlemeler Yargı Reformu Stratejisi belgesinde hukuk yargılaması bölümünde yer almasına rağmen, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda birçok değişiklik yapılmış olmakla birlikte, söz konusu husus hakkında herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. En büyük temennimiz bu konuda kanunî düzenlemelerin yapılarak bir an evvel çocuklara ilişkin velâyet, vesayet ve kişisel ilişkiye dair mahkeme kararlarının yerine getirilmesinin icra dairelerinin görevinden çıkarılmasıdır.

Esasen önemli olan velâyet ve kişisel ilişki bakımından ebeveynler arasındaki sorunların doğmasını baştan engellemek olmalıdır. Bu nedenle İcra ve İflas Kanunu'ndaki hükümlerin kaldırılmasının yanı sıra ortak velâyet ve aile arabuluculuğu uygulamalarının özendirilmesi ve artırılması ileride velâyet ve kişisel ilişki bakımından sorunların doğmasını engelleyici ve önemli ölçüde azaltıcı işleve sahip olacaktır. Özellikle ortak velâyette eşler velâyet bakımından eş yetkilere sahip olacağından boşanmış eşler arasında mahkeme kararının zorla yerine getirilmesi olasılığı oldukça azalacaktır. Son yıllarda iş, ticaret ve tüketici hukuku uyumsuzluklarında zorunlu arabuluculuğun getirilmesi karşısında, ileride aile arabuluculuğunun da zorunlu hale gelmesi konumuz bakımından kanaatimizce faydalı olabilir. Ebeveynler arasında riayet edebilecekleri bir düzenin oluşturulması ve kavga ve çekişme ortamından uzaklaşılması, böylece çocuğun yüksek yararının sağlanması açısından olumlu sonuçlar doğuracaktır.

KAYNAKLAR

- ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, 5. bası, Ankara, 2019.
- ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel: Medeni Usûl Hukuku, 6. bası, Ankara, 2020.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: İcra ve İflas Hukuku, 3. bası, Ankara, 2020.
- ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usûl Hukuku, 3. bası, Ankara, 2020.
- BELGİN, Derya: Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlâmların İcrası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- GÜVEN, Aydın: Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlâmların İcrası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Kamu Denetçiliği Kurumu: Çocuk Tesliminde Hak İhlallerine ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Özel Rapor, (Çevrimiçi) <https://www.ombudsman.gov.tr/kdk-pdf/icra-teslim-raporu/mobile/index.html>, Erişim Tarihi: 15.8.2020.
- KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. bası, Ankara, 2013.
- KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku, İstanbul, 2016.
- Mağdur Hakları Daire Başkanlığı: Çocuk Teslimi Sürecine Mağduriyet Odaklı Yaklaşım, (Çevrimiçi) <https://magdur.adalet.gov.tr/cocuk-teslimi-surecine-magduriyet-odakli-yaklasim-01497>, Erişim Tarihi: 11.11.2019.
- MARDİN, Çağrı: Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlâmların İcrası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- ÖZBAY, İbrahim: "Türk Hukukunda Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlâmların İcrası Hakkındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2017, Y. 4, S. 2, s. 31-110.
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. bası, İstanbul, 2019.
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES: Muhammet, Medeni Usûl Hukuku, 8. bası, İstanbul, 2020.

- REYHANİ YÜKSEL, Sera: "Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı", Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, 2019, s. 1539-1556.
- SARISÖZEN, Serhat: "İcra ve İflas Hukukunda Canlı Haczi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2015, s. 53-97.
- YÜCEL, Yeliz: Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı, İstanbul, 2018.

AKIL HASTALIĞININ EVLİLİKTEKİ ETKİLERİNE GENEL BİR BAKIŞ

Dr. Burcu YAĞCIOĞLU*

Öz

Akıl hastalığının hem evlilik kurulurken hem evliliğin devamı sırasında hem de evliliğin sona ermesinde birçok etkisi bulunmaktadır. Akıl hastalığının evliliğe etkilerine ilişkin olarak açıklığa kavuşturulması gereken hususların varlığı, bazı yargı kararlarının isabetsizliği ve daha önce konuyu sistematik şekilde ele alan bir çalışmanın bulunmaması, bu çalışmanın hazırlanmasında teşvik edici olmuştur. Çalışmada, akıl hastalığının evlilik üzerindeki etkileri; çözümlenmeye muhtaç sorunlar açıklığa kavuşturulmaya gayret edilerek ve yerinde olmayan yargı kararları irdelenerek, evliliğin kurulması, devamı ve sona ermesi aşamaları bakımından ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmelerde de akıl hastalığının bazı durumlarda ayırt etme gücünü ortadan kaldıran, bazı durumlarda ise ayırt etme gücünü ortadan kaldırmayan niteliği dikkate alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Akıl Hastalığı • Ayırt Etme Gücü • Mutlak Butlan • Nisbî Butlan • Boşanma

* Araştırma Görevlisi Doktor, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye | Res. Assist. Dr., Dokuz Eylül University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Izmir, Turkey.

✉ burcu.kanatlarli@deu.edu.tr • ORCID 0000-0002-8794-6901

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: YAĞCIOĞLU Burcu, "Akıl Hastalığının Evlilikteki Etkilerine-Genel Bir Bakış", *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 933-998.

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

A GENERAL OUTLOOK ON THE EFFECTS OF MENTAL ILLNESS IN MARRIAGE

Abstract

There're many effects of mental illness both in establishment of marriage, during marriage and in dissolution of marriage. The existence of issues that need to be clarified in relation to these, the inaccuracy of some judicial decisions and the absence of a study that previously assessed the subject systematically encouraged the preparation of this work. In the study, the effects of mental illness on marriage had been assessed according to the stages of establishment, continuation and termination of marriage, by trying to clarify the problems and examining the judicial decisions that weren't appropriate. Mental illness may or mayn't remove mental competence in some cases and this quality of it had been considered in the present study.

Key Words

Mental Illness • Mental Competence • Absolute Nullity • Relative Nullity • Divorce

GİRİŞ

Akıl hastalığının birçok özel hukuk işleminde olduğu gibi, evlilik üzerinde de etkileri bulunmaktadır. *Evlilik kurulurken*; evlenme ehliyeti açısından, kesin bir evlenme engelini bulunup bulunmadığını tespititte; *evliliğin devamı sırasında*; mal rejimi sözleşmelerinin akıbetinde, eşlerin birlikte evlat edinmelerinde, ev başkanının sorumluluğunun belirlenmesinde, aile konutuyla ilgili işlemlerde, eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisinin belirlenmesinde, eşler arasında vesayet ilişkisinin kurulmasında; *evliliğin sona ermesi bakımından da* hem boşanma hem de mutlak butlan sebebi olmasında, hatta bazı durumlar bakımından nisbî butlan sebebi olmasında akıl hastalığının etkileri görülmektedir. Hukukumuzda akıl hastalığının tüm evlilik ilişkisi üzerindeki etkisini ele alan sistematik bir çalışmanın bulunmaması; bazı konulara ilişkin açıklığa kavuşturulması gereken birtakım hususların ve ayrıca uygulamadaki bazı isabetsiz kararların varlığı bu çalışmanın hazırlanmasında teşvik edici olmuştur.

Yukarıda sözü edilen her bir duruma aşağıda ayrı başlıklar altında değinilecektir. Bu açıklamalara geçmeden önce, çalışmada, akıl hastalığının ayırt etme gücünü bazı durumlarda ortadan kaldırırken; bazı durumlarda ortadan kaldırmayabileceği, yani akıl hastalığı açısından ayırt

etme gücü kavramının nisbî bir kavram olduğu gerçeğinden hareket edildiğini; bu sebeple akıl hastalığının evlilik üzerindeki etkilerinin de eşlerin hem akıl hastalığının bulunması hem de ayırt etme gücünün bulunmaması halleriyle birlikte değerlendirildiğini belirtmekte fayda vardır. Zira kanunkoyucu da evlilikle ilgili bazı hükümlerinde (TMK m.125, m.145/b.2, m.147/II, m.204, m.206/II, b.5, m.206/III, m.307/II) ayırt etme gücünün bulunmaması halini düzenlemiştir. Bu hükümlerin kapsamına ayırt etme gücünün bir akıl hastalığından kaynaklanır şekilde ortadan kalktığı hallerin de dâhil olacağı şüphesizdir. Ancak akıl hastası olup da ayırt etme gücüne sahip olabilmeye ihtimalinin de varlığı; ayırt etme gücüne sahip olan ve olmayan akıl hastası eşler bakımından zaman zaman ikili ayırım şeklinde açıklama yapılmasına sebep olmuştur.

Çalışmanın ilk kısmında, öncelikle birbiriyle benzer ve ilişkili kavramlar olmaları sebebiyle akıl hastalığı, akıl zayıflığı, ayırt etme gücü kavramları ve bu kavramların birbiriyle olan ilişkisi; ikinci kısmında da akıl hastalığının evlilikteki etkilerinin ne şekilde olabileceği genel şekilde değerlendirilecektir. Buradaki açıklamalar da evliliğin aşamaları esas alınarak yapılacaktır. Bu kapsamda öncelikle akıl hastalığının evliliğin kurulmasındaki, daha sonra evliliğin devamındaki ve son olarak da evliliğin sona ermesindeki etkileri açıklanacaktır.

I. AKIL HASTALIĞI, AYIRT ETME GÜCÜ, AKIL ZAYIFLIĞI KAVRAMLARI VE BUNLARIN BİRBİRİYLE İLİŞKİSİ

Akıl hastalığı, bir kişinin davranışlarını, duygularını, diğer insanlarla ilişkisini ciddi şekilde olumsuz yönde etkileyen bir sağlık sorunu olarak tanımlanabilir. Akıl hastalığı çeşitli türlerde olabilir. Hangi durumların akıl hastalığı olarak nitelendirilebileceği tıp biliminin konusunu oluşturur¹.

Türk Medeni Kanunu (TMK), akli/ruhsal rahatsızlıkları ifade et-

¹ Bu hususta, Dünya Sağlık Örgütü'nün "Hastalıkların ve İlgili Sağlık Problemlerinin Uluslararası Olarak İstatiksel Sınıflandırması, 10. Revizyon- 2019 Versiyonu (International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision (ICD-10)-Version: 2019) yol gösterici olabilir. Bu listenin beşinci bölümünde "Akıl ve Davranış Bozuklukları" listelenmiştir. Bu liste kapsamında olan akıl hastalıklarından bazıları şunlardır: Şizofreni, bipolar duygulanım bozukluğu (iki kutuplu ruh hali hastalığı), kişilik rahatsızlığı, demans (alzheimer) hastalığı, zekâ geriliği gibi. Bkz. <https://icd.who.int/browse10/2019/en#/V>, Erişim Tarihi: 15.2.2021.

mek üzere “akıl hastalığı” terimini tercih etmiştir. İsviçre Medeni Kanunu’nun 16’ncı maddesindeyse daha önce “akıl hastalığı (*Geisteskrankheit*)” terimi tercih edilmişken, bu terimin damgalayıcı bir terim olarak kabul edilmesi sebebiyle, Yetişkinlerin Korunması, Kişiler ve Çocuk Hukukuna ilişkin hükümleri içeren Federal Yasanın 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmesiyle “*zihinsel rahatsızlık (psychischen Störung)*” terimi tercih edilmiştir². Bu terim farklılığının sebebi, kullanılan ifadenin böyle bir rahatsızlığı olan kişinin kişilik değerlerinde oluşturabileceği zararın ve o kişinin toplum içinde rencide edilmesinin engellenmesi düşüncesidir; yoksa akıl hastalıklarının kapsamını daraltmak ya da genişletmek değildir. Bu nedenle, tıp biliminin verileri ışığında kabul edilen akıl hastalıkları, İsviçre Hukuku’nda salt tercih edilen terim sebebiyle “zihinsel rahatsızlık” olarak adlandırılacaktır. Nitekim İsviçre Hukuku’nda, psikiyatri biliminin bilinen hastalık tablosunun içinde yer alan hastalıkların akıl hastalığı (zihinsel rahatsızlık) kapsamında olduğu ifade edilmiştir³.

Bir kimsenin akıl hastalığının bulunup bulunmadığını ve aynı zamanda bu hastalığın günlük yaşama etkilerini tespit etmek tıp biliminin konusudur. TMK’nın birçok hükmünde “akıl hastası” ve “akıl hastalığı” ifadelerinin geçmesine rağmen (Örneğin; m.13, m.133, m.145, m.147, m.165, m.369, m.405, m.409, m.432, m.436, m.474); “akıl hastası” ve “akıl hastalığı” tanımlarına yer verilmemesi de bu sebeptir. Dolayısıyla akıl hastası olduğu tıp bilimince tespit edilen bir kimse söz konusuysa, bunun medeni hukuk alanında ne gibi etkiler doğuracağını irdelemek hukukçuların işidir.

Ayırt etme gücü terimiyle ise, medeni hukukta (kişiler hukukunda), fiil ehliyetine sahip olma şartlarından biri olarak karşılaşılr. Nitekim bu husus, TMK’nın 9 ve devamı maddelerinde de (İMK m.12 vd.) bu şekilde hükme bağlanmıştır. Kanunda (TMK m.13/İMK m.16), “*Ayırt etme gücü*” başlığıyla, ayırt etme gücüne ilişkin bir tanımın yapıldığı görül-

² Bkz. FANKHAUSER Roland, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art 1-456 ZGB, 6. Auflage, Hrsg. GEISER Thomas/FOUNTOULAKIS Christiana, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018, Art. 16, kn. 1a, kn.29; HOTZ Sandra, Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Hrsg. BÜCHLER Andrea/ JAKOB Dominique, Zürich-Basel, 2018, Art. 16, kn. 5.

³ Bkz. FANKHAUSER, BSK, Art.16, kn.29; HOTZ, Kurzkommentar, Art. 16, kn. 5.

mektedir. Ancak bu tanım, daha çok kimlerin ayırt etme gücüne sahip olduğunu belirtmek yönündedir. Hükme göre, “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.” Bu hükümden anlaşılacağı üzere, ayırt etme gücü, akla uygun biçimde davranma yeteneğine sahip olmaktır. Bir kimsenin hangi durumlarda akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olacağı, yani ayırt etme gücüne sahip olmayacağıysa, kanunda örnekseyici biçimde sayılmıştır: Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebepler. Ancak küçük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoş olan herkesin her hâlükârda akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olduğunu söylemek yanlış olur. Zira ayırt etme gücü nisbî bir kavramdır⁴. Bu sebeple, kişinin bu ve buna benzer sebepler içinde olması halinde, her somut olay bakımından akla uygun davranma yeteneğine (ayırt etme gücüne) sahip olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken de bir başka sosyal bilim olan psikoloji ve tıp bilimi olan psikiyatri bilimlerinden destek alınmalıdır⁵.

Akıl hastalığı da ayırt etme gücü kavramıyla yakından ilgilidir. Nitekim Kanun’dan da görüleceği üzere, akıl hastalığı, ayırt etme gücünü ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilmiştir. TMK’nın birçok hükmünde ayırt etme gücünün bulunmaması halinin çeşitli sonuçlarının düzenlendiği görülmektedir. Bu hükümlerden bazıları da evliliği etkileyen hükümlerdir (TMK m.125, m.145/b.2, m.147/II, m.204, m.206/II.b.5, m.206/III, m.307/II). Bu kapsamda bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olmaması, onun bir akıl hastalığına sahip olmasından kaynaklanıyorsa, sözü edilen hükümler de o kimse bakımından uygulama alanı bulacak demektir. Ancak her akıl hastalığı durumunda kişinin aynı zamanda ayırt etme gücünden yoksun olduğu sonucuna varmak yanlış olacağı-

⁴ ERKAN Vehbi Umut/YÜCER İpek, “Ayırt Etme Gücü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 60, Sayı: 3, Yıl: 2011, s. 494-495.

⁵ Benzer yönde bkz. AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya, Türk Medeni Hukuku, 2.Cilt, Aile Hukuku, Yenilenmiş 20.Baskı, Beta Yayınevi, Ankara 2017, s.62-63; “Akıl hastalığı ve zayıflığı, Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgilerle tespit edilecek bir husus değildir. Tıbbî mütalaa gerekir. ...”, Yarg. 2. HD., T. 30.10.1986, E. 9208, K. 9482, (www.kazanci.com, E.T. 4.10.2020).

dan, akıl hastası olan bir kişinin ayırt etme gücünün olmaması halinde söz konusu hükümlerin uygulanacağına dikkat edilmelidir. Bu hususta evliliğin kurulması aşamasındaki ayırt etme gücü ve akıl hastalığı arasındaki ilişkiye İsviçre Hukuku'ndaki durum bakımından değinmekte fayda olacaktır. Şöyle ki İsviçre Hukuku'nda daha önceden akıl hastalığı, hem evlenme engeli (Önceki İMK m.97/II) hem de mutlak butlan nedeni (Önceki İMK m.120/b.2) olarak düzenlenmişti. Ancak hem evlenme engelini ilişkin hüküm hem de mutlak butlan sebebi olarak kabul edilmesine ilişkin hüküm 1998/2000 revizyonuyla İsviçre Medeni Kanunu'ndan kaldırılmıştır. Ancak ayırt etme gücünden sürekli yoksunluğa ilişkin durumda bir değişiklik yapılmamıştır. Dolayısıyla İsviçre Hukuku'nda, akıl hastalığı, artık başlı başına bir evlenme engeli, mutlak butlan [süresiz geçersizlik (*unbefristete Ungültigkeit*)] sebebi oluşturmayacak; ancak eşlerin sürekli biçimde ayırt etme gücünü ortadan kaldırıyor (İMK m.105/b.II sebebiyle) bir evlenme engeli ve mutlak butlan sebebi teşkil edecektir⁶. Neticede, İsviçre Hukuku'nda, evliliğin kurulması aşamasında, "ayırt etme gücünden yoksunluk" kavramının ancak "ayırt etme gücünü sürekli şekilde ortadan kaldıran akıl hastalığı" kavramını kapsadığı ifade edilebilir.

Burada başka bir noktaya daha işaret etmekte fayda vardır. Kanunkoyucu akıl zayıflığı ve akıl hastalığı hallerini bazı durumlar bakımından benzer sonuçlara bağlamıştır. Şöyle ki, ayırt etme gücünün tanımlandığı TMK'nın 13'üncü maddesinde (İMK m.16), akıl hastalığının yanında akıl zayıflığı durumu da belirtilmiş, akıl zayıflığı sebebiyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan kişinin ayırt etme gücüne sahip olacağı belirtilmiştir. Yine TMK'nın 405'inci maddesine göre akıl hastalığının yanında, akıl zayıflığı sebebiyle de işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım

⁶ GEISER Thomas, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art 1-456 ZGB, 6.Auflage, Hrsg. GEISER Thomas/FOUNTOULAKIS Christiana, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018, Art. 105, kn. 9-10; BÜCHLER Andrea/BROZZO Patrick, Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich-Basel, 2018, Art. 105, kn. 4; LANZ MÜLLER Andrea, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, 3. überarbeitete Auflage, Hrsg. KREN KOSTKIEWICZ Jolanta/WOLF Stephan/AMSTUTZ Marc/FANKHAUSER Roland, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016, Art. 105, kn. 5.

gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her erginin kısıtlanacağı hükme bağlanmıştır. Ev başkanının sorumluluğuna ilişkin TMK'nın 369'uncu maddesinde de akıl hastalığı yanında, akıl zayıflığı bulunan kişinin de ev başkanının sorumluluğu altında olan kişilerden olacağı belirtilmiştir. Her ne kadar kanunkoyucu gerek ayırt etme gücünü tanımlarken gerek vesayet ilişkisinin kurulması koşullarını belirlerken gerekse ev başkanının sorumlu olacağı kişileri açıklarken hem akıl hastalığı hem de akıl zayıflığı halini aynı sonuca bağlamış olsa da kanunkoyucunun her iki durumu ayrı ayrı belirtmiş olması, aslında iki kavramın birbirinden farklı kavramlar olduğunu göstermektedir. Bir Yargıtay kararındaki, akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlanmış olan kişinin akıl hastalığına dayalı olarak boşanma davası açabileceği şeklindeki açıklamalar⁷, bu farklılığın bir kez daha belirtilmesine ihtiyaç bulunduğunu ortaya koymaktadır.

II. AKIL HASTALIĞININ EVLİLİKTEKİ ETKİLERİ

A. Akıl Hastalığının Evliliğin Kurulmasındaki Etkileri

1. Evlenme Ehliyetinin Sağlanması ve Evlenme Engeli Oluşturmaması Bakımından

Akıl hastalığının evlilik kurulurken etkisini temel olarak iki şekilde görebiliriz. Birincisi, TMK'nın 125'inci maddesi çerçevesinde, evliliğin geçerlilik şartlarının sağlanması açısından evlenme ehliyetinin bulunup bulunmadığını belirlemek bakımındandır. Diğeri de TMK'nın 133'üncü maddesi çerçevesinde evlenme engelini bulunup bulunmadığının tespit edilmesi bakımındandır.

TMK'nın "A.Ehliyetin koşulları/II.Ayırt etme gücü" başlıklı 125'inci maddesine göre, ayırt etme gücüne sahip olmayanlar evlenmezler (İMK m.94/I). Kişinin ayırt etme gücünün bulunmamasının çeşitli sebeplerle olabileceği, akıl hastalığının da bu sebeplerden biri olduğu yukarıda belirtilmiştir. Bu hüküm karşısında, kişinin akıl hastalığı sebebiyle ayırt

⁷ "...Davalı-karşı davacı kadın akıl zayıflığı sebebiyle Türk Medeni Kanunu'nun 405/1 inci maddesinden kısıtlanmış, vasi atanmıştır. Akıl hastalığına dayalı bir boşanma davası da bulunmamaktadır. Davranışları iradi olmadığından kendisine kusur da yüklenemez. Türk Medeni Kanunu'nun 166/1-2'nci maddesi koşulları gerçekleşmediğinden davacı-karşı davalı kocanın davasının reddi gerekirken, yazılı şekilde kabulü isabetsizdir...", Yarg. 2. HD., T. 20.6.2011, E. 2010/9592, K. 2011/10891, (www.kazanci.com, E.T. 26.9.2020).

etme gücünün bulunmaması söz konusuysa, artık evlenmeye ehil olmadığından söz etmek gerekecektir. Kişi, evlenme yaşını sağlamış olsa bile akıl hastalığından kaynaklı ayırt etme gücünün bulunmaması sebebiyle evlenme için tam ehliyetsiz olacaktır. Ayırt etme gücünün bulunmamasına rağmen evlilik yapılmışsa, bu evlenmenin hükümsüz olacağı ifade edilmelidir. Kanunda bu eksikliğin (ayırt etme gücünün bulunmamasının) geçici ve sürekli olmasına göre farklı sonuçlar bağlanmıştır. Buna göre, ayırt etme gücünün bulunmaması; sürekliyse evlilik, mutlak butlanla hükümsüz olacakken (TMK m.145/I.b.2; İMK m.105/I.b.2); geçiciyse nisbî butlanla hükümsüz olacaktır (TMK m.148; İMK m.107/I.b.1). Ancak akıl hastalığı sebebiyle kişinin ayırt etme gücünün bulunmaması halinin geçici olması istisnai bir durum olduğundan⁸ kural olarak bu şekildeki bir kişinin gerçekleştireceği evliliğin mutlak butlanla hükümsüz olacağı ortadadır⁹.

TMK'nın "*B.Evlenme engelleri/III.Akıl hastalığı*" başlıklı 133'üncü maddesine göre ise, akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler¹⁰. Buradaki akıl hastalığının ayırt etme gücünü ortadan kaldırmayan bir akıl hastalığı olduğu açıktır¹¹. Çünkü akıl hastalığının ayırt etme gücünü

⁸ Söz konusu istisna kapsamındaki durumlara ilişkin olarak bkz. "II. A. 4. Evlilik Sırasında Geçici Olarak Ayırt Etme Gücünün Kaybına Yol Açması Bakımından" başlığı altındaki açıklamalar.

⁹ Nitekim doktrinde bir görüş de akıl hastalığını, ayırt etme gücünü sürekli bir biçimde ortadan kaldıran bir sebep olarak belirtmiştir. Bkz. SAYMEN Ferit Hakkı/ELBİR Halid K., Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, Cilt: III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1957, s. 82.

¹⁰ 743 sayılı Medeni Kanun'un 89'uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki, "*Akıl hastalarından birine müptela olan kimse asla evlenemez.*" şeklindeki hükmün varlığında, 4721 sayılı TMK'nın daha esnek bir düzenleme getirdiği söylenebilir. Çünkü eski düzenlemede, her türlü akıl hastalığı evlenmeye engel kabul edilmişken, yeni düzenlemede sadece evlenmesinde tıbbi sakınca oluşturan akıl hastasının evlenmesi engel olarak kabul edilmiştir.

Önceki İsviçre Medeni Kanunu'nun 97'nci maddesinde de önceki Medeni Kanundakine benzer bir düzenlemeyle, akıl hastalarının hiçbir şekilde evlenemeyeceği kabul edilmişti.

¹¹ Doktrinde, evlenmeye engel teşkil eden ve ayırt etme gücünü de tamamen ortadan kaldırmayan akıl hastalığı olarak sabit fikirlilik, melankoli ve epilepsi örnek gösterilmiştir. Bkz. SAYMEN/ELBİR, s. 99; SCHWARZ Andreas, Aile Hukuku I, 2. Bası, Çev. DAVRAN Bülent, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946, s. 69.

ortadan kaldırması söz konusuysa, artık kişinin evlenme ehliyetine sahip olmamasından söz edilecektir. Ayırt etme gücünü ortadan kaldırmayan ancak evlenme bakımından tıbbi bir sakınca doğuracak bir akıl hastalığı söz konusuysa, artık kişinin bir evlenme engeline sahip olmasından söz edilecektir. Gerçi nitelendirmeler farklı olsa da, yani birinci durum evlenme ehliyetinin koşullarına, ikinci durum evlenme engellerine ilişkin olsa da; sonuç her iki durum bakımından aynı olacak, her iki durumda da evlenme mutlak butlanla hükümsüz olacaktır. Çünkü evlenme ehliyetinin koşulları bakımından sürekli biçimde ayırt etme gücünün bulunmaması hali, TMK'nın 145'inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendinde; eşlerden birinde evlenmeye engel olacak derecede bir akıl hastalığının bulunması haliyse, aynı hükmün üçüncü bendinde bir mutlak butlan sebebi olarak sayılmıştır. Daha önce de belirtildiği gibi, İsviçre Hukuku'nda, artık akıl hastalığı, bir evlenme engeli, mutlak butlan [süresiz geçersizlik (*unbefristete Ungültigkeit*)] sebebi olarak kabul edilmediğinden; akıl hastası kişilerin, ancak sürekli biçimde ayırt etme gücünden yoksunluğunun bulunması halinde evlenme ehliyetine sahip olamayacakları (İMK m.94/I); bu kişilerin her nasılsa evlenmiş olmaları halinde de aynı gerekçeyle evlenmelerinin mutlak butlanla batıl olacağı (İMK m.105/I.b.2) ifade edilmelidir¹².

2. İrade Sakatlığına Yol Açması Bakımından

Akıl hastalığının evlilik kurulurken irade sakatlığına yol açması bakımından da etkisi olabilir. Ancak buradaki etkisi yukarıda belirtildiği gibi doğrudan değil, dolaylı şekildedir. Yani kanunkoyucu akıl hastalığı bakımından mutlak ve açık bir düzenleme getirmemiştir. TMK'nın 149'uncu maddesi çerçevesinde eşlerden birinin, diğer eşin, onunla birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez hâle sokacak derecede önemli bir niteliğinde *yanılması* halini nisbî butlan sebebi olarak düzenlemiştir. Bu kapsamda, bir tarafın birlikte yaşamayı çekilmez hale sokacak bir akıl hastalığının bulunması ve hâkimin bu yönde kanaat oluşturması halinde, diğer eş de bu durumu evlendiği sırada bilmiyorsa, bir nisbî butlan sebebiyle karşılaşılabılır. TMK'nın 150'inci maddesinde, evlenecek taraf-

¹² Bkz. GEISER, BSK, Art. 105, kn. 9-10; BÜCHLER/BROZZO, Kurzkomentar, Art. 105, kn. 4; LANZ MÜLLER, Art. 105, kn. 5.

lardan birinin diğer tarafın ve altsoyunun sağlığı için ağır tehlike oluşturan bir hastalığı bulunması ve bunun diğer taraftan gizlenmesi durumunda evliliğin iptalinin istenebileceğine ilişkin bir *aldatma* halinin de nisbî butlan sebebi olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu kapsamda, eğer kişinin sahip olduğu akıl hastalığı, karşı taraf ve altsoyu için ağır bir tehlike oluşturuyorsa, aynı zamanda aldatmaya dayalı nisbî butlan sebebinin bulunduğu da kabul edilebilir. Böyle bir durumda, diğer eş, hakların yarışması ilkesine göre dilediği sebebe dayalı olarak evliliğin butlanını isteyebilir.

3. Yasal Temsilcinin İzninin Gerekip Gerekmemesi Bakımından

Akıl hastalığının evlilik kurulurken, TMK'nın 127'nci maddesi çerçevesinde, yasal temsilcinin izni bakımından bir etkisinin olup olamayacağı değerlendirilmelidir. TMK'nın 127'nci maddesine göre, kısıtlı yasal temsilcinin izni olmadıkça evlenemez. TMK'nın 405'inci maddesine göre akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin kısıtlanır. Görüldüğü üzere, kanunkoyucu, her akıl hastalığını değil, bu sebeple işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her erginin kısıtlanmasını öngörmüştür. Bu durumda, sayılan özellikleri taşımayıp da akıl hastası olan kişinin kısıtlanması söz konusu olmayacaktır. Sayılan özelliklere sahip kısıtlanan akıl hastası kişinin de çoğu durum için ayırt etme gücünün bulunmadığı söylenebilir¹³. Kısıtlı akıl hastası kişinin, ayırt etme gücünün bulunmaması halinde, ehliyet şartını sağlayamaması sebebiyle,

¹³ "...Ergin bir kimsenin kısıtlanması sınırlı ehliyetsiz konuma getirme şeklinde olabileceği gibi (TMK md. 406) tam ehliyetsizliğin tespiti şeklinde de (TMK md. 405) gerçekleşebilir. Kişinin, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebine dayalı olarak kısıtlanması (TMK md. 405) ile savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim sebebine dayalı olarak (TMK md. 406) kısıtlanması farklı hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Türk Medeni Kanun'un 405. maddesinden kısıtlanan kişinin ayırt etme gücü dolayısıyla fiil ehliyeti bulunmamaktadır. ...", Yarg. 2. HD., T. 1.10.2013, E. 2012/25237, K. 2013/22394, (www.kazanci.com, E.T. 20.9.2020). Benzer yönde bkz. "...Toplanan delillerden, davalı kocanın akıl hastası olduğu, yargılama sırasında bu sebeple kısıtlandığı ve kendisine vasi atandığı anlaşılmaktadır. Akıl hastasının ayırt etme gücü bulunmadığından davranışları iradi kabul edilemez ve fiillerinden dolayı kusurlu sayılamaz. ...", Yarg. 2. HD., T. 5.9.2012, E. 2978, K. 20403, (www.kazanci.com, E.T. 23.9.2020).

evlenmesi için yasal temsilcisinin izninin alınmasına da gerek olmayacaktır. Kısıtlı akıl hastası kişinin, ayırt etme gücüne sahip olması halindeyse, ancak akıl hastalığının evlenmeye engel bir akıl hastalığı (TMK m.133) olmadığı sürece, yasal temsilcisinin rızasıyla evlenebileceğini söylemek mümkün olacaktır¹⁴. Sonuçta, kısıtlı kişinin akıl hastalığı, ayırt etme gücünü ortadan kaldırıyor ya da ayırt etme gücünü ortadan kaldırmasa da evlenmeye engel nitelikteyse, o kişinin yasal temsilcisinin (vasisinin) rızası hiçbir rol oynamayacaktır¹⁵.

4. Evlilik Sırasında Geçici Olarak Ayırt Etme Gücünün Kaybına Yol Açması Bakımından

Akıl hastalığının TMK'nın 148'inci maddesi çerçevesinde bir etkisinin olup olamayacağı da değerlendirilmelidir. Şöyle ki evlenecek kişilerden biri, zaman zaman nöbet geçirmesine neden olan ve kanaatimizce evlenme engeli de teşkil etmeyen epilepsi gibi bir akıl hastalığına sahip olabilir¹⁶. Epilepsi olan kişinin de kural olarak ayırt etme gücüne sahip olduğu söylenebilir¹⁷. Kişinin, evlenme töreni sırasında epilepsi sebebiyle

¹⁴ ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 1277-1278.

Kısıtlama gerektirecek bir akıl hastalığının varlığının kişinin hem ayırt etme gücüne sahip olması hem de bunun evlenmeye engel teşkil etmemesi durumlarıyla bağdaşmasının düşünülmemeyeceği yönündeki görüş için bkz. GÜCÜN Cevad Abdürrahim, Nazari ve Ameli Hukuk Davaları, Cilt: 3, I. Kısım, Şahıs ve Aile Hukuku Hakkında İzahlar, Düşünceler, Tenkitler, Tatbikat ve İçtihatlar, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1951, s. 164.

743 sayılı Medeni Kanun'un 89'uncu maddesinin ikinci fıkrasında, akıl hastalığı olanların asla evlenemeyeceklerine ilişkin bir düzenleme bulunmaktaydı. Dolayısıyla bu hüküm karşısında, doktrinde, yasal temsilcinin (vasinin) rızasının hiçbir rol oynayamayacağı belirtilmişti. Bkz. SAYMEN/ELBİR, s. 84.

¹⁵ Benzer yönde bkz. FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin, Medeni Hukuk II, Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986, s. 144.

¹⁶ Dünya Sağlık Örgütü'nün "Hastalıkların ve İlgili Sağlık Problemlerinin Uluslararası Olarak İstatiksel Sınıflandırması, 10. Revizyon- 2019 Versiyonu (International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision (ICD-10)- Version: 2019)'nun beşinci bölümünde "Akıl ve Davranış Bozuklukları" başlığı altında epilepsi, bir akıl hastalığı olarak kabul edilmiştir. Bkz. <https://icd.who.int/browse10/2019/en#/V>, Erişim Tarihi: 15.2.2021.

¹⁷ "... Nitekim sara (epilepsi) veya melankoli gibi bazı hastalıklar akıl hastalığı sayıldığı halde, bunlardan birine yakalanmış olanlar, ayırt etme gücünden hiçbir zaman sürekli olarak yoksun değildirler. ...", Yarg. HGK, T. 13.5.2015, E. 2-167, K. 1328, (www.kazanci.com, E.T. 14.9.2020).

le nöbet geçirmesi halindeyse, geçici olarak ayırt etme gücüne sahip olmadığı ifade edilebilir. Ancak bu durumdaki bir kişinin de evlenmeye yönelik iradesini açıklaması mümkün değildir. Bu durumda, evlenmeye ilişkin kurucu unsur olan (karşılıklı ve birbirine uygun) irade beyanının eksikliği sebebiyle zaten yok hükmünde olan bir evlilikten söz edileceğinden; evliliğin geçici olarak ayırt etme gücünden yoksunluk sebebiyle nisbî butlanından da (TMK m.148) söz edilemeyecektir. Kişinin zaman zaman ayırt etme gücünün yokluğuna sebep olan, demans hastalığının başlangıcında olduğu gibi, bir akıl hastalığının bulunması durumu da burada düşünülebilir. Şöyle ki akıl hastası kişinin ayırt etme gücünün yokluğunun evlilik sırasında nüksettiği bu tür durumlarda, evlilik gerçekleşirse, evlilik sırasında geçici bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun olan bu eşin TMK'nın 148'inci maddesine göre evlenmenin iptalini dava etmesi mümkün olmalıdır.

B. Akıl Hastalığının Evliliğin Devamındaki Etkileri

1. Evlilik Birliğinin Temsilinde Eşlerin Temsil Yetkisinin Belirlenmesi Bakımından

Akıl hastası eşin ayırt etme gücüne sahip olmaması halinde, evlilik birliğini temsil yetkisinin olmayacağı, öncelikle ifade edilmelidir. Bu eşin üçüncü kişiyle ailenin ihtiyaçları kapsamına giren bir hukuki işlem yapması halinde bu işlem geçersiz olacaktır¹⁸.

Eşin akıl hastası olup da ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olması ihtimalini de değerlendirmek gerekir. Öncelikle belirtelim ki bu durumun gerçekleşme olasılığı düşüktür. Çünkü kısıtlanan bir akıl hastasının çoğu durumda ayırt etme gücü de olmayacaktır. Ancak bazı durumlarda kısıtlı akıl hastası eşin ayırt etme gücü bulunabilir ve bu eşin de kural olarak evlilik birliğini temsil yetkisine sahip olmadığı söylenebilir. Bu eş de birliği temsilen borçlandırıcı işlem yapamayacağı gibi, bu işlemi o eşin yasal temsilcisi de yapamaz¹⁹. Ancak bu eşin, birliği temsilen karşı-

¹⁸ DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt: III, Aile Hukuku, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 184, kn. 910; HAVUTCU Ayşe, Evlilik Birliğinin Temsili, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 105-106.

¹⁹ HAVUTCU, s. 106; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 184, kn. 910.

lıksız bir kazandırmayı kabul edebileceği kabul edilebilir²⁰.

Eşlerden birinin akıl hastası olması ve/veya kısıtlanmış olması halinde, diğer eşin evlilik birliğinin ihtiyaçları bakımından temsil yetkisinin ne şekilde etkileneceği de açıklanmalıdır. Bu kapsamda diğer eşin, *evlilik birliğinin sürekli ihtiyaçları bakımından* sahip olduğu temsil yetkisi etkilenecektir²¹. Çünkü TMK'nın 188'inci maddesine göre, eşler, evlilik birliğinin sürekli ihtiyaçlarını karşılamak üzere tek başına hareket edebilecektir. Ancak eşler, *sürekli nitelikte olmayan diğer ihtiyaçlar bakımından* tek başına hareket edemezler. Bu ihtiyaçlar bakımından eşler ancak TMK'nın 188'inci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen hallerde tek başına hareket edebileceklerdir. Kanunu'nun ilgili hükmünün birinci bendine göre, bu ihtiyaçlar için eşlerden biri, diğer eş veya haklı sebeplerle hâkim tarafından yetkili kılınmışsa evlilik birliğini temsilen tek başına hareket edebilecektir. Bu kapsamda, akıl hastası olması sebebiyle diğer eşin hâkim tarafından yetkili kılınması söz konusu olabilecek ve akıl hastası olmayan eş, ailenin bu ihtiyaçları için gerekli hukuki işlemi tek başına yapabilecektir (TMK m.188/II.b.1). Akıl hastası olup da ayırt etme gücüne sahip ancak kısıtlı eşin (çok düşük bir ihtimal de olsa), kısıtlandıktan sonra diğer eşe yasal temsilcisinin onayıyla izin verip veremeyeceği, söz konusu hükümdeki "diğer eşin rızası" şartının sağlanıp sağlanamayacağı sorusu akla gelebilir. Bu durumda, birliği temsil yetkisine sahip olmayan eşin, yasal temsilcisinin onayıyla izin vermesi söz konusu olamaz. Çünkü eşin yasal temsilcisinin yetkisi, kısıtlanan eşin kişisel işlemleriyle sınırlı bir yetkidir²². Benzer şekilde Kanun'un ilgili hükmünün ikinci bendine göre de ailenin sürekli ihtiyaçlar dışındaki ihtiyaçları için, birliğin yararı bakımından gecikmede sakınca bulunur ve diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya benzeri sebeplerle eşin rızası alınmazsa eşlerden biri, birliği temsil edebilir. Dolayısıyla buradaki hastalık akıl hastalığı da olabileceğinden, bu sebeple eşin rızası alınmazsa, diğer eş, bu ihtiyaçlar için gerekli hukuki işlemi tek başına yapabilir (TMK m.188/II.b.2).

²⁰ HAVUTCU, s. 107; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 184, kn. 910.

²¹ Kısıtlanması bakımından aynı yönde bkz. HAVUTCU, s. 107.

²² DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 184, kn. 910; HAVUTCU, s. 107-108.

2. Aile Konutuyla İlgili İşlemler Bakımından

TMK'nın 194'üncü maddesi, eşlerden birinin diğerinin açık rızası olmadıkça, aile konutuyla ilgili kira sözleşmesini feshedemeyeceğini, aile konutunu devredemeyeceğini veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamayacağını belirtmiştir. Aile konutuyla ilgili söz konusu işlemlerin yapılması diğer eşin rızasına tabi kılınmıştır. Eşlerden birinin akıl hastası olması halindeyse, diğer eşin bu rızayı elde etmesi söz konusu olamayacaktır. Bu durumda 194'üncü maddenin ikinci fıkrasının (İMK m.169/II) uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Buna göre, rızayı sağlayamayan eşin, hâkimin müdahalesini isteyebilmesi mümkün olmalıdır. Bu durumda yetkili ve görevli mahkeme, eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri aile mahkemesi olacaktır. Söz konusu dava çekişmeli bir dava olup, davacısı aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, davalısı da akıl hastalığı sebebiyle rıza veremeyen eş olacaktır. Ancak davalı akıl hastası eşe davaya devam edilmesi için bir kayyım atanması gerekecektir²³. Bu konudaki hâkimin müdahalesi, işlemin yapılmasından önce izin isteme şeklinde olabileceği gibi, işlem yapıldıktan sonra geçerli olması için onay alma şeklinde de olabilir²⁴.

Doktrinde eşin bir yasal temsilcisinin olması durumunda, örneğin vesayet altında olması halinde, o zaman yasal temsilcisinin rızasının aranması gerektiği; yasal temsilcinin haklı sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınması halindeyse, eşin, TMK'nın 194'üncü maddesinin ikinci fıkrası gereği hâkime başvurarak tek başına yetkili kılınmayı istemesi gerektiği ifade edilmiştir²⁵. Bu görüş doğrultusunda, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, akıl hastalığı sebebiyle rızası alınamayan eşin vasisi olması hali açıklanmalıdır. Bu durumda akıl hastası eşe kayyım atanması suretiyle rıza sağlanabilir. Ancak burada, akıl hastası olmayan eşin, TMK'nın 194'üncü maddesinin ikinci fıkrası gereği hâkimin müdahalesini isteyebilmesi daha yerinde bir çözüm olabilir. Kaldı ki bu du-

²³ ŞİPKA Şükran, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194), 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 176.

²⁴ ŞİPKA, Aile Konutu, s. 174; AYAN Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 58, Ankara, 2004, s. 70.

²⁵ ŞİPKA, Aile Konutu, s. 174.

rumda davaya devam edilmesi için zaten TMK m.426/b.2 gereği akıl hastası eşe kayyım ataması gerekecektir.

3. Mal Rejimi Bakımından

TMK'nın 204'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre (İMK m.183/I), mal rejimi sözleşmesi, ancak ayırt etme gücüne sahip olanlar tarafından yapılabilir. Mal rejimi sözleşmesi evlilikten önce yapılabileceği gibi evlilik gerçekleştikten sonra yani evlilik devam ederken de yapılabilir (TMK m.203)²⁶. Bu bilgiler ışığında, evlilikten önce kişinin ayırt etme gücüne sahip olmaması halinde, zaten evlilik kurulamayacağı gibi akıl hastası tarafın mal rejimi sözleşmesi yapması da düşünülemeyecektir. Ancak her nasılsa böyle bir durumda evlilik ve mal rejimi sözleşmesi yapıldıysa durum ne olacaktır? Böyle bir evlilik mutlak butlanla batıl olacağından ve butlanına karar verilene kadar geçerli bir evliliğin doğuracağı hüküm ve sonuçları doğuracağından (TMK m.156), yapılan mal rejimi sözleşmesinin de geçerli olarak kabul edilmesi mi gerekecektir? Söz konusu hükümle (TMK m.156) kanunun sonuç bağladığı olağan durumlar bakımından bunu kabul etmek yerinde olacaktır. Kanunkoyucunun tarafların aksini kararlaştırabilmelerine imkân tanıdığı ya da bir seçenek sunduğu durumlarda, her bir durum, kendi içinde değerlendirilmeli, aranan koşulların sağlanıp sağlanmadığı buna göre belirlenmelidir. Şöyle ki nasıl ki evlilik geçerli bir evlilik olsaydı, ancak mal rejimi sözleşmesinin yapıldığı sırada eşlerden biri ayırt etme gücüne sahip olmasaydı, hiçbir tereddüte düşmeden bu sözleşmenin geçersiz olacağı sonucuna varılacaktıysa; evlilik mutlak butlanla batıl olduğunda da aynı sonuca varmak yerinde olacaktır. Aslında bu şekilde, "evliliğin butlanı-

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ZEYTİN Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 47-48; SARI Suat, Evlilik Birliğinde Yasal mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 8; GÜMÜŞ Mustafa Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 221 vd., 222-224; AYDOS Oğuz Sadık, "Eşlerin Geçmişe Etkili Mal Rejimi Sözleşmesi Yapabilmesi (4722 Sayılı Kanun m. 10/III)", Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 3, Ocak 2016, s. 385; ALDEMİR İpek Betül, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 1.

na karar verilmeye kadar geçerli bir evliliğin hüküm ve sonuç doğuracağı” kuralıyla paralel bir sonuca varıldığı ortadadır.

Evliliğin devamı sırasında kişinin sonradan ayırt etme gücünü ortadan kaldıracak bir akıl hastalığına sahip olması halinde, bu kişinin artık mal rejimi sözleşmesi yapamayacağını belirtmek gerekir. Her ne kadar kurulmuş ve geçerli bir evlilik yapılmış olsa da mal rejimi sözleşmesi yapmak için kanunkoyucu özel olarak kişilerin ayırt etme gücüne sahip olmasını aradığından, aksi durumda yapılan sözleşme geçersiz olacaktır. Gerçekleşme ihtimali düşük olsa da ayırt etme gücüne sahip olan kişinin akıl hastalığı sebebiyle kısıtlanmış olması ihtimalinde, bu kişinin TMK’nın 204’üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki “*Küçükler ile kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızasını almak zorundadırlar.*” hükmü sebebiyle, yasal temsilcisinin rızasıyla mal rejimi sözleşmesi yapabilmesi mümkün olacaktır²⁷. Bu durumda ayrıca vesayet makamının (sulh hukuk mahkemesinin) da izni gerekecektir (TMK m.462/I.b.9). Eğer diğer eş vasi konumundaysa, bu durumda TMK’nın 426/I.b.2 uyarınca temsil kayyımının atanması gerekecektir²⁸.

TMK’nın 206’ncı maddesinin ikinci fıkrasının beşinci bendinde (İMK m.185/II.b.5), eşlerden birinin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması halinde, eşlerden birinin istemi üzerine, hâkimin mevcut mal rejiminin mal ayrılığı rejimine dönüşmesine karar verebileceği belirtilmiştir. Bu durum, mevcut mal rejiminin olağanüstü mal rejimi olarak öngörülen mal ayrılığı rejimine dönüşmesinde haklı bir sebep olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere, eşlerden biri ayırt etme gücünün sürekli olarak kaybına neden olan bir akıl hastalığına sahip olursa, diğer eş veya akıl hastası olan eşin yasal temsilcisi (TMK m.206/III; İMK m.185/III) hâkimden mevcut mal rejiminin mal ayrılığı rejimine dönüşmesini talep edebilecektir. Akıl hastası olan eşin yasal temsilcisinin diğer eş olması ihtimali burada değerlendirilmelidir. Şöyle ki, kanunkoyucunun bu talebi ileri sürebilecek bir kimse olarak ayrıca ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun kimsenin yasal temsilcisini saymış olması,

²⁷ Bkz. SARI, s. 20 vd.; GÜMÜŞ, s. 221-222.

²⁸ Bkz. ZEYİN, s. 52; SARI, s. 22; GÜMÜŞ, s. 221-222; ŞİPKA Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 3.Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 25; ALDEMİR, s. 6.

özellikle diğer eşin mal ayrılığına geçişte çıkar çatışması yaşaması halinde ayrı bir önem taşır²⁹. Bu durumda vasi olan diğer eşin, buna ilişkin bir talepte bulunmaması halinde, TMK'nın 483 ve 484'üncü maddeleri gereği vasilik görevine son verilmesi gündeme gelebilir. TMK'nın 207'nci maddesine göre, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesi talebinde yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri mahkemesi; görevli mahkemeye ise aile mahkemesi olacaktır.

4. Evlat Edinme Bakımından

Kanunkoyucu, evlat edinme ilişkisinin, evlat edinilen küçüğün, normal ana-baba çocuk ilişkisine uygun ve mümkün olduğu kadar sorunsuz bir ortamda bulunması amacından hareket ederek, evli kişilerin evlat edinmeleri açısından, kural olarak birlikte evlat edinme sistemini benimsemiştir (TMK m.306/I). Ancak istisnai durumlarda, kişinin, evli olması halinde de tek başına evlat edinebileceğinin kanunda kabul edildiği görülmektedir. TMK'nın 307'nci maddesinin ikinci fıkrasında (İMK m.264b/II) bu husus şu şekilde düzenlenmiştir: *“Otuz yaşını doldurmuş olan eş, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluğu veya iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri eşinden ayrı yaşamakta olması yüzünden birlikte evlat edinmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi hâlinde, tek başına evlat edinebilir.”* Her ne kadar evlat edinmeye ilişkin 305 ve devamı hükümleri arasında, evlat edinmenin şartı olarak, evlat edinecek kişinin/kişilerin ayırt etme gücüne sahip olması gerektiği açıkça belirtilmemiş olsa da hem 307'nci maddenin ikinci fıkrası hem de işin niteliği gereği böyle bir gereklilik olduğu anlaşılmaktadır³⁰. Dolayısıyla, evlilik sırasında eşlerin evlat edinebilmeleri için ayırt etme gücüne sahip olmaları, ayırt etme

²⁹ Benzer yönde bkz. ŞİPKA, s. 26.

³⁰ Benzer yönde bkz. GÜRKAN Ülker, Evlâd Edinme ve Beslemenin Hukuki Durumu, Türk Hukuku ve Toplum Üzerine İncelemelerden Ayrı Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 179; ÖZTAN, s. 958-959; AYDOS Oğuz Sadık, “Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, Ocak 2000, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789893>, s. 6; AYDOĞDU Murat, Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme, Günaydın Hukuk Yayınları, İzmir, 2006, s. 324; İNCE AKMAN Nurten, “Alman ve Türk Hukukunda Ergin Veya Kısıtlıların Evlat Edinilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, Cilt: 21, Özel Sayı, 2019, s. 2371, 2386.

gücünü ortadan kaldıracak nitelikte bir akıl hastalığına sahip olmamaları gerekir. Eşlerden birinin ayırt etme gücünü ortadan kaldıracak nitelikte bir akıl hastalığının bulunması halinde de diğer eş bu durumu ispatlayarak otuz yaşında olmak şartıyla tek başına evlat edinebilecektir.

Aklıl hastalığının evli kişilerin evlat edinmesine etkisini açıkladıktan sonra, konuyu evli bir kimsenin evlat edinilmesi bakımından da açıklamakta fayda vardır. Öncelikle eşlerden birinin akıl hastası olması halinde, akıl hastası olmayan eşin evlat edinilmesi ihtimalini değerlendirirsek; konuyu, TMK'nın 313'üncü maddesi çerçevesinde çözümlenmek yerinde olacaktır. Hükmün ikinci ve üçüncü fıkralarına göre, "*Evli bir kimse ancak eşinin rızasıyla evlât edinilebilir. Bunlar dışında küçüklerin evlât edinilmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.*" Dolayısıyla bu düzenleme karşısında, evlat edinilecek kimse akıl hastası olmayıp da diğer eş akıl hastasıysa, bu durumda 313'üncü maddenin üçüncü fıkrası gereği 307'nci maddenin ikinci fıkrası kıyasen uygulama alanı bulabilir³¹, yani akıl hastası eşin rızası aranmayabilir.

Sadece evlat edinilecek eşin akıl hastası olması halindeyse, TMK'nın 313'üncü maddesi gereği akıl hastası olmayan eşin rızası alınabilecektir. Ayrıca TMK'nın 313'üncü maddesinin üçüncü fıkrası gereği 308'inci maddenin üçüncü fıkrası da burada kıyasen uygulanacaktır. Bu kapsamda, küçüğün evlat edinilmesinde nasıl ki ayırt etme gücüne sahip olmaması halinde kendisinin rızası aranmıyorsa; ancak vesayet

³¹ Aynı yönde bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 331-332, kn. 1582; IŞIK Mehmet, Yeni Türk Medeni Kanun Hükümlerine Göre Evlat Edinme, Adalet Yayınevi, Ankara, 2005, s. 81-82.

Doktrinde de bu rızayı açıklamanın mutlak kişiye sıkı surette bağlı bir hak olması sebebiyle kayyım atanmasıyla bu rızanın sağlanmasının mümkün olmadığı; Kanun'da mevcut olan bu boşluğun Türk Medeni Kanun'un 311'inci maddesinin birinci bendindeki hükmün kıyasen uygulanmasıyla doldurulması gerektiği ve sonucunda ayırt etme gücü olmayan eşin rızasının aranmaması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. ÖZTAN, s. 981. Benzer yönde bkz. AYDOĞDU, s. 395-397. Bu görüş, bu durumda, rızası alınmayan eşin yasal temsilcisinin dinlenilmesinde bir sakınca olmadığını belirtmiştir. Bkz. AYDOĞDU, s. 397.

Doktrindeki başka bir görüş de bu durumda, her ikisinde de varılan sonucun aynı olması sebebiyle, TMK'nın hem 307'nci maddesinin ikinci fıkrasının hem de 311'inci maddesinin birinci bendinin kıyasen uygulanabileceğini belirtmiştir. Bkz. BELEN Herdem, Yeni Türk Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 61-62.

altındaysa ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın ve vesayet dairelerinin izniyle evlat edinilebiliyorsa; evlat edinilenin evli olup da akıl hastası olması halinde, kanunda aranan diğer şartların yanında hem eşinin rızası hem de vesayet dairelerinin izni aranacaktır³².

5. Ev Başkanının Sorumluluğu Bakımından

TMK'nın 369'uncu maddesine göre, "Ev başkanı, ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur. Ev başkanı, ev halkından akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunanların kendilerini ya da başkalarını tehlikeye veya zarara düşürmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Zorunluluk hâlinde gerekli önlemlerin alınmasını yetkili makamdan ister." (İMK m.333). Evli kişilerden birinin akıl hastası olması halinde, diğer eşin ev başkanı sıfatıyla sorumluluğunun gündeme geleceği, bu hüküm karşısında açıktır.

İfade edilmeli ki eşler arasında, normal koşullarda bir ev başkanlığı ilişkisinin kurulması söz konusu olamaz. Çünkü ev başkanı ve onun otoritesi altında olan kişi arasında bir altlık-üstlük ilişkisi vardır³³. Oysa ki TMK'nın 185 ve devamı maddelerinden, özellikle 186'ncı maddesinin ikinci fıkrasındaki "Birliği eşler beraberce yönetirler." hükmünden de anlaşılacağı üzere, eşler, evlilik birliğinde eşit konumdadırlar, aralarında altlık-üstlük ilişkisi söz konusu değildir. Ancak eşlerden birinin kısıtlı olması veya akıl hastalığı ya da akıl zayıflığının bulunması halinde, diğer eşin ev başkanı sıfatına sahip olacağı söylenebilir³⁴. Aksi halde, bu durumda dahi eşler arasında ev başkanlığı ilişkisi kurulamaz demek, hükmün (TMK m.369) uygulama amacına aykırı olur.

³² Bu durumda ayırt etme gücü olmayan evlatlığın menfaatinin de dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. İNCE AKMAN, s. 2371, 2386.

³³ KOÇANO RODOSLU, Emine, "Ev Başkanının Sorumluluğu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 63, Sayı: 4, Ocak 2014, s. 884.

³⁴ Benzer yönde bkz. ÜNAL Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 450, Ankara, 1979, s. 50, 51, 65.

Akıl hastası eş, bu sebeple kısıtlanmış olsun ya da olmasın, hükümde kısıtlı ve akıl hastasından ayrı ayrı söz edildiği için, her iki durumda da diğer eşin ev başkanı sıfatına sahip olacağı ve sorumluluğunun gündeme geleceği ifade edilmelidir. Dolayısıyla akıl hastalığı bulunan eş kısıtlı olsa da olmasa da diğer eş, bu eşin haksız fiiline dayalı olarak vermiş olduğu zararlardan sorumlu olur³⁵.

6. Vesayet İlişkisinin Kurulması Bakımından

TMK'nın 404 ve devamı maddelerinde vesayeti gerektiren haller düzenlenmiştir. 405'inci maddeye göre de akıl hastalığı vesayeti gerektiren bir hal olarak düzenlenmiştir. Buna göre, *"Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin kısıtlanır. Görevlerini yaparlarken vesayet altına alınmayı gerekli kılan bir durumun varlığını öğrenen idarî makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar"*.

TMK'nın 409'uncu maddesi doğrultusunda, eşlerden biri akıl hastasıysa, o eşin dinlenilmesine gerek kalmadan resmi sağlık kurulu raporuyla kısıtlanmasına karar verilebileceği; hâkimin, karar vermeden önce, kurul raporunu göz önünde tutarak kısıtlanması istenen akıl hastası eşini dinleyebileceği ifade edilmelidir.

Akıl hastası eşin vasisinin kim olacağıyla ilgili olarak, TMK'nın 414'üncü maddesine bakmak gerekir. Bu hüküm doğrultusunda, haklı sebepler engel olmadıkça, vesayet makamının, vesayet altına alınacak akıl hastası kişinin öncelikle eşini veya yakın hısımlarından birini, vasilik koşullarına sahip olmaları kaydıyla bu göreve atayacağı söylenebilir. Dolayısıyla akıl hastası olan eşinin vasisi olarak seçilmesi bakımından diğer eşin rüçhan (öncelik) hakkı³⁶ olduğu ifade edilmelidir. Akıl hastası eşinin vasisi olmak için eş, diğer koşulları da sağlıyorsa; vesayet makamı, onu bu göreve atar.

Bu hükümler ışığında ifade edilmelidir ki, eşlerden biri akıl hastası

³⁵ Benzer yönde bkz. ÜNAL, s. 111-112.

³⁶ Bkz. SAYMEN/ELBİR, s. 536; FEYZİOĞLU, s. 649; GÖNENSAY A. Samim, Medeni Hukuk, Cilt: 2, Aile Hukuku, Kısım II, Nesep, Velayet, Vesayet, Arkadaş Basımevi, İstanbul, 1940, s. 195-196.

olduysa, o eşin vesayet altına alınmasıyla diğer eşin vasi sıfatına sahip olması gündeme gelecektir ve bu kişilerin arasındaki evlilik şeklindeki hukuki ilişkiye bir de vesayet ilişkisi eklenecektir.

İsviçre Hukuku'nda, (Yetişkinlerin Korunması, Kişiler ve Çocuk Hukuku'na İlişkin Kanun Değişikliği ile), 1.1.2013 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş olan değişiklikler neticesinde, vesayet kurumu yeniden düzenlenmiştir. Bu kapsamda, eski kısıtlılık hali, yerini "kapsamlı kayyımlik (*umfassende Beistandschaft*)" haline bırakmıştır (İMK m.398). Ayrıca söz konusu değişiklikte kabul edilen hükümler arasında, tedbir vekaletiyle bir vekil olarak tayin edilmemiş olsalar bile ehliyetsiz bir kimsenin yakınlarının temsil yetkisinin bulunduğu da kanunen kabul edilmiştir. Bu kapsamda, İsviçre Medeni Kanunu'nun 374'üncü maddesi gereği tedbir vekaletiyle bir vekil tayin edilmese de yasal olarak bu vekâlete sahip olarak, ayırt etme gücünü kaybeden kimsenin eşine alışılmış şekilde geçimini sağlamaya yönelik her türlü hukuki işlemde bulunma, gelirlerinin ve diğer malvarlığının olağan yönetimini sağlama, gerektiğinde postalarını açma ve gereğini yerine getirme konularında yetkiler tanımıştır. Bu yeni sistemde, İsviçre Medeni Kanunu'nun 388 ve devamı hükümleriyle öngörülen resmi tedbirlere başvurmaya gerek kalmadan, Devletin iş yükünün hafifletilmeye çalışıldığı ve resmi makamların tedbirleri uygulanmasında ikinci planda olması gerektiğinin benimsendiği görülmektedir³⁷.

C. Akıl Hastalığının Evliliğin Sona Ermesindeki Etkileri

1. Evliliğin Butlanla Sona Ermesi Bakımından

Evliliğin butlanla sona erdirilmesinde, geçersiz olarak kurulmuş olan bir evliliğin hâkim kararıyla sona erdirilmesi söz konusudur. TMK'da, evlenmenin butlanı mutlak butlan (m.145 vd.) ve nisbî butlan (m.148 vd.) olacak şekilde düzenlenmiştir. Akıl hastalığı da hem mutlak

³⁷ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, (<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/7001.pdf>, E.T.8.10.2020), s.7014; KESKİN Dilşad, "İsviçre Hukukunda Tedbir Vekâleti", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 64, Sayı: 2, Haziran 2015, s. 366; YAVUZ Cevdet/ERLÜLE Fulya/TOPUZ Murat, Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 3, dn. 4.

butlan sebebi olarak hem de bazı durumlar bakımından nisbî butlan sebebi olarak evliliğin sona ermesine etkide bulunabilir. Bu durumlarda evlilik, ancak hâkim kararıyla sona erdirilebilecektir. Hâkimin bu yöndeki kararına kadar, evlilik, geçerli olan bir evlenmenin tüm sonuçlarını doğuracaktır (TMK m.156).

a. Mutlak Butlan Sebebi Olarak

aa. Genel Olarak

Akıl hastalığının evlilik kurulurken iki şekilde etkisi olduğu yukarıda ifade edilmişti: TMK'nın 125'inci maddesi çerçevesinde evliliğin geçerlilik şartlarının sağlanmasında evlenme ehliyetinin bulunup bulunmadığını belirlemek bakımından ve TMK'nın 133'üncü maddesi çerçevesinde evlenme engelinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi bakımından.

Kişinin akıl hastalığı sebebiyle sürekli biçimde ayırt etme gücünün bulunmaması söz konusuysa, artık evlenmeye ehil olmadığından söz etmek gerekecektir. Kişi, evlenme yaşını sağlamış olsa bile akıl hastalığından kaynaklı ayırt etme gücünün bulunmaması sebebiyle evlenme için tam ehliyetsiz olacaktır. Ayırt etme gücünün bulunmamasına rağmen evlilik yapılmışsa, bu evlenmenin mutlak butlanla hükümsüz olacağı ifade edilmelidir. (TMK m.145/I.b.2). Kişinin, ayırt etme gücünü ortadan kaldırmayan ancak TMK'nın 133'üncü maddesine göre evlenmeye engel nitelikte bir akıl hastalığının bulunması halindeyse, bir evlenme engeline sahip olduğundan söz etmek gerekecektir. Sözü edilen bu durumlarda nitelendirmeler farklı olsa da sonuç, her iki durum bakımından aynı olacaktır. Yani iki durumda da evlenme, mutlak butlanla hükümsüz olacaktır. Şöyle ki kanunkoyucu, TMK'nın 145'inci maddesinin birinci fıkrasında mutlak butlan sebeplerini sınırlayıcı biçimde sayarken; evlenme ehliyetinin koşulları bakımından sürekli bir biçimde ayırt etme gücünün bulunmaması halini ikinci bentte; eşlerden birinde evlenmeye engel olacak derecede bir akıl hastalığının bulunması halini üçüncü bentte saymıştır.

Evlenen kişilerden birinin evlenmeye engel bir akıl hastalığının bulunmasına rağmen, gerçeğe aykırı bir sağlık kurulu raporuyla evlen-

mesi halinde de evlenmenin butlanı (TMK m.145/I.b.3) yaptırımını uygulanmalıdır.

Hangi akıl hastalıklarının evlenmeye engel olup olmadığı konusunda Kanun'da bir açıklık bulunmamaktadır. TMK'nın 133'üncü maddesinde, "Akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbî sakınca bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler." denilmek suretiyle bu hususun değerlendirilmesi tıp bilimine bırakılmıştır. Kişinin bir akıl hastalığına sahip olması durumunda, alınacak resmi sağlık raporunda, hastalığın tanısı, seyri, tedaviye uyumu, tedaviye cevabı, kişinin sosyal-ekonomik-kültürel durumunun birlikte değerlendirilmiş olması gerekecektir. Doktrinde hangi akıl hastalıklarının evlenme engeli kapsamında olacağına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu husustaki görüşlerin, çoğunlukla, hastalıkların türü belirtilmeksizin genel ölçütlerin belirlenmesine yönelik olduğu görülmektedir. Şöyle ki doktrindeki bir görüş, buradaki akıl hastalığının ayırt etme gücünü ortadan kaldıran ve kalıtsal yolla gelecek nesillere geçme tehlikesi bulunan bir akıl hastalığı olması gerektiğini³⁸; başka bir görüş, her türlü akıl hastalığının değil, sadece evlilik birliğine zarar verecek ve kalıtım yoluyla gelecek nesillere geçecek nitelikteki akıl hastalıklarının kesin evlenme engeli oluşturması gerektiğini³⁹; bir başka görüş, iyileşmesi imkânsız olan ve gelecek nesillerin sağlığı bakımından vahim şekilde tehlike oluşturan akıl hastalıklarının evlenmeye engel olacağını, gelecek nesil için tehlike oluşturmayan

³⁸ ZEVKLİLER Aydın/ACABEY M. Beşir/GÖKYAYLA K. Emre, Zevkliler Medeni Hukuk, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000, s. 725.

Evlenmeye engel akıl hastalığının ayırt etme gücünü daimî olarak ortadan kaldıran nitelikte olması gerektiği yönünde başka bir görüş için bkz. BERKİ Şakir, "Türk Medeni Kanunda Evlenmede Mutlak Butlan", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 1, Yıl: 1962, (Mutlak Butlan), s. 207.

Evlenmeye engel akıl hastalığının ayırt etme gücünü daimî olarak ortadan kaldıran ve genetik olarak gelecek neslin sağlığını tehdit eden türde olması gerektiği yönünde başka bir görüş için bkz. TUTUMLU Mehmet Akif, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku Cilt II, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 851.

³⁹ VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, 3. Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1963, s. 335; FEYZİOĞLU, s. 116; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 79; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 60, kn. 304; YILDIRIM Abdulkemim, Türk Aile Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, s. 43; GENÇCAN Ömer Uğur, Aile Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 293; İKİZLER Metin, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 171. Benzer yönde bkz. GÜCÜN, s. 163.

ve evlilik birliğinin kapsadığı ödevlerin yerine getirilmesini engelleme-
yen akıl hastalığının evlenmeye engel olmayacağını⁴⁰ belirtmiştir.

Doktrinde, hangi akıl hastalıklarının evlenme engeli kapsamında olacağına ilişkin olarak, hastalıkların türünün de dikkate alındığı farklı görüşlerin varlığı da görülmektedir. Şöyle ki, bir görüş, gelecek neslin sağlığı açısından bir tehlike bulunmuyorsa, epilepsi veya melankolik şeklindeki akıl hastalıklarının evlenme yasağı kapsamında değerlendirilmemesinin adalete uygun olacağını belirtmiştir⁴¹. Epilepsi ve melankolik hastalıklarına ilişkin olarak başka bir görüş de, bunların bir akıl hastalığı olmasına rağmen, evlenmeye engel olacak bir akıl hastalığı olarak değerlendirilmesinin yerinde olmayacağını; bu durumların olsa olsa nisbî butlan sebebi olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir⁴². Gerçekten de epilepsi gibi bir akıl hastalığına sahip olanların hiçbir şekilde evlenmelerinin mümkün olmadığını kabul etmek hukukun temel ilkeleriyle bağdaşmayabilir⁴³. Yargıtay'ın şizofreniyi bir evlenme engeli olarak kabul ettiği görüşü de burada ifade edilebilir⁴⁴.

Evlenme engeli oluşturup oluşturmaması bakımından, somut olaya göre her birey, sahip olduğu akıl hastalığıyla ayrıca değerlendirilme-

⁴⁰ KÖPRÜLÜ Bülent/KANETİ Selim, Aile Hukuku, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1985/1986, s. 73.

⁴¹ TEKİNAY Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 5. Bası, Beta Basımevi, İstanbul, 1984, s. 82.

⁴² EROL Yasemin, "Akıl Hastalığına Dayalı Boşanma", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 1, Yıl: 2011, s. 123; OKTAY ÖZDEMİR Saibe, "Travmaya Bağlı Epilepsi Hastalığının Özel Hukuka İlişkin Olarak Yaratacağı Bazı Sonuçlar", Epilepsi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 1, 2013, s. 3.

Ara ara ortaya çıkan akıl hastalıklarının ne mutlak ne de nisbî butlan sebebi olabileceği yönündeki görüş için bkz. BERKİ, Mutlak Butlan, s. 207.

⁴³ NAMLI Mert, "Yeni Medeni Kanununun Evlilik Hukukunda Yaptığı Değişiklikler", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, 2003, s. 269; EROL, s. 123.

⁴⁴ "...Mahkemece alınan sağlık kurulu raporunda, kadının bu hastalığının 8 yıllık bir mazisinin olduğu, geçmişte zaman zaman yatarak tedavi edilmeye çalışıldığı, evlenme tarihi itibarıyla de davalı kadının işbu rahatsızlığının bulunduğu, bu hastalığın doğası gereği evliliğe engel teşkil ettiği, kendisi ve çevresindekiler bakımından tehlike arz ettiği, vasi tayininin de gerektiği belirtilmiştir. O halde, kadının sağlık raporu içeriği dikkate alındığında, davalı kadının şizofreni hastalığının, erkek ya da ileri de olması muhtemel altsoyu açısından ağır bir tehlike arz edebileceği ispatlanmıştır....", Yarg. 2. HD., T. 12.11.2018, E. 2017/5989, K. 2018/12811, (www.kazanci.com, E.T. 11.9.2020).

lidir. Baştan net bir şekilde bu akıl hastalıkları kesin evlenme engeli oluşturur demek, hukukun istemediği birtakım sonuçların doğmasına neden olabilir. Bu sebeple kanunkoyucunun bunun değerlendirilmesini ilgili bilim alanına bırakması yerinde bir yaklaşım olmuştur. Ancak tıp bilimi alanındaki uzmanların, kişinin evlenmeye engel bir akıl hastalığı olup olmadığını değerlendirirken, söz konusu akıl hastalığının gelecek nesillerin sağlığı bakımından tehlike oluşturup oluşturmadığını da dikkate alması ve buna göre raporunu oluşturması gerekir. Bu kapsamda, genel bir ölçüt olarak, gelecek nesillere geçme tehlikesi olmayan bir akıl hastalığının bir evlenme engeli olarak değerlendirilmemesi gerektiği belirtilebilir⁴⁵. Hâkimin dikkat etmesi gereken bu kıstasın aslında kanuni dayanağını Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 123'üncü maddesinde bulunduğu söylenebilir. Bu hükümde yer alan "*Frenği, belsoğukluğu ve yumuşak şankr ve cüzzama ve bir marazı akliye müptela olanların evlenmesi memnudur. Bu hastalıklar usulü dairesinde tedavi edilip sirayet tehlikesi geçtiğine veya şifa bulunduğu dair tabip raporu ibraz olunmadıkça musapların nikâhları aktolunmaz.*" ifadelerinden de anlaşılacağı üzere, gelecek nesillere geçme tehlikesi olmayan bir akıl hastalığının varlığı halinde bir evlenme engeli söz konusu olmayacaktır⁴⁶.

bb. Akıl Hastası Eşin İyileşmesi Halinde

TMK'nın 146'ncı maddesine göre, mutlak butlan davası, Cumhuriyet savcısı tarafından re'sen ve ilgisi olan herkes tarafından açılabilir. Ancak akıl hastası eşin hastalığının iyileşmiş olması halinde dava hakkının sadece iyileşen eşte olacağı kanunda belirtilmiştir (TMK m.147/II). Bu durumda davayı sadece akıl hastalığı iyileşen eş açabilir; savcının ve ilgililerin artık dava açma yükümü ya da hakları yoktur.

⁴⁵ TEKİNAY, s. 82.

⁴⁶ TEKİNAY, s. 82-83. Benzer yönde bkz. NAMLI, s. 270.

Doktrindeki bir görüş de kanunun akıl hastası olanların evlenmesini daha çok neslin bozulmasını önlemek için yasakladığını, bu sebeple ihtiyarlık gibi bir sebeple gebe kalamayacak veya gebe bırakamayacak olanların, akıl hastalıklarının da birlikte yaşamaya engel olmayıp hafif olması halinde, evlenebileceklerini belirtmiştir. Bkz. BELGESAY Mustafa Reşit, Türk Kanunu Medenisi Şerhi II, Aile Hukuku, 3. Baskı, Şaka Matbaası, İstanbul, 1949, s. 27.

Doktrinde bir görüş, burada mutlak butlanın nisbî butlana dönüş-
tüğünü ifade etmiştir⁴⁷. Bu görüş doğrultusunda, bu durumda artık,
TMK'nın 152'nci maddesinin uygulama alanı bulacağı da belirtilmiştir⁴⁸.
TMK'nın 152'nci maddesine göre, "İptal davası açma hakkı, iptal sebebinin
öğrenildiği veya korkunun etkisinin ortadan kalktığı tarihten başlayarak altı ay
ve her hâlde evlenmenin üzerinden beş yıl geçmekle düşer." Dolayısıyla, bu
görüş kapsamında, iyileşen eşin kanunda (TMK m.152) öngörülen süre-
de davayı açmaması halinde, bundan sonra artık evliliğin hükümsüzlü-
ğünü ileri sürmesi mümkün olmayacaktır denilebilir.

Doktrinde başka bir görüşse, burada mutlak butlanın nisbî butlana
dönüşmesinin söz konusu olmayacağını ifade etmiştir. Bu görüşe göre
ilgili hükmün başlığı da sadece dava hakkının sınırlanması veya kalk-
ması (dava hakkının tahdidi ve nezi) olması sebebiyle, karı ve kocanın
herhangi bir süreye bağlı olmaksızın dava açabileceklerini, açacakları
davanın da nisbî butlan değil, mutlak butlan davası olacağını belirtmiş-
tir⁴⁹.

⁴⁷ SCHWARZ, Çev. DAVRAN, s. 67-68-69; TEKİNAY, s. 136; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 102, 110; ESEN Bülent Nuri, Türk Medeni Hukuku El Kitabı Cilt 1, Başlangıç Hu-
kuku-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, Maarif Matbaası, İstanbul, 1943, s. 127; FEYZİ-
OĞLU, s. 116; SAYMEN/ELBİR, s. 82-83, 99, 209, 211-212; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 211;
ÖZTAN, s. 598, 622; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 87, kn. 465, s. 94, kn. 500; HATEMİ
Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK Burcu, Aile Hukuku, 6. Baskı, Oniki Levha Yayın-
cılık, İstanbul, 2018, s. 72, kn. 24; GENÇCAN, s. 481-482; İKİZLER, s. 225-226, 266-
267. Benzer yönde bkz. BİRSEN Kemaleddin, Medeni Hukuk Dersleri, 3. Kitap, Aile
Hukuku, 5. Bası, Ahmed Said Matbaası, İstanbul, 1959, s. 63.

⁴⁸ Bkz. ERDEM Mehmet, Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 80, 81;
İKİZLER, s. 226, 245, 266-267.

Bu durumda açılacak davanın, kanunda öngörülen süreler içinde değil, derhal
açılması gerektiği yönünde görüş için bkz. FEYZİOĞLU, s. 117.

⁴⁹ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 849-851. Dava açacak kişilerin sınırlandırıl-
mış olduğundan söz eden benzer görüş için bkz. KILIÇOĞLU Ahmet M., Aile Hu-
kuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 64, 65, 66-67; YILDIRIM, s. 44. Ben-
zer yönde bkz. GÖKTÜRK Hüseyin Avni, Türk Medeni Hukuku: İkinci Kitap, Aile
Hukuku, 3. Basım, Güney Matbaacılık, Ankara, 1954, s. 300. Benzer yönde bkz.
"Dava, evliliğin butlanı istemine ilişkindir. Eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli bir
sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması veya evlenmeye engel olacak derecede akıl
hastası olması, evliliği mutlak butlanla sakatlar. Ancak, ayırt etme gücünün sonradan kaza-
nılması veya akıl hastalığının iyileşmiş olması durumlarında mutlak butlan davasını, yal-
nızca ayırt etme gücünü sonradan kazanan veya akıl hastalığı iyileşen eş açabilir. Bu haller-
de dava hakkı, sonradan iyileşen eşe aittir....", Yarg. 2. HD., T. 16.11.2017, E. 2016/21927,

Gerçekten de bu görüşün ifade ettiği gibi, TMK'nın 147'nci maddesinin ikinci fıkrasında, "*mutlak butlan davasını yalnız ayırt etme gücünü sonradan kazanan veya akıl hastalığı iyileşen eş açabilir*" denilmek suretiyle, aslında her ne kadar bu davayı sadece iyileşen eş açabilecekse de bu davanın mutlak butlan davası olacağı açık şekilde belirtilmiştir. Kanunun bu açık hükmü karşısında aksine bir yorum yapmak yerinde olmayacaktır. Nitekim kanunkoyucu hem mutlak hem de nisbî butlan sebeplerini sınırlayıcı olarak saymıştır. Buna rağmen kanunkoyucunun tutumunun aksine davranmak, kanunu uygulamamak olacaktır. Dolayısıyla sözü edilen ikinci görüşün de kabul ettiği şekilde, burada aslında bir nisbî butlana dönüşme halinin değil, ilgili hükmün başlığında da belirtildiği gibi, mutlak butlan davasının, herhangi bir süreye tabi olmaksızın davayı açabilecek kişiler bakımından sınırlandırılmasının söz konusu olduğu kabul edilmelidir.

b. Nisbî Butlan Sebebi Olarak

aa. İrade Sakatlığına Yol Açması Halinde

Akıl hastalığının evlilik kurulurken irade sakatlığına yol açması bakımından etkisi olabileceği; ancak buradaki etkisinin doğrudan değil, dolaylı şekilde olacağı ifade edilmişti.

aaa. Yanılmada

TMK'nın 149'uncu maddesi çerçevesinde eşlerden birinin, diğer eşin, onunla birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez hâle sokacak derecede önemli bir niteliğinde *yanılması* halini nisbî butlan sebebi olarak düzenlemiştir. Bu kapsamda, bir tarafın birlikte yaşamayı çekilmez hale sokacak bir akıl hastalığının bulunması halinde ve hâkimin bu yönde kanaat oluşturması halinde, diğer eş de bu durumu evlendiği sırada bilmiyorsa, bir nisbî butlan sebebiyle karşılaşılabılır. Örneğin, eşlerden birinin bir demans hastalığı türü olan alzheimer hastalığının daha başında olduğunu bilmesine rağmen bunu karşı taraftan saklaması ve diğer eşin akıl hastalığı bulunan eşi sağlıklı zannederek evlenmesi halinde, diğer şartlar da gerçekleşmiş olursa, evliliğin TMK'nın 149'uncu maddesi kapsamında nisbî butlan sebebine dayalı olarak iptali istenebilir. Ben-

zer şekilde, epilepsi bir akıl hastalığı olarak kabul edildiğinde⁵⁰, eşin sahip olduğunu epilepsi hastalığını saklayarak diğer tarafta yanılmaya sebep olması halinde de aynı durum geçerli olabilecektir⁵¹. Bu durumda, eşin akıl hastalığının evlenmenin mutlak butlanına yol açabilecek, yani evlenme engeli ya da ehliyetin oluşmasını engelleyecek nitelikte olması da mümkündür. Böyle olmasına rağmen, diğer eş, TMK'nın 149'uncu maddesine dayanarak evlenmenin iptaline karar verilmesini istemişse, yani nisbî butlan davası açmışsa, hâkimin ilgili hükmün koşullarının oluşup oluşmadığını değerlendirip tarafın talebine göre koşullar oluşmuşsa evlenmenin butlanına karar vermesi yerinde olur. Hâkimin böyle bir durumda, re'sen evlenmenin mutlak butlanına karar vermesi yerinde olmaz. Çünkü buradaki mutlak butlan, borçlar hukukundaki butlan gibi hâkimin re'sen dikkate alabileceği bir hükümsüzlük hali değildir; ancak kanunda kendisine yetki verilmiş kişiler tarafından dava açıldığında hâkimin dikkate alabileceği bir durumdur.

bbb. Aldatmada

TMK'nın 150'nci maddesinde de evlenecek taraflardan birinin, diğer tarafın ve altsoyunun sağlığı için ağır tehlike oluşturan bir hastalığının bulunması halinde bunu, diğer taraftan gizlemesi durumunda (diğer tarafın bu hususta aldatıldığı durumda) evliliğin iptalinin istenebileceği hükme bağlanmıştır. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, *aldatma* hali de nisbî butlan sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda, eğer

⁵⁰ Dünya Sağlık Örgütü'nün "Hastalıkların ve İlgili Sağlık Problemlerinin Uluslararası Olarak İstatiksel Sınıflandırması, 10. Revizyon- 2019 Versiyonu (International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision (ICD-10)- Version: 2019)'nun beşinci bölümünde "Akıl ve Davranış Bozuklukları" başlığı altında epilepsi, bir akıl hastalığı olarak kabul edilmiştir. Bkz. <https://icd.who.int/browse10/2019/en#/V>, Erişim Tarihi: 15.2.2021.

Doktrinde, epilepsiyi akıl hastalığı olarak nitelendiren görüş için bkz. OKTAY ÖZDEMİR, s. 3, 4; Yarg. 2. HD., T. 15.6.2004, E. 4941, K. 7899, (www.kazanci.com, E.T. 11.9.2020); epilepsiyi akıl hastalığı olarak nitelendirmeyen görüş için bkz. RUHİ Ahmet Cemal, Gerekeçli-Açıklamalı-İçtihatlı Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 90; KAÇAK Nazif, Açıklamalı-İçtihatlı Boşanma, Nafaka, Mal Rejimleri, Velayet, Kartal Yayınevi, Ankara, 2004, s. 211. Benzer yönde bkz. Yarg. 2. HD., T. 6.10.1950, E. 4946, K. 4466, (KÖMÜRCÜOĞLU Halit/ERGÜNEY Hilmi, Şahıs, Aile ve Miras Hukuku, Güney Matbaacılık, Ankara, 1951, s. 252).

⁵¹ Benzer yönde bkz. Yarg. 2. HD., T. 13.2.1954, E. 738, K. 780, (FEYZİOĞLU, s. 126).

kişinin sahip olduğu akıl hastalığı, karşı taraf ve altsoyu için ağır bir tehlike oluşturuyorsa, aldatmaya dayalı bir nisbî butlan sebebinin bulunduğu da kabul edilebilir. Bu durumda, akıl hastalığının diğer eşin ve altsoyunun sağlığı için ağır tehlike oluşturan bir hastalık olması ve bunun kendisinden gizlenmiş olması yeterli olacaktır. Bu akıl hastalığının ayrıca birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez duruma sokacak nitelikte olması aranmayacaktır. Doktrinde, bu hüküm kapsamındaki hastalıklara çoğunlukla frengi, AIDS, bulaşıcı verem veya cüzzam gibi hastalıklar gösterilmektedir⁵². Kalıtsal yolla sonraki nesle geçme ihtimali olan bir akıl hastalığının varlığı halinde de bu hüküm kapsamında bir değerlendirme yapılabilir. Nitekim doktrinde de nesiller boyu devam edip gelen şizofreninin diğer eşten saklanması durumunda, aldatılan eşin evliliğin iptalini dava edebileceği belirtilmiştir⁵³. Yine doktrinde, gelecek nesiller için tehlikeli bazı ruh ve sinir hastalıklarının da bu kapsamda olacağını ifade eden bir görüş de bulunmaktadır⁵⁴. İsviçre Hukuku'nda da hukukumuzdaki ilgili hükümle (TMK m.150) aynı olan hüküm yerine, 1998/2000 revizyonuyla "diğer eşin önemli kişisel bir niteliğinde aldatılmış olma" halinin nisbî butlan sebebi olarak kabul edilerek değişiklik yapılmasına rağmen, İsviçre doktrininde diğer eşin ve altsoyun sağlığı

⁵² AKINTÜRK/ATEŞ, s. 222; ÖZTAN, s. 613; KILIÇOĞLU, s. 72-73. Benzer yönde bkz. M. ERDEM, s. 88.

⁵³ ÖZTAN, s. 613. Benzer yönde bkz. "...Davacı-davalı erkek birleşen dava dilekçesinde, davalı-davacı kadında paranoid şizofren belirtileri bulunduğunu, bu rahatsızlığın kendisi ve altsoyu için tehlike arz ettiğini ve evlenme sırasında kendisinden gizlendiğini, eşinin önemli bir niteliğinde yanılarak evlendiğini beyan ederek, Türk Medeni Kanunu'nun 149. ve 150. maddeleri uyarınca nisbî butlan sebebi ile evliliğin iptaline karar verilmesini talep etmiştir. Dosya kapsamında bulunan ... Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesinin 03.02.2016 tarihli sağlık kurulu raporunda kadının muayene tarihi itibarıyla fiil ehliyetinin tam olduğu ve aktif psikopatoloji saptanmadığı belirtilmiştir. Ancak evliliğin iptali davası yönünden mevcut rapor yetersiz olup evlilik tarihi itibarıyla herhangi bir tespit içermemektedir. O halde davalı-davacı kadında evlilik tarihi itibarıyla Türk Medeni Kanunu'nun 150/2. maddesi uyarınca davacı-davalı erkek ve altsoyunun sağlığı bakımından ağır tehlike oluşturan bir hastalık olup olmadığına dair resmi sağlık kurulu raporu alınarak sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik incelemeyle hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir. ...", Yarg. 2. HD., T. 12.2.2019, E. 2018/1389, K. 2019/967; Yarg. 2. HD., T. 12.11.2018, E. 2017/5989, K. 2018/12811, (www.kazanci.com, E.T. 11.9.2020).

⁵⁴ SAYMEN/ELBİR, s. 219; Yarg. 2. HD., T. 12.11.2018, E. 2017/5989, K. 2018/12811, (www.kazanci.com, E.T. 11.9.2020).

için tehlike oluşturan, ağır ve şifası olmayan hastalıkların aldatma kapsamında olabileceği kabul edilmektedir⁵⁵.

Burada değinilmesi gereken bir husus da “diğer eşin sağlığı bakımından ağır bir tehlike oluşturması” halinin doktrindeki çoğu görüşün ifade ettiği gibi, sadece bulaşıcı hastalıklar bakımından değerlendirilmemesi, diğer eşin ruh ve beden sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek tüm durumların dikkate alınması gerektiğidir. Nitekim kanunkoyucu da hastalığın, sağlığı bakımından ağır bir tehlike oluşturacak kişilerin kapsamında diğer eşin de olacağını kabul etmiştir. Buna göre, kendisinden gizlenen eşin akıl hastalığı, diğer eşte psikolojik olarak ağır sonuçlara neden olabileceği; o eşin sürekli olarak ağır fiziksel şiddete maruz kalmasına neden olabileceği; bu eş bakımından da “sağlığı için ağır tehlike teşkil eden bir hastalık” olarak nitelendirilmesi doğru olacaktır. Ancak bu belirlemeyi yapacak olanların da tıp bilminde uzman olan kişiler olacağı unutulmamalıdır. Böyle bir durumda, söz konusu bu akıl hastalığının aynı zamanda bir evlenme engeli olacağı ve mutlak butlan sebebi olarak değerlendirilebileceği de göz ardı edilmemelidir⁵⁶. Bu durumda, nisbî butlan talebiyle açılmış olan bir dava olursa, hâkimin re’sen bu hususu dikkate alıp evlenmenin mutlak butlanına karar veremeyeceğine yanılma haliyle ilgili açıklamalar arasında yer verilmişti. Nitekim Yargıtay da bu durumda hâkimin re’sen mutlak butlan sebebi olduğunu dikkate alıp evliliğin mutlak butlanına karar veremeyeceğini; tarafların taleplerine göre bir sonuca varılması gerektiğini belirtmiştir⁵⁷. Yargıtay

⁵⁵ KELLER Stefan, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen und Familienrecht Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB PartG, 3. Auflage, Hrsg. BREITSCHMID Peter/JUNGO Alexandra, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016, Art. 107, kn. 4; GEISER, BSK, Art. 107, kn. 11; BUCHLER/BROZZO, Kurzkomentar, Art. 107, kn. 6.

⁵⁶ Benzer yönde bkz. FEYZİOĞLU, s. 128.

⁵⁷ “Mahkemece verilen 26.02.2015 tarihli karar, Dairemizin; 20.12.2016 tarih, 2016/20616 esas ve 2016/16240 karar sayılı ilamıyla; “Davacı-davalı erkeğin dava dilekçesinde, eşinin şizofreni hastası olduğunu, kendisi veya altsoyunun sağlığı için ağır tehlike oluşturan bu hastalığın kendisinden gizlenerek evliliğin gerçekleştiğini, aldatıldığını beyan ederek Türk Medeni Kanunu’nun 150. maddesi uyarınca nisbî butlan sebebi ile evliliğin iptaline karar verilmesini talep etmiş, davalı-davacı kadın da birleşen dava ile evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuki sebebine dayalı (TMK m. 166/1) boşanma talep etmiştir. Mahkemece asıl dava ve birleşen davanın kabulüyle Türk Medeni Kanunu’nun 145/3. maddesi gereğince tarafların evliliklerinin mutlak butlan sebebi ile iptaline karar verilmiştir. Hâkim talepten faz-

başka bir kararındaysa, yerinde olmayarak, davacının talebinin akıl hastalığına dayalı boşanma olmasına rağmen, hâkimin şartlar gerçekleşmişse evliliğin feshine karar vermesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁸. Ancak Yargıtay'ın bu tutumunun hem taleple bağlılık ilkesiyle bağdaşmadığı hem de butlanla ilgili hükme (TMK m.156) açık aykırılık oluşturduğu ifade edilmelidir.

bb. Evlilik Sırasındaki Geçici Ayırt Etme Gücü Kaybında

Akıl hastalığının TMK'nın 148'inci maddesi çerçevesinde bir etkinin olup olamayacağı evliliğin kurulmasına ilişkin açıklamalar arasında değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, eşin, zaman zaman ayırt etme gücünün yokluğuna sebep olan, demans hastalığının başlangıcında olduğu gibi bir akıl hastalığının bulunduğu ve ayırt etme gücünün yokluğunun evlilik töreni sırasında da nüksettiği durumlarda, geçici sebeple ayırt etme gücünden yoksun olan bu eşin TMK'nın 148'inci maddesine göre evlenmenin iptalini dava edebilmesinin mümkün olduğu burada da

lasına veya başka bir şeye karar veremez (HMK m. 26). Mutlak butlan sebebi ile açılmış bir dava bulunmadığı halde talepten farklı olarak Türk Medeni Kanunu'nun 145/3. maddesi uyarınca evliliğin iptaline karar verilmesi doğru olmadığı, taraflarca temyiz edilmemiş olsa bile, yasaya açık aykırılık bulunması hallerinde hükmün bozulabileceği (HUMK m. 439/2), o halde mahkemece yapılacak iş davacı-davalı erkeğin davası yönünden, delillerin nisbî butlan sebebi ile (TMK m. 150/3) evliliğin iptali davası yönünden değerlendirilerek sonucu uyarınca karar verilmesi, davacı-davalı kadın tarafından açılan boşanma davasında ise, erkeğin açtığı nisbî butlan sebebi ile evliliğin iptali davasının, boşanma davası açısından beklentici sorun oluşturacağı gözetilerek, boşanma davasının tefrik edilerek erkeğin açtığı nisbî butlan sebebi ile evliliğin iptali davasının sonucu beklendikten sonra boşanma davası hakkında olumlu ya da olumsuz karar verilmesi" gerektiği yönünde bozulmuş, mahkemece de Dairemizin bozma ilamına uyulmuş, mahkemece kadının boşanma davası tefrik edilmiş, erkeğin nisbî butlan sebebiyle evliliğin iptali davasının ise reddine karar verilmiştir. ...", Yarg. 2. HD., T. 12.11.2018, E. 2017/5989, K. 2018/12811, (www.kazanci.com, E.T. 11.9.2020). Benzer yönde bkz. İKİZLER, s. 238.

⁵⁸ "...Medeni Kanun'un 112/2. maddesi; karı kocadan biri evlenme merasiminin icrası sırasında bir akıl hastalığı veya daimî bir sebep neticesi mümeyyiz değilse evlenmenin butlanını isteyebileceğini hükme bağlamıştır. Taraflar 9.5.2000'de evlenmiş dava ise 30.6.2000'de açılmıştır. Davacı eşinin akıl hastası olduğunu ileri sürerek boşanmaya karar verilmesini istemiştir. Olayları açıklamak taraflara, onun hukuki nitelendirilmesi ise hâkime ait bulunmaktadır. Davalının akıl hastası olduğu ve tedavisinin mümkün olmadığı Karabük Devlet Hastanesinin 15.9.2000 ve Bakırköy Ruh ve Sinir Hastanesi'nin 2.11.2000 günlü raporları ile sabittir. Mahkemece delillerin bu çerçevede değerlendirilip evliliğin feshine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde boşanmaya hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır. ...", Yarg. 2. HD., T. 29.11.2001, E. 15644, K. 16807, (www.kazanci.com, E.T. 26.9.2020).

ifade edilmelidir. Bu durumda bu eşin dava açma hakkı, evlenme sırasında geçici olarak ayırt etme gücünden yoksun olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak altı ay ve her halde evlenmenin üzerinden beş yıl geçmekle düşecektir (TMK m.152).

cc. Yasal Temsilcinin İzninin Yokluğunda

Akıl hastalığının evlilik kurulurken TMK'nın 127'nci maddesi çerçevesinde yasal temsilcinin izni bakımından bir etkisinin olup olamayacağı evliliğin kurulmasına ilişkin açıklamalar arasında değerlendirilmiştir. Kısıtlı akıl hastası kişinin, ayırt etme gücüne sahip olması halinde, akıl hastalığı evlenmeye engel bir akıl hastalığı (TMK m.133) oluşturuyorsa, yasal temsilcisinin rızasıyla evlenebileceği yukarıda belirtilmişti⁵⁹. Sonuçta, kısıtlı kişinin akıl hastalığı, ayırt etme gücünü ortadan kaldırıyor ya da ayırt etme gücünü ortadan kaldırmasa da evlenmeye engel nitelikteyse, o kişinin yasal temsilcisinin (vasisinin) rızası hiçbir rol oynamayacaktır⁶⁰. Yasal temsilcinin rızasının alınabileceği durumlar bakımından, kısıtlı kişinin bu rıza olmadan evlenmesi halinde, izni alınmayan yasal temsilci, TMK'nın 153'üncü maddesine göre evlenmenin iptalini dava edebilir; ancak kısıtlı kişinin kısıtlı olmaktan çıkması halindeyse evlenmenin iptaline karar verilemez.

2. Evliliğin Boşanmayla Sona Ermesi Bakımından

a. Akıl Hastalığına Dayalı Boşanma Sebebi

TMK'nın 165'inci maddesinde akıl hastalığı özel ve nisbî bir boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir. Akıl hastalığının bir boşanma sebebi olarak kabul edilmesinin, eşlerin evlilik kurulurken karşılıklı vaatlerinde belirtmiş oldukları "hastalıkta ve sağlıkta" birlikte olacaklarına dair sözleriyle çelişki oluşturduğu ve eşlerin karşılıklı vaatlerindeki hastalığın sadece fiziki bir rahatsızlık olarak nitelendirilemeyeceği söylenebilir. Hatta eşlerin hastalıkta ve sağlıkta birlikte olmayı vaat ettikleri evlilik birliğinin akıl hastalığına dayalı olarak boşanmayla sonlandırılmasının kabul edilmesinin ahlaka aykırı ve vicdanları rahatsız eden bir

⁵⁹ ÖZTAN, s. 1277-1278.

⁶⁰ Benzer yönde bkz. FEYZİOĞLU, s. 144.

durum olduğu da ifade edilebilir⁶¹. Ayrıca bu şekilde bir hastalığı olan eşin terkedilerek kendi kaderiyle baş başa bırakılmaması, hatta daha çok ilgilenilip bakılması ve gözetilmesi gerektiği de diğer eş için hem ahlaki hem de vicdani bir görevdir de denilebilir. Ancak diğer eşin aşırı zahmet ve özveri gerektiren bir hayata mahkûm edilmesi de vicdanları rahatsız etmektedir. Nitekim, diğer eşin menfaatlerini de bu noktada değerlendiren kanunkoyucu, sadece akıl hastalığı bakımından bunu kabul ederek, tarafların menfaatlerini dengelemek istemiştir. Doktrinde bu gerekçe yanında, çocukların sağlıklı bir ortamda yetiştirilmesinin gerekliliği de ileri sürülmüştür⁶².

aa. Koşulları

TMK'nın 165'inci maddesine göre, *“Eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hâle gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir”*⁶³. Bu hüküm doğrultusunda, akıl hastalığının bir boşanma sebebi olabilmesi için üç şartın gerçekleşmiş olması gereklidir: Eşlerden birinin akıl hastası olması ve hastalığının evlilik sırasında var olması, akıl hastalığının iyileşmeyeceğinin resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmiş olması, akıl hastalığı sebebiyle diğer eş için ortak hayatın çekilmez hale gelmiş olması.

⁶¹ Benzer yönde bkz. ARSEBÜK Esat, Medeni Hukuk, Cilt: II, Aile Hukuku, Recep Ulusoğlu Basımevi, Ankara, 1940, s. 744; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 171; BERKİ Şakir, Medeni Hukuk: Umumi Esaslar Şahıs ve Aile Hukuku, 2. Bası, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1969, (Medeni Hukuk), s. 150.

⁶² AKGÜN Zerrin, Boşanma Hukuku, Ahmet Halit Kitabevi, İstanbul, 1949, s. 68; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 171-172. Benzer yönde bkz. ESEN, s. 138; SAYMEN/ELBİR, s. 252; ÇAKICI GERÇEK, Leyla: Akıl Hastalığı Nedeni ile Boşanma Üzerine Bir Araştırma, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1999, (<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/34655.pdf>), E.T. 28.08.2020), s.22.

⁶³ 743 sayılı Medeni Kanun'un 133'üncü maddesinde ise şu şekilde düzenlenmiştir: *“Karı kocadan biri üç seneden beri devam eden bir akıl hastalığına duçar olup da bu hastalık müşterek hayatın devamını diğer taraf için çekilmez hale koymuş ve şifası kabil olmadığı dahi ehli hibre tarafından tasdik edilmiş bulunursa o taraf, her zaman boşanma davasında bulunabilir.”*

aaa. Evlilik Sırasında Eşlerden Birinin Akıl Hastalığı Bulunmalıdır

Eşlerden birinin akıl hastalığının evlilik sırasında var olması demek, akıl hastalığının evlendikten sonra ortaya çıkmış olması demek değildir. Önemli olan boşanma davasının açıldığı sırada akıl hastalığının var olmasıdır⁶⁴. Akıl hastalığının evlenmenin kurulduğu sırada var olması halindeyse, bu hastalığın evlenmeye engel bir hastalık olmasıyla birlikte, bu durum hem mutlak butlan sebebi hem de boşanma sebebi olarak değerlendirilebilecektir⁶⁵. Çünkü butlanına hükmedilinceye kadar gerçekleşmiş olan evlilik, geçerli bir evlenmenin doğurduğu bütün sonuçları doğuracaktır (TMK m.156). Dolayısıyla nasıl ki geçerli kurulmuş bir evlenmenin sona erdirilmesine yönelik boşanma davası açılabilirken, bu durumda da boşanma davasının açılabilceğini kabul etmek yerinde olur⁶⁶. Hatta akıl hastalığı sebebiyle açılan boşanma davasının

⁶⁴ Benzer yönde bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 117, kn. 626; YALÇINKAYA Namık/KALELİ Şakir, Boşanma Hukuku, 2. Cilt, THK Basımevi, Ankara, 1987, s. 1063; EROL, s. 128.

⁶⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 117, kn. 626; YALÇINKAYA/KALELİ, s. 1063-1064; ÇAKICI GERÇEK, s. 27; EROL, s. 128. ÖZTAN, s. 675; "... Bu nedenle, mahkemece, tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda ehliyetsiz olduğu iddia edilen kişiye ait askerlik belgeleri, tüm doktor raporları, hasta gözlem (müşahade) kâğıtları, film grafileri ve reçeteler eksiksiz getirtilerek davalının "evlenme tarihinde" sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunup bulunmadığı veya evlenmeye engel derece akıl hastası olup olmadığı hususunun Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan rapor alınmak suretiyle tespiti; bu doğrultuda mutlak butlan sebebi mevcutsa kamu düzeni düşüncesi ile herhangi bir süreye tabi olmayan bu davanın kabulü, aksi hâlde davacının ikinci kademe isteği olan boşanma davası yönünden delillerin değerlendirilmesi olmalıdır. ...", Yarg. HGK, T. 15.11.2018, E. 2017/2-2672, K. 2018/1717, (www.kazanci.com, E.T. 14.9.2020).

⁶⁶ Aynı yönde bkz. HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 120, kn. 35; "Davacı koca tarafından davalı kadının akıl hastası olduğundan bahisle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 165. maddesi yasal dayanağı ile boşanma davası açılmıştır. Yargılama sırasında davalı kadının şizofren hastası olduğu, hastalığın daoranış iradesini ortadan kaldırdığı ve bu hastalığın 10 yıllık bir süreden beridir devam ettiği hususunda rapor alınmıştır. Mahkemece, davalı kadının duçar olduğu akıl hastalığının evlenme akdinin yapıldığı sırada da var olduğundan bahisle davanın reddine karar verilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 145/3. maddesi uyarınca, akıl hastalığı, evlenme akdinin mutlak butlanla batıl olduğu hallerden olmasına karşın, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 156. maddesinde, mutlak butlan hâlinde bile evlenmenin, hâkimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğuracağı düzenlenmiştir. Öyleyse davalı kadının evlilik akdinin icrası sırasında da akıl hastası olmasının, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 165. maddede yer alan akıl hastalığına dayalı boşanma davası açılmasına engel oluşturmayacağı ortadadır. Hal böyle olunca da-

sonucunda hâkimin boşanmaya karar vermesiyle ve bu kararın kesinleşmesiyle evliliğin sona ermesi halinde, her ne kadar bu akıl hastalığı bir mutlak sebebini oluştursa da artık bu evliliğin akıl hastalığı sebebiyle butlanı dava edilemeyecektir⁶⁷. Doktrinde bir görüşse, evlenmenin butlanından önce, boşanmayla sona ermesi halinde, sadece savcının dava hakkını kaybedeceğini; evliliğin ortadan kalkmasına rağmen ilgili şahısların butlana karar verilmesini istemek hakkına sahip olduğunu belirtmiştir⁶⁸

Kanaatimizce akıl hastalığının bir boşanma sebebi olarak değerlendirilmesi için, evlendikten sonra ortaya çıkması gerekli olmamakla birlikte, doktrinde bir görüş bunun aksini savunmaktadır. Ancak bu görüşün de kendi içinde fikir birliği sağladığı söylenemez. Şöyle ki, bu görüşü savunan yazarlardan bazıları, akıl hastalığının bir boşanma sebebi olabilmesi için evlilikten sonra ortaya çıkmış bir akıl hastalığı olması gerektiği hususunu, sadece akıl hastalığının aynı zamanda evlenmeye engel teşkil eden bir akıl hastalığı olması haline hasrederlerken⁶⁹; bazıları da akıl hastalığının bir boşanma nedeni olabilmesi için kesin bir evlenme engeli niteliğinde olup olmadığına bakılmaksızın evlilikten sonra ortaya çıkması gerektiğini ifade etmiştir⁷⁰. Doktrindeki başka bir görüş

vacı tarafından 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 165. madde uyarınca açılan boşanma davasının kabulüne karar vermek gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, hükmün bozulması gerekmiştir. ...", Yarg. 2. HD., T. 6.11.2014, E. 7237, K. 21913, (www.kazanci.com, E.T. 12.9.2020). Aksi yöndeki karar için bkz. Yarg. 2. HD., T. 29.11.2001, E. 15644, K. 16807, (www.kazanci.com, E.T. 26.9.2020).

⁶⁷ Bu hususta artık butlan davası açmakta menfaat bulunmadığı ve "ilgili" sayılabilmenin mümkün olmadığı gerekçeleriyle aynı yönde bkz. HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 121, kn. 39.

⁶⁸ TEKİNAY, s. 135.

⁶⁹ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 259 (Evlenme sırasındaki evlenmeye engel nitelikteki akıl hastalığının ancak mutlak butlan sebebi olabileceği görüşünde); KILIÇOĞLU, s. 105-106 (Evlenme sırasında evlenmeye engel nitelikte bir akıl hastalığının varlığının evlenmenin butlanı sebebini oluşturacağı; ancak evlendiği eşinin evlenmeye engel derecede akıl hastası olduğunu bilen veya bunu evlendikten sonra öğrenip de butlan davası açmayan eşin akıl hastalığına dayalı olarak boşanma davası açabileceği görüşünde); M. ERDEM, s. 119-120 (Evlenmeden önceki akıl hastalığı, evlenmeye engel olmayacak nitelikte ise boşanma davasına konu olabileceği görüşünde).

⁷⁰ ÖZKAN Zülfikar, Türkiye'de Boşanmaların Sebep ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1989, s. 81.

de evlilikten önce başlamış ve var olan akıl hastalığının ancak ayırt etme gücünden yoksunluğuna da sebep olması halinde mutlak butlan sebebi olacağını, boşanma sebebi olamayacağını belirtmiştir⁷¹.

Eşlerin evliliğin butlanı, olmazsa boşanmaya karar verilmesi şeklinde açtığı davalar bakımından da öncelikle evliliğin butlanının mümkün olup olmadığının sonuçlandırılması gerekecektir. Yargıtay böyle bir durumda taleplerin ayrılması gerektiğine, açılan evliliğin butlanı davasının, boşanma davası açısından bekletici sorun oluşturacağını; evliliğin butlanı davasının tefrik edilerek sonucu beklendikten sonra boşanma davası hakkında olumlu ya da olumsuz karar vermek gerekeceğini belirtmiştir⁷².

Benzer yönde bkz. ÇANDARLI Zahid/BERKİ O. Fazıl, Medeni Kanun ve Devletler Hususi Hukukunda Boşanma Ayrılık ve Buna M. Tedair Yargıtay Kararları, Güney Matbaası, Ankara, 1949, s. 72; ÇANDARLI Zahit, Boşanma Sebeplerinden Akıl Hastalığı, (I), Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 73-74, Mayıs-Haziran 1950, s. 15; OĞUZOĞLU H. Cahit, Medeni Hukuk II, Aile Hukuku, 5.Bası, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1963, s. 104; ÖZUĞUR Ali İhsan, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma ve Ayrılık, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000, s. 208, (Bu yazarlar evlenmeden önceki akıl hastalığının mutlak butlan, evlenmeden sonraki akıl hastalığının boşanma sebebi olacağını ifade etmişlerdir); ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 900 (Bu görüş ayrıca evlenmeden önceki akıl hastalığının evlendikten sonra da devam etmesi durumunda akıl hastalığına dayalı boşanmanın diğer koşullarını da sağlaması şartıyla eşin dilerse butlan dilerse boşanma davası açabileceğini de belirtmiştir. Bkz. ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 901); ŞANVER Şerafettin, Boşanma Davaları El Kitabı, Evliliğin Kırmızı Çizgileri, Bilge Yayınevi, Ankara, 2008, s. 58-59, (Bu görüş, akıl hastalığı sebebine dayalı boşanma davasıyla birlikte butlan davasının da açılması halinde, boşanma davasının butlan davasının sonucunu beklemesi gerektiğini belirtmiştir).

⁷¹ BERKİ, Medeni Hukuk, s. 150, dn. 2.

⁷² "Asıl dava boşanma, karşılık dava mutlak butlan hukuksal nedenine dayalı evlenmenin iptali istemine ilişkindir. Mutlak butlan sebebi olarak davacının evlenme sırasında ayırt etme gücünden yoksun ve evlenmeye engel olacak derecede akıl hastası olduğu gösterilmiştir. Davacı-davalı kocanın kısıtlanmasına ilişkin vesayet dosyasında alınan raporda belirtilen hastalık nedeniyle davalıya vasi tayini gerektiği bildirilmiştir. Alınan bu rapor davalının evlenme tarihindeki durumuyla ilgili bir bilgiyi içermemektedir. Akıl hastalığı kural olarak kesin evlenme engellerinden biridir. Ancak bu engel her türlü akıl hastalığını kapsamamaktadır. Mevcut akıl hastalığının evlenme bağlamında herhangi bir sakınca doğurmayacağı resmi sağlık kurulu raporuyla belgelendiği takdirde, bu hastalığa yakalanmış olan bir kişinin evlenmesine engel bulunmamaktadır. Evlenme tarihinden önce vesayet dosyasında alınan rapor davacının evlenme tarihi itibarıyla evlenmesine engel olacak şekilde akıl hastalığının bulunup bulunmadığına ilişkin bir bilgiyi içermemektedir. Davacı-davalı kocanın evlenme aktinin yapıldığı tarihte sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun olup olmadığı ve

Hangi akıl hastalıklarının boşanma sebebi olarak kabul edileceği hâkimin takdirinde olacaktır. Hâkim, bu hususta tıp biliminde bu konuda uzman kişilerden yardım alacaktır. Gerekirse mahkeme, sunulmuş olan raporun haricinde, kendisi bilirkişi tayini yoluna giderek, kişinin akıl hastalığının bulunup bulunmadığını; akıl hastalığının bulunması halinde, bunun kişinin yaşantısına, özellikle evliliğine etkisinin ne olacağını tespit edilmesini isteyebilir. Doktrindeki bir görüş, ilaçla kontrol altına alınamayan ve kişinin bütün ruhsal ve bedensel görevlerini yerine getiremez hale getiren nöbetlerin, karakter bozukluğuna dayanan psikopat hallerin ve ayrıca ağır kişilik ve karakter bozukluklarının bir arada olması halinde alkol ve ilaç bağımlılığı hallerinin de 165'inci madde kapsamında olacağını belirtmiştir⁷³. Epilepsiye ilişkin olarak bir görüş de epilepsiyi evlenmeye engel bir akıl hastalığı olarak değerlendirmekle birlikte, bunun kanundaki diğer koşulları da sağlaması şartıyla bir boşanma sebebi olarak değerlendirilebileceğini ifade etmiştir⁷⁴. Son zamanlarda en sık karşılaşılan bir hastalık olan ve demansın bir türü olan alzheimer hastalığının bir akıl zayıflığı hali mi yoksa bir akıl hasta-

evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının bulunup bulunmadığı hususu belirlenerek karar verilmelidir. Davalı-davacı kadın tarafından açılan mutlak butlan sebebiyle evliliğin iptali davası, boşanma davası açısından bekletici sorun oluşturur. Mutlak butlan sebebiyle evliliğin iptali davasının tefrik edilerek sonucu beklendikten sonra boşanma davası hakkında olumlu ya da olumsuz karar vermek gerekir. ...", Yarg. HGK, T. 13.5.2015, E. 2-167, K. 1328; Yarg. 2. HD., T. 28.5.2012, E. 2011/18124, K. 2012/14211, (www.kazanci.com, E.T. 14.9.2020).

⁷³ ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 675-676. Benzer yönde bkz. ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 901.

⁷⁴ OKTAY ÖZDEMİR, s. 3, 4. Yargıtay da epilepsiyi ancak kanundaki (TMK m. 165'teki) diğer koşulların da varlığının kanıtlanması halinde bir boşanma sebebi olarak kabul etmektedir. Bkz. "...Davalının "temporal tipte epilepsi (sara)" hastası olduğu anlaşılmaktadır. Eşlerden birinde bu hastalığın varlığı başlı başına bir boşanma sebebi değildir. Davalının hastalığının tedavisinden kaçındığına dair bir delil olmadığı gibi, alınan raporda ruhsal bakımdan evliliği, yürütebilecek yeterliğe sahip olduğu da belirlenmiştir. Davalının sara hastası olması dışında evlilik birliğini temelinden sarsacak ve müşterek hayatın devamına imkân bırakmayacak nitelikte başkaca somut bir hadisenin varlığı ortaya konulmamıştır. O halde, davanın reddi gerekir. ...", Yarg. 2. HD., T. 15.6.2004, E. 4941, K. 7899, (www.kazanci.com, E.T. 11.9.2020).

Epilepsinin bir akıl hastalığı olmadığı yönünde bkz. RUHİ, s.90; KAÇAK, Boşanma, Nafaka, Mal Rejimleri, Velayet, s. 211. Benzer yönde bkz. Yarg. 2. HD., T. 6.10.1950, E. 4946, K. 4466, (KÖMÜRCÜOĞLU/ERGÜNEY, s. 252).

lığı hali mi olduğu konusunda kesin bir sonuç bulunmamaktadır⁷⁵. Doktrinde bir görüş, alzheimer hastalığını boşanma sebebi olabilecek bir akıl hastalığı olarak değerlendirmektedir⁷⁶. İsviçre Hukuku'nda da demans hatta yaşlılık bunması da akıl hastalığı (zihinsel rahatsızlık) kapsamında değerlendirilmekte; ancak yerinde olarak demansın türüne göre (ciddi, şiddetli, orta, hafif), her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerektiği; bunun bir akıl hastalığı (zihinsel rahatsızlık) mı yoksa akıl zayıflığı mı olduğunun tespit edilmesinin gerekli olduğu da ifade edilmektedir⁷⁷.

bbb. Akıl Hastası Eşin Hastalığının İyileşemeyeceği Resmî Sağlık Kurulu Raporuyla Tespit Edilmiş Olmalıdır

Akıl hastalığının iyileşemeyeceğinin resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmiş olması demek, tıp biliminin tedavi edemediği bir akıl hastalığının bulunması demektir. Söz konusu sağlık kurulu raporunda, hastalığın tedavisinin mümkün olmadığını kesin bir dille belirtilmiş olması gereklidir⁷⁸. Hastalığa ilişkin alınan raporda, hastalığın seyri sebebiyle

⁷⁵ Dünya Sağlık Örgütü'nün "Hastalıkların ve İlgili Sağlık Problemlerinin Uluslararası Olarak İstatiksel Sınıflandırması, 10. Revizyon- 2019 Versiyonu (International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision (ICD-10)- Version: 2019)'nun beşinci bölümünde "Akıl ve Davranış Bozuklukları" başlığı altında alzheimer, bir akıl hastalığı olarak kabul edilmiştir. Bkz. <https://icd.who.int/browse10/2019/en#/V>, Erişim Tarihi: 15.2.2021.

⁷⁶ EŞSİZ Ömer Övünç, Demansın Hukuki Boyutları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2012, s. 165.

⁷⁷ HOTZ, Kurzkomentar, Art. 16, kn. 5-6; FANKHAUSER, BSK, Art. 16, kn. 29.

⁷⁸ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 260; YALÇINKAYA/KALELİ, s.1074-1075; "... (...) nolu 02.05.2013 tarihli sağlık kurulu raporunda "(...)'m hastalığı sürekliidir. İyileşme ve alevlenme dönemleri ile seyredir. Hastalığın alevlenme dönemlerinde evlilik birlikteliğini çekilmez kılabilir, ancak, düzenli tedavi ve sosyal destekle nüks dönemleri önenebilir" demektedir. ... 11.02.2014 tarihli (...) nolu Sağlık Kurulu raporunda ise, "(...)'m 1 yıl sonra kontrol kaydı ile vasi tayini gerekmediği" bildirilmiştir. ... Vesayet kararının kaldırılmasına esas olan 11.02.2014 tarihli rapor uyarınca, (...) 'm hastalığının geçmesine olanak bulunmadığı söylenemez. Hal böyle olunca, boşanma kararına dayanak yapılan Samsun Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesinin 02.05.2013 tarihli raporunun hüküm vermeye yeter nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, davalı (...) 'm akıl hastalığının geçmesine olanak bulunup bulunmadığı yönünün araştırılması için her iki rapor arasındaki çelişkinin giderilmesi yönünde bir kez de Adli Tıp Kurumundan rapor alınarak sonucu itibarıyla karar verilmesi üzere hükmün bozulması gerekmektedir.", Yarg. 2. HD., T. 22.10.2014, E. 10031, K. 20515, (www.kazanci.com, E.T. 20.9.2020).

iyileşme ümidinin varlığından bahsedilmiş olması, iyileşme konusunda yeterli bir veri olarak değerlendirilemeyecektir⁷⁹. Ayrıca hastalığın seyri-
ninin geciktirilmesi veya etkilerinin hafifletilmesi durumunda da iyileş-
menin varlığından bahsedilemeyecektir⁸⁰. Doktrinde iyileşme imkânı
olmayan akıl hastalıklarına örnek olarak şizofreni ve paranoya örnek
gösterilmektedir⁸¹.

Eşin akıl hastalığı sebebiyle vesayet altına alınmasında kullanılan
raporun TMK'nın 165'nci maddesi kapsamında istenilen raporun unsur-
larını taşımayacağı da belirtilmelidir⁸².

ccc. Akıl Hastalığı Sebebiyle Diğer Eş İçin Ortak Hayat Çekilmez Hale Gelmelidir

Akıl hastalığı sebebiyle diğer eş için ortak hayatın çekilmez hâle
gelmesi, hâkimin takdir edeceği bir husustur ve bu sebeple akıl hastalığı
nisbî bir boşanma sebebi olarak değerlendirilmektedir. Ortak hayatın
çekilmez hale gelmesiyle kastedilen, hasta olmayan eşten ortak yaşamı
devam ettirmesini istemenin hakkaniyete aykırılık oluşturması; eşin akıl
hastalığının eşler arasındaki manevi birliğin yok olmasına neden olma-
sıdır⁸³.

İyileşmenin mümkün olmamasının kesin olmasa da kuvvetli ihtimal içinde görüldüğü durumlarda da bu şartın gerçekleşmiş kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. TEKİNAY, s.240; ATAAY Aytekin, Medeni Hukuk, Uygulama Çalışmaları I, Genel Teori (Umumi Esaslar, Şahıslar Hukuku ve Aile Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1966, (Medeni Hukuk), s. 50. Aksi görüş için bkz. YALÇINKAYA/KALELİ, s. 1075.

⁷⁹ ÖZTAN, s. 678; YALÇINKAYA/KALELİ, s. 1075; EŞSİZ, s. 166. Benzer yönde bkz. SAYMEN/ELBİR, s. 253.

⁸⁰ SAYMEN/ELBİR, s. 253; ÖZTAN, s. 678; EŞSİZ, s. 166-167.

⁸¹ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 260; EROL, s. 131; ÖZUĞUR, s. 208.

⁸² "... Davalıya vasi tayin edilmiş ise de vesayet altına alınma ile ilgili raporun Türk Medeni Kanunu'nun 165. maddesinde yazılı unsurları taşımadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple vesayet dosyasının celbi ile Adli Tıp Kurumundan davalının hastalığının, ortak hayatın diğer eş yönünden çekilmez hale getirip getirmeyeceği, hastalığın geçmesine olanak bulunup bulunmadığı hususlarında mütalââ alınıp sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden hüküm tesisi doğru görülmemiştir. ...", Yarg. 2. HD., T. 10.3.2003, E. 2052, K. 3199, (www.kazanci.com, E.T. 18.9.2020).

⁸³ ÇANDARLI/BERKİ, s. 74; AKİPEK İlhan, Mukayeseli Hukuk Bakımından Boşanma Sebepleri, Güney Matbaacılık, Ankara, 1952, s. 54; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 172;

Doktrinde, ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olma hali; eşin, diğer eşin hayatının devamı ve sağlığı için tehlike oluşturabilecek, onu sürekli bir korku altına sokabilecek saldırılarda bulunması hali; eşin akıl hastalığının sürekli olarak bir sağlık kurumunda tedavi ve bakım altında bulundurulmasını gerektirmesi hali, diğer eş için ortak hayatı çekilmez hale getiren sebepler olarak değerlendirilmektedir⁸⁴. Ayrıca doktrinde, doğacak çocukların bedeni ve fikri gelişimi ve hastalığın gelecek nesillere geçme tehlikesinin bulunması ihtimalinde, müşterek hayatın çekilmez hale gelmesini beklemeden boşanmaya karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁵.

Aklıl hastalığının evliliği çekilmez hale getirip getirmediğini hâkim, somut olayın koşullarını ve hastalığın geçmesine olanak bulunmadığının tespit edildiği sağlık kurulu raporunu dikkate alarak değerlendirecektir. Çekilmezlik hususu, tıp uzmanlarının değil, bir hukukçu olan hâkimin tespit etmesi gereken bir husustur. Yargıtay'ın çekilmezlik hususunu, sağlık kurulu raporunun dışında, hâkimin değerlendirmesi gereken bir husus olduğunu belirten yerinde kararlarının yanında⁸⁶; bu

YALÇINKAYA/KALELİ, s. 1080; ARSLAN Yusuf, Boşanma Davaları, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1970, s. 72; ÇAKICI GERÇEK, s. 40.

⁸⁴ BERKİ, Medeni Hukuk, s. 150; SAYMEN/ELBİR, s. 253-254; YALÇINKAYA/KALELİ, s. 1080; ARSLAN, s. 72; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 260; ŞANVER, s. 59; ÇAKICI GERÇEK, s. 40-41; EŞSİZ, s. 169; KAÇAK, Boşanma, Nafaka, Mal Rejimleri, Velayet, s. 213-214; İNAL, Nihat: Nişanlanma, Evlenme, Mal Rejimi, Boşanma, Velayet, Nafaka ve Eşya Davaları, Kartal Yayınevi, Ankara 2003, s. 310-311.

⁸⁵ ÇANDARLI, s. 18; ERDEM Sabri, Yerli-Yabancı İlimi ve Kaza İçtihatlarla Aile Hukuku (Evlenme-Boşanma-Nafaka), İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1966, s. 168; EROL, s. 134. Benzer yönde bkz. ÇANDARLI/BERKİ, s. 74.

⁸⁶ "...Türk Medeni Kanunu'nun 165. maddesi uyarınca, eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hale gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir. Toplanan delillerle, davalının akıl hastalığının davacı eş için müşterek hayatı çekilmez hale getirdiği kanıtlanmamıştır...", Yarg. 2. HD., T. 29.4.2010, E. 2009/5912, K. 2010/8623; Yarg. 2. HD., T. 5.3.2014, E. 2013/22120, K. 2014/4922; "...Davalının ruhsal rahatsızlığı ve bu hastalığın geçmesine tıbben olanak bulunup bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporu ile tespit edilmeden, çekilmezlik unsurunun sadece tanık beyanlarıyla tespiti yoluna gidilemez. Akıl hastalığının evlilik birliğini diğer eş bakımından çekilmez hale getirip getirmeyeceği hastalığın türü ve derecesiyle de yakından ilgilidir. Bu bakımdan "çekilmezlik" olgusu tıbbi tanıya da bağlıdır. Öyleyse, davalının tam teşekküllü resmi sağlık kurumuna sevk edilip, davalıda mevcut akıl hastalığının geçmesine olanak bulunup bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporu ile belirlenmeli ve hastalığın evlilik birliğini çekilmez hale getirip ge-

hususun tespitini tıp bilimi uzmanlarının alanına dahil ettiği yerinde olmayan kararları da vardır⁸⁷.

tirmediği hususu buna göre değerlendirilmelidir. ...”, Yarg. 2. HD., T. 3.7.2014, E. 4579, K. 15431; “... Boşanma davasında, davalının durumu hakkında bir rapor alınmamıştır. Davalının ruhsal rahatsızlığı ve bu hastalığın geçmesine tıbben olanak bulunup bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporu ile tespit edilmeden, çekilmezlik unsurunun sadece tanık beyanlarıyla tespiti yoluna gidilemez. Akıl hastalığının evlilik birliğini diğer eş bakımından çekilmez hale getirip getirmeyeceği, hastalığın türü ve derecesiyle de yakından ilgilidir. Bu bakımdan “çekilmezlik” olgusu tıbbi taniya da bağlıdır. Öyleyse, davalının tam teşekküllü resmi sağlık kuruluşuna sevk edilip, davalıda mevcut akıl hastalığının geçmesine olanak bulunup bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporu ile belirlenmeli ve hastalığın evlilik birliğini çekilmez hale getirip getirmediği hususu buna göre değerlendirilmelidir...”, Yarg. 2. HD., T. 19.6.2018, E. 2016/20096, K. 2018/7542, (www.kazanci.com, E.T. 12.9.2020). Bir Yargıtay kararının karşı oy yazısında da çekilmezlik hususunun tıp uzmanlarının değil, bir hukukçu olan hâkimin tespit etmesi gerektiği yerinde bir şekilde ifade edilmiştir. Bkz. “...KARŞI OY YAZISI: Akıl hastalığı sebebiyle açılan boşanma davasında yerel mahkeme çekilmezlik koşulu konusunda sadece Adli Tıp Kurumu raporuna dayanarak boşanma kararı vermiştir. Çekilmezlik koşulunu belirlemek uzmanlara değil hukukçulara (=hâkime) verilmiş bir görevdir. Hastalığın çekilmezliğe “objektif” etkisini uzmanlar belirleyebilir ise de “sübjektif” etkisini ancak hâkim belirleyebilir. Değerli çoğunluğun “çekilmezlik koşulu” yönünde mahkemelerin tanık dinleme zorunluluğunu sonlandıran ve çekilmezlik belirlemesini de uzmanların yapabileceği düşüncesine katılabilme olanağım yoktur. Farklı düşünüyorum. ...”, Yarg. 2. HD., T. 10.10.2012, E. 4371, K. 24180, (www.kazanci.com, E.T. 23.9.2020).

⁸⁷ Yarg. 2. HD., T. 10.3.2003, E. 2052, K. 3199; “...Mahkemece yapılacak iş, davalıda bulunan akıl hastalığının ortak hayatı diğer eş için çekilmez hale getirecek nitelikte olup olmadığı ve hastalığın geçmesine olanak bulunup bulunmadığını resmi sağlık kurulu raporuyla tespit etmek, delilleri hep birlikte değerlendirip sonucu uyarınca karar vermektir. ...”, Yarg. 2. HD., T. 31.3.2008, E. 2007/6730, K. 2008/4453; “...Davalı, 28.2.2007 ve 24.11.2006 tarihli raporlara dayanılarak, çalışma olanağı vermeyen psikolojik bozukluk tanısı ile vesayet altına alınmıştır. Davalıda mevcut olduğu belirlenen bu hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı ve ortak hayatı diğer eş için çekilmez hale getirip getirmediği resmi sağlık kurulu raporu ile tespit edilmeden eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir. ...”, Yarg. 2. HD., T. 31.5.2010, E. 2009/9395, K.2010/10627; “...mahkemece davalıya ait tedavi belgeleri getirtilip, davalı kadının akıl hastası olup olmadığı, akıl hastası ise bu yüzden ortak hayatın diğer eş için çekilmez hale gelip gelmediği, ortak hayat diğer eş için çekilmez hale gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunup bulunmadığı hususunda ilgili uzmanların da içeren resmi sağlık kurulundan rapor alınmadan, eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru görülmemiştir. ...”, Yarg. 2. HD., T. 4.3.2014, E. 2013/21633, K. 2014/4543; “...Bu durumda alınan rapor Türk Medeni Kanunu’nun 165. maddesi kapsamı karşısında yetersiz olup hüküm vermeye elverişli değildir. O halde davalı erkek hakkında tam teşekküllü devlet hastanesi veya üniversite hastanesinden Türk Medeni Kanununun 165. maddesi gereğince, davalı erkeğin akıl hastası olup olmadığı, mevcut bir hastalık varsa bu hastalığın diğer eş yönünden çekilmezlik unsuru taşıyıp taşımadığı ve hastalığın geçmesine olanak bulunup bulunmadığı konusunda sağlık kurulundan rapor alınarak, sonucuna göre bir karar

bb. Davanın Açılmasının Bir Süreye Tabi Olmaması

Söz konusu bu şartların varlığı halinde, bu davanın herhangi bir hak düşürücü süreye tabi olmaksızın her zaman açılabileceği ifade edilmelidir.

Doktrinde bir eşin, uzun bir süre (15 yıl) akıl hastası eşiyile evli kaldıktan sonra, akıl hastalığına dayalı boşanma davası açmasına engel teşkil edecek bir durumun olmadığını, uzun bir süreden sonra dava açmasının hakkaniyete aykırı bir durum olarak değerlendirilemeyeceğini belirten görüşlerin yanı sıra⁸⁸; bu durumda akıl hastası eşinin durumunun ağırlaşması ihtimali dışında ortak hayatın çekilmez olduğu iddiasının dinlenilmemesi gerektiğini belirten görüşler de bulunmaktadır⁸⁹. Kanaatimizce, kişinin uzun süre akıl hastası eşiyile birlikte yaşamış olması ve buna dayalı dava açması peşinen hakkaniyete aykırı bir durum olarak değerlendirilmemelidir, somut olayın şartları da gözetilmelidir. Ayrıca sadece akıl hastası eşin durumunun gözetilerek bir sonuca varılması da her zaman doğru bir tutum olmayabilir.

cc. Dava Açma Hakkının Sadece Akıl Hastası Olmayan

Eşe Olması

TMK'nın ilgili hükmünün (m.165) kaleme alınış tarzından da anlaşılacağı üzere, akıl hastalığı sebebine dayalı olarak boşanma davası açma hakkı, sadece akıl hastası olmayan eşe tanınmıştır⁹⁰. Ayrıca bu eş,

verilmesi gerekirken eksik incelemeyle karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup; bozmayı gerektirmiştir. ...", Yarg. 2. HD., T. 31.5.2018, E. 3075, K. 7120; Yarg. 2. HD., T. 11.9.2018, E. 2016/22141, K. 2018/8964, (www.kazanci.com, E.T. 18.9.2020).

⁸⁸ EROL, s. 135. Benzer yönde bkz. AKGÜN, s. 69.

⁸⁹ BELGESAY, s. 78.

⁹⁰ Aynı yönde bkz. AKGÜN, s. 69; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 173; ÖZTAN, s. 676; S. ERDEM, s. 168; EROL, s. 137; ŞANVER, s. 60; ÇAKICI GERÇEK, s. 42; EŞSİZ, s. 171; TUTUMLU, s. 975; KAÇAK, Boşanma, Nafaka, Mal Rejimleri, Velayet, s. 214; ÜNLÜTEPE Mustafa, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma (TMK m. 166/I-II), Seçkin Yayıncılık, Anlara, 2019, s. 120; "...Eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hale gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir (TMK. md. 165). Madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere, akıl hastalığı hukuki sebebine dayalı boşanma davası, akıl hastası olmayan eş tarafından akıl hastası olan eşe karşı açılabilir. Davacının kendisindeki akıl hastalığına dayanarak bu madde gere-

davacı olarak, eşinin akıl hastalığının evliliğin devamını çekilmez kıldığını, TMK'nın 6'ncı maddesi çerçevesinde ispat yükü altında olur.

Akıl hastalığına dayalı boşanma davasının davalı konumunda olacak olan eş, akıl hastası olsa da, ayırt etme gücüne sahip olabileceği gibi ayırt etme gücüne sahip olmayabilir. Çünkü sahip olduğu akıl hastalığı onun ayırt etme gücünü ortadan kaldırmamış olabilir. *Ayırt etme gücü olan ancak akıl hastalığı bulunan eşin*, her ne kadar akıl hastalığı bir kısıtlama, yani vesayeti gerektiren bir sebep olsa da, eşin bu durumda savunmada bulunmak için yasal temsilcisinin (vasisinin) rızasını almasına gerek olmayacak, bizzat kendisi savunmada bulunabilir. *Ayırt etme gücünün bulunmaması halindeyse*, bu eşin davada bizzat savunmada bulunmasından ya da bir vekil atamasından söz etmek mümkün değildir. Bu durumda, aleyhine dava açılan bu eş, vasisi temsil eder; vasisi yoksa, bu eşe vasi tayin edilerek davaya devam edilir. Bunun için davaya bakan aile mahkemesinin sulh hukuk mahkemesine ihbarda bulunması gerekir. Bu kapsamda, ayırt etme gücü bulunmayan akıl hastası kişinin yasal temsilcisi (vasisi), onu, boşanma davasında temsil eder, savunmada bulunur ve gerektiğinde karara karşı kanun yollarına başvurabilir⁹¹. Bu sebebe dayalı olarak boşanma davası açan eş, akıl hastası eşinin aynı zamanda vasisiyse, boşanma davası için akıl hastası eşe bir kayyım atanması gerekir.

Her iki eşin de akıl hastası olması halinde, eşlerden birinin, akıl hastalığı sebebine dayalı olarak boşanma davası açıp açamayacağı da değerlendirilmelidir. Aşağıda ayırt etme gücüne sahip olmayan eş bakımından sınırlı hallerde, menfaatinin gerektirdiği durumlarda, yasal temsilcisinin onun adına boşanma davası açabileceği; ayırt etme gücüne sahip akıl hastası eşinse, sınırlı ehliyetsiz konumunda olacağı için, kişiye sıkı sıkıya bağlı bu hakkını kendisinin bizzat kullanacağı ifade edilmişti. Yukarıda ifade edildiği gibi, TMK'nın 165'inci maddesine göre hâkimin boşanmaya karar verebilmesi için, bu davanın akıl hastası olmayan eş tarafından açılması ve akıl hastalığı sebebiyle diğer eş açısından ortak hayatın çekilmez hale gelmesi gereklidir. Dolayısıyla ayırt etme gücüne

ğince boşanma talebinde bulunması hukuken mümkün değildir. ...", Yarg. 2. HD, T. 25.12.2012, E. 2011/14560, K. 2012/31551, (www.kazanci.com, E.T. 23.9.2020).

⁹¹ AKGÜN, s. 70.

sahip olmayan akıl hastası eş bakımından, diğer eşin akıl hastalığına dayalı olarak, TMK'nın 165'inci maddesine göre boşanma davası açması mümkün değildir. Çünkü bu eş, içinde bulunduğu durum nedeniyle, ortak hayatın çekilmez hale gelip gelmediğini sağlıklı şekilde değerlendirip anlayabilecek durumda olmayacaktır⁹². Ayırt etme gücüne sahip akıl hastası eşin diğer akıl hastası eşe karşı, akıl hastalığına dayalı boşanma davası açabilmesi bakımından farklı düşünmek gerekir. Bu durumda ayırt etme gücüne sahip eşin bu sebebe dayanarak diğer eşe karşı açtığı davada, ortak hayatın çekilmez hale gelip gelmediğini sağlıklı şekilde değerlendirip anlayabilecek durumda olabilme ihtimali vardır. Böyle bir ihtimalde diğer eş ayırt etme gücüne sahip olsa da olmasa da boşanma davasının şartlarının oluştuğu kabul edilmelidir.

b. Akıl Hastalığının Diğer Boşanma Sebeplerine Etkisi

aa. Akıl Hastası Eşe Karşı Dava Açılmasında

Akil hastası eşe karşı, akıl hastalığı dışında, kanunda sayılı diğer boşanma nedenlerine dayanarak boşanma davası açılmasının mümkün olmadığını peşinen söylemek yerinde değildir. Doktrinde, boşanma nedeni oluşturabilecek bir akıl hastalığının varlığı halinde, artık akıl hastası eşin davranışlarını iradesi dışında gerçekleştirdiği; bu durumda, onu, diğer boşanma sebebi oluşturabilecek davranışlarından sorumlu tutmanın mümkün olmadığı ifade edilmiştir⁹³. Nitekim Yargıtay da bu sebeple, akıl hastası eşe karşı evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebine dayalı olarak boşanma davası açılmayacağını birçok kararında belirtmiştir⁹⁴. Kanaatimizce akıl hastası eşe karşı açılmış bir boşanma davasının

⁹² Benzer yönde bkz. YALÇINKAYA/KALELİ, s. 1070-1071, 1073; ATAAY, Medeni Hukuk, s. 186; ÇANDARLI, s. 17-18.

⁹³ Benzer yönde bkz. YALÇINKAYA/KALELİ, s. 1073.

⁹⁴ Bkz. "Yapılan yargılama ve toplanan delillerden; davalı erkeğin akıl hastalığı nedeniyle Türk Medeni Kanunu'nun 405. maddesi gereği kısıtlanarak kendisine vasi atandığı anlaşılmaktadır. Davacı kadın tarafından akıl hastalığına dayalı (TMK m. 165) olarak açılmış bir dava bulunmamaktadır. Davalı erkeğin hareketleri iradi olmadığından, kusur yüklenmez ve Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesine dayalı "evlilik birliğinin sarsılması" hukuki sebebine dayanılarak boşanmaya karar verilemez...", Yarg. 2. HD., T. 14.1.2020, E. 2019/8244, K. 2020/112; "...Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden davalı kadının akıl hastalığı sebebiyle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 405. maddesi gereği kısıtlanarak kendisine vasi atandığı anlaşılmaktadır. Davacı erkek tarafından akıl hastalığına dayalı (TMK m. 165) olarak açılmış bir dava bulunmamaktadır. Davalı kadının hareketleri iradi

varlığında, eşin davranışlarının iradi olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Eş, salt akıl hastası diye, açılan dava baştan peşinen reddedilmemelidir. Daha önce de ifade edildiği gibi, kişinin sahip olduğu akıl hastalığının onun ayırt etme gücünü ortadan kaldırmaması ihtimali de bulunmaktadır. Bu sebeple ifade edilmelidir ki eşin akıl hastalığına sahip olduğu her durum için onun eylemlerinin iradi olmadığı sonucuna varmak doğru değildir. Bu noktada eşin akıl hastalığına sahip olması durumu ile ayırt etme gücüne sahip olmaması durumu ayrı ayrı ve titizlikle incelenmeli; eşin akıl hastalığının onun ayırt etme gücünü ortadan kaldırıp kaldırmadığına göre hareket edilmelidir. Nitekim Yargıtay'ın da akıl hastalığının varlığı halinde ayırt etme gücünün ortadan kalkmış olup olmamasını değerlendiren kararları da bulunmaktadır⁹⁵. Hatta baş-

olmadığından, kusur yüklenemez ve Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesine dayalı "evlilik birliğinin sarsılması" hukuki sebebine dayanılarak boşanmaya karar verilemez. Erkeğin davasının reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır. ...", Yarg. 2. HD., T. 15.5.2018, E. 2559, K. 6246; "...Davalı-karşı davanın hareketleri iradi olmadığından, Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesine dayalı "evlilik birliğinin sarsılması" hukuki sebebine dayanarak boşanmaya karar verilemez...", Yarg. 2. HD., T. 27.11.2017, E. 2016/7685, K. 2017/13330; "... Dava, şiddetli geçimsizlik sebebine (TMK.m.166/1) dayalı olarak açılmıştır. Toplanan delillerden, davalı erkeğin akıl hastası olduğu ve kendisine vasi atandığı anlaşılmaktadır. Akıl hastalığına dayalı (TMK.m.165) bir dava da söz konusu değildir. Mahkemece, Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesi gereğince boşanma kararı verilebilmesi için davalı erkeğin davranışlarının iradi olması gerekmektedir. Akıl hastası davalı erkeğin davranışları iradi olmadığına göre, davanın reddi yerine kabulü doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir. ...", Yarg. 2. HD., T. 22.10.2015, E. 5174, K. 19178; Yarg. 2. HD., T. 15.3.2013, E. 2012/ 6687, 2013/7025; Yarg. 2. HD., T. 19.3.2012, E. 4532, K. 6280; Yarg. 2. HD., T. 12.6.2006, E. 3215; Yarg. 2. HD., T. 30.3.2005, E. 3217, K. 5084, (www.kazanci.com, E.T. 11.9.2020).

Aksi yöndeki, akıl hastası eşe karşı evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebine dayanılarak boşanma davası açılabilceği yönündeki görüş için bkz. ÜNLÜTEPE, s. 311-312, 245-246.

⁹⁵ *"...Davacı-davalı kocanın kısıtlandığı ve babasının velayeti altına alındığı anlaşılmaktadır. Akıl hastalığının yıllardan beri süre geldiği sabit olup, davacı-davalının ayırt etme gücü bulunmamaktadır. Ayırt etme gücü bulunmayan kısıtlının davranışlarının iradi olduğu da kabul edilemez ve bu sebeple kendisine kusur yüklenemez. ...", Yarg. 2. HD., T. 18.2.2014, E. 2041, K. 3138; "...Davalı kocanın (...) 2. Sulh Hukuk Mahkemesince 6.12.2011 tarihinde Türk Medeni Kanununun 405. maddesinde yer alan sebeplerle kısıtlandığı ve kardeşi (...)'nın vasi olarak atandığı anlaşılmaktadır. Akıl hastalığı sebebiyle davalı kocanın ayırt etme gücü bulunmamaktadır. Ayırt etme gücü bulunmayan kısıtlının davranışlarının iradi olduğu da kabul edilemez ve bu sebeple kendisine kusur yüklenemez. Bu husus gözetilmeden davacı kadının evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuki sebebine dayalı boşanma davanın kabulü doğru değil ise de; boşanma hükmü temyiz edilmediğinden bozma nedeni*

ka bir Yargıtay kararının karşı oy yazısında da, bu görüşle aynı doğrultuda, akıl hastalığı sebebiyle kısıtlanan bir kişinin sahip olduğu hastalığın onun eylemlerinin iradiliğini etkileyip etkilemediğini belirlemeden; salt kısıtlanmış olması sebebiyle eylemlerinin iradi olmadığı sonucuna varılmasının doğru olmadığı belirtilmiştir⁹⁶. Eğer ki eşin akıl hastalığı onun ayırt etme gücünü ortadan kaldırmıyorsa, artık davranışlarının iradi olmadığından söz edilmeyecektir. Dolayısıyla böyle bir durumda hâkimin diğer eşin taleplerini dikkate alması yerinde olacaktır. Aksi halde, diğer eşin, salt akıl hastalığına dayalı boşanma davası açmadığı için, ayırt etme gücüne sahip ancak akıl hastalığı bulunan eşin davranışlarına bir süre daha katlanmasını beklemek ya da diğer sebeplerin ge-

yapılmamış, yanlışlığa işaret edinilmekle yetinilmiştir. ...”, Yarg. 2. HD., T. 25.4.2013, E. 2012/26006, K. 2013/11537; Yarg. 2. HD, T. 25.3.2013, E. 2012/22294, K. 2013/7993, (www.kazanci.com, E.T. 20.09.2020).

Yargıtay başka bir kararında ise, kişinin ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığını değerlendirmeden, kısıtlanmış ve akıl hastalığının sürekli olması halinde davranışlarının iradi olmayacağı sonuca varmıştır. Bkz. “...Yargılama sırasında davalı koca akıl hastalığı nedeniyle kısıtlanmış, kendisine vasi atanmıştır. Vesayet dosyasında davalı koca hakkında düzenlenen sağlık kurulu raporunda hastalığının sürekli olduğu rapor edilmiştir. Akıl hastası olan davalı kocanın davranışları iradi olmadığına göre, kendisine kusur da yüklenilemez. ...”, Yarg. 2. HD., T. 9.10.2013, E. 9776, K. 23330, (www.kazanci.com, E.T. 20.09.2020).

⁹⁶ “KARŞI OY: Davalı “psikoz” denilen ruhsal hastalığı sebebiyle vesayet altına alınmıştır. Bu hastalığının eylemlerinin iradiliğini ortadan kaldırdığı belirlenmeden sırf bu sebeple kısıtlanmış olmasından hareketle “eylemlerinin iradi olmadığı” sonucuna ulaşılmasını doğru bulmuyorum. Mahkemece yapılacak iş, davalıda mevcut olduğu belirlenen ruhsal rahatsızlığın iradesi üzerinde müessir olup olmadığını Adli Tiptan rapor almak suretiyle saptamak, sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Bu yapılmadan eksik incelemeyle hüküm tesisi doğru değildir. ...”, Yarg. 2. HD., T. 20.6.2011, E. 2010/10094, K. 2011/10856, (www.kazanci.com, E.T. 26.09.2020).

Yargıtay’ın kişinin sadece akıl hastalığı sebebiyle kısıtlanmış olması halinde başka hiçbir değerlendirme yapmadan davranışlarının iradi olmadığı sonuna vardığı kararları için bkz. “...Davalı kadının akıl hastası olduğu ve yargılama sırasında kısıtlandığı anlaşılmaktadır. Akıl hastalığına dayalı boşanma davası bulunmamaktadır. Davalının hareketleri iradi olmadığı için kendisine kusur yüklenemeyeceğinden, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle dayalı olarak açılan boşanma davasının reddi yerine hüküm tesisi hukuka aykırıdır. ...”, Yarg. 2. HD., T. 16.5.2011, E. 2010/7767, K. 2011/8474; Yarg. 2. HD., T. 14.3.2011, E. 2010/3547, K. 2011/4405; Yarg. 2. HD., T. 11.10.2010, E. 13389, K. 16590; Yarg. 2. HD., T. 21.9.2010, E. 2009/13155, K. 2010/14983; Yarg. 2. HD., T. 6.7.2010, E. 2009/12088, K. 2010/13532, (www.kazanci.com, E.T. 26.09.2020).

çekleşmediğini söylemek adalet ve hakkaniyet düşüncesine aykırı olacaktır⁹⁷.

Akıl hastası eşe karşı, akıl hastalığı dışında başka bir sebeple açılan boşanma davasında, hâkimin re'sen akıl hastalığını göz önünde bulundurup akıl hastalığına dayalı olarak boşanmaya karar verebilmesinin mümkün olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Bu noktada ifade edilmeli ki hâkim önüne gelen olayda akıl hastası olan eşe karşı başka bir sebeple açılan boşanma davasını, eşin davranışlarının iradi olmadığı gerekçesiyle reddederken, re'sen akıl hastalığını dikkate alarak akıl hastalığı sebebiyle boşanmaya karar veremez, tarafların talepleriyle bağlı kalmalıdır⁹⁸. Ancak bu noktada şu husus ayrı tutulmalıdır: Eğer açılan

⁹⁷ Nitekim Yargıtay'ın da bir kararında benzer tutum içinde olduğu söylenebilir. Bkz. "... Toplanan delillerden, Gaziantep Üniversitesi Şahinbey Araştırma ve Uygulama Hastanesi Başhekimliği'nin 23.07.2013 tarihli sağlık kurulu raporuna göre, davacı-davalı kocada iki uçlu bozukluk denilen ruhsal hastalığın olduğu, bu hastalığın remisyonda olduğu, şahsa bu haliyle vasi tayini gerekmediği bildirilmiştir. Mahkemece davacı-davalı kocanın ruhsal rahatsızlığının olduğu, bu hususta tedaviye yanaşmadığı ve bu rahatsızlığın etkisiyle eşine fiziksel şiddet uyguladığı, boşanmaya neden olan olaylarda ağır kusurlu olduğu kabul edilmiş ancak kocanın bu eylemlerini rahatsızlığının etkisiyle gerçekleştirdiği belirtilip davalı-davacı kadının maddi ve manevi tazminat talepleri reddedilmiştir. Davacı-davalı kocanın vasi tayinini gerektirecek bir akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olmadığına göre mahkemece davacı-davalı kocaya kusur olarak atfedilen davranışların iradi olmadığından söz edilemez. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda ruhsal hastalığı konusunda tedaviye yanaşmayan ve eşine fiziksel şiddet uygulayan davacı-davalı koca, ailesinin eşine fiziksel şiddet uygulamasına sessiz kalan davalı-davacı eşe nazaran ağır kusurlu olup, somut olayda TMK 174/1-2.madde koşulları oluşmuştur. Gerçekleşen bu durum karşısında davalı-davacı kadının maddi ve manevi tazminat taleplerinin kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir. ...", Yarg. 2. HD., T. 20.3.2014, E. 4305, K. 6331, (www.kazanci.com, E.T. 20.09.2020).

⁹⁸ "... Davacı 743 sayılı Medeni Kanun'un 134. maddesinde ifadesini bulan evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuki sebebine dayanarak boşanma isteğinde bulunmuştur. Bu kurala göre evlilik birliğinin temelden sarsan olayların iradi olması gerekir. Davalının akıl hastalığı ilamla sabit olduğuna göre kocanın davranışlarının iradi olduğu kabul edilemez. Akıl hastalığına ilişkin dava yoktur. (MK.m.133) Hâkim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 74. maddesine göre isteği aşarak karar veremez...", Yarg. 2. HD., T. 4.4.2002, E. 3989, K. 4772; "Davalı kadına "şizoafektif bozukluk" tanısı konulduğu ve davadan önce mahkeme kararı ile kısıtlandığı anlaşılmaktadır. İradi davranışlar geçimsizlik sebebi oluşturur. Davalının hareketleri iradi olmadığından, "evlilik birliğinin temelinden sarsılması" hukuki sebebine dayanılarak boşanmaya karar verilemez. Akıl hastalığı sebebiyle açılmış bir dava da mevcut değildir. Davanın reddine karar verilmesi gerekir. ...", Yarg. 2. HD., T. 22.12.2014, E. 26145, K. 26382; "...Davalı koca 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 405. maddesi gereğince kısıtlanmış ve kendisine vasi tayin edilmiştir. Davalı akıl hastasıdır.

davanın dilekçesinde, akıl hastalığı sebebiyle evliliğin çekilmez hale geldiği belirtilip, herhangi bir hukuki sebep, kanuni dayanak belirtmemişse ne olacaktır? Bu durumda Yargıtay, olayları açıklamanın taraflara, hukuki nitelendirmenin hâkime ait olacağını belirterek, akıl hastalığına dayalı olarak karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁹⁹. Kanaatimizce de

Akil hastalığına dayalı bir boşanma davası da bulunmamaktadır. Davacı kadın 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166/1 maddesinde düzenlenen evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı olarak boşanma davası açmıştır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166/1-2. maddesi uyarınca boşanmaya karar verebilmek için, en azından davalının az da olsa kusurunun varlığının kanıtlanmış olması gerekir. Açıklandığı gibi, davalı koca akıl hastası olduğundan kendisine bir kusur yüklenemez. O halde, davacı kadının şiddetli geçimsizlik nedenine dayalı davasının reddi gerekirken; yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup ...", Yarg. 2. HD., T. 5.12.2014, E. 6403, K. 24855, (www.kazanci.com, E.T. 18.9.2020).

Ayrıca hâkim, akıl hastalığına dayalı olarak açılan boşanma davasında tarafın talebine aykırı olarak başka bir boşanma sebebine dayanarak boşanmaya da karar veremez. Bkz. "...Davalı-davacı kadının davası Türk Medeni Kanunu'nun 165. maddesi uyarınca "akil hastalığı" sebebine dayalı olarak açılmıştır. Talebe aykırı olarak Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesinden hüküm kurulması doğru olmadığı gibi, ...", Yarg. 2. HD., T. 6.5.2010, E. 2009/7533, K. 2010/9074, (www.kazanci.com, E.T. 26.9.2020).

⁹⁹ "... Olayları açıklamak taraflara, hukuki nitelendirme hâkime aittir. Davalı kadına vasi tayin edildiği ve davanın da vasi tarafından takip edildiği anlaşılmaktadır. Dava dilekçesindeki açıklamalara göre davanın hukuki dayanağı Türk Medeni Kanunu'nun 165. maddesine dayalı akıl hastalığı nedeniyle boşanma davası olup resmi sağlık kurulu raporu da alındıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken şiddetli geçimsizlik sebebiyle (TMK. md. 166) boşanmaya karar verilmesi doğru görülmemiştir. ...", Yarg. 2.HD., T.30.3.2005, E.3217, K.5084; "... Olayları açıklamak taraflara işin hukuki nitelendirilmesi ise hâkime ait bulunmaktadır. Dava akıl hastalığına dayalıdır. Dilekçedeki geçimsizlik sözcükleri evliliğin çekilmez hale geldiğini vurgulamak için kullanılmıştır. Mahkemece yapılacak iş, davayı akıl hastalığı sebebine dayalı olarak incelemek, delilleri toplamak ve hasil olacak sonuca göre karar vermektir. ...", Yarg. 2. HD., T. 31.5.2000, E. 5517, K. 7244; "...Davalı, karşılık boşanma davasını ihtiva eden cevap dilekçesinde; " eşinin akli dengesinin yerinde olmadığını, bu yüzden evlilik birliğinin çekilmez hale geldiğini" ileri sürdüğüne göre, karşılık boşanma davası Türk Medeni Kanunu'nu 166/1. maddesine değil, aynı Yasasının 165'inci maddesinde yer alan "akil hastalığı" sebebine dayanmaktadır. Nitekim davacı-karşılık davalı (koca) da davadan önce Türk Medeni Kanunu'nun 405'inci maddesinde yer alan sebeple kısıtlanmış, babasının velayeti altına konulmuştur. Bu durumda karşılık boşanma davasının Türk Medeni Kanunu'nun 165'inci maddesine dayandığı gözetilerek, bu madde çerçevesinde araştırma ve inceleme yapıp sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken hatalı nitelendirme ile karşılık dava hakkında yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır. ...", Yarg. 2. HD., T. 9.7.2013, E. 7272, K. 19603; "...Davacı, dava dilekçesinde; davalının akıl hastası olup, halen tedavi gördüğünü, bu yüzden ortak hayatın çekilmez hale geldiğini de ileri sürdüğüne göre, boşanma isteğini Türk Medeni Kanunu'nun 165'inci maddesinde yer alan "akil hastalığı" sebebine dayandığı

böyle bir durumda hâkim, ileri sürülen vakaları ve boşanma talebini dikkate alarak, koşullar da gerçekleşmişse akıl hastalığına dayalı olarak boşanmaya karar verebilecektir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119'uncu maddesinde, hukuki sebebin belirtilmesi, dava dilekçesinde bulunması gereken bir unsur olarak kabul edilmiş ve doktrinde de bu durumda hukuki sebep olarak, temel hukuki sebebin gösterilmesinin gerekli ve yeterli olduğu; bunun dışında ilgili kanun hükümlerinin madde, fıkra ve bent şeklinde en ince ayrıntısıyla gösterilmesinin zorunlu olmadığı belirtilmiştir¹⁰⁰. Bu çerçevede, tarafın çelişkili ifadelerde bulunması, "aynı zamanda evlilik birliğim temelden sarsılmıştır demesi" haliye ayrıca değerlendirilmeli ve bu kapsamda, hâkimin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31'inci maddesi gereği aydınlatma ödevi çerçevesinde, ilgili tarafa isteğinin ne olduğunun net bir şekilde açıklattırılması yoluna başvurulması gerekir. Tarafın hem akıl hastalığına hem de evlilik birliğinin temelden sarsılması sebeplerine dayalı olarak boşanmayı talep etmesi durumundaysa hâkim, talebin şartlarının oluşup oluşmadığını her iki hukuki sebebin koşullarına göre ayrı ayrı incelemelidir¹⁰¹. Tarafın boşanma talebini dayandırdığı hususları, hayata kast,

da anlaşılacaktır. ...", Yarg. 2. HD., T. 13.6.2013, E. 4102, K. 16513; Yarg. 2. HD., T. 30.3.2005, E. 3217, K. 5084; "...Olayları açıklamak taraflara için hukuki nitelendirilmesi ise hâkime ait bulunmaktadır. Dava akıl hastalığına dayalıdır. Dilekçedeki geçimsizlik sözcükleri evliliğin çekilmez hale geldiğini vurgulamak için kullanılmıştır. Mahkemece yapılacak iş, davayı akıl hastalığı sebebine dayalı olarak incelemek, delilleri toplamak ve hasil olacak sonuca göre karar vermekten ibarettir...". Yarg. 2. HD., T. 31.5.2000, E. 5517, K. 7244, (www.kazanci.com, E.T. 20.9.2020).

¹⁰⁰ ÖZEKES Muhammet, "Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur", Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt: 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 756-757.

¹⁰¹ "...Bir davada olayları açıklamak taraflara, davayı hukuki olarak nitelendirme ise hâkime aittir (04.06.1958 tarihli 15/6 sayılı Yargıtay İ.B.K.). Davacının dava dilekçesindeki açıklamalarından, hem Türk Medeni Kanunu'nun 165. maddesindeki "akıl hastalığı", hem de Türk Medeni Kanunu'nun 166/1-2. maddesinde düzenlenen "evlilik birliğinin temelden sarsılması" hukuki sebeplerine dayalı olarak boşanma talep ettiği anlaşılmaktadır. Aynı dava içinde, birbiriyle çelişmeyen, birden fazla hukuki sebebe dayalı olarak dava açılmasına yasal bir engel yoktur. Toplanan delillere ve özellikle alınan rapora göre davacının akıl hastalığına dayalı boşanma talebinin reddine karar verilmesinde hukuka aykırı bir yön bulunmadığından; bu yöne ilişkin temyiz talebi yersiz bulunmuştur. 2-Davacının Türk Medeni Kanunu'nun 166/1-2. maddesine dayalı boşanma talebine yönelik temyiz itirazının incelenmesine gelince; Davacının boşanma talebi hakkında toplanan deliller, mahkemece sadece akıl hastalığı sebebine dayanan boşanma talebi çerçevesinde incelenip karar verilmiştir. Davacının

pek fena muamele, akıl hastalığı, evlilik birliğinin temelden sarsılması olarak açıklamış olduğu bir olayda ise Yargıtay, eşin akıl hastalığının bulunması durumunda, sadece bu hususa göre hâkimin değerlendirme yapıp karar verebileceğini belirtmiştir¹⁰².

Kişinin akıl hastalığının iyileşemeyeceğinin sabit olduğu ancak hâkimin ortak hayatın çekilmez hale geldiği kanısına varmadığı veya kişinin akıl hastalığının iyileşme olanağının bulunduğu ancak ortak hayatın diğer eş için çekilmez hale geldiği hallerde; hâkimin, şartları oluşmadığı için akıl hastalığına dayalı olarak boşanmaya karar vermemesi durumunda, diğer eşin yeni bir dava açarak evlilik birliğinin temelden sarsıldığını iddia ederek boşanmayı talep etmesinin mümkün olup olmadığı da değerlendirilmesi gereken bir başka husustur. Bu durumlarda eş, evlilik birliğinin temelden sarsılmasına dayalı olarak boşanma davası açtıysa ve eşten ortak hayatı sürdürmesi beklenemeyecekse evlilik birliğinin temelden sarsılıp sarsılmadığı değerlendirilmesi yapılacaktır¹⁰³. An-

Türk Medeni Kanunu'nun 166/1-2. maddesine dayanan boşanma talebi hakkında ise bir inceleme yapılmamıştır. Bu nedenle, toplanan delillerin Türk Medeni Kanunu'nun 166/1-2. maddesine dayalı boşanma talebi yönünden de değerlendirilip gerçekleştirilecek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken; bu konuda bir karar verilmemesi usul ve yasaya aykırı olup; bozmayı gerektirmiştir. ...", Yarg. 2. HD., T. 31.5.2012, E. 2011/19924, K. 2012/14498, (www.kazanci.com, E.T. 23.9.2020).

¹⁰² "...Davacı (kadın) tarafından hayata kast ve pek fena muamele, akıl hastalığı, evlilik birliğinin temelden sarsılması nedenlerine dayalı olarak boşanma talep edilmiş, mahkemece diğer yönlerden araştırma yapılmadan evlilik birliğinin temelden sarsıldığından bahisle tarafların boşanmalarına karar verilmiştir. Yargılama sırasında davalının (koca) "psikotik bozukluk" sebebiyle kısıtlandığı, kendisine vasi atandığı ve davaya vasinin katılımı ile devam edildiği anlaşılmaktadır. Davalının davranışlarının iradi olmadığı anlaşılmakla kusurlu olduğundan söz edilemez. Mahkemece Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesi gereğince kocanın kusuru sebebiyle boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. ...", Yarg. 2. HD., T. 12.5.2008, E. 5689, K. 6909, (www.kazanci.com, E.T. 26.9.2020).

¹⁰³ Nitekim bir Yargıtay kararının karşı oy yazısında da bu yönde görüş bildirilmiştir. Bkz. "...MUHALEFET ŞERHİ Medeni Hukukumuzdaki boşanma nedenlerini özel ve genel nedenler olarak ikiye ayırmak gerekir. Özel boşanma nedenleri zina, cana kast ve pek fena muameleler cürüm ve haysiyetsizlik ve terk Dimop hastalığıdır. Genel boşanma nedeni ise evlilik birliğinin sarsılması ve müşterek hayatın yeniden kurulamamasıdır. Özel boşanma nedenlerinin dışındaki oluşan olgularla, evlilik birliği müşterek hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelden sarsılma durumunu yaratmışsa boşanmaya karar verilecektir. (MK.md.134) Müşterek hayatı temelden sarsan olaylar her davada aynı değildir. Yasa koyucu, özel boşanma nedenlerinin sertliği yanında doğacak olumsuz olayların önlenmesi amacı ile Medeni Kanun'un 134. maddesini düzenlemiştir. Dimop has-

cak bu değerlendirme, çoğuz zaman ortak hayatın çekilmezliği değerlendirmesiyle örtüşecektir.

bb. Akıl Hastası Eşin Davayı Açmasında

Başka bir sebeple boşanmaya yönelik bir dava açılmasında, akıl hastası olup da *ayırt etme gücüne sahip olan eşin* bu davayı açma ve bu davada savunmada bulunma hakkı olacaktır. Bu hak, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için, bu eşin velâyet ya da vesayet altında bulunması durumunda bile, davayı açmak ya da savunmada bulunmak için velisinin ya da vasisinin iznini almasına gerek olmayacaktır. Bu ihtimalde diğer boşanma sebepleri açısından bir sınırlandırma da olmayacaktır. Diğer ihtimalde, *akıl hastalığı bulunan eş ayırt etme gücüne sahip değilse*, hem yasal temsilcinin onun adına bu davayı açabilip açamayacağı hem de hangi boşanma sebeplerine dayanabilip dayanamayacakları tartışmalıdır. Yasal temsilcisinin dava açma hakkının bulunup bulunmadığı açısından; ayırt etme gücüne sahip olmayan eşin menfaatinin gerektirdiği durumlarda, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak söz konusu olsa da yasal temsilcinin onun adına dava açabileceğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmelidir¹⁰⁴. Doktrinde bir görüş de yasal temsilcinin dava

talığından boşanmaya karar verilebilmesi için diğer koşulların yanında eşlerden her biri üç seneden beri devam eden akıl hastalığına duçar olması gerekir. Eğer hastalık başlayalı üç yılı geçmemiş ise boşanmaya karar verilemeyecektir. Fakat akıl hastasının davranışlarını önceden kestirmek mümkün değildir. Ne zaman ne yapacağı bilinemez. Böyle bir durumda, çocuklar ve diğer eş devamlı bir korku içinde olacaklardır. Akıl hastalığından boşanma şartları oluşmamış ama, hasta olmayan eşten müşterek hayatı sürdürmesi kendisinden beklenilemeyecek derecede aile birliği kökünden sarsılmıştır. ...”, Yarg. 2. HD., T. 24.5.2000, E. 5221, K. 6855, (www.kazanci.com, E.T. 26.9.2020).

¹⁰⁴ İMRE Zahit, Medeni Hukuka Giriş: Temel Kavramlar, Medeni Kanun’un Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 393-395; ÖZTAN, s. 726; YILDIRIM, s. 80. Benzer yönde bkz. FEYZİOĞLU, s. 352-353. Yargıtay da aynı görüştedir. Bkz. Yarg. 2. HD., T. 3.3.1947, E. 5923, K. 1219, (KÖMÜRCÜOĞLU/ERGÜNEY, s. 252); “*Taraf teşkili kamu düzenine dair olup yargılamamanın her aşamasında re’sen göz önünde bulundurulması zorunludur. Toplanan delillerden davacı kadının (...) Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 28.2.2001 tarih ve 2000/827 esas-2001/159 karar sayılı kararıyla, akıl hastalığı sebebiyle kısıtlandığı ve kendisine (...)’nın vasi olarak atandığı ve vesayet kararının kaldırılmadığı anlaşılmaktadır. Yargılamaya konu bu dava davacı kadın tarafından 28.11.2007 tarihinde açılmış ve davanın kabulüyle tarafların boşanmalarına karar verilmiştir. Davacı kadın dava tarihinden önce akıl hastalığı sebebiyle kısıtlandığına göre dava ehliyeti yoktur. Bizzat kendisinin dava açması mümkün değildir. Davanın kısıtlı adna kanuni temsilcisi (vasi) tarafından açılması gerekir (TMK.*

hakkının bulunup bulunmadığını boşanma sebeplerine göre değerlendirilmiş, böylelikle ayırt etme gücüne sahip olmayan akıl hastası eşin hangi sebeplere dayalı olarak boşanma davası açabileceğini de belirtmiştir. Bu görüşe göre; zina (TMK m.161), hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış (TMK m.162), suç işleme, haysiyetsiz hayat sürme (TMK m.163) ve terk (TMK m.164) sebeplerine dayalı olarak yasal temsilcinin dava açabilmesi mümkün olmaktadır¹⁰⁵. Başka bir görüş de bu görüşle benzer şekilde, akıl hastası eşin yasal temsilcisinin, akıl hastalığı ve evli-

Madde 462/8). Vasiye vesayet makamından izin alması için mehil verilmesi ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, bu yön gözetilmeden yargılamaya devamla yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.", Yarg. 2. HD., T. 2.5.2012, E. 4824, K. 11556, (www.kazanci.com, E.T. 23.9.2020).

Evliliğin mutlak butlanla batıl olduğu durumlar bakımından da doktrindeki bir görüş, dava açma hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın konusu olarak değerlendirilemeyeceğini ve yasal temsilcinin dava açabileceğini; nisbî butlanla batıl olduğu durumlar bakımından ise, dava açma hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak değerlendirileceğini ve nisbî butlanın namusa, haysiyete veya tehlikeli hastalıklara ilişkin yanılmadan veya aldatmadan doğması koşullarıyla yasal temsilcinin dava hakkının olacağını ifade etmiştir. Bkz. TEKİNAY, s. 162-164

İsviçre Hukuku'nda, 1.1.2013 tarihinden itibaren yürürlükte olan değişiklikle (Yetişkinlerin Korunması, Kişiler ve Çocuk Hukuku'na ilişkin Kanun değişikliği ile), şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması da mutlak ve nisbî sıkı sıkıya bağlı haklar ayrımına sadık kalınarak özel bir düzenlemede kaleme alınmıştır (İMK m. 19c). Buna göre, sınırlı ehliyetsiz, kanunun yasal temsilcisinin özel olarak rızasını aradığı haller dışında, kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olan hakları tek başına kullanmakta serbesttir. Tam ehliyetsiz kişiler bakımından ise yasal temsilci sadece kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olmayan işlemler bakımından yetkili olacaktır. İsviçre Hukuku doktrininde, ayırt etme gücü olmayan eşin yasal temsilcisinin boşanma davası açabilmesi bakımından, sadece en kötü şekilde muamele görmüş bir eşten boşanma talebi söz konusu olduğunda bunun mümkün olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. BREITSCHMID Peter, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen und Familienrecht Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB PartG, 3. Auflage, Hrsg. Breitschmid Peter/JUNGO Alexandra, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016, Art. 19c, kn. 5. Boşanma talebini yasal temsilcinin kullanamayacağı mutlak surette kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak nitelendiren görüşler için bkz. PETERMANN Frank Th., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, 3. überarbeitete Auflage, Hrsg. KREN KOSTKIEWICZ Jolanta/WOLF Stephan/AMSTUTZ Marc/FANKHAUSER Roland, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016, Art. 19c, kn. 6. BUCHER Eugen/AEBI-MÜLLER Regina E., BK-Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB, Rechts- und Handlungsfähigkeit, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017, Art. 19c, kn. 26, (Bu görüş İMK m. 114'e göre talep edilecek boşanmayı hariç tutmuştur).

¹⁰⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 131, kn. 690.

lik birliğinin temelinden sarsılması sebepleri haricindeki diğer boşanma sebeplerine dayanarak akıl hastası eş adına boşanma davası açabileceğini belirtmiştir¹⁰⁶. Yine bir başka görüş de akıl hastası eşin evlilik birliğinin temelden sarsılmasına dayalı olarak boşanma davası (TMK m.166/I) açabileceğini belirtmiştir¹⁰⁷. Kanaatimizce de ayırt etme gücüne sahip olmayan eşin dayanabileceği boşanma sebeplerini belirlerken onun ayırt etme gücüne sahip olmaması ve bu sebeple üstün menfaati gereği korunmasının gerekliliği göz önünde bulundurulmalıdır. Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, akıl hastası eşin, diğer eşin zinasına, terkine, hayatına kast etmesine, onur kırıcı ve kötü davranmasına, suç işlemiş veya haysiyetsiz hayat sürüyor olmasına rağmen onunla birlikte yaşamasına katlanmasını beklemek vicdanları rahatsız etmektedir. Hatta ayırt etme gücüne sahip olmayan akıl hastası eşin yasal temsilcisinin bu sebeplerden birinin varlığına rağmen, evlilik birliğinin temelden sarsılmasına dayanarak dava açması halinde de hâkimin bu talebe uygun şekilde, evlilik birliğinin temelden sarsıldığı gerekçesiyle boşanmaya karar vermesi adalet ve hakkaniyet düşüncesi gereği yerinde olacaktır. Ayrıca kanaatimizce ayırt etme gücüne sahip olmayan akıl hastası eşin

¹⁰⁶ ATAAY, Medeni Hukuk, s. 186-187; ATAAY Aytekin, "Boşanma Davasında Gayri Mümeyyiz Olan Davacının Kanuni Temsili", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 25, Sayı: 1-4, Yıl: 1960, s. 202-203.

¹⁰⁷ ÜNLÜTEPE, s.120. Benzer yönde bkz. "Tarafların akıl hastalığı sebebine (TMK.m. 165) dayanan bir boşanma davası bulunmamaktadır. Davalı-davacı (kadın)'ın Atipik Psikoz rahatsızlığı olarak teşhis edilen akıl hastalığı nedeniyle 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 405.maddesi gereğince kısıtlandığı ve annesinin velayeti altında bırakıldığı anlaşılmaktadır. Akıl hastasının davranışları iradi olmadığından fiil ehliyeti ve bu kapsamda kusur sorumluluğu mevcut değildir (TMK. m. 14,15). O halde, davalı-davacı kadına kusur yüklenemez. Akıl hastalığına dayalı bir dava olmadığı halde, ancak kusurun saptanması halinde boşanmaya karar verilebilecek olan Türk Medeni Kanunu'nun 166/1-2. maddesinde düzenlenen evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle davacı-davalı (koca)'nın boşanma davasının kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir. 2-Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere, evlilik birliğinin sona ermesine neden olan olaylarda davacı-davalı (koca) tamamen kusurlu kabul edilmelidir. Davalı-davacı (kadın)'ın birleşen davasında Türk Medeni Kanunu'nun 166/1 maddesindeki boşanma koşulları gerçekleşmiştir. Ancak, kadın boşanma yerine "ayrılık" talep ettiğinden (TMK. m. 170/2), ayrılık davasının kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir. ...", Yarg. 2. HD., T. 15.3.2013, E. 2012/6687, K. 2013/7025; Yarg. 2. HD., T. 3.4.2014, E. 2013/24144, K. 2014/7750; Yarg. 2. HD., T. 5.5.2014, E. 8274, K. 10247; Yarg. 2. HD., T. 12.1.2010, E. 2009/21326, K. 2010/262; Yarg. 2. HD., T. 13.10.2010, E. 2009/14611, K. 2010/16806, (www.kazanci.com, E.T. 18.09.2020).

yasal temsilcisinin, koşulları gerçekleşmişse, TMK'nın 166'ncı maddesinin son fıkrasına dayanarak boşanma talep etmesinde de bir engel olmamalıdır¹⁰⁸.

Akıl hastası eşin anlaşmalı boşanma talep edebilmesine ilişkin olarak da, eşin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına göre, benzer bir sonuca varmak kanaatimizce yerinde olacaktır. Nitekim doktrinde bir görüş de akıl hastası eşin anlaşmalı boşanma hükümleri çerçevesinde boşanmayı talep etmesine yasal bir engelin bulunmadığını belirtmiştir¹⁰⁹. Kanaatimizce bu kabul, eşin ancak ayırt etme gücüne sahip olduğu hal-ler bakımından yerinde olacaktır.

3. Eşlerin Çocukların Velayetine Sahip Olmaları ve

Mali Talepleri Bakımından

Akıl hastalığı sebebiyle evliliğin sona erdirilmesi halinde, bu ister boşanma ister butlanına karar verilmesi şeklinde gerçekleşsin, bu evlilik-ten doğmuş olan küçük çocukların velayetinin hangi tarafa bırakılacağı konusu da gündeme gelecektir. Bu durumda hâkimin velayeti bırakacağı tarafın durumunu gözetmesi gerekeceğinden, akıl hastası olan an-

¹⁰⁸ Benzer yönde bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 131, kn. 690.

¹⁰⁹ KAÇAK, Boşanma, Nafaka, Mal Rejimleri, Velayet, s. 214. Aksi yöndeki Yargıtay kararı için bkz. "...Dava, anlaşmalı boşanma talebiyle 08.07.2011 tarihinde kadın tarafından açılmış, mahkemece; kabul edilerek tarafların Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesi uyarınca anlaşmalı boşanmalarına karar verilmiştir. Davacının, karardan sonra "akıl hastalığı" sebebiyle Türk Medeni Kanunu'nun 405. maddesi gereğince kısıtlandığı, kendisine annesinin "vasi" olarak atandığı anlaşılmaktadır. Akıl hastası, akla uygun biçimde davranma yeteneğinden, diğer bir ifade ile ayırt etme gücünden yoksun olup "tam ehliyetsizdir". Ayırt etme gücü bulunmayanların irade beyanları geçerli kabul edilemez ve hukuki sonuç doğurmaz. Hukuki sonuç doğurmayan bir irade beyanına dayalı olarak da anlaşmalı boşanma kararı verilemez. ...", Yarg. 2. HD., T. 19.6.2012, E. 2011/21824, K. 2012/16808; "...Davacı koca tarafından Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesine dayalı evlilik birliğinin temelinden sarsıldığından bahisle açılan davada davalı kadının vesayet altına alınarak kısıtlandığı ve duruşmaların velayeti altına konulan babası tarafından sürdürüldüğü anlaşılmıştır. Mahkemece, tarafların anlaşmaları üzerine Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesi gereğince boşanmalarına karar verilmiştir. Hâkim huzurunda vasiinin iradesine boşanma doğrultusunda açıklamış olması, boşanma isteğinin şahsa bağlı haklardan olması sebebiyle sonuç doğurmaz. Asilin dinlenme olanağı da yoktur. Akıl hastalığı hukuki sebebine dayalı boşanma talebi de olmadığına göre ...", Yarg. 2. HD., T. 31.10.2007, E. 12680, K. 14604, (www.kazanci.com, E.T. 23.9.2020). Aksi görüş için bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 131, kn. 690 (Bu görüş, yasal temsilcinin anlaşmalı boşanma davası açamayacağını belirtmiştir).

ne/babaya velayetin bırakılmaması sonucunu doğuracaktır. Akıl hastası anne/babanın çok zengin olması, bakıcı ve hizmetçiler tutabilecek konumda olması da bu durumda bir farklılık yaratmayacaktır¹¹⁰.

Akıl hastalığına dayalı bir boşanmanın varlığında, davayı açan eşin maddi-manevi tazminat talep etme hakkının olup olmadığı da akıl hastası eşin ayırt etme gücüne sahip olup olmaması bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Eğer ki akıl hastası eşin ayırt etme gücüne sahip olduğu bir durum söz konusuysa, bu durumda hâkim, bu eşin kusurunun bulunduğunu değerlendirebilir ve buna göre tazminata hükmedebilir¹¹¹. Doktrinde, akıl hastalığının kusura dayanmayan bir

¹¹⁰ AKGÜN, s. 98.

¹¹¹ Uygulamada çoğu durumda diğer eş, akıl hastası eşine tazminat ödemekle yükümlü olmaktadır. Bkz. "... Yukarıda 2. bentte açıklandığı üzere davalı-karşı davacı kadının akıl hastası olması nedeniyle kusur yüklenemeyeceğinden hasta olan eşi ile ilgilenmeyip babasının evine bırakan davacı-karşı davalı erkeğin boşanmaya sebep olan olaylarda tam kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. Kusurlu davranışlar kadının kişilik haklarına saldırı niteliği taşımaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 174/1-2. maddesi koşulları kadın yararına oluşmuştur. Bu duruma göre davalı-karşı davacı kadın yararına uygun miktarda maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, hatalı kusur belirlemesine bağlı olarak kadının maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir...", Yarg. 2. HD., T. 27.11.2017, E. 2016/7685, K. 2017/13330, (www.kazanci.com, E.T. 11.09.2020). Benzer yönde bkz. Yarg. 2. HD., T. 11.2.20214, E. 1478, K. 2353; Yarg. 2. HD., T. 18.2.2014, E. 2041, K. 3138; Yarg. 2. HD., T. 19.3.2012, E. 4532, K. 6280; "...Davalı kadının şizofreni denilen akıl hastası olduğu, hareketlerinin iradi olmadığı, hastalığı sırasında kocanın kadının tedavisi ile ilgilenmediği anlaşılmıştır. ... Türk Medeni Kanunu'nun 174/2 maddesi, boşanmaya sebebiyet vermiş olan olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olandan manevi tazminat isteyebileceğini öngörmüştür. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda tazminat isteyen kadının ağır ya da eşit kusurlu olmadığı, bu olayların kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları (TMK. 4 BK. 42,43,44,49) dikkate alınarak kadın yararına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir. ...", Yarg. 2. HD., T. 4.7.2006, E. 1845, K.10728; "... Toplanan delillerden davacı kocanın eşine şiddet uygulayıp evden kovduğu ve hastalığının tedavisiyle ilgilenmediği, davalı kadının ise akıl hastası olup hareketlerinin iradi olmadığı, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında ve boşanmaya neden olan olaylarda davacı kocanın tamamen kusurlu bulunduğu anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 174/2. Maddesi boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olandan manevi tazminat isteyebileceğini öngörmüştür. Davacı kocanın gerçekleşen kusurlu davranışlarının, davalı kadının kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu halde, manevi tazminat talebinin kabulü ile uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken

boşanma sebebi olmasına dayanarak, evliliğin boşanmayla sona ermesine ilişkin kusura bağlı sonuçların da gerçekleşmeyeceği; bu sebeple akıl hastalığına dayalı olarak boşanma davası açan eşin, akıl hastası eşten maddi ve manevi tazminat talep etmesinin mümkün olmayacağı ileri sürülmüştür¹¹². Ancak kanaatimizce bu kabul sadece ayırt etme gücüne sahip olmayan akıl hastası eşe karşı açılan boşanma davaları bakımından mümkün olabilir. Çünkü ancak bu durumda bu eşin kusurunun bulunmadığından söz edilebilir. Akıl hastası eşin ayırt etme gücüne sahip olduğu, en azından belli zamanlarda ayırt etme gücüne sahip olduğu durumlarda, eğer tazminat davasına konu olan davranış anında ayırt etme gücünün varlığından söz edilebiliyorsa, pekâlâ maddi-manevi tazminat söz konusu olabilecektir. Akıl hastası eşin boşanma sebebiyle maddi-manevi tazminatın yükümlüsü olup olamayacağına ilişkin varmış olduğumuz bu sonuçlar, bu eşe karşı diğer boşanma sebeplerine dayanılarak boşanma davası açılması halinde de kabul edilebilir.

Bir boşanma davasında taraflardan birinin akıl hastası olması halinde nafaka talebinin ne şekilde olabileceğini belirlemek için TMK'nın 175'inci maddesine bakmak yeterli olacaktır. Şöyle ki hükme göre, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan taraf, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir; nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz. Görüleceği üzere, tazminat talebinden farklı olarak, nafaka talebinde önemli olan kusur değildir, nafaka yükümlüsü eşin boşanmada kusuru bulunmasa da nafaka yükümlüsü olabilir, yeter ki talep eden eş daha ağır ku-

isteğin reddedilmesi doğru olmamıştır...”, Yarg. 2. HD., T. 17.4.2013, E. 6635, K. 10874, (www.kazanci.com, E.T. 12.9.2020).

¹¹² Yarg. HGK, T. 20.2.2008, E. 2.131, K. 152, (www.kazanci.com, E.T. 18.09.2020). Benzer yönde bkz. “Kocanın akıl hastası olduğu belirlenmiştir. Akıl hastalığına dayalı bir dava bulunmamaktadır. Koca ile ilgili eylemler iradi olmadığından davanın Türk Medeni Kanun’unun 166/1. maddesine göre kabulü doğru değildir. Boşanmaya neden olan olaylarda koca akıl hastası olduğundan kusuru bulunmadığı gibi eşini döven davacı kadın tamamen kusurludur. Türk Medeni Kanunu’nun 174/1-2 ve 175. maddeleri koşulları oluşmadığı halde yazılı şekilde tazminat ve yoksulluk nafakasına hükmolunması bozmayı gerektirmiştir...”, Yarg. 2. HD., T. 15.3.2004, E. 2551, K. 3178; “Akıl hastasının davranışları iradi olmadığından fiil ehliyeti ve bu kapsamda kusur sorumluluğu bulunmadığından davacı kocaya kusur yüklenemez. Boşanmaya neden olan olaylarda kusuru bulunmayan eş aleyhine maddi ve manevi tazminata hükmolunamaz...”, Yarg. 2. HD, T. 8.9.2014, E. 14371, K. 16602, (www.kazanci.com, E.T. 20.09.2020).

surlu olmasın. Bu kapsamda, akıl hastası eşten, ister akıl hastalığı sebebiyle boşanma davası açılsın ister başka bir sebeple boşanma davası açılsın, diğer eşin, diğer şartların da gerçekleşmesi şartıyla nafaka talep etmesi mümkün olabilecektir¹¹³. Aynı şekilde akıl hastası eşin de davranışları ona bir kusur olarak yüklenemeyeceğinden diğer şartlar da mevcut-sa nafaka talep etmesi mümkün olacaktır¹¹⁴. Hatta TMK'nın 158'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi, tazminat, nafaka ve soyadı hakkında boşanmaya ilişkin hükümler evliliğin butlanına karar verilmesi halinde de uygulama alanı bulacağından, az önce bahsedilen, tazminat ve nafakaya ilişkin sonuçlar, evliliğin butlanına karar verilmesi bakımından da geçerli olacaktır¹¹⁵.

¹¹³ KAÇAK Nazif, Açıklamalı ve İçtihatlı Boşanma Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat ile Yoksulluk Nafakası, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 225; "...Davalı kocanın akıl hastalığı sebebiyle eylemleri iradi olmadığından kendisine kusur yüklenmesi mümkün değildir...Toplanan delillerden davacı kadının boşanma yüzünden yoksulluğa düşeceği gerçekleşmiş olup nafaka yükümlüsünün kusurunun aranmamasına göre (TMK md 175) davacı lehine yoksulluk nafakasına hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hatalı gerekçeyle nafaka isteğinin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir..."", Yarg. 2. HD., T. 14.4.2014, E. 2013/24402, K. 2014/8962; 2. HD., T. 4.3.2013, E. 2012/18452, K. 2013/5570, (www.kazanci.com, E.T. 23.9.2020).

¹¹⁴ Bkz. "... Akıl hastasının, hastalığı sebebiyle davranışları kusurlu davranış olarak kabul edilemez ve diğer şartlar da mevcutsa lehine yoksulluk nafakasına hükmedilebilir. ...", Yarg. 2. HD., T. 12.6.1998, E. 5943, K. 7456, (www.kazanci.com, E.T. 18.9.2020).

¹¹⁵ "... Mahkemece, Türk Medeni Kanunu'nun 145/2. maddesi uyarınca, davalı-davacı erkeğin evlenme tarihi itibarıyla akıl hastası olmasından dolayı mutlak butlan sebebiyle evlenmenin iptaline karar verilmiştir. Evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi, tazminat, nafaka ve soyadı hakkında boşanmaya ilişkin işlemler uygulanır (TMK m. 158/2). Davalı-davacı erkeğin mevcut rahatsızlığı nedeniyle eylemleri iradi olmayıp, bu sebeple, erkeğe kusur izafe edilemez. Hal böyleyken, mahkemece davalı-davacı erkeğin kusurlu olarak kabul edilmesi ve şartları oluşmadığı halde TMK 174/1-2 maddeleri uyarınca davacı-davalı kadın lehine maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir. ...", Yarg. 2. HD., T. 3.5.2018, E. 2016/17646, K. 2018/5968; "... Evlenmenin butlanına dair davalarda boşanmaya dair hükümler uygulanır (T.M.K. madde 158/1-2). Toplanan delillerden; davacı kocanın evlenme tarihinde ve halen akıl hastası olduğu gerekçesiyle Türk Medeni Kanunu'nun 405. maddesi gereğince kısıtlanarak vesayet altına alındığı anlaşılmaktadır. Akıl hastasının davranışları iradi olmadığından fiil ehliyeti ve bu kapsamda kusur sorumluluğu bulunmadığından (T.M.K. madde 14, 15) davacı kocaya kusur yüklenemez. Boşanmaya neden olan olaylarda kusuru bulunmayan eş aleyhine maddi ve manevi tazminata (T.M.K. madde 174/1,2) hükmolunamaz. O halde, davalı kadının maddi ve manevi tazminat isteğinin reddi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. ...", Yarg. 2. HD., T. 8.9.2014, E. 14371, K. 16602, (www.kazanci.com, E.T. 14.9.2020).

SONUÇ

Akıl hastalığına ilişkin yerinde bir tanım, tıp biliminin ilgili alanının uzmanlarınca yapılabilir. Bu sebeple de hâkim, önüne gelen bir uyuşmazlıkta önem arz ediyorsa eşler arasında akıl hastalığının varlığını, yokluğunu, bunun eşin yaşantısına ne gibi etkilerinin olabileceğini ancak ilgili alandaki uzman kişilerin görüşlerini içeren rapor sayesinde tespit edebilir. Ancak bilindiği üzere akıl hastalığına sahip olan her kişinin mutlak surette ayırt etme gücü yoktur ya da vardır şeklinde bir sonuca da peşinen varmak mümkün değildir. Dolayısıyla hâkim, akıl hastası eşin ayırt etme gücüne sahip olduğunu ya da olmadığını ayrıca her somut olay bakımından ayrıca değerlendirmelidir. Her ne kadar sonuçları aynı olsa da ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişinin evlenmeye ehil olmadığından; ayırt etme gücüne sahip olup da evlenmeye engel bir akıl hastalığı olan kişininse evlenme engeline sahip olduğundan söz edilir. Ancak hâkimin ayırt etme gücünün varlığını ve akıl hastalığının varlığını ayrı ayrı değerlendirmesi gerekliliğinin tek sebebi tabi ki de sözü edilen bu durum değildir. Eşlerin, akıl hastalığı dışında diğer boşanma nedenlerine dayanarak dava açabilmesinin mümkün olup olmadığının; davayı tek başlarına mı yoksa yasal temsilcilerinin mi açacağına; evliliğin sona ermesine ilişkin sonuçların, örneğin maddi-manevi tazminat, yoksulluk nafakası gibi bazı sonuçların gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti gibi birçok konunun açıklığa kavuşturulmasında rol oynayacaktır.

Akıl hastalığının, evlilik devam ederken birçok etkileri de olacaktır. Bu etkilerin neler olabileceğine ilişkin değerlendirmeler, kanunkoyucunun evliliğin hükümlerini düzenlerken eşlerden birinin ayırt etme gücünün bulunmaması halini özel olarak düzenlemiş olmasından hareket ederek yapılabilir. Bu kapsamda mal rejimi sözleşmelerinin akıbetinde, eşlerin birlikte evlat edinmelerine etkisinde, ev başkanının sorumluluğunun belirlenmesinde, aile konutuyla ilgili işlemlerde, eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisinin belirlenmesinde ve eşler arasında vesayet ilişkisinin kurulmasında etkilerinin olabileceği söylenebilir.

Akıl hastalığı, evliliğin sona ermesinde, sadece mutlak butlan veya bir boşanma sebebi değildir; aynı zamanda bir nisbî butlan sebebi olarak da değerlendirilebilir. Ancak, sadece akıl hastalığı iyileşen eşin evliliğin

butlanını dava edebilmesi bakımından (TMK m.147/II) bu davanın, nisbî butlan davasına dönüşmediği belirtilmelidir.

Akıl hastalığı aynı zamanda hem mutlak butlan hem nisbî butlan hem de bir boşanma sebebi olabilir. Ancak hâkimin önüne gelen bir uyumsuzlukta tarafların talebine göre durumu değerlendirip bir sonuca varması yerinde olacaktır. Örneğin; akıl hastalığı bir mutlak butlan sebebi olsa da açılan boşanma davasında veya nisbî butlan davasında hâkim re'sen evliliğin butlanına hükmedemeyecektir. Benzer şekilde hâkim, başka bir sebebe dayanarak açılan bir boşanma davasında da akıl hastalığına dayalı olarak boşanmaya hükmedemeyecektir; tarafların talepleriyle bağlı olacaktır.

KAYNAKLAR

- AKGÜN Zerrin, Boşanma Hukuku, Ahmet Halit Kitabevi, İstanbul, 1949.
- AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya, Türk Medeni Hukuku, 2.Cilt, Aile Hukuku, Yenilenmiş 20.Baskı, Beta Yayınevi, Ankara, 2017.
- AKİPEK İlhan, Mukayeseli Hukuk Bakımından Boşanma Sebepleri, Güney Matbaacılık, Ankara, 1952.
- ALDEMİR İpek Betül, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelelerinin Etkisi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ARSEBÜK Esat, Medeni Hukuk, Cilt:II, Aile Hukuku, Recep Ulusoğlu Basımevi, Ankara, 1940.
- ARSLAN Yusuf, Boşanma Davaları, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1970.
- ATAAY Aytekin, "Boşanma Davasında Gayri Mümeyyiz Olan Davacının Kanuni Temsili", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:25, Sayı:1-4, Yıl:1960, s.193-213.
- ATAAY Aytekin, Medeni Hukuk, Uygulama Çalışmaları I, Genel Teori (Umumi Esaslar, Şahıslar Hukuku ve Aile Hukuku, 2.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1966, (Medeni Hukuk).
- AYAN Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:58, Ankara, 2004.
- AYDOĞDU Murat, Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme, Günaydın Hukuk Yayınları, İzmir, 2006.
- AYDOS Oğuz Sadık, "Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:2, Ocak 2000, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789893>, s.1-23.
- AYDOS Oğuz Sadık, "Eşlerin Geçmişe Etkili Mal Rejimi Sözleşmesi Yapabilmesi (4722 Sayılı Kanun m.10/III)", Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:22, Sayı:3, Ocak 2016, s.383-393.
- BELEN Herdem, Yeni Türk Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005.
- BELGESAY Mustafa Reşit, Türk Kanunu Medenisi Şerhi II, Aile Hukuku, 3.Baskı, Şaka Matbaası, İstanbul, 1949.

- BERKİ Şakir, "Türk Medeni Kanunda Evlenmede Mutlak Butlan", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:19, Sayı:1, Yıl:1962, s.201-231, (Mutlak Butlan).
- BERKİ Şakir, Medeni Hukuk, Umumi Esaslar, Şahıs ve Aile Hukuku, 2.Bası, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1969, (Medeni Hukuk).
- BİRSEN Kemalettin, Medeni Hukuk Dersleri, 3.Kitap, Aile Hukuku, 5.Bası, Ahmed Said Matbaası, İstanbul, 1959.
- BUCHER Eugen/AEBI-MÜLLER Regina E., BK-Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die natürlichen Personen, Art.11-19d ZGB, Rechts- und Handlungsfähigkeit, 2.Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017, (www.legalis.ch, E.T.28.9.2020).
- BÜCHLER Andrea/BROZZO Patrick, Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2.Auflage, Hrsg. BÜCHLER, Andrea/JAKOB Dominique, Art.104-110 ZGB, Zürich-Basel, 2018, (www.legalis.ch, E.T.28.9.2020).
- BREITSCHMID Peter, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen und Familienrecht Partnerschaftsgesetz, Art.1-456 ZGB PartG, 3.Auflage, Hrsg. BREITSCHMID Peter/JUNGO Alexandra, Art.7-26, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016, (www.swisslex.ch, E.T.08.10.2020).
- ÇAKICI GERÇEK Leyla, Akıl Hastalığı Nedeni ile Boşanma Üzerine Bir Araştırma, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1999, (<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/34655.pdf>, E.T.28.08.2020).
- ÇANDARLI Zahit, Boşanma Sebeplerinden Akıl Hastalığı, (I), Ankara Barosu Dergisi, Cilt:6, Sayı:73-74, Mayıs-Haziran 1950, s.12-18.
- ÇANDARLI Zahid/BERKİ O. Fazıl, Medeni Kanun ve Devletler Hususi Hukukunda Boşanma Ayrılık ve Buna M. Tedair Yargıtay Kararları, Güney Matbaası, Ankara, 1949.
- DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt:III, Aile Hukuku, 15.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- ERDEM Mehmet, Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

- ERDEM Sabri, Yerli-Yabancı İlimi ve Kaza İçtihatlarla Aile Hukuku (Evlendirme-Boşanma-Nafaka), İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1966.
- ERKAN Vehbi Umur/YÜCER İpek, "Ayırt Etme Gücü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:60, Sayı:3, Yıl:2011, s.485-522.
- EROL Yasemin, "Akıl Hastalığına Dayalı Boşanma", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:19, Sayı:1, Yıl:2011, s.119-149.
- ESEN Bülent Nuri, Türk Medeni Hukuku El Kitabı Cilt:1, Başlangıç Hukuku-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, Maarif Matbaası, İstanbul, 1943.
- EŞSİZ Ömer Övünç, Demansın Hukuki Boyutları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2012.
- FANKHAUSER Roland, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB, 6.Auflage, Hrsg. GEISER Thomas/FOUNTOULAKIS Christiana, Art.11-21 ZGB, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018, (www.legalis.ch, E.T.28.9.2020).
- FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin, Medeni Hukuk II, Aile Hukuku, 3.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.
- GEISER Thomas, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB, 6.Auflage, Hrsg. GEISER Thomas/FOUNTOULAKIS Christiana, Art.104-110 ZGB, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018, (www.legalis.ch, E.T.28.9.2020).
- GENÇCAN Ömer Uğur, Aile Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011.
- GÖKTÜRK Hüseyin Avni, Türk Medeni Hukuku: İkinci Kitap, Aile Hukuku, 3.Baskı, Güney Matbaacılık, Ankara, 1954.
- GÖNENSAY A. Samim, Medeni Hukuk, Cilt:2, Aile Hukuku, Kısım II, Nesep, Velayet, Vesayet, Arkadaş Basımevi, İstanbul, 1940.
- GÜCÜN Cevad Abdürrahim, Nazari ve Ameli Hukuk Davaları, Cilt:3, I.Kısım, Şahıs ve Aile Hukuku Hakkında İzahlar, Düşünceler, Tenkitler, Tatbikat ve İçtihatlar, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1951.
- GÜMÜŞ Mustafa Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükmeleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

- GÜRKAN Ülker, *Evlâd Edinme ve Beslemenin Hukuki Durumu, Türk Hukuku ve Toplumunu Üzerine İncelemelerden Ayır Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.*
- HATEMİ Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK Burcu, *Aile Hukuku, 6.Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.*
- HAVUTCU Ayşe, *Evlilik Birliğinin Temsili, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.*
- HOTZ Sandra, *Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2.Auflage, Hrsg. BÜCHLER, Andrea/JAKOB Dominique, Art.11-19 ZGB, Zürich-Basel, 2018, (www.legalis.ch, E.T.28.9.2020).*
- İŞİK Mehmet, *Yeni Türk Medeni Kanun Hükümlerine Göre Evlat Edinme, Adalet Yayınevi, Ankara, 2005.*
- İKİZLER Metin, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.*
- İMRE Zahit, *Medeni Hukuka Giriş: Temel Kavramlar, Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri Ve Hakiki Şahıslar Hukuku, 3.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.*
- İNAL Nihat, *Nişanlanma, Evlenme, Mal Rejimi, Boşanma, Velayet, Nafaka ve Eşya Davaları, Kartal Yayınevi, Ankara, 2003.*
- İNCE AKMAN Nurten, "Alman ve Türk Hukukunda Ergin veya Kısıtlıların Evlat Edinilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, Cilt:21, Özel Sayı, 2019, s.2357-2393.*
- KAÇAK Nazif, *Açıklamalı-İçtihatlı Boşanma, Nafaka, Mal Rejimleri, Velayet, Kartal Yayınevi, Ankara, 2004.*
- KAÇAK Nazif, *Açıklamalı ve İçtihatlı Boşanma Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat ile Yoksulluk Nafakası, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.*
- KELLER Stefan, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen und Familienrecht Partnerschaftsgesetz, Art.1-456 ZGB PartG, 3.Auflage, Hrsg. BREITSCHMID Peter/JUNGO Alexandra, Art.90-110, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016, (www.swisslex.ch, E.T.30.9.2020).*

- KESKİN Dilşad, “İsviçre Hukukunda Tedbir Vekâleti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:64, Sayı:2, Haziran 2015, s.365-403.
- KILIÇOĞLU Ahmet M., Aile Hukuku, 4.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- KOÇANO RODOSLU Emine, “Ev Başkanının Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:63, Sayı:4, Ocak 2014, s.879–900.
- KÖMÜRÇÜOĞLU Halit/ERGÜNEY Hilmi, Şahıs, Aile ve Miras Hukuku, Güney Matbaacılık, Ankara, 1951.
- KÖPRÜLÜ Bülent/KANETİ Selim, Aile Hukuku, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1985/1986.
- LANZ MÜLLER Andrea, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, 3.überarbeitete Auflage, Hrsg. KREN KOSTKIEWICZ Jolanta/WOLF Stephan/AMSTUTZ Marc/FANKHAUSER Roland, ZGB Art.104-110, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016, (www.swisslex.ch, E.T.30.9.2020).
- NAMLI Mert, “Yeni Medeni Kanununun Evlilik Hukukunda Yaptığı Değişiklikler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:2, 2003, s.241-388.
- OĞUZOĞLU H. Cahit, Medeni Hukuk II, Aile Hukuku, 5.Bası, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1963.
- OKTAY ÖZDEMİR Saibe, “Travmaya Bağlı Epilepsi Hastalığının Özel Hukuka İlişkin Olarak Yaratacağı Bazı Sonuçlar”, Epilepsi Dergisi, Cilt:19, Sayı:1, 2013, s.1-6.
- ÖZEKES Muhammet, “Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt:1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.745-781.
- ÖZKAN Zülfikar, Türkiye’de Boşanmaların Sebep ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1989.
- ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, 6.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- ÖZUĞUR Ali İhsan, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma ve Ayrılık, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.

- PETERMANN Frank Th., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, 3.überarbeitete Auflage, Hrsg. KREN KOSTKIEWICZ Jolanta/WOLF Stephan/AMSTUTZ Marc/FANKHAUSER Roland, ZGB Art.16-19d, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016, (www.swisslex.ch, E.T.8.10.2020).
- RUHİ Ahmet Cemal, Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- SARI Suat, Evlilik Birliğinde Yasal mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007.
- SAYMEN Ferit Hakkı/ELBİR Halid K., Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, Cilt:III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1957.
- SCHWARZ Andreas, Aile Hukuku I, Çev. DAVRAN Bülent, 2.Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946.
- ŞANVER Şerafettin, Boşanma Davaları El Kitabı, Evliliğin Kırmızı Çizgileri, Bilge Yayınevi, Ankara, 2008.
- ŞIPKA Şükran, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m.194), 2.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, (Aile Konutu).
- ŞIPKA Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 3.Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, (Mal Rejimi).
- TEKİNAY Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 5.Bası, Beta Basımevi, İstanbul, 1984.
- TUTUMLU Mehmet Akif, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku Cilt:II, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- ÜNAL Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:450, Ankara, 1979.
- ÜNLÜTEPE Mustafa, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma (TMK m.166/I-II), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, 3.Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1963.
- YALÇINKAYA Namık/KALELİ Şakir, Boşanma Hukuku, 2.Cilt, THK Basımevi, Ankara, 1987.

YAVUZ Cevdet/ERLÜLE Fulya/TOPUZ Murat, Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

YILDIRIM Abdulkerim, Türk Aile Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014.

ZEVKLİLER Aydın/ACABEY M. Beşir/GÖKYAYLA K. Emre, Zevkliler Medeni Hukuk, 6.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000.

ZEYTİN Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 3.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.



HEKİMİN BORÇLARININ VEKALET SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Buğrahan ERGÜN*

Şeyda ŞANLI**

Öz

Tıp hukuku; "disiplinler arası" bir yapıya sahip olması sebebiyle birçok hukuk dalını da kendi içinde barındırmaktadır. Bu sebepten hastalar ile hekimler arasındaki ilişki hukuki anlamda önem arz etmektedir. Hastalar ve hekimler arasındaki ilişki; eskiden tamamen "güven ilişkisine" dayanmaktayken son yıllarda güven ilişkisinin yanı sıra sözleşmenin tarafları olmuşlardır. Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki, Borçlar Hukuku çerçevesinde, istisnalar haricinde, vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olmaktadır. Sözleşmesel ilişki olmasının doğal sonucu olarak, tarafların yükümlülükleri de söz konusu olmaktadır. Çalışmamızda hekimin görevini yerine getirirken hastasına karşı olan yükümlükleri vekalet sözleşmesi kapsamı altında değerlendirilecektir. Hekimin yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirememesi halinde karşılaşacağı yaptırımların neler olduğunu değerlendireceğiz.

Anahtar Kelimeler

Hasta • Hekim • Hekimin Borçları • Vekalet Sözleşmesi • Tıp Hukuku

* Öğretim Görevlisi, İstanbul Gelişim Üniversitesi MYO Adalet, İstanbul, Türkiye
| Lecturer Asistant, İstanbul Gelisim Vocational School, Justice, İstanbul, Turkey.

✉ bgrergun@gmail.com • ORCID 0000-0002-4548-805X

** Öğretim Görevlisi, İstanbul Gelişim Üniversitesi MYO Adalet, İstanbul, Türkiye |
Lecturer Asistant, İstanbul Gelisim Vocational School, Justice, İstanbul, Turkey.

✉ sshanli@gelisim.edu.tr • ORCID 0000-0002-9484-0515

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ERGÜN Buğrahan/ŞANLI Şeyda, "Hekimin Borçlarının Vekalet Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 999-1035.

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

EVALUATION OF THE DOCTOR'S DEBTS WITHIN THE FRAMEWORK OF THE PROVISIONAL CONTRACT

Abstract

Medical law; As it has an "interdisciplinary" structure, it also includes many branches of law. For this reason, the relationship between patients and doctors is of legal importance. While the relation between a patient and a doctor was based on "trust relationship " in the past, in recent years it changed into a contract also based on trust relationship and they have become the parties of it. The legal relationship between the doctor and the patient is subject of the power of provisional contract, except for exceptions, within the framework of the Law of Obligations. As a natural result of the contractual relationship, the obligations of the parties are also in question. In our study, the obligations of the doctor to the patient while performing his duty will be evaluated under the scope of the power of provisional contract. We will evaluate the sanctions that the doctor will face in case he fails to fulfill his obligations duly.

Key Words

Patient • Doctor • Doctor's Debts • Provisional Contract • Medical Law

I. GİRİŞ

Tıp hukuku; "disiplinler arası" bir yapıya sahiptir ve Anayasa başta olmak üzere İdare Hukuku, Ceza Hukuku ve Borçlar Hukuku ile ilgili konuları kapsar. Hekimin, mesleğini gereğini yerine getirirken bilerek ya da bilmeden hastalarına¹ vermiş olduğu zararlardan, mesleki yetersizlik sebebiyle ya da ilgili yasa ve yönetmeliklere uyulmaması durumları, hekimin sorumluluğunun çerçevesini oluşturur.

Hekimin sorumluluğu; Borçlar Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku² gibi birçok hukuk dalında düzenleme alanına sahiptir. Her-

¹ Hasta Hakları Yönetmeliği m. 4 "tanımlar" başlığı altında yapılan tanıma göre hasta, "sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimseyi" ifade etmektedir. RG Tarihi: 01.08.1998 ve RG Sayısı: 23420.

² Çalışmamız, Ceza Hukuku açısından ele alındığında; hekimlerin teknik açıdan tıp mesleğini icra ederken ortaya çıkmış veya çıkacak olan suçları ifade eder. Hekimin kasıtlı davranışları, acemiliği, tedbirsizliği nedenleriyle hastaya verdiği zararlar bu kapsamda değerlendirilir. Bu kusurlar; Hekimlik Uygulamaları Sırasında İşlenen Teknik Hatalar (teşhis ve tedavide can ve mal kayıplarına sebep olmak, evrak dikkatsizliği vs.) ile Hekimlik Uygulamaları Sırasında İşlenen Teknik Dışı Hataları (Gerçeğe aykırı rapor düzenlemek, Hastaya ait sırrın ifşası, hastaya uyguladığı tedaviyi sebep göstermeden yarıda bırakmak vs) kapsar.

hangi bir kurum veya kuruluşa bağlı olmaksızın mesleğini serbestçe icra edebilen hekimlerin sorumluluğu dört farklı sebeple ortaya çıkmaktadır, anılan sebepler; culpa in contrahendo, vekâletsiz iş görme, haksız fiil ve sözleşme olarak belirlenebilir³.

“Culpa in contrahendo” dan kaynaklanan sorumluluk⁴ , sözleşmenin kurulması aşamasında, sözleşmenin imzalanması için tarafların birbirlerine beyan ettikleri hususların (yaşam, sağlık, malvarlığı ile ilgili) karşı tarafça korunacağına inanan tarafın inancının ihlal edilmesinden kaynaklanan sorumluluk tipidir⁵.

“Culpa in contrahendo” ile ilgili tam bir tanım olmamakla birlikte somut olaylar ışığında ve doktrinde genel olarak, sözleşme yapmayı amaçlamadan bir sözleşmeyi müzakere etmek; uygun olmayan bir zamanda sözleşme görüşmelerinden vazgeçmek; diğer tarafın çıkarlarını tam olarak dikkate almamak; dikkatsizce bilgi ve tavsiye vermek; koruma ve koruma yükümlülüklerini ihlal etmek gibi durumlar “culpa in contrahendo” olarak kabul edilmektedir⁶. Bu ilişkideki katılımcı koruma görevini ihlal ederse, karşı tarafa verdiği zararı tazmin etmek zorunda kalır ki zararın tazminine yönelik hangi kanun hükmünün uygulanacağı da tartışma konusu oluşturmaktadır⁷.

Hasta ile hekim arasında herhangi bir sözleşme olmadığı gibi, hastanın da müspet ya da menfi herhangi bir iradesi olmadığı hallerde, he-

³ ÖZDEMİR, s.35

⁴ Culpa in contrahendo, sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusurdan doğan sorumluluk ifadesine karşılık gelmektedir. EREN, s.1128.; OĞUZMAN/ ÖZ, s.490 vd.

⁵ EREN, s.1129; “Sözleşme kurulması sürecindeki kusurdan sorumluluk (culpa in contrahendodan sorumluluk) güven sorumluluğu kapsamına dâhildir. Güven sorumluluğu, culpa in contrahendodan doğan sorumlulukla birlikte, sözleşmenin devamında ve sözleşme sonrası koruma yükümlerinin ihlalinden kaynaklanan sorumlulukları da kapsayan bir üst kavramdır.” KIRCA, s.137 vd.

⁶ EREN, s.1128; KIRCA, s.160 vd.; DEMİR, s.265; UYGUR, s.20.

⁷ BK. m. 49 ve devamında düzenlenen haksız fiil hükümlerinin mi yoksa TBK. m. 112 ve devamında yer alan borca aykırılık hükümlerinin mi uygulanacağı meselesidir. Bu iki seçenek, özellikle yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk (TBK. m. 66 m. 116), ispat yükü (TBK. m. 49 m. 112) ve zamanaşımı (TBK. m. 60 m.125) konularında birbirlerinden farklı düzenlemeler getirmektedir. Bu konudaki görüşler ve tartışmalar için bkz. EREN, s. 1130 vd.; TEKİNAY S./AKMAN S./BURCUOĞLU H./ALTOP A., s.975 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.489 vd.

kimin, hastanın menfaatine aykırı olmayan tıbbî bir müdahalede bulunması dahi vekâletsiz iş görmedir⁸. Bunun yanı sıra bazı durumlarda hastanın rızası olmadığı halde hekimin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir; örneğin, aniden fenalaşan bir kişiye, yakında bulunan bir hekimin ilk müdahalede bulunması yine vekâletsiz iş görme hükümlerine göre değerlendirilirken, hastanın onamı olmadığı halde, kişinin yaşama hakkının üstün olması sebebiyle, hastanın menfaatine uygun olarak yapılan tıbbî müdahale haksız bir fiil olarak kabul edilemez (TMK. m. 24/II)⁹. Yine hekim hastanın ameliyat olmak için onamını almış olmakla birlikte, ameliyat sırasında beklenmeyen komplikasyon ortaya çıkarsa, hekim hastasının onamını almış olmakla birlikte, onamın içeriğinin komplikasyonu kapsamaması sebebiyle yine vekâletsiz iş görme durumu söz konusu olmakla birlikte, hekimin asıl amacının hastasının sağlığını gözetmesi olmasından dolayı hekimin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir¹⁰. Hekimin vekâletsiz iş görme sebebiyle sorumlu tutulabilmesi için yapılan tıbbî müdahale, acil müdahaleyi gerektirmeyecek ya da hastanın menfaatine olmayacak nitelikte, hastanın daha önce tedaviyi reddettiği bilinerek veya somut olayın özelliklerine göre bilinmesi gerekerek yapılması durumunda ortaya çıkar¹¹.

Tıbbî müdahale nedeniyle hastaların vazgeçilmez haklarından olan yaşama hakkı, vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı gibi hakları bir anlamda ihlal edilmektedir. Bu sebeptendir ki, hasta ve hekim arasında tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hale getiren, geçerli sözleşmenin eksikliği çoğu zaman haksız fiil hükümlerinin uygulanmasına sebebiyet verir(TBK.m.49 vb.). Diğer ifadeyle, hastanın yapılan tıbbî müdahale sonucunda zarar görmesi sebebiyle bu zararın tazminini haksız fiil hükümlerine göre talep edebilecektir¹². TBK m. 49'un yanı sıra, TBK m. 60'da da; *"Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir"*

⁸ TANDOĞAN, s.74 vd.; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.508 vd.; EREN s.830; YAVUZ s.1323 vd.

⁹ ÖZDEMİR, s.38.

¹⁰ AYAN, s. 61; ZEVKLİLER, s.377 vd.; TANDOĞAN, s.681 vd.; DOĞAN, s.43; YAVUZ, s.475 vd

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, s.39

¹² ŞENOCAK, s.243 vd.

yorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir” hükmü yer almaktadır. Anılan hüküm ışığında, hekim tarafından yapılan müdahalenin hem haksız fiil hem de borca aykırılık davranış olması ihtimali de söz konusu olabilecektir, örneğin hekimin yapmış olduğu ameliyat esnasında hastanın karnında makas unutmaması halinde ortaya çıkacak komplikasyonlarda, hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil durumu söz konusudur¹³.

Sözleşme Sorumluluğu; Hizmet-İş Sözleşmesi, Eser Sözleşmesi¹⁴, Vekâlet Sözleşmelerini içermektedir.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşme genel olarak vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olmakla birlikte, eser sözleşmesi, iş sözleşmesi gibi sözleşme tiplerinin unsurlarını da içermektedir. Çalışmamız vekalet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde hekimin borçları olması sebebiyle ilk olarak hasta ile hekim arasında var olan sözleşme ilişkisinin vekalet sözleşmesi ile bağdaştığı noktalar açıklanacak, daha sonra; hekimin hasta ile olan sözleşmesel ilişkisi sonucunda¹⁵, hastaya ya da onun yasal temsilcisine karşı ortaya çıkan borçlarından bahsedilecektir.

¹³ ÖZDEMİR, s. 39vd; OĞUZMAN/ÖZ, s.246.

¹⁴ “Estetik ameliyatlarda, ameliyatı yapan doktor, estetik görünüm konusunda belli bir teminat vermişse, taraflar arasındaki bu sözleşme, eser sözleşmesidir. Eser sözleşmesinde de, vekâlet akdinde olduğu gibi yüklenici, işi sadakat ve özenle yapmakla borçlu olup davalı doktor, mesleki bilgisinin tüm icaplarını yerine getirdiğini ispatla zorunludur... Davada dayatılan maddî olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinde, böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O nedenle, bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi hâlin icaplarına ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir. Gerçekte de bu sözleşmedeki yükümlülük vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturan bir iş görme niteliğinde değildir. Çünkü, burada vekâlet akdindeki unsurların aksine çalışma sonunda; istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdülmektedir...” 13.HD., 5.4.1993, 131/2741 (YKD., 1994/1, s.79-80). (kazancı.com) ET: 10.06.2020.

¹⁵ “Hekim ile hasta arasında kurulan sözleşmede hekimin asıl “borcu” hastalığa “teşhis koymak ve tedavi” etmektir. Bunun yanı sıra hekimin hastaya karşı “aydınlatma (bilgilendirme) ve onam alma, kayıt tutma, sır saklama ile sadakat ve özen borcu” gibi yan borçları da vardır ki, bu borçlar da akdin ifası içerisinde yer alır. Bu ilişkide hastanın hekime karşı borçları ise hekime ücret ödeme borcu yanı sıra “hekimin so-

Çalışmamızda, hekimin borçlarının vekalet sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilmemesi sebebiyle sadece 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu(TBK) alanında yapılan düzenlemeleri inceleyeceğiz.

Her ne kadar TBK “Kusurlu Sorumluluğu” benimsemişse de bunun yanı sıra kanunlarda sayılan bazı hallerde “Kusursuz Sorumluluktan” da bahsetmiştir¹⁶. Çalışmamız gereği, kusurlu sorumluluk halleri çerçevesinde konuyu irdedeleyeceğiz.

II. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, hekimler ve hastalar arasındaki ilişki sözleşmeye dayalı bir ilişkidir. Sözleşmenin konusu, öncelikle hastayı bilgilendirerek, dikkatli muayene ve tıbbi standartlara göre dikkatli teşhis ve tedavi yapılarak yapılacak tıbbi müdahalenin hastaya bildirilmesidir. Gerek 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda (BK), gerekse TBK'da hekim ile hasta veya hastane ile hasta arasındaki ilişkiyi düzenleyen herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde hem fikir olunan nokta aralarındaki ilişkinin sözleşmesel ilişki olduğunun ancak aradaki sözleşmenin niteliğinin ne olduğu konusunda fikir ayrılıkları vardır. Aradaki sözleşmesel ilişkinin; vekalet sözleşmesi, eser sözleşmesi¹⁷, hizmet sözleşmesi ya da sui generis yapıda olan sözleşme olduğu görüşünü savunanlar bulunmaktadır. Çalışmamızda vekalet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde hekimin borçlarının inceleneceğinden, doktrinde de ağırlıklı olarak kabul edilen aradaki sözleşmesel ilişkisinin vekalet sözleşmesi açısından hekimin borçları değerlendirilecektir.

ularına doğru yanıt verme" ve "tedaviyi başarısız kılacak davranışlardan kaçınma" yükümlülükleri vardır". ALKANAT, s.177.

¹⁶ Hekimin, tıbbi müdahalesi ve mesleki faaliyetleri açısından kusursuz sorumluluğu sınırlı hallerde söz konusu olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZPINAR, Berna: Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2007.

¹⁷ Y. 15.HD. 03.11.1999 gün 4007-3868 sayılı kararında estetik amaçlı ameliyat yapan hekimlerin ve takma diş (protez) yapan diş hekimlerinin hastaları ile ilgili olan sözleşmesel ilişkiye eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini yerinde bulmuştur. (kazancı.com) E.T: 10.06.2020 Görüldüğü üzere, eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması esasen belli uzmanlık alanında olan hekimler açısından söz konusu olmaktadır.

B. Hekim ile Hasta Arasındaki Sözleşmesel İlişkinin Vekalet Sözleşmesi Olması

TBK m.502'ye göre; "Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır. Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır". Doktrinde yer alan ağırlıklı görüşe göre; hekim ile hasta arasındaki sözleşmesel ilişkinin vekalet sözleşmesinin unsurlarına daha uygun olduğudur.¹⁸ Doktrinde, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğunu savunanlar TBK m. 502 vd. yer alan "yasada özel bir sözleşme türüne girmeyen işlerde vekâlet hükümleri uygulanır." hükmünü esas almaktadır. Hekimlik sözleşmesi de TBK'da ayrı bir sözleşme olarak yer almadığından "Vekalet Sözleşmesi" hükümleri uygulamak yerinde olacaktır.

Yargıtay¹⁹, eski içtihatlarında hekimin sorumluluğunu haksız fiil kapsamında değerlendirmeyi uygun bulmuş olsa da özellikle son dönemde vermiş olduğu kararlarda hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği yönünde içtihatla bulunmuştur. Bunun yanı sıra bazı hallerde sadece vekalet sözleşmesi hükümleri ile yetinmemiş aynı zamanda hizmet sözleşmesi hükümlerine de yer vermiştir. Her ne kadar Yargıtay tarafından da yeri geldiği zaman hizmet sözleşmesi unsurlarına başvurulacağı içtihat edilse de, esasen hizmet sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasında farklılıklar söz konusudur. Şöyle ki; hizmet sözleşmesi açısından zaman önemlidir, yani belirli süreli olabileceği gibi belirsiz süreli de olabilecektir, oysaki vekalet sözleşmesi açısından zamanın önemi yoktur. Yine örneğin bir dış hekiminin, hastanede çalışması hali; hizmet sözleşmesinin konusunu oluştururken, kendi muayenesinde görevini yerine getirmesi vekalet sözleşmesine örnek oluşturmaktadır. Pek tabii hizmet sözleşmesinin en önemli unsurlarından olan ücret unsuru yani ivazlı olması du-

¹⁸ ÖZKAYA, s.17; YAVUZ, s.608; TANDOĞAN, s.4; KARAHASAN, s. 982, AYAN, s. 53; HAKERİ, s. 519; ERMAN, s. 143; DEMİR, s. 267; ŞENOCAK, s. 25; TEZEL, s.66.

¹⁹ Y.13.HD, E.2002/13959,K.2003/2380; Y. 13.HD.,E.2005/ 5518,K.2006/11185; Y.13.HD., E.2004/11155, K. 2005/17474.(kazancı.com) E.T: 10.05.2020.

rumu, vekalet sözleşmesi açısından ise ivazlı olabileceği gibi ivazsız da olabilecektir.²⁰

Avukatlar, hekimler, bankalar, mühendisler, mimarlar ve veteriner hekimler, devletten alınan lisanslar kapsamında serbest meslek faaliyetlerini yürütmektedirler. TBK m. 503'e göre; "Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sığfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereğı ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır." demek suretiyle, hekimlerin hastaları ile olan sözleşmesel ilişkinin vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğı hükme bağlanmıştır.

Çalışmamızda, vekalet sözleşmesi unsurları kapsamında hekimin borçları inceleneceğinden dolayı, hastanın, tedavi amacıyla hekimin özel muayenehanesine giderek tedavi olması hali üzerinde durulacaktır ki, aksi takdirde yani; hekimin hastanede çalışması halinde hizmet sözleşmesi kapsamı altında değerlendirilmesi gerektiğı unutulmamalıdır.

III. HEKİMİN VEKALET SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE BORÇLARI

A. Genel Olarak

Hekimlerin hastalarına yapmış olduğı tıbbi müdahalelerinde bir takım yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülüklerin dayanağını birçok hukuki düzenlemelerden almaktadır²¹. Tıp hukuku açısından önem arz eden, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi; hekimin mesleki yükümlülüklerinin yanı sıra hasta ile olan ilişkilerinde ortaya çıkabilecek sorumlulukları da düzenlemektedir.

B. Hekimin Özen Borcu

Özen kavramı hukukumuzda sıklıkla kullanılan bir kavram olmasına rağmen kanun koyucu tarafından tanımlanmamıştır²². Hekimin özen borcu, hastasının menfaatleri ışığında davranması diğeri ifadeyle

²⁰ AKINTÜRK/KARAMAN, s.313 vd.

²¹ Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Hasta Hakları Yönetmeliğı, Umumi Hıfızsıhha Kanunu, Türk Tabipler Birliğı Kanunu, Hekimlik Meslek Etiğı Kuralları. UĞURLU/ AKPINAR, s.125.

²² BAŞPINAR, 2004, s. 122-123; GÜMÜŞ, s. 93-94.

hastasının zarar görmesine sebebiyet verecek davranışlardan kaçınmasıdır²³. Hekim-hasta ilişkisinin vekâlet sözleşmesi kapsamında ele alındığı hallerde Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hükümler hekimin özen borcuna da açıklık getirmektedir.

Özen borcu, başarılı bir sonuç elde etmek için her türlü çabayı göstermeli ve beklenen sonuca ulaşılmasını engelleyen her türlü davranıştan kaçınması gerektiği, şeklinde anlamak gerekir.²⁴ Bu durum hekim açısından beklenen sonuca ulaştığı bir tedavi sonucu olarak yorumlanmamalı, ancak hekimin tüm olanakları kullanarak en iyi sonucu elde etmek için tedavi sürecini sürdürdüğü şeklinde yorumlanmalıdır.

Başpınar'a göre²⁵; özen kavramının zamanla, sosyal ve teknolojik gelişmelerle sürekli değişen bir durum olması sebebiyle tanımın olmaması, somut olaya göre yorumlanarak, özenin gereği yapıp yapılmadığının tespiti açısından, kanun koyucu tarafından tanımlanmamasını yerinde olduğunu ifade etmiştir. Bu yaklaşıma bağlı olarak hekimin tüm imkânları değerlendirerek olası tüm tedavi yöntemlerini gerçekleştirmesi, hekimin özen borcuna riayet ettiğine işaret edecektir.

Hekimin en önemli yükümlülükleri arasında yer alan özen borcu esasen hekimin diğer yükümlülüklerinin de dayanağını oluşturmaktadır²⁶. Hekimin özen borcu bir anlamda hastasına karşı önyargısız ve tarafsız²⁷ şekilde hastasına yönelik gerekli muayene ve tedaviyi azami

²³ BAŞPINAR, 2004, s. 153; KARAHASAN, s. 1001; YAVUZ, s. 642; Aynı doğrultuda Yargıtay kararları mevcuttur. Yargıtay 1. HD, 18 Mart 2003 Tarih E.2003/1082, K.2003/2988: "*Borçlar Kanununun temsil ve vekalet bağlarını düzenleyen hükümlerine göre, vekalet sözleşmesi büyük ölçüde tarafların karşılıklı güvenine dayanır. Vekilin borçlarının çoğu bu güven unsurundan, onun vekil edenin yararına ve iradesine uygun davranış yükümlülüğünden doğar. Borçlar Kanununda sadakat ve özen borcu, vekilin vekil edene karşı en önde gelen borcu kabul edilmiştir.*"; TBK aynı doğrultuda Yargıtay 1. HD, 08 Mayıs 2003 Tarih E.2003/5153, K.2003/5628; Yargıtay 1. HD, 06 Mayıs 2003 Tarih E.2003/3909, K.2003/5445; Yargıtay 3. HD, 09 Eylül 1985 Tarih E.1985/2552, K.1985/5380; Yargıtay 1. HD, 24 Kasım 1997 Tarih E.1997/13932, K.1997/15049; Yargıtay 1. HD, 23 Şubat 2005 Tarih E.2005/837, K.2005/1805; Yargıtay 1. HD, 09 Haziran 2003 Tarih E.2003/6215, K.2003/6884.(kazanci.com'dan ve Corpus'tan alınmıştır.)

²⁴ DEMİR, s.124.

²⁵ BAŞPINAR, 2004, s. 123.

²⁶ HAKERİ, s.233.

²⁷ Hekimlik Meslek Etiği m.7.

düzeyde özenli şekilde yerine getirmelidir²⁸. Hekim, uzmanlık alanının ne olduğuna bakmaksızın, mücbir sebepler dışında, ilk yardım müdahalesinde de bulunması aksi halde özen yükümlülüğüne aykırı davranıldığı anlamına gelmektedir. Her ne kadar hekimin öncelikli yükümlülüğü hastalığı doğru şekilde teşhis ve buna yönelik tedavi olsa da, yapılan müdahalelerde, hastanın kişilik haklarını da dikkate alması özen borcu kapsamında değerlendirilmelidir.²⁹ Anayasa m.17/II'de yer alan kişinin vücut dokunulmazlığının sınırını oluşturan tıbbi zorunluluklar ile ilgili düzenleme, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.13/III'de düzenleme alanı bulmuştur. Şöyle ki; sırf hekim olmasından kaynaklı olarak teşhis, tedavi amacı olmadan, hastanın rızası olsa dahi herhangi bir müdahalede bulunulamayacağı belirtilmiştir. Hekimin hastasına yönelik müdahaleleri kurallara uygun olarak yapılmasının yanı sıra, hastasının iyileşemeyecek durumda olması halinde dahi, hastasını kaderine terk etmeyip, ağrılarını azaltmaya yönelik tedavi yöntemlerini uygulamakla yükümlü olması da hekimin özen borcunun bir gereğidir, aynı zamanda hekim hastasına her ne kadar hastalığı ile ilgili bilgileri ve tedbirleri açıkça izah etmesi gerekse de, hastanın iyileşemez durumda olması halinde, bunu hastasına bildirme yükümlülüğü bulunmaması, özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmeyecektir.³⁰

1. Borçlar Hukukunda Özen Kavramı

Yukarıda da değinildiği üzere özen kavramı ile ilgili kanunlarda herhangi bir tanım yoktur.³¹ Özen borcu, vekilin (hekim) vekâlet sözleşmesi ile üstlendiği işi, müvekkilin (hastanın) yararına sonuç doğuracak şekilde ifa etmesi ve müvekkilin (hastanın) zararına yol açabilecek

²⁸ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, m.2. Hekim, uzmanlık alanının ne olduğuna bakmaksızın, mücbir sebepler dışında, ilk yardım müdahalesinde de bulunması aksi halde özen yükümlülüğüne aykırı davranıldığı anlamına gelmektedir. m.3. Y.13. HD. E.1994/8557, K.1994/2138; Y.13 HD. E.2005/2645 K.2005/11796; Y13.HD. E.2002/13959, K.2003/ 2380; Y13 HD. E.2006/10057, K.2006/13842, Y13.HD, E.2004/12088, K.2005/ 1728. (kazanci.com'dan ve Corpus'tan alınmıştır.) E.T: 10.06.2020.

²⁹ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.5; HAKERİ, s.233; UĞURLU/AKPINAR, s.126.

³⁰ UĞURLU/AKPINAR, s.126.

³¹ BAŞPINAR, 2004; s. 122-123; GÜMÜŞ, s. 93-94.

her türlü davranıştan kaçınmasıdır³². Bir fikre göre, vekilin özen borcu, sonuca ulaşmak için aklın ve iradenin kullanılmasıdır³³. Yargıtay³⁴ tarafından; "...davacı, yüzündeki kırışıkların giderilmesi maksadı ile davalı doktorun yaptığı müdahalenin özensiz ve kusurlu olduğunu ileri sürmüş ve bu müdahalenin kalıcı zararlara yol açtığı iddiasıyla manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Kararda davanın temelini vekillik sözleşmesine dayandığı, bu sebeple davacının tedavisini üstlenen hastane ve doktorların meslek alanı içinde olan bütün kusurlarının, hafif dahi olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Zira doktor ve hastane, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören vekilden (hekimden), tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Şu halde gereken özeni göstermeyen vekil ise, B.K'nun 394/1. maddesi hükmü uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Vekil, vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değilse de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yön-

³² BAŞPINAR, 2004, s. 153; KARAHASAN, s. 1001; YAVUZ, s. 642; Aynı doğrultuda Yargıtay kararları mevcuttur. Yargıtay 1. HD, 18 Mart 2003 Tarih E.2003/1082, K.2003/2988: "Borçlar Kanununun temsil ve vekalet bağlarını düzenleyen hükümlerine göre, vekalet sözleşmesi büyük ölçüde tarafların karşılıklı güvenine dayanır. Vekilin borçlarının çoğu bu güven unsurundan, onun vekil edenin yararına ve iradesine uygun davranış yükümlülüğünden doğar. Borçlar Kanununda sadakat ve özen borcu, vekilin vekil edene karşı en önde gelen borcu kabul edilmiştir."; TBKz. aynı doğrultuda Yargıtay 1. HD, 08 Mayıs 2003 Tarih E.2003/5153, K.2003/5628; Yargıtay 1. HD, 06 Mayıs 2003 Tarih E.2003/3909, K.2003/5445; Yargıtay 3. HD, 09 Eylül 1985 Tarih E.1985/2552, K.1985/5380; Yargıtay 1. HD, 24 Kasım 1997 Tarih E.1997/13932, K.1997/15049; Yargıtay 1. HD, 23 Şubat 2005 Tarih E.2005/837, K.2005/1805; Yargıtay 1. HD, 09 Haziran 2003 Tarih E.2003/6215, K.2003/6884. (kazanci.com'dan ve Corpus'tan alınmıştır.) E.T: 10.06.2020

³³ ARAL/AYRANCI, s. 404.

³⁴ Y13.HD., T.18.09.2008, E.2008/4519, K.2008/10750. (IŞIK, s.172).

temleri arasında bir seçim yapılacaksa, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı ve hastayı risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınarak, en emin yol seçilmelidir. Olayda ilk derece mahkemesinin verdiği tazminat talebine yer olmadığı yönündeki karar bozulmuş ve hekimin özen borcuna aykırı davranması nedeniyle hukuki sorumluluğunun mevcut olduğu..." kanaatine varılmıştır.

TBK m. 506/III'e göre; "Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır" denilmek suretiyle vekilin sorumluluğundan bahsedilmiştir. Maddeden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu vekilin sorumluluğunu işçinin sorumluluğu ile aynı hükümlere tabii tutmaktadır³⁵.

Vekalet sözleşmesinin tarafı olan hekim, avukat gibi meslek erbaplarının alanlarında uzman olması sebebiyle, müvekkilin ya da hastanın bu kişileri denetleme şansı bulunmamaktadır. Dolayısıyla hekimin uyguladığı tanı ve tedavi yöntemlerinin hasta tarafından doğru ya da yanlış olarak değerlendirilebilmesi neredeyse imkânsızdır. Bu halde, hekim doğru tanıyı koyarak, doğru tedaviye başlamalı ve mesleğinin gerektirdiği etik değerler çerçevesinde beklenen özeni azami şekilde göstermelidir. Yüksek özen borcu sebebiyle, hekimlerin "en küçük ihmalinden" dolayı "tam sorumluluk" ları söz konusudur. Hekimin tazminat sorumluluğunda indirim yoluna gidilmesi çoğu zaman, hastanın hatası ve ihmali halinde söz konusu olur.³⁶ Her ne kadar uygulamada hekimin özeninin yüksek derecede olduğu belirtilse de, hekim en küçük hatasında karşılaşılabilecek yaptırımlar sebebiyle tedirginliğinin de üst düzeyde olacağı düşünülmeli en azından bunun da değerlendirme altına alınarak hekimlere yönelik koruyucu düzenlemelerin getirilmesi gerekir.

³⁵ Yargıtay HGK, 19 Mart 2003 Tarih E.2003/13174, K.2003/181: "...Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlanmıştır."; Yargıtay 13. HD, 08 Kasım 1989 Tarih E.1989/3646, K.1989/6437: "Vekil, işçi gibi işini özenle yerine getirmek zorundadır." E.T: 10.06.2020.

³⁶ Y.13.HD.06.07.2006, E.2006/5518 K.2006/11185 (İBD. 2007/2-840), Y.13.HD.28.11.2005, E.2005/11159 K.2005/17474 (İBD. 2006/2-850), Y.13.HD. 26.10.2004, E.2004/6493 K.2004/15431 (YKD. 2005/5-723) (kazancı.com.tr.) E.T. 11.07.2020.

Diğer taraftan, vekâlet sözleşmesinde güven unsuru, hizmet sözleşmesine nazaran daha baskın olarak kendini göstermektedir³⁷. Aynı zamanda vekalet sözleşmesinde taraf olan vekil uzmanlığı gereği daha bağımsız çalışmaktadır.³⁸ Kanaatimizce, TBK m. 506/I hükmünün doğrudan doğruya işçinin sorumluluğu ile eşdeğer olduğunu söylemek yerinde olmayacaktır³⁹.

Bu nedenlerle, vekaletnamede müvekkilin sorumluluğunun, gösterileceği özenin derecesinin belirlenmesinde işçinin sorumluluğu ile karşılaştırılabileceği söylenebilir. Diğer yönlerden müvekkilin sorumluluğunun vekalet sözleşmesinin özelliklerine uygun ilkelere dayandırılması gerekmektedir⁴⁰. Bu durum hekim için doğrudan geçerlilik görünümündedir.

Vekilin, üstlendiği iş ve hizmetleri, “vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek”, “sadakat ve özenle” yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır (TBK m. 506/II)⁴¹. Bu nedenle de, hekimin sözleşmesel ilişki kapsamında yerine getirmeyi vaat ettiği tanı ve tedavi işi için gerekli olan yeterli bilgiye ve/veya deneyime sahip olmaması durumunda, sorumluluğuna gidilebilecektir⁴².

Hekimler, teşhis ve tedavi amacıyla yapmış olduğu tıbbi müdahalelerinde beklenen özeni göstermekle yükümlüdür. Bu nedenle eğitim sürecini tamamladıktan sonra meydana gelen tıbbi gelişmelerden haberdar olmaması, kendini geliştirememesi veya anlaması gereken meslek kurallarını anlamadığından dolayı, sorumluluktan kaçamaz, aksine

³⁷ BAŞPINAR, 2004, s. 161.

³⁸ ÖZKAYA, s. 360.

³⁹ Aynı yönde Bkz. Yavuz, s. 642. eBK m. 390/I hükmünün eBK m. 321 hükmüne yaptığı atf ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi ve doktrinde ileri sürülen görüşler için Bkz. Gümüş, s. 367 vd.

⁴⁰ UZUNLU, s. 108.

⁴¹ BAŞPINAR, 2004, s. 128; YAVUZ, s. 641; AKİPEK, s. 54; ARAL, 403; ÖZKAYA, s. 359; SARI, s. 298; BİLGE, s. 292; TANDOĞAN, s. 197; AKINCI, s. 15; DONAY, s. 735-736; HATEMİ, SEROZAN, ARPACI, s. 417. Nitekim, Borçlar Kanunu Tasarısının, eBK. m. 390/II hükmüne denk gelen m. 506/II hükmünde "iyi bir suretle ifa" ifadesi yerine "vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle" şeklinde düzenlenmiştir.

⁴² BAŞPINAR, s. 128.

hekimin özen borcunun kapsamına yenilikçi olmak dahil edilmelidir. Başka bir deyişle, pratisyen hekimlerin veya uzmanların bekleyebileceği tıbbi yetenekler beklenmemelidir. Bununla birlikte, doktor müdahalenin kapasitesinin ötesinde olduğuna inanıyorsa, hastayı bir uzmana veya hastaneye göndermek özen borcunun uzantısı niteliğindedir.⁴³

Kanaatimizce, hekimin yeterliliği statüsüne göre değerlendirilmelidir, yani pratisyen hekimden yıllardır uzmanlık alanın içinde görevini ifa eden hekimin yeteneği de beklenmemelidir. Bu durum pratisyen hekimin, gelişmelere ayak uyduramamış, yeni tedavi yöntemlerini araştırmayıp bilimin gerisinde kalmış hekim olması anlamına da gelmemelidir. Pratisyen hekimin, uzmanlık gerektiren bir durum olduğunu anladığı anda, hastayı uzmanlık alanına giren hekime yönlendirmesi de özen borcunun sonucunu oluşturmaktadır. Aksi takdirde pratisyen hekimin yeterli olup olmadığı hasta tarafından denetlenemeyeceği gibi yeterliliğin olup olmaması konusunda ki fikri de tamamen tahminden öteye geçemeyecektir. Dolayısıyla, hasta koşulsuz bir güven veya mecburi bir güven ile hekime tabi olduğundan hekimin mesleki eksikliği tamamıyla kendi kusur ve sorumluluğundadır.

Hekim, hastasına karşı özenli şekilde davranmasının ölçütü kanun koyucu açısından 'basiret' kavramıyla belirtilmiştir. Yargıtay bir kararında, *"Vekil, hastanın zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yol seçilmek gerekir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. Gereken özen görevini göstermeyen vekil, BK 394/1(TBK 510) maddesi hükmü uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Aynı hususlar adam çalıştıran sıfatı ile" ... "kuruluşları için de ge-*

⁴³ ALKANAT, s.178; IŞIK, s.143.

çerlidir..."⁴⁴ içtihat ederek hekimin öngörülü olması gerektiğini vurgulamıştır. Yargıtay'ın görüşüne katılmak mümkün değildir, tedbirli olmakla, basiretli olmak birbirinden çok ayrı kavramlar olduğunu unutmamak gerekir. Şöyle ki; basiretli davranmak ileride doğabilecek belirsiz faktörleri de riskleri de önceden belirleme anlamına geleceğinden dolayı, hekim bu kaygıyla asıl işini yapmaktan beşeri duygular sebebiyle uzaklaşacaktır. Bununla birlikte, hekimin gerekli araştırmaları yine azami özenle yapmış olup, tıbbi müdahalesinde de yine aynı özeni gösterdiği halde, gelişmeler tamamen aksi yönde olup hasta buna rağmen zarar görmüşse, özensizlikten söz edilemez, bunun yanı sıra da hekimin tedbirli ve özenli davrandığı kabul edilmelidir⁴⁵.

Öte yandan vekilin işi, kendisine ait olmaması sebebiyle bu bilinçle hareket etmeli ve kendi işi için göstereceği dikkat ve özenden çok daha fazlasını müvekkiline göstermelidir. Bir kimsenin kendi işi için göstereceği özen, başkasının işleri için göstereceği özen ile eşdeğer tutulmalı, diğer ifadeyle doktor, hastasına, kendisi ya da yakınlarına göstereceği özenden çok daha fazla özen göstermelidir⁴⁶.

1. Özen Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Doktrinde ağırlıklı olarak vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcunun yan yükümlülük olduğunu ileri sürmüşlerdir⁴⁷. Vekilin vekalet sözleşmesi kapsamında yerine getirmeyi üstlendiği faaliyetler, yalnızca müvekkilin vekaletname ile elde etmeyi umduğu sonuçlara ulaşmanın bir yolu olduğundan, müvekkilin özen yükümlülüğünün asli edim olmadığını belirtilmektedir⁴⁸.

Diğer taraftan, vekâlet sözleşmesinde vekilin özen borcu asli edim olarak kabul edilmiştir⁴⁹. Buna göre; hekimin görevi doğrudan asli edimi oluşturan davranışa yönelik olduğu için; vekil yetkisi ile üstlendiği

⁴⁴ Y.13. HD. E.2016/30741 K. 2019/12246 (kazancı.com) E.T: 08.05.2020.

⁴⁵ Aynı sorun esasen Türk Ticaret Hukuku'nda da vuku bulmaktaydı, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin basiretli iş adamı gibi davranması yerine tedbirli yönetici gibi davranması şeklinde değişikliğe gidilmiştir.

⁴⁶ BİLGE, s. 293.

⁴⁷ AKİPEK, s. 57; BAŞPINAR, 2004, s. 158; YAVUZ-İPEKYÜZ, s. 122.

⁴⁸ BAŞPINAR, 2004, s. 158.

⁴⁹ GÜMÜŞ, s. 178.

işi veya hizmeti özenli şekilde yerine getirme yükümlülüğüne bağlıdır. Bu sebepten özenli şekilde yapılmadığı sürece borca aykırı davranmış sayılmalıdır⁵⁰.

Kanaatimizce, vekâlet sözleşmesinde vekilin özen borcu; asli edim borcudur. Oysaki diğer iş görme sözleşmelerinde borçlu, borç ilişkisinin sonucunu borçlanırken, vekalet sözleşmesinde ise vekil, borç ilişkisinin konusunu oluşturan davranışı borçlanmaktadır⁵¹. Örneğin doktor gerekli dikkati ve özeni gösterdiği halde, beklenen sonuca ulaşamasa bile doktor özen yükümlülüğünü yerine getirmiş kabul edilir. Ayrıca hekimin bilgisinin sınırsız olmaması sebebiyle, hekim özenli şekilde araştırmalarını yapmalı⁵² buna rağmen herhangi bir tanı koyamaması özensiz davranma anlamına gelmeyecektir. Ancak meslek gereği yapması gereken araştırmaları yapmaksızın teşhis koyan ya da belirtileri üstün körü araştırıp yanlış tanı koyan ve bu sebepten yanlış tedavi uygulayan hekimin özensiz olduğu açıktır.

C. Sır Saklama ve Sadakat Borcu

1. Sır Saklama Borcu

Sır saklama, sadakat borcunun kapsamında olduğu halde; TBK'da açıkça düzenlenmemiştir. Ancak 1982 Anayasası (m. 20), Medeni Kanun (m. 24), Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (m. 4/I) ve TCK'de sır saklama borcu düzenlenmiştir⁵³. Ancak, hekimin, sadakat borcu çerçevesinde hasta ile ilgili ve yaptığı tedavi sonucunda öğrenilen sırları saklamak ve

⁵⁰ GÜMÜŞ, s. 178-179. Vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcunun hukuki niteliğine ilişkin görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞPINAR, 2004, s. 147 vd.; GÜMÜŞ, s. 161 vd.

⁵¹ EREN, s. 90. Ancak, verme edimlerinde, borç ilişkisinin konusunu oluşturan davranışın sonucu önem taşımaktadır. Örneğin bir satım sözleşmesinde satıcı satılan malın mülkiyetini alacaklıya geçirmek ve malı teslim etmek borcu altında olup; burada edim sonucunu borçlanmak söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 90-91.

⁵² Ayrıca hekimin sadece hastanın geçmiş döneminde başkaca hekimler tarafından yapılan teşhisleri baz alarak tedavi uygulaması ve kendisinin herhangi bir şekilde muayene yapmadan tedavi yöntemi belirlemesi de özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir. UĞURLU/AKPINAR, s.130.

⁵³ ALKANAT, s.179; SERT, s.71.

üçüncü şahısların bu sırları öğrenmesini engellemek için gerekli tedbirleri almak zorunda kalacağı genel olarak kabul edilmektedir⁵⁴.

Sır; gizli tutulmasında hastanın menfaati olan her türlü bilgidir⁵⁵. Olayları ya da bilgileri sır olarak nitelendirmek, bir değer yargısı meselesidir. Kişinin yaşadığı toplumda onurunu zedeleyecek, toplum tarafından kınanmasına neden olacak ve kişinin sosyo-ekonomik durumunu etkileyecek olaylar kişinin sırrı olarak görülmelidir.⁵⁶ Kanun ile izin verilen haller dışında mahremiyet özgü olan bilgiler, yani hastanın tıbbi durumu, tedavisi, kayıt altında olan bilgileri ölümden sonra dahi gizlilik esasına tabidir.⁵⁷

Bu durumda herkes tarafından bilinen hususlar sır olarak kabul edilmez. Öte yandan, belirsiz veya öngörülebilir konuların doğruluğunun veya yanlışlığının belirlenmesi, sır saklama borcunun ihlali olarak kabul edilebilir⁵⁸. Bu durumda hastanın gizli kalmasını istediği her şey, açıklanmasında hasta açısından herhangi bir zarara sebebiyet vermese dahi sır olarak kabul edilmeli ve gizli tutulmalıdır⁵⁹. Hasta hekim ilişkisinde bu durum mahremiyet olarak kendini gösterdiği gibi hastalığın tanılanmasında ve geçmiş hikâyesinin oluşmasında hekimin sır niteliğindeki bilgilere haiz olması oldukça muhtemeldir⁶⁰.

Bununla birlikte, sır; görülen işin niteliğine, hastanın kişiliğine ve menfaatlerine göre değişir. Örneğin hastanın herhangi bir konuda he-

⁵⁴ YALÇINDURAN, s. 79; AKİPEK, s. 58; ÖZKAYA, s. 362; YAVUZ, s. 652-653; SARI, s. 300; BİLGE, s. 293; TAŞKIN, s. 164-165; KARAHASAN, s. 1019; DONAY, s. 740; TANDOĞAN, s. 230; HATEMİ, SEROZAN, ARPACI, s. 417.

⁵⁵ ÖZKAYA, s. 362; YAVUZ, s. 652; SARI, s. 301; DONAY, s. 740; TANDOĞAN, s. 232.

⁵⁶ KAYAER, s. 15.

⁵⁷ UĞURLU/ AKPINAR, s.134; HAKERİ, s. 366; SERT, s.71.

⁵⁸ SARI, s. 301; TANDOĞAN, s. 232.

⁵⁹ ÖZKAYA, s. 362; SARI, s. 301.

⁶⁰ Hekimin hastaya ait olan öyküyü eksiksiz alması çoğu zaman teşhis için önem arz eder. Özellikle çocuğun öyküsünün eksiksiz alınması son derece önemlidir. Şayet öykü eksiksiz olarak alınmaya çalışılmaması ya da hiç alınmaması sebebiyle, çocuk istismanı olduğu halde anılan eksikliklerden dolayı ortaya çıkarılmazsa hekimin sorumluluğuna gidilmelidir. UĞURLU/AKPINAR, s.129-130; HAKERİ, s. 326.

kime gittiğinin bilinmesi, hasta açısından olumsuz sonuçlar doğuracaksa bu da gizli tutulmalıdır⁶¹.

Diğer taraftan, hekimin sır saklama yükümlülüğü aynı zamanda hekimin yardımcıları açısından da uygulanmalıdır. Hekim yanında çalıştırdığı asistanlarına dahi işin gereği olan bilgileri vermeli, bunun dışında olan bilgileri vermekten kaçınmalıdır⁶². Kısacası, sır saklama borcunun kapsamı; esasen hastanın çıkarları gözetilerek somut olaya göre değerlendirilmelidir.

Hekimin sır saklama borcu, kamu hukukundan doğmaktadır ve bu sebeple de buna aykırı bir davranışın ceza hukuku açısından yaptırımını da söz konusudur. Vekilin sır saklama borcunda olduğu gibi hekimin sır saklama borcu açısından da, TCK md. 239 hükmünde yaptırıma bağlanmıştır⁶³. Çünkü mesleklerine ilişkin olarak, sır saklama yalnızca sözleşmeden kaynaklanmamakta, aynı zamanda hekimin öğrendiği sırrı açıklamamasında kamunun menfaati de bulunmaktadır⁶⁴. Çünkü hasta hekime vermiş olduğu bilgilerin açıklanması hususunda tereddüt yaşarsa, tüm bilgileri gerçeği yansıtacak şekilde vermeyeceği gibi, hekime gitmekten de imtina edebilecektir. Bununla birlikte hastalığı ile ilgili olmayan ancak tedavi sırasında öğrendiği bilgileri de sır kapsamında değerlendirmek yerinde olacaktır⁶⁵.

Kanun, sır saklamanın sınırlarını, ancak kanunen zaruret doğuran durumlara kadar genişletmiştir. Yani, vekâlet eden, müvekkile ait belirli

⁶¹ TANDOĞAN, s. 232; YAVUZ-İPEKYÜZ, s. 120.

⁶² SARI, s. 301.

⁶³ "Bu madde, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda m. 364 ve m. 365 hükümlerine tekabül etmekteydi. TCK m. 239 hükmünde ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin yetkisiz kişilere verilmesi suç olarak tanımlanmaktadır. Bu bilgi veya belgelerin sır kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu hakim tarafından belirlenecektir." Ayrıntılı bilgi için bkz. YURTCAN, s. 405 vd.

⁶⁴ ÖZKAYA, s. 362; YAVUZ, s. 652; DONAY, s. 740; SARI, s. 300, dn. 127; TANDOĞAN, s. 230. Doktorun sır saklama borcu hakkında ayrıntılı bilgi için YAVUZ-İPEKYÜZ, s. 130 vd.; HAKERİ, s.366; SERT, s.126.

⁶⁵ "Örneğin, hekimin tedavi için gittiği evde hastanın metres hayatı yaşadığına tanık olması hastanın sağlık durumuyla alakalı olmasa bile gizli tutulması gereken bir bilgidir." HANCI, s.161.

sırları kanunen zaruret doğması durumunda açıklamak zorunda kalmaktadır.

Hasta, hekime vermiş olduğu sırları açıklaması konusunda rıza göstermişse veya sırrın açıklanmasında hukuka uygun menfaatler bulunmakta ise⁶⁶ veya çeşitli kanuni düzenlemeler hastanın sırlarının açıklanmasına izin vermişse, hekim, hastaya ait sırları açıklamaktan sorumlu tutulamaz⁶⁷. Hastaya ait sırları açıklamama yükümlülüğünün ihlal olmaması durumunu somutlaştırmak gerekirse hastanın, hekim aleyhine açacağı davaları söyleyebiliriz. Bu durumda hekim, hasta ile ilgili öğrenmiş olduğu verileri mahkemeye sunması, sır saklama borcuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Bunun yanı sıra, hekimin tanıklık yapması, sır saklama yükümlülüğünün ihlali anlamına gelir mi? HMK m.249; hekimlerin tanıklıktan çekilebileceğini hüküm altına almakla birlikte, sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, hekimin tanıklıktan çekilemeyeceğini de belirtmiştir.⁶⁸

2. Sadakat Borcu

Sadakat, bir kişinin diğerine samimi bağlılığını ifade eder. Sadakat borcu, doktorların hastaların sağlığını korumak için gerekli tüm önlemleri almasını hastanın menfaatine aykırı gelecek her türlü davranıştan kaçınması anlamına gelir. Sadakat borcu çerçevesinde, hekim, hastalarına karşı dürüst davranmalı ve güvenlerini zedeleyebilecek davranışlardan kaçınmalıdırlar, hekim hastasına güven vermeli, hasta da hekimin kendisine göstermiş olduğu davranışlardan dolayı ona güvenmelidir. Hekimin sadakat borcu, tedavi aşamasında olduğu gibi tedavi bittikten sonra da devam etmektedir⁶⁹.

⁶⁶ Burada sözü edilen hukuka uygun menfaatler, bir hastayı başka bir uzman doktora sevkeden doktorun bu uzman doktora teşhis ve tedaviye yönelik gerekli bilgileri vermesi veya bir avukatın bir davada savunmasının dayanağını oluşturan belirli durumları hakime bildirmesi örnekleri verilebilir. (TANDOĞAN, s. 233-234).

⁶⁷ YALÇINDURAN, s. 80; ZEVKLİLER, HAVUTÇU, s. 343; ÖZKAYA, s. 362; YAVUZ, s. 653; Sarı, s. 301-302; TANDOĞAN, s. 233-234.

⁶⁸ Aynı zamanda CMK m.46 da hekimlerin tanıklıktan çekinebileceğini hüküm altına almıştır.

⁶⁹ YALÇINDURAN, s. 80; DONAY, a.g.m., s. 741; ZEVKLİLER, s. 343; KARAHASAN, s. 1001; AKINCI, Vekalet, s. 16; ARAL, s. 403; ÖZKAYA, s. 359; YAVUZ, s. 651; ŞENYÜZ, s. 262; SARI, s. 302.303. "Vekilin özen borcu, vekalet sözleşmesindeki işin

Vekalet sözleşmesinde vekilin sadakat borcu, vekalet sözleşmesinde belirtilen amaç doğrultusunda müvekkilin menfaatlerini korumak ve vekaletnamenin icrası sırasında ve vekaletnamenin sona ermesinden sonra kendi menfaatini müvekkilin menfaatine bağlı kılmaktır.⁷⁰ Hekim açısından da sadece doğru tanı koyup, buna uygun tedaviye başlamak yeterli olmayıp aynı zamanda, hastanın kişiliğini de göz önünde tutarak, hastasının insan olduğunu göz ardı etmeksizin görevini icra etmelidir.

Ayrıca, hekimin hastasını tedavi etme sürecinde ondan ücret alıp almaması sadakat borcunu etkileyecek bir unsur değildir⁷¹. Diğer taraftan, ücretli olan vekâlet sözleşmelerinde hekimin hastasından ücret alacağı için, fazla ücret alabilmek adına işi gereksiz yere uzatması yine sadakat borcuna aykırılık oluşturacaktır⁷².

Hekimin sadakat borcunun kapsamı, özene göre belirlenir ve sadakat borcunun temelini dürüstlük kuralı oluşturur (TMK m.2)⁷³. Öte yandan, vekalet sözleşmesinin niteliğine göre, vekilin sadakat borcu dürüstlük kuralına nazaran daha baskındır⁷⁴.

Vekalet sözleşmesinde vekilin sadakat borcu, müvekkilin menfaatlerini kendi menfaatlerinin önünde tutma, başkalarının işinin müvekkilin menfaatine aykırı düşmesini engelleme ve vekalet sözleşmesinin şartlarını en uygun şekilde yerine getirmesidir⁷⁵. Vekalet sözleşmesinde

ifa edilmesiyle birlikte bittiği halde; vekilin sadakat borcu ve bu kapsamda sır saklama borcu iş bittikten sonra da devam etmektedir. Ayrıca, sadakat yükümü hukuki niteliği itibarıyla bir yan yüküm niteliğindedir ve vekilin sadakat borcunu ihlal etmesi durumunda müvekkilin uğradığı zararların tazminat yolu ile giderilmesi mümkündür. Vekilin özen borcunun ihlali halinde ise, sadece özen borcunun ihlal edilmesine dayalı olarak bir tazminat talebinde bulunulması mümkün değildir." Vekilin sadakat borcunun özen borcu ile ilişkisi ve aradaki farklar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. GÜMÜŞ, s. 198 vd.

⁷⁰ YAVUZ, s. 650-651; AKINCI, s. 16; SARI, s. 299; GÜMÜŞ, s. 194; TANDOĞAN, s. 197; KARAHASAN, s. 1001; ZEVKLİLER, HAVUTÇU, s. 343.

⁷¹ ÖZKAYA, s. 358; YAVUZ, s. 651.

⁷² NOMER, s. 10; TANDOĞAN, s. 197-198.

⁷³ YALÇINDURAN, s. 79; AKİPEK, s. 58; GÜMÜŞ, s. 195; Yargıtay 1. HD, 18 Ekim 1991 Tarih E.1991/12317, K.1991/11703: "*Temsil yetkisinin kullanılmasında aslanan vekalet verenin çıkarının gözetilmesi, özellikle dürüstlük kuralına aykırı bir davranış içine girilmemesidir.*"

⁷⁴ AKİPEK, s. 58; GÜMÜŞ, s. 195.

⁷⁵ ÖZKAYA, s. 358-359.

vekaletnamenin icrası bazı durumlarda çıkar çatışmasına neden olabilir⁷⁶. Eğer taraflar arasında menfaat çatışması mevcutsa, vekilin, o işi alması yasaktır⁷⁷. Çünkü hekim, kendi menfaatlerinin veya üçüncü bir şahsın menfaatlerinin, hastanın menfaatleriyle çatışması durumunda, hekim, hastanın menfaatlerine her zaman öncelik vermekle yükümlüdür. Öte yandan, herhangi bir çıkar çatışması yoksa veya hasta açıkça kabul etmişse veya hastaya zarar verme tehlikesi yoksa, hekimin bu tür işlere girmesine engel yoktur⁷⁸.

Hekimin sadakat borcu, kural olarak sözleşme ilişkisi sürecinde söz konusu olsa da, gene de bu borç, sır saklama borcu ile eşzamanlı şekilde devam etmektedir⁷⁹. Yani vekalet sözleşmesinin sona ermesinden sonra, vekaletname sözleşmesi sayesinde elde edilen bilgileri kullanarak, sır saklama borcuna aykırı hareket edildiği anlamına geleceğinden sözleşmesel ilişki sona erdikten sonra da sır saklama borcu devam edecektir.

3. Sır Saklama ve Sadakat Borcunun Hukuki Niteliği

Türk Hukuku açısından vekâlet sözleşmesinde vekilin sadakat borcunun kaynağını dürüstlük kuralları oluşturmaktadır (TMK m.2)⁸⁰. Hekim ile hasta arasındaki ilişki güven esasına dayanan bir hukukî ilişkidir. Hekimin aslında her aşamada yükümlülüklerini yerine getirirken sadakat ve özen borcu vardır. Sadakat borcu hekimin hastasının sağlığını korumak ve tedavisini gereği gibi yerine getirebilmek için gereken her şeyi yapması ve ona zarar verebilecek her şeyden kaçınmasını ifade eder. Bu durumda hekimin sadakat borcu, asıl yapılması gereken işin gerçekleştirilmesine ilişkin olan, hastasının menfaatlerini gözeterek onu her türlü sonuçtan korumayı amaçlayan ve sözleşmenin tipini belirlemeyen bir borç olması sebebiyle hukuken yan yüküm niteliği taşımaktadır⁸¹. Buna bağlı olarak sadakat borcu, hekime ya bir yapma borcu (örneğin hastaya hastalığı ile ilgili bilgileri paylaşma) ya da hekimi belir-

⁷⁶ YALÇINDURAN, s. 79; AKİPEK, s. 59; ARAL, s. 404; SARI, s. 307.

⁷⁷ YALÇINDURAN, s. 79; AKİPEK, s. 59; ARAL, s. 404; TANDOĞAN, s. 198.

⁷⁸ YALÇINDURAN, s. 79; ARAL, s. 404; SARI, s. 308.

⁷⁹ SARI, s. 308.

⁸⁰ AKIN, s. 26.

⁸¹ AKİPEK, s. 59; GÜMÜŞ, s. 197-198; NOMER, s. 53; AKIN, s. 16.

li bir davranıştan kaçınma (örneğin hastaya ait sırları açıklamama) anlamına gelir. Bu niteliğiyle de, hekimin sadakat borcu, bir asıl edimin yanında tali nitelik taşımaktadır⁸².

D. Talimata Uygun Davranma Borcu

1. Genel Olarak

Vekâlet sözleşmesinde talimat, vekilin asli edimi olan iş görme, bir yapma borcuna karşılık gelmektedir. Verme borçlarında borcun konusunu oluşturan çeşit veya parça belirli, hiç değilse somut olarak belirlenebilir niteliktedir. Buna karşılık yapma borçlarında, borcun kendi yapısından kaynaklanan bir belirlenebilirlik söz konusu değildir. Nitekim yapma borçları açısından çeşit borcunun somutlaştırılıp belirlenmesine ilişkin TBK m.86 benzeri bir kural yoktur. Yapma borcunun nasıl ifa edileceğine ilişkin sınırlar, tarafların iradeleri ile çizilir. Daha sözleşmenin yapım aşamasında karşılıklı anlaşma yoluyla bir çerçeve belirlenebileceğinde şüphe yoktur. Özellikle vekâlet sözleşmesinin çoğu kez sürekli borç ilişkisi niteliğinde olduğu gerçeği, ifa sürecinde, yapma borcuna ilişkin sözleşme ile çizilen çerçevenin değişkenliğini sonuçlar. Başka bir ifade ile değişen koşullar müvekkilin sözleşme ile amaçladığı sonuca ulaştırıcı faaliyetlerin de değişmesini gerektirebilir⁸³, vekilin işin görülmesi için faaliyette bulunma borcunu belirginleştirir. Buradan hareketle sözleşmenin kurulma anına kadar, müvekkilin işin görülme biçimine ilişkin çizdiği ve vekil tarafından kabul edilen sınırlar, içerik bakımından talimat gibi görünseler de eBK m.389 anlamında talimat niteliğinde değil sözleşme hükmü niteliğindedir⁸⁴.

2. Talimata Uygunluk Sorumluluğunun İçeriği

Tarafların sözleşmede, işin görülme biçimine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler kararlaştırmaları mümkün olduğu gibi, genel bir çerçeve çizmekle yetinmeleri de mümkündür. Hasta, hekime değiştirici ya da somutlaştırıcı ve sınırlayıcı talimatlar da verebilir. Yukarıda da değinildiği üzere, hastanın vermiş olduğu talimatlar, mesleki kurallarla ilgili olmayıp sözleşmenin içeriğini belirleme amaçlıdır. Başka bir ifade ile

⁸² GÜMÜŞ, s. 198.

⁸³ TANDOĞAN, s.436; YAVUZ, s.433.

⁸⁴ DONAY, s.729; TANDOĞAN, s.437. ÖZKAYA, s.325.

sözleşmede üzerinde anlaşmaya varılan objektif ve sübjektif açıdan esaslı noktalar, hastanın talimat verme yetkisini kullanabileceği alana ilişkin en genel sınırdır. Bu sınırın tek taraflı olarak kullanılan talimatlar yolu ile aşılması mümkün değildir⁸⁵ Pek tabi hasta tek taraflı hukuki işlem niteliğindeki talimatlar yoluyla hekimin durumunu ağırlaştırmaz⁸⁶. Hekim ile hasta arasında kurulan sözleşmesinin konu ve kapsamı dışındaki hususlara ilişkin bir irade açıklaması, vekile yönetilmiş yeni bir öneri niteliğindedir⁸⁷, bu durum hekim tarafından kabul edilmedikçe, hekimin sorumluluğu kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Tedavi gibi hukuki fiillere yönelik vekâlet sözleşmelerinde vekil asli edim yükümünü yerine getirirken temsil yetkisine dayanır⁸⁸. Şu halde hastanın, hekime yönelik sınırlayıcı talimatları, çoğu kez sözleşmenin içeriğinde de değişikliğe yol açar. Başka bir ifade ile bu türden bir talimat, hem vekile TBK m.505/1 gereği bu talimata uygun işlem yapma borcunu yükleyecek, hem de vekilin temsil yetkisini sınırlayacaktır. Dolayısıyla talimata aykırı işlem yapılması hem hekim ve hasta arasındaki iç ilişkide hem de hekim ile üçüncü kişi (hastanın yakınları gibi) arasındaki dış ilişki de sonuçlar doğuracaktır⁸⁹.

Hastanın hekime vereceği talimatlar pek tabi, hekimin uzmanlık alanının gerektirdiği tedavi yöntemine yönelik olmayıp, ancak yeni tedavi yöntemlerinden birinin seçilmesi ile ilgili de olabilecektir.

E. Aydınlatma Borcu

1. Aydınlatma Borcunun İçeriği ve Hukuki Niteliği

Hasta kendi ile ilgili olan her şeye yönelik özgürce karar verme hakkına sahiptir. Hastanın bu kararı sağlıklı bir şekilde verebilmesi için iyi şekilde bilgilendirilmesinin yanı sıra aldığı kararda kimsenin baskısı da olmaması da önem arz etmektedir⁹⁰. Hekimler, sadakat borcunun bir

⁸⁵ DONAY, s.731; TANDOĞAN, s.438; YAVUZ, s.433; ARAL, s.411; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 344; KARAHASAN, s.1015.

⁸⁶ DONAY, s.731; TANDOĞAN, s.438.

⁸⁷ ARAL, s.411.

⁸⁸ TANDOĞAN, s.394; ARAL, s. 396.

⁸⁹ DEMİR, s.34

⁹⁰ Bu durum aynı zamanda hastanın özerkliğinin de sonucudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAKMUT YENERER, s.10; TACİR, s.153; "TMK m.23 ve m.24 hükümleri kişilik

gereği olarak, hastalarına gerekli tüm bilgileri vermek, bazı durumlarda hastalarını uyarmak ve görevlerini yerine getirirken hastalarını koruma yükümlülüklerini yerine getirmeleri gerekir⁹¹. Nitekim Yargıtay'a göre "... Vekil, yalnızca işin sonunda değil, yürütülmesi evresinde de durumdan vekil edene bilgi vermekle yükümlüdür⁹²."

Hekimin hastasını aydınlatma borcu esasen sadakat borcunun uzantısıdır. Aydınlatmanın kapsamı konusunda kanunlarımızda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Hasta Hakları Yönetmeliğinin⁹³ m.15; "*Hasta; sağlık durumu, kendisine uygulanacak tıbbî işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbî müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi hâlinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir. Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması hâlinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir. Gerek görülen hâllerde yetkinin belgelendirilmesi istenilebilir. - Hasta, tedavisi ile ilgilenen tabip dışında bir başka tabipten de sağlık durumu hakkında bilgi alabilir⁹⁴."*

hakkını hukuki işlemlere ve hukuka aykırı fiillere karşı koruduğu için aydınlatma yükümlülüğünün hukuksal dayanağını oluştururlar. TMK m.25, TBK m. 56 ve m. 58 hükümleri ise, kişilik hakkına ve bu kapsamda kişiliği oluşturan değerlere hukuka aykırı müdahaleler karşısında müdahalede bulunanın hangi yaptırıma tabi olacağını belirtmektedir." ÇAVDAR, s.739.

⁹¹ YALÇINDURAN, s. 79; ARAL, s. 403-404; AKINCI, s. 16; SARI, s. 299. Y. 4. HD., E.1976/6297, K.1977/2541 "*... olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat edemediğine göre...*" hükmü kurulmuştur. (www.kazanci.com E.T.:20.12.2020).

⁹² Yargıtay HGK, 19 Mart 2003 Tarih E.2003/13-174, K.2003/181. Yargıtay bir Kararıda müvekkile gerekli bilgi vermeyen vekilin özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı sonucuna varmıştır. (Yargıtay 3. HD, 04 Haziran 1998 Tarih E.1998/1857, K.1998/6257).

⁹³ RG., 01.08.1998, S.23420.

⁹⁴ Hasta Hakları Yönetmeliğinin m.18'e göre, "*Bilgi, gerektiğinde tercüman kullanılarak, hastanın anlayabileceği şekilde, tıbbî terimler mümkün olduğunca kullanılmadan, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden ve hastanın ruhi durumuna uygun ve nazik bir ifade ile verilir.*" Aynı Yönetmeliğin m.19'e göre, "*Hastanın manevî yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hâllerinde, teşhisin saklanması caizdir. -Hastaya veya yakınlarına, hastanın*

Aydınlatma borcunun kapsamına teşhis, ilgili tehlikeler ve tedavi yöntemleri, riskler ve komplikasyonlar, alternatif tedavi seçenekleri, tedavinin olası sonuçları girmektedir. Bunun yanı sıra gerçekleşmesi ya imkansız ya da imkansıza yakın olan komplikasyonların, tıpta henüz bilimsel olarak kanıtlanmamış tehlikelerin hastaya bildirilmemiş olması hekimin bilgi vermekten kaçındığı anlamına gelmeyecek ve bu sebepten de sorumluluğu oluşmayacaktır. Türk hukukunda Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının m. 26'ya göre; "..... Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir" ifadesinden yola çıkarsak, hastaya yönelik aydınlatmanın yerinde olması somut olaya göre değerlendirilmeli, yani sübjektif ölçüt kullanıldığı açıkça hüküm altına alınmış ve uygulamada da bu ölçüt içtihat edilmiştir⁹⁵.

Vekilin hesap verme borcu (hekimin hastasını aydınlatması), TBK m. 508 hükmünde "vekil, müvekkilin talebi üzerine yapmış olduğu işin hesabını vermeye mecburdur." denilmek suretiyle düzenlenmektedir. Pek tabi hekimin hastasına hesap verme borcu, başkasına ait olan bir işi yerine getirmesinin doğal bir sonucudur⁹⁶. Dolayısıyla hesap verme borcu hekim açısından hastasına bilgi vermesinden ibarettir ki, hekim hem tedavi süreci hem de hastalıkla ilgili hastayı bilgilendirme borcu altına girmektedir. Bu borç, hekim açısından talebe bağlı olmaksızın ve talep olması durumunda da geçerlilik arz etmektedir.

TBK m. 508/I hükmünde vekilin hesap verme borcuyla ilgili olarak, "müvekkilin talebi üzerine" ifadesi kullanılmış olsa da, mehaz İsviçre Borçlar Kanunu m. 400 hükmünde böyle bir koşul bulunmadığı, aksi-

sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkra da belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır. -Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi hâlinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir."

⁹⁵ Y. 13. HD. E.1993/131, K.2741/1993 (www.kazancı.com, E.T.:20.12.2020).

⁹⁶ YAVUZ, s. 653; YALÇINDURAN, s. 83; TANDOĞAN, s. 258; ÖZKAYA, s. 489; SARI, s. 285; GÜMÜŞ, s. 223. Aynı doğrultuda Yargıtay 13. HD, 22.04.2003 Tarih E.2003/2810, K.2003/4948: "Davaocuların vekili vekil sıfatı ile vekalet görevini iyi bir surette ifa ile mükellef olduğu ve hesap verme yükümlülüğü eBK md. 390 ve devamı maddeleri hükmü gereğidir..."

ne vekilin müvekkile her zaman hesap verme borcu olduğu ifade edildiği için, doktrinde bu hükmün mehz Kanundaki gibi anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁷. Gerçekten de hekim, hekim hastasının talebi olmadan da onun tedavi süreci ile ilgili bilgi vermelidir⁹⁸.

Aydınlatma borcu, hekimin tedavinin yeri gelirse her aşamasında hastasını bilgilendirmesi aralarında olan güven ilişkisinin de bir sonucudur^{99 100}. Aynı zamanda aydınlatma tek aşamadan meydana gelmeyecektir, teşhis aydınlatması, tedavi ve süreç aydınlatması, risk aydınlatması, tedavi seçenekleri ile ilgili aydınlatması gibi çeşitliliğin yanı sıra, aydınlatma açısından istisnai durumların da örneğin, acil tıbbi müdahaleler, hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesi, hastanın bilgisinin bulunması, aydınlatmanın olumsuz etkide bulunması hallerini de içermektedir¹⁰¹Hekim sadece aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davrandığı için tazminata hükmedilebilecektir. Yargıtay kararında; *“Davacı, yüzündeki gülümseme çizgi ve kırışıklıkların giderilmesi için 1999 yılı Haziran ayında davalı kliniğe başvurduğunu, davalı doktor Hande tarafından yüzüne tam olarak ne olduğu bilinmeyen bir dolgu malzemesi enjekte edildiğini, yüzünde çeşitli reaksiyonlar oluştuğunu, davalı doktorun iyileştirme vaadi ile müdahalelerde bulunduğunu, her seferinde durumunun daha da kötüleştiğini, yüzünde kalıcı yumru kütleler, çöküntüler ve morluklar oluştuğunu, uzmanların bir daha iyileşme ve cerrahi müdahale ile dahi iyileşme şansı olmadığını bildirdiklerini, davalı doktorun özensiz ve kusurlu davranışları sonucu ortaya çıkan zarardan davalıların sorumlu olduklarını ileri sürerek çektiği elem ve ıstırapın...”* yapılan müdahale de kullanılacak maddelerin dahi hastaya bildirilmesi, hastanın bu maddenin kullanılmasına rıza gösterebilmesi için yeteri kadar aydınlatılmış olması gerekmektedir.

⁹⁷ YALÇINDURAN, s. 83; AKİPEK, s. 62, dn. 113; GÜMÜŞ, s. 223; TANDOĞAN, s. 259.

⁹⁸ ARAL, s. 412; YALÇINDURAN, s. 83; AKİPEK, s. 62; ÖZKAYA, s. 489; YAVUZ, s. 654; TANDOĞAN, s. 259; KARAHASAN, s. 1028; ZEVKLİLER/ HAVUTÇU, s. 345.

⁹⁹ AKİPEK, s. 62; YALÇINDURAN, s. 83; ÖZKAYA, s. 489; KARAHASAN, s. 1028; AKINCI, Vekalet, s. 20; YAVUZ, s. 653-654.

¹⁰⁰ ARAL, s. 412; AKİPEK, s. 62; SARI, s. 285; KARAHASAN, s. 1028; TANDOĞAN, s. 258.

¹⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAVDAR, s.744 vd.

Hekimin hastasını bilgilendirmesi, hem hekimin hem hastanın yararınadır. Zira hastanın, kendisine ait bir işi yerine getiren hekimin tedaviye nasıl başlayacağını ve nasıl sonuç çıkaracağını bilme hakkına sahiptir. Hastanın, hekim tarafından bilgilendirilmesi sayesinde ortaya istenmeyen bir sonucun veya zararın çıkmasını engellenmiş olacaktır.

Bununla birlikte, hekimin hastaya bilgi vermesi, sözleşmenin yerine getirilmesine bağlı bir husus değildir¹⁰², sözleşmenin başlangıcından itibaren vardır. Ayrıca, gerektiğinde, hekimin hastasını bilgilendirmesi, sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam etmektedir¹⁰³. Şöyle ki, sözleşme sona erdikten sonra, hasta, hekimden hastalığının gidişatı ile ilgili bilgi verilmesini isterse, hekim, bu borcu tekrar yerine getirmek durumundadır. Ancak, bu durumda ekstra masraf yapılması gerekirse ya da tedavi dışında verilen hizmet olması halinde, hasta ek olarak ücreti hekime vermekle yükümlü olacaktır¹⁰⁴.

Ayrıca, hekim göreviyle ilgili olan mali konular ile ilgili bilgileri de hastasına sunmakla yükümlüdür¹⁰⁵.

2. Şekli

Aydınlatma borcunun uzantısını oluşturan aydınlatılmış onamı da açıklamakta fayda vardır. Aydınlatma; hekimin hastasını tedavi süreci ile ilgili bilgilendirmesi, tedavi görmemesi halinde neler olacağını en açık şekilde anlatması anlamına gelecektir. Onam ise; hastanın, hekimin anlattıkları doğrultusunda kendisiyle ilgili olan tıbbi müdahaleye olumlu ya da olumsuz yanıt vermesidir¹⁰⁶. Aydınlatılmış onam; hastanın süreçle ilgili yeterince bilgilendirilmiş olması ve bu bilgiler ışığında kendisine uygulanacak olan tedavi için kabul ya da red cevabı vermesidir ki burada hastanın vermiş olduğu cevabın özgür iradesine dayanması önem arz etmektedir.¹⁰⁷ Amerikan hukukunda, hekimin aydınlatma yükümlülüğü ile ilgili uyuşmazlığın çıktığı ilk dava *Mohr v. Wil-*

¹⁰² YALÇINDURAN, s. 83; ÖZKAYA, s. 489; AKINCI, s. 21; TANDOĞAN, s. 258.

¹⁰³ ÖZKAYA, s. 489; SARI, s. 288-289; TANDOĞAN, s. 258.

¹⁰⁴ SARI, s. 289.

¹⁰⁵ ARAL, s. 412; AKİPEK, s. 62.

¹⁰⁶ ERSOY, s.131-136; ÖĞENLER/BİLGİN/KADIOĞLU/AKÇA, s.127-136.

¹⁰⁷ UĞURLU/ AKPINAR, s.29; HAKERİ, s.310.

liams¹⁰⁸davasıdır. İlgili bir davada davacı hasta, sağ kulağına cerrahi müdahaleyi kabul ettiğinin ancak sanık hekim tarafından cerrahi operasyon esnasında sağ kulak yerine sol kulağın tedaviye ihtiyacı olduğunu fark ederek sol kulağına müdahale etmesi sonucu, her ne kadar hekimin yapmış olduğu müdahale müspet sonuçlanmış olsa da, davacı hasta kendisinin onamı alınmadan yapılan müdahale sebebiyle davayı açmış ve mahkeme de sol kulak ameliyatı konusunda hastanın aydınlatılmış rızası alınmadığından aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiğini içtihat etmiştir.

Gerekli aydınlatmadan bahsedebilmek için, hekimin hastaya yeterince vakit ayırmasının yanı sıra¹⁰⁹, fiziki muayene yapması sonucunda hastayı onun anlayacağı sadelikte bilgilendirmelidir. Bunun yanı sıra hekim bilgilendirmeyi bizzat yapabileceği gibi bilgi aktarabilecek yeterliğe sahip başka sağlık personeli aracılığıyla da yapabilecektir.

Hekimin hastasını aydınlatma borcu, işin niteliğinin elverdiği derecede belgelere dayanmalı ve kural olarak yazılı bir şekilde yerine getirilmelidir¹¹⁰. Hekim açısından yazılı belgeler, tahlil, görüntüleme, konsültasyon ve ölçüm sonuçları gibi tedaviyle ilişkili belgeler mahiyetinde değerlendirilmelidir. Bunların yanı sıra gerekli bilgilendirmelerin yapıldığını gösterir şekilde onay formları hekimler tarafından hastaya sunulmalıdır¹¹¹.

F. Hekimin İşi Bizzat Yapma Borcu

1. Genel Olarak

Hekimlik sözleşmesi, tarafların karşılıklı güvenine dayalı bir sözleşme olduğu için, TBK md. 506/III hükmüne göre kural olarak vekil (hekim), ifa etmeyi üstlendiği işi bizzat yapmak durumundadır. Bu durum, TBK md. 507/II hükmünde şu şekilde ifade edilmektedir: " Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür."

¹⁰⁸ KAYA, s.61. Mohr v. Williams, 104 N.W.12, 1905.

¹⁰⁹ ÖZKAYA, s. 489; AKINCI, s. 22

¹¹⁰ SARI, s. 288.

¹¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. UĞURLU/ AKPINAR, s.33; SERT, s.126; HAKERİ, s.310; İŞİK, s.148vd.-182vd.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.16 *“tabip ve dış tabibi bir kimsenin sıhhi durumu hakkında, ilmi metotları tatbik suretiyle bizzat yaptığı muayene neticesinde edindiği vicdani ve fenni kanaata ve şahsi müşahadesine göre rapor verir”* demek suretiyle hekimin hastasına yönelik bizzat yapmış olduğu muayene sonucunda elde ettiği verileri tıbbi bilgisinin yanında kendi kanaatini de içerir şekilde rapor verir. Hekimlik sözleşmesi gereğince, hekim hastasına yönelik tedaviyi bizzat yapmakla yükümlü olması, kamu kuruluşunda görev yapmayan hekimler için TBK hükümleri gereğince zorunluluk olmakla birlikte, kamuda ya da özel sektörde görev yapan tüm hekimler için; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.16 uygulama alanı bulmaktadır¹¹². Anılan hükümden de anlaşılacağı üzere, hekimin görevini yerine getirirken edimini bizzat yapılmasının yanı sıra, hekimin kanaatinin de önemli olduğunu vurgulamıştır¹¹³.

Hekim, hastasıyla ilgili tanısı ve buna bağlı olarak tedavisi ve tüm tedavi yöntemlerini gereği gibi yerine getirmek zorundadır. Bu bağlamda TBK m. 506/I’de *“Vekil, vekalet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür.”* denmektedir. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere hekim; hastanın muayene, tanı, tedavi gibi tüm mesleki gerekleri şahsen yerine getirmelidir. Bununla birlikte, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 23’te; *“Hekim acil vakalar gibi zorunlu durumlar dışında hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlayamaz.”* demek suretiyle hekimin acil vakalar dışında muayene yapmadan hastasının tedavisine başlayamayacağı kuralı getirilmiştir. Anılan düzenlemeler ışığında hekimle hasta arasında yapılan sözleşme gereğince hekim, tedaviyi şahsen yapmak zorundadır.

Bunun yanı sıra TBK m. 83’e göre; *“Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.”* şeklindeki hükmü ile borçlunun borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü olmaması, menfaatinin bulunmadığı durumlar ile sınırlandırılmıştır. Hekim ile hasta arasındaki sözleşme, bir iş görme

¹¹² HAKERİ, s.322; UĞURLU/AKPINAR, s.128; SERT, s. 130.

¹¹³ Hekimin tıp bilgisine uygun ve kendi kanaatini de içeren vermiş olduğu istirahat raporunda, raporun usulüne uygun şekilde verilmemesinden dolayı ortaya çıkan uyumsuzlukta da hekimin mesleki bağımsızlığı gözetilerek tıbbi bilgiler çerçevesinde uygun olarak verilmiş rapordan dolayı sorumlu olunmayacağını da belirtmek gerekir. UĞURLU/AKPINAR, s.128.

sözleşmesidir ki, bu sözleşmede hekimin kişiliği, bilgi ve beceri düzeyi, belirli bir konudaki uzmanlık derecesi hasta açısından çok önemlidir.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus da, vekilin işin ifasını her zaman yardımcı bir kişiye bırakabilecek olmasıdır. Çünkü vekilin, vekâlet sözleşmesi ile üstlendiği işin ifasını yardımcı bir kişiye bırakması ile o kişiyi tevkil etmesi¹¹⁴ veya ikame etmesi farklı kavramlardır¹¹⁵. Vekilin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu için TBK m. 506/III hükmü değil, TBK m. 116 hükmü uygulanacaktır¹¹⁶. Vekil ise, bu yardımcı kişilerin fiillerinden kendi fiili gibi sorumlu olacaktır. Burada, TBK m. 116 hükmüne paralel olarak vekil açısından bir kusursuz sorumluluk hali mevcuttur¹¹⁷.

2. İş Şahsen Yapmanın İstisnaları

TBK m. 506/III hükmü, vekilin işi şahsen yapması kuralına üç tane istisna getirmektedir.

Bunlardan ilki, vekilin, vekâlet sözleşmesinde, başkasını vekil olarak tevkil etmeye ya da ikame etmeye açıkça veya zımnen yetkili kılınmasıdır. Hasta, hekime bu yetkiyi, sözleşme imzalanırken verebileceği

¹¹⁴ Bir başkası adına başka bir kişiyi vekil tayin edebilmesidir. Hekim, hastası için başka bir hekimi görevlendirmesi anlamına gelecektir. "Yardımcı kişi"; borcun ifası sırasında borçluya yardım edenler olarak tanımlanırken; "ikame edilen kişi"; borcun ifasının tamamen kendisine bırakılan kişi olarak ifade edilir.

¹¹⁵ AKİPEK, s. 113; DONAY, s. 732-743; YAVUZ, s. 644; ÖZKAYA, s. 361; SARI, s. 220; BİLGE, s. 294; TANDOĞAN, s. 238. Her ne kadar, eTBK md. 67 hükmüne göre, kural olarak borçlu kişisel edimleri kendisi ifa etmek durumunda olsa bile, borçlu bazı durumlarda ifa yardımcısı kullanabilmektedir. İfa yardımcısı kullanılmasının caiz olup olmadığı sözleşmenin niteliği ile hacmi göz önünde bulundurularak ve iş çevresindeki hakim görüşler değerlendirilerek saptanacaktır (EREN, s. 1027-1028). Örneğin, bir doktorun hastasını ameliyat etmeden önce, hastaya iğne vurulması faaliyetini yardımcı kişiye yaptırması uygun olacaktır (KAZIK, s. 67). Ancak burada, bu doktorun, ifa yardımcısı kullanması, kendisi tarafından yapılacak edaya oranla daha düşük kalitede bir edaya yol açacak ise, doktorun ifa yardımcısı kullanması uygun değildir (ŞENOCAK, s. 129).

¹¹⁶ YAVUZ, s. 644; BİLGE, s. 294. Yardımcı kişi ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. AKİPEK, s. 131 vd.; EREN, s. 1027 vd., OĞUZMAN/ÖZ, s. 363 vd., KILIÇOĞLU, s. 471 vd.; BOZER, s. 209 vd.; KARAHASAN, s. 545 vd.; TANDOĞAN, 435 vd.

¹¹⁷ SARI, s. 223.

gibi sonra da verebilir¹¹⁸. Ayrıca, hasta, hekime verdiği bu yöndeki izni, belirli kişiler veya belirli şartlarla sınırlı tutabilir¹¹⁹.

Belirli durumlarda, işin özelliği, vekilin başka birini tevkilini veya ikame etmesini gerektirmektedir¹²⁰.

Vekilin işi şahsen yapması kuralının ikinci istisnası, vekilin başkasını tevkil etmesinin veya ikame etmesinin örf gereğince mümkün olmasıdır. Burada belirli bir örfün veya âdetin bulunması durumunda, müvekkilin bu konudaki rızası hesaba katılmaksızın, vekilin işi başkasına yaptırabileceğini kabul etmek gerekmektedir¹²¹. Örneğin, hekimin yaptığı ameliyat sırasında ortaya çıkan komplikasyonlar sebebiyle başka uzmanlık alanında olan hekime ihtiyaç duyması halinde, hekimin başka birini tevkil etmesi veya ikame etmesi kabul edilmelidir¹²². Zaten böyle bir durumda, hekimin özen borcu da, hekimin işi başka birisine yaptırmasını gerektirmektedir. Doktrinde de, bu duruma örnek olarak eşya taşımada ara taşıyıcı, kıymetli evrak alım satımında bir borsadaki komisyoncu, bir bankanın şubesinin olmadığı bir yerdeki senedinin tahsili için başka bir bankanın görevlendirilmesi gösterilmektedir¹²³.

Vekilin işi şahsen yapması kuralının son istisnası, vekilin, başkasını tevkil etmeye veya ikame etmeye zorunda kalmış olmasıdır. Burada vekil, kendisinden ya da dışarıdan kaynaklanan bir sebepten dolayı, sözleşme ile üstlendiği işi göremeyecek durumda olmalıdır¹²⁴. Diğer bir deyişle, hekimin, sözleşmede belirlenen edimini bizzat yerine getirmesi fiili veya hukuki bir imkânsızlıkla karşılaşmalıdır. Örneğin, hekimin, aniden hastalanması nedeniyle gecikmemesi gereken bir iş için başkasını görevlendirmesi (fiili imkânsızlık hali) olarak gösterilebilir¹²⁵.

¹¹⁸ AKİPEK, s. 110; KARAHASAN, S. 1020; ÖZKAYA, s. 361.

¹¹⁹ TANDOĞAN, s. 236.

¹²⁰ ARAL, s. 407; TANDOĞAN, s. 236.

¹²¹ AKİPEK, s. 111-112; AKCAN, s. 18-19.

¹²² AKİPEK, s. 112.

¹²³ ARAL, s. 407-408; DONAY, s. 743-744; AKİPEK, s. 112; ÖZKAYA, s. 361; BİLGE, s. 294; TANDOĞAN, s. 237.

¹²⁴ AKİPEK, s. 112; DONAY, s. 743; ÖZKAYA, s. 361.

¹²⁵ ARAL, s. 408; AKİPEK, s. 112-113; ÖZKAYA, s. 361; TANDOĞAN, s. 238.

III. SONUÇ

Hastalar ve hekimler arasındaki ilişki; eskiden tamamen "güven ilişkisine" dayanmaktayken son yıllarda güven ilişkisinin yanı sıra adeta sözleşmenin tarafları olmuşlardır. Hekim ile hasta arasındaki sözleşmesel ilişkinin açıklanabilmesi için, TBK'dan yararlanılmış, her ne kadar TBK açısından değerlendirme yapılmaya çalışılsa da doktrinde sözleşmesel ilişki açısından çeşitli sözleşme tiplerine benzetilmiştir.

Farklı görüşlerin olmasının esas sebebi; tıbbi müdahalelerinin çeşitliliğinden kaynaklanmasıdır, ancak doktrinde de kabul edilen baskın görüşe göre aradaki sözleşmesel ilişkinin vekalet sözleşmesine uygun olduğudur. Pek tabii hekimlerin işini yerine getirmesi mesleğinin icabından kaynaklanmasından dolayı, TBK m.503'de de bahsedildiği üzere, vekalet sözleşmesi hükümleri kapsamında değerlendirilecektir.

Hekimin uzman bir kişi olduğundan vekâletin kapsamı belirlenirken hekimin uzmanlığının yanı sıra, hekimin borçları da, görevini yerine getirirken, göz önünde tutulması gerekecektir.

Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse olan hastanın, tıbbi müdahale sonucunda vereceği tepkiler değişkenlik gösterebilecektir. Hekimlerin pek tabii yaptığı tıbbi müdahaleler sonucunda ortaya çıkan tüm komplikasyonlardan sorumlu tutulması hakkaniyetli bir yaklaşım değildir. Çünkü hastada meydana gelen komplikasyonların hekimin müdahalesi sebebiyle mi olup olmadığı konusunda kesinlik olmaması sebebiyle, komplikasyonların sebebi titizlikle araştırılmalıdır. Bunun yanı sıra hekimin de pek tabii yükümlülüklerini azami özenle yerine getirmesi, aynı zamanda hastasını aynı hassasiyetle aydınlatması ilerde doğabilecek uyuşmazlıklar açısından önem arz etmektedir.

Sağlık hizmetlerinin uygulanmasını şekillendiren mevzuatlarda açıklık olmayışı, aynı zamanda hasta hekim arasındaki ilişkinin hayati önem taşıması bir anlamda göz ardı edilmiş ve "Tıp Hukuku" alanında yeterli düzenlemelerin bulunmayışı ülkemiz açısından büyük eksikliklerdir.

Ülkemizde yaşanan hasta yoğunluğu ve "Tıp Hukuku" alanında hekimleri korumaya yönelik yeterli düzenlemelerin olmayışı, hekimlerin mesleklerini yerine getirirken üzerlerine yüklenen baskının yanı sıra

yoğunluğun vermiş olduğu yorgunluk sebebiyle, kendilerine yüklenen sorumluluklarını tam olarak gerçekleştirmesinin önünde bir engel olarak durmaktadır. Bu sebepten hekim bir yandan; teşhis ve tedavisini gerçekleştirirken diğer yandan; hasta kayıtlarını doğru tutması, hastasının tam anlamıyla aydınlatması, hasta rızasını alması mevcut şartlar altında çok da sağlıklı olamamaktadır. Sosyal devlet ilkesi çerçevesinde; sağlık sisteminin kurucusu ve garantörü olan devletin sağlık hizmetini sağlık çalışanları aracılığı ile yapıyor olması, başta hekimler olmak üzere tüm sağlık çalışanlarının haklarını koruyan çalışmaları yapmasını gerektirmektedir.

KAYNAKLAR

- ADAY Nejat, Türk Hukukunda Avukatın Mesleki Yükümlülükleri, ABD, 1999.
- AKCAN Recep, "Vekilin Başkasını Tevkil Etme Yetkisi", SÜHFD, Cilt 9, Sayı 3-4, 2001.
- AKIN Murat Yusuf, Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Ortağın Sadakat Borcu, İstanbul, Doktora Tezi, 1999.
- AKINTÜRK Turgut ve KARAMAN Derya Ateş, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 29.Bs., Beta, İstanbul, 2020.
- AKINTÜRK Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 13.bs., İstanbul, 2007.
- AKİPEK Jale G. ve AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış, 6. bs., Cilt 1, Ankara, 2007.
- ALKANAT Murat B., Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, STED, Cilt 5, Sayı 11, s.177-180
- ARAL Fahrettin ve AYRANCI Hasan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yay., Ankara, 2012.
- ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 8. bs., Ankara, 2005.
- AYAN Mehmet, Tıbbî Müdahalelerden Doğan Sorumluluk, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1991.
- AYDIN Murat, Avukatlık Ücreti, Ankara, 2006.
- AYRANCI Hasan ve Aral Fahrettin, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, 9.bs., Ankara, 2012.
- BAŞPINAR Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2.bs., Ankara, 2004.
- BİLGE Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971.
- BUZ Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005.
- ÇAKMUT YENERER Özlem, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul 2007.
- ÇAVDAR Pelin, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S.3, 2016.

- DEMİR Mehmet, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane – Kamu Hastanesi Ayırımı”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’ a Armağan, Ankara 2009, s. 263-283.
- DOĞAN Murat; Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak Mersin, 2009.
- DONAY, Süheyl, Doktorun Hukuki Sorumluluğu, İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, 1968, S. 10
- DURAL Mustafa, ÖĞÜZ Tufan, Kişiler Hukuku, İstanbul, 7. bs., , 2004.
- EREN Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. bs, Ankara 2020
- ERMAN Hasan, “Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, Bülent Davran’ a Armağan, İstanbul 1998, s.143-153.
- ERSOY N., Klinik Etiğin Önemli Bir Sorunu: Aydınlatılmış Onam, Türkiye Klinikleri Med Ethics;2 (3).
- ERZURUMLUOĞLU Erzan, Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Yenilenmiş 3.Bs.,Yetkin Yay., Ankara, 2013.
- ESENER Turhan, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salâhiyete Müstenit Temsil, Ankara, 1961.
- GÜMÜŞ Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Bs., C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- GÜNER Semih, Avukatlık Hukuku, Ankara, 2003.
- HAKERİ Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- HANCI İ. Hamit, Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2006
- IŞIK Olcay, Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Atatürk Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- KARAHASAN Mustafa R., Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul: Beta, 2002.
- KARASU Sinem, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, İstanbul, Yüksek Lisans Tezi, 2005.
- KAYA Mine, Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu, TBB Dergisi, Ankara 2012.
- KAYAER Nebahat, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2005

- KAZIK Yahya, Özel Hukuk Açısından Muayenehane ve Özel Hastanede Verilen Tıbbi Yardımlarda Hekimin Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2002.
- KILIÇOĞLU Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. bs., Ankara, 2007.
- KIRCA Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk, 1.bs.,Ankara 2004.
- NOMER N. Fusun, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul, Doktora Tezi, 1998.
- OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 18. Bs., C. I, İstanbul 2020.
- ÖĞENLER O./ BİLGİN N./KADIOĞLU S./AKÇA T. Uzmanlık Eğitimi Alan Bir Grup Hekimin Aydınlatma ve Onam Hakkındaki Görüşleri, Türkiye Biyoetik Dergisi,2.
- ÖZDEMİR Hayrunnisa, Hekimin Hukuk Sorumluluğu, ERÜHFD, C. XI, S. 1, 2016.
- ÖZKAYA Eraslan, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2005.
- ÖZPINAR Berna, Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2007.
- SARI Nil, "Hekim-Hasta İlişkinde Güven Bunalımı ve İhmal Edilen Erdemler Ahlakın/Etiğinin Önemi", Uluslararası 3. Ulusal Tıp Etiği Kongresi Kongre Kitabı Cilt:1, Türkiye Biyoetik Derneği Yayınları, Bursa-2003.
- SERT Gürkan, Tıp Hukuku ve Etiği Derslerine Giriş, Seçkin Yayınları, 1 bs. 2020.
- ŞENOCAK Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998.
- TACİR Hamide, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul 2011.
- TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I, 4. Bası, İstanbul, Vedat, 2008.
- TEKİNAY S./AKMAN S./BURCUOĞLU H./ALTOP, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bs., İstanbul 1993.

TEZEL Cahide, Özel Hukuk Bağlamında Hekimlerin Hukukî Sorumluluklarının Nedenleri, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

UĞURLU Hatice/ AKPINAR Ersin, Aile Hekimliği Mevzuatı ve Tıp Hukukundaki Yeri, Akademisyen Kitabevi, Ankara, 2021.

UYGUR Atiye, Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2009.

YALÇINDURAN Türker, Vekâlet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2007.

YAVUZ Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9.Bs., İstanbul, 2015.

YAVUZ İPEKYÜZ Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, 1. Bs., Legal Kitabevi, İstanbul, 2006.

ZEVKLİLER Aydın/ GÖKYAYLA K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Bs., Vedat Yayıncılık, Ankara, 2020.

ZEVKLİLER Aydın, HAVUTÇU Ayşe, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. bs., Ankara, 2007.

Diğer

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları

Hasta Hakları Yönetmeliği (RG Tarihi: 01.08.1998 ve RG Sayısı: 23420).

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

www.kazancı.com.tr



ANONİM ORTAKLIKLARDA YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN TTK 560 UYARINCA UZAMIŞ ZAMANAŞIMINA GÖRE SORUMLU TUTULMASI

Dr. Öğr. Üyesi Alper ÖZBOYACI *

Öz

Anonim ortaklıklarda, yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak sorumluluk davaları bakımından kademeli zamanaşımı süreleri (iki ve beş yıl) öngörülmüştür. Bununla birlikte, konusu suç teşkil eden fiiller bakımından daha uzun olan ceza dava zamanaşımı dikkate alınmaktadır (TTK 560). Ceza (uzamış) zamanaşımının uygulanması noktasında en çetrefilli konu, hukuk hâkiminin önüne gelen dosyada re'sen suç araştırmasına girişip girişemeyeceği meselesidir. Türk-İsviçre hukukundaki yerleşik kanı, hukuk hâkimine bu ruhsatı verme eğilimi göstermektedir. Buna karşılık, özellikle uyuşmazlığın ceza soruşturmasına veya kovuşturmasına intikal ettiği hallerde, hukuk hâkimleri suç araştırmasına girişmek yerine dosyayı bekletici mesele yapmalı ve cezai takibattan çıkacak sonuca göre uzamış zamanaşımını uygulayıp uygulamayacaklarına karar vermelidir.

Anahtar Kelimeler

Türk Ticaret Kanunu • Anonim Şirket • Yönetim Kurulu • Sorumluluk Davası
• Uzamış Zamanaşımı

* Dr. Öğr. Üyesi, Bandırma Onyedli Eylül Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu Bandırma, Türkiye | Asst. Prof., Onyedli Eylül University, Vocational School of Justice, Bandırma, Turkey.

✉ aozboyaci@bandirma.edu.tr • ORCID 0000-0001-8415-8355

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ÖZBOYACI Alper, "Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin TTK 560 Uyarınca Uzamış Zamanaşımına Göre Sorumlu Tutulması", *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 1037-1077.

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

THE LIABILITY OF MEMBERS OF THE BOARD OF DIRECTORS IN JOINT STOCK COMPANIES ACCORDING TO EXTENDED TIME LIMIT AS PART OF TURKISH COMMERCIAL CODE 560

Abstract

Gradual time limits (two and five years) are provided for liability cases which against the members of the board of directors in joint stock companies. If the act is penal and the Turkish Criminal Code stipulates a longer period for limitation of suit, this time limit is applied to the action for compensation (TCC 560). The most complicated issue in terms of penal (extended) time limit implementation is whether the civil court judge may begin a crime investigation on the concerned file automatically or not. Overall tendency in Turkish - Swiss law is in the direction of giving this authority to the civil court judge. Especially when a disagreement is submitted to the criminal jurisdiction, civil court judges should enforce preliminary issue rule on the relevant case instead a crime investigation, and upon the result of criminal proceedings, should determine whether the extended time limit will be implemented or not.

Key Words

Turkish Commercial Code • Joint Stock Company • Board of Directors • Liability Case • Extended Time Limit

GİRİŞ

Kanun yapma tekniği bakımından zamanaşımı süreleri, tek tip (monist) ve kısa- uzun zamanaşımı sürelerinin bağlantılı olarak belirlendiği (düalist) süreler olmak üzere iki farklı formülasyon temelinde kurgulanır. İkinci tip kurguda, kısa nitelikte olan zamanaşımı süresi genellikle faili ve zararı öğrenme anından itibaren işlemeye başladığından, nispi veya sübjektif zamanaşımı; uzun nitelikte olan zamanaşımı süresi ise eylemin veya sözleşmenin gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başladığından, objektif veya mutlak zamanaşımı süresi olarak adlandırılır. Bu sürelerden birinin geçirilmiş olması, zamanaşımı olgusunun gerçekleşmesi bakımından yeterli olur.

Örneğin, haksız fiilde zamanaşımını düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)¹ madde 72'de iki ve on yıllık süreler kararlaştırılmak suretiyle düalist teknik benimsenmiştir. Hatta kanun koyucu burada bir adım daha ileri giderek, eylemin aynı zamanda suç teşkil

¹ RG, 04.02.2011/27836.

etmesi durumunda daha uzun nitelikte olan ceza (dava) zamanaşımının dikkate alınacağını belirterek zamanaşımını ölçüğünü üç kademeye çıkarmıştır.

Buna karşılık sözleşmeden doğan sorumlulukta zamanaşımı bahsinde ne düalist teknik benimsenmiş ne de daha uzun nitelikteki ceza zamanaşımına bir atıfta bulunulmuştur. Bunun sonucunda, ister istemez akıllara haksız fiile özgü zamanaşımı kuralının, bünyesinde haksız fiil barındıran sözleşmeye aykırılıklara kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı sorusu gelmektedir. Hemen belirtelim ki, sözleşmeden doğan sorumlulukta, haksız fiillerde olduğu gibi öğrenme anını başlangıç noktası alan kısa zamanaşımı süresi ile olayın vuku bulmasını esas alan mutlak zamanaşımı süresinin birlikte ele alınması, teknik açıdan tartışmaya açık bir konudur. Nitekim İsviçre’de, Borçlar Kanunu (OR) 2020 değişikliği sürecinde kaleme alınan tasarıda, sözleşmeden doğan sorumlulukta, tıpkı haksız fiillerde olduğu gibi on yıllık mutlak (uzun) zamanaşımı süresi dışında, borçluyu ve borcun nedenini öğrenme anından itibaren işlemeye başlayan üç yıllık nispi (kısa) zamanaşımı süresi de getirilmek istenmiş; ancak bu irade eleştirilere konu olmuştur. Çünkü mutlak sürenin yanında, öğrenme anından itibaren işlemeye başlayan nispi sürenin dikkate alınması daha çok haksız fiillerin yapısına uygundur. Zira haksız fiillerde zarar gören, faili tanımayabilir veya ortaya çıkan zararı öğrenmesi zaman alabilir. Bu noktada yaşanan belirsizliğin bir an önce giderilmesi ve zarar gören tarafın, zararı öğrendikten sonra hakkını talep edip etmeyeceğinin hızlı bir şekilde açıklığa kavuşturulması, nispi nitelikte bir ikincil sürenin öngörülmesiyle sağlanabilir. Buna karşılık, sözleşmeden doğan sorumlulukta, akit taraflar zaten bellidir ve birbirini tanır. Ayrıca alacaklının hakkını hızlı bir şekilde edinmeye zorlanması da sözleşme hukukunun mahiyetiyle bağdaşmaz².

² Gerçekten de sözleşme ilişkisinde, ilişkinin tarafları ve ortaya çıkan uyuşmazlıklar tüm açıklığıyla ortadadır ve alacaklı, mutlak (uzun) sürenin sonuna kadar sözleşmeden kaynaklanan hakları talep edebilmelidir. HONSELL, Heinrich, “İsviçre Borçlar Kanunu / OR 2020’ye İlişkin Eleştirel Düşünceler” (Çev. Ümmühan Kaya), YBHD 2017, Yıl: 2, S.2, s.196. Öğretide bir görüş, başka bir perspektiften hareketle bu soruya olumlu cevap vermektedir. Buna göre özünde haksız fiil barındıran sözleşmeye aykırılık hallerine, TBK 72 kuralı kıyasen uygulanabilmelidir. Ancak bu kıyaslamada amaçlanan temel nokta, iki ve beş yıllık süreden ziyade, daha uzun olan

Bu ve benzeri eleştiriler nedeniyle 2020 yılında yürürlüğe giren OR 127'de, sözleşmeden doğan sorumlulukta eskiden olduğu gibi yalnızca on yıllık mutlak zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Ancak OR 128a ile "sözleşmeye aykırılık" sebebiyle oluşan bedensel zararlardan veya ölümden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat taleplerinin, zarar görenin (ilgililerin) zararı öğrenmesinden itibaren üç yıl ve her durumda zarar verici davranışın gerçekleşmesi veya (temadi eden durumlarda temadinin) sona ermesinden itibaren yirmi yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı hüküm altına alınmıştır. Dikkat edilirse, burada üç yıllık kısa zamanaşımı tüm sözleşmeden doğan zararları değil, yalnızca sözleşme ilişkisine dayalı vücut bütünlüğünün bozulmasından kaynaklanan maddi ve manevi zararları kapsamakta; uzun (mutlak) zamanaşımı süresi de OR 127'den farklı olarak yirmi yıla çıkmaktadır³.

ceza dava zamanaşımını haksız fiil temelli sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulayabilmektir (PETEK, Hasan, "Sözleşmeden Kaynaklanan Tazminat Taleplerinde Ceza Davası Zamanaşımı", BAUHFD 2017, C.12, S.153-154, s.117).

- ³ Bu yenilik özellikle hekimlerin ve işverenlerin sorumluluğu bakımından önem taşımaktadır. Yeri gelmişken OR 2020 revizyonu ile kanun koyucunun zamanaşımı sürelerini artırmayı hedeflediğini belirtelim. Gerçekten İsviçre'de özellikle asbest kanserojen mineralinin yol açtığı bedensel zararların çok uzun süre -mutlak zamanaşımı süresinden de- sonra etkisini göstermesi, kanun koyucuyu etkileri sonradan gün yüzüne çıkan eylemler konusunda bir çözüm arayışına sevk etmiştir. Uzun süren tartışmalar ve öneriler sonucunda, ister sözleşmenin ihlali sonucu isterse de sözleşme dışında meydana gelmiş olsun, bedensel zararlarda mutlak / uzun zamanaşımı süresi yirmi yıl olarak belirlenmiştir (Revizyon tasarısı dönemindeki tartışmalar ve önerilen teklifler için VERDE, Michel, "Neues Jahrzehnt- neues Verjährungsrecht ", AJP 2020, s.171-172). Bununla birlikte sözleşmeden doğan sorumlulukta OR 127'de on yıllık tek bir mutlak süre belirlenmişken, OR 128a'da sözleşmeye dayalı cismani zararlarda üç ve yirmi yıllık olmak üzere iki kademeli sürenin belirlenmesi, zarar görenlerin aleyhine bir durum yaratmış ve bu öğretilerde eleştiriyen konu olmuştur. Gerçekten de zarar gören, eylemin üzerinden on yıl geçmemesine rağmen, durumu öğrendikten üç yıl geçtikten sonra hakkını aramak istediğinde, OR 128a nedeniyle zamanaşımı engeline takılacaktır (VERDE, s.174). Bunun dışında OR 2020 revizyonuna genel olarak bakıldığında, sürelerin yeknesak bir düzlemde basitleştirilmeye çalışıldığı dikkatlerden kaçmamaktadır. Ancak bu yapılırken temel bir ilkeden de ödün verilmiştir. Zira önceden borcun kaynaklarına göre zamanaşımı süreleri birbirinden bağımsız olarak belirlenmekteyken, revizyondan sonra salt malvarlığına yönelik meydana gelen (cismani olmayan) zararlar (OR 60/I ve 127-128) ile cismani ve ölüm durumunda ortaya çıkan zararlar (OR 60/Ibis ve 128a) kendi aralarında yeknesaklaştırılmıştır (VERDE, s.174-175; KAŞAK, Esra / GANBARİ, Muhammed Kiomers, AHBVÜHFD 2020, C.XXIV, S.1, s.101-102).

Hukukumuzda iki kademeli zamanaşımı formülünü kullanmayı tercih eden bir diğer kural da asıl inceleme konumuz olan ve yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda zamanaşımını düzenleyen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)⁴ 560 hükmüdür⁵. Bu hüküm de esas itibarıyla sözleşme temeline dayalıdır ve yukarıda yöntem bakımından belirtilen sakıncalar / eleştiriler aynen burada da geçerlidir. Buna karşılık, her ne kadar taraflar (yani ortaklık ve yönetim kurulu üyeleri) arasındaki vekâlet sözleşmesi temelli uyuşmazlıklar açısından iki kademeli zamanaşımı süresinin benimsenmesi yerinde olmasa da, ortaklık alacaklılarının yönetim kurulu üyelerine haksız fiil temelli sorumluluk davası açabilmeleri dikkate alındığında, zamanaşımına yönelik sakınca bakımından optimal bir dengenin kurulduğu söylenebilir. Yine kuralda dikkatleri çeken bir diğer nokta, TBK 72'deki gibi iki kademeli zamanaşımı süresine, suç teşkil eden eylemlere yönelik daha uzun ceza dava zamanaşımı süresinin bir üçüncü kademe olarak eklenmesidir.

Bu genel tespitlerden sonra, çalışmamızda TTK 560'ın ikizi olan TBK 72 kuralından ve bu kurala yönelik öğretilerdeki görüş ve eleştirilerden ziyadesiyle istifade edildiğini vurgulamak gerekir. Bunun yanı sıra TTK 560 kuralı bir bütün olarak değil, yalnızca iki kademeli süreyi aşan ceza dava zamanaşımıyla sınırlı olarak ele alınmıştır. Diğer yandan yasa koyucunun benimsediği yöntemden ötürü kuralın şerhinde, terminoloji birliğini sağlama noktasında bir üslup karmaşası yaşanabilir. Bu karmaşayı en baştan çözmek adına belirtelim ki çalışmada, TTK 560'da zikredilen iki yıllık süre "nispi / kısa zamanaşımı"; beş yıllık süre "mutlak /

⁴ RG, 14.02.2011/27846.

⁵ TTK 560 kuralında zikredilen sürelerin zamanaşımı süresi niteliğinde olması yargıç tarafından re'sen değil de ilgililerin def'isi üzerine dikkate alınması noktasında (PULAŞLI, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara 2011, s.1988; ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2019, s.429). Burada değinilmesi gereken bir diğer nokta TTK 1521 gereği sorumluluk davalarının basit yargılama usulüne tabi olması ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (RG, 04.02.2011/27836) 317 ve 319 kurları uyarınca zamanaşımı def'inin mutlaka cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerektiğidir. Gerçi bu andan sonra da def'i ileri sürülebilir; ancak bunun bir sonuç doğurabilmesi için davacının açıkça kabul etmesi gerekir (HMK 141 ve 322/I). (ŞENER, Oruç Hami, Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2020, s. 170-171).

uzun zamanaşımı” ve nihayet konusu suç teşkil eden eylemler bakımından gündeme gelen ceza dava zamanaşımı da “uzamış zamanaşımı” süresi olarak zikredilmiştir⁶. Ayrıca yukarıda da değindiğimiz gibi TTK 560’da düzenlenen kısa ve uzun zamanaşımı süreleri, asli çalışma konumuzun kapsamı dışında kalmaktadır. Bu hususta sadece önemi nedeniyle, iki yıllık kısa zamanaşımı süresinin, davacının zararı ve zarar veren öğrendiği andan itibaren işlemeye başladığını, zararın bir bütün olarak değil de kısım kısım öğrenildiği hallerde, öğrenilen kısım için bu sürenin işlemeye başlayacağını; uzun zamanaşımı süresinin ise eylemin gerçekleştiği andan itibaren işlemeye başlayacağını belirtmekle yetiniyoruz⁷. Asıl inceleme konumuz olan uzamış zamanaşımı süresi ise kısa ve uzun zamanaşımı süresinin kaçırıldığı hallerde gündeme gelmektedir.

I. YASAL DÜZENLEMENİN VE DÜZENLEMeye KAYNAK TEŞKİL EDEN NORMUN TANITILMASI

Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunda zamanaşımı bahsini düzenleyen TTK 560’a göre, sorumlu olanlara karşı tazminat isteme hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve herhalde zararı doğuran fiilin meydana geldiği tarihten itibaren

⁶ Öğretide bundan başka isimlendirmeler de yapılmaktadır. Örneğin haksız fiil jargonunda kısa zamanaşımı süresi yerine “olağan (normal) süre”, uzun zamanaşımı süresi yerine “azami (üst) süre”, uzamış zamanaşımı süresi yerine “istisnai (olağanüstü) süre” şeklindeki kullanımlar da mevcuttur. (OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2017, s.72-73; SEROZAN, Rona / ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, K. Emre / DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat (Çelik, Nazlı Hilal), İstanbul Şerhi- Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2018, s.542, No.18; GÜNTÜLÜ ALKAN, Ayça, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı”, BAUHFD 2016, C.11, s.122, 127, 130).

⁷ Ayrıntılı bilgi için ÇAMOĞLU, Ersin, “Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerine Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarında Zamanaşımı”, Batider 1965, C.III, s.267-271; TANDOĞAN, Haluk, “Anonim Şirket İdare Meclisi Âzalarına Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarının Müruruzamanı Hakkında Bazı Düşünceler”, Batider 1965, C.III, s.122-124; GİRAY, R. Eda / AKTEPE, Sezin, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı Süreleri”, İstTÜ SBD 2008, S.14, s.143-148; AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2016, s.457-460; ERİŞ, Gönen, Açıklamalı- İctihatlı Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, Cilt: III (Madde 452-644), Ankara 2017, s.2859. Haksız fiiller özelinde İNCEOĞLU, M. Murat / BAŞ SÜZEL, Ece / AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman, “Haksız Fiil Zamanaşımı ve Suçsuzluk Karinesiyle İlişkisi”, BAUHFD 2016, C.11, S.145-146, s.158-162.

beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Sorumluluk doğuran fiilin aynı zamanda cezayı gerektirmesi durumunda ve fiil 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na (TCK)⁸ göre daha uzun "dava zamanaşımına" tabi bulunuyorsa tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanır⁹. Ceza dava zamanaşımı süresi, TTK'da belirtilen hem kısa zamanaşımı süresi olan iki yıl hem de uzun zamanaşımı süresi olan beş yıl bakımından uygulama alanı bulur¹⁰.

TTK 560'ın kaynağını, 2020 revizyonundan önce yürürlükte olan OR 760 oluşturmaktadır. Anılan kuralda, bizim hukukumuzdaki düzenlemeye benzer şekilde dava cezalandırılabilir bir davranıştan kaynaklanmış ve ceza hukuku bakımından daha uzun zamanaşımı öngörülmüşse, tazminat talepleri bakımından da bu sürenin uygulanacağı belirtilmişti. Ancak 01.01.2020'de yürürlüğe giren değişiklikle birlikte, yönetim kurulu üyesinin zarar verici davranışının aynı zamanda cezalandırılabilir bir tutum olması durumunda, tazminat borcunun en erken ceza dava zamanaşımı süresinin dolmasıyla birlikte zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiştir. Dikkat edilirse değişiklikle birlikte, önceden ceza dava zamanaşımı süresinin tazminat zamanaşımı süresinden daha uzun olması yönündeki ifade yön değiştirmiş ve bunun yerine aynı anlama gelecek başka bir ifade kalıbı (frühestens mit Eintritt der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung / en erken ceza zamanaşımının gerçekleşmesi ile) tercih edilmiştir¹¹. Yine aynı değişiklik kapsamında, konunun ilk derece ceza mahkemesine intikal etmesi ve mahkûmiyet kararı verilmesi sebebiyle ceza zamanaşımının uygulanmadığı hallerde, tazminat borcunun

⁸ RG, 26.09.2004/25611.

⁹ Kural, TTK 570 uyarınca anonim ortaklıklar dışında, sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık; TTK 644 gereğince limited ortaklık ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu (RG, 24.04.1969/13195) madde 98 gereğince kooperatifler bakımından da uygulanır.

¹⁰ BOECKLI, Peter; Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, §18, No.473; STU-DER, Christoph D., Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen (Hrsgbr: FISCHER, Willi / LUTERBACHER, Thierry), Zürich – St. Gallen 2016, Art.760, No.9; VERDE, s.176.

¹¹ Değişiklik gerekçesinden anlaşıldığı üzere, bu tercihle kanun koyucu esasen uzamış zamanaşımının hem kısa hem de uzun süre için uygulanacağını vurgulamak istemiştir. (VERDE, s.176; KAŞAK/GANBARİ, s.98).

mahkûmiyet kararının ilanından itibaren üç yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı öngörülmüştür¹².

Fiilin cezaı gerektirmesi durumunda dava zamanaşımının uygulanması, Türk hukuku bakımından kaynak İsviçre hukukuna göre daha fazla önem taşımaktadır. Çünkü TTK'dan farklı olarak mehaz yasında taban ve tavan süreler çok daha uzun olacak şekilde formüle edilmiştir. Gerçekten de OR 760/I'de -2020 revizyonundan sonra da- TTK 560'daki iki yıllık kısa (nispi) zamanaşımı yerine beş yıllık; beş yıllık uzun (mutlak) zamanaşımı süresi yerine ise on yıllık süre öngörülmüştür¹³. Türk hukukunda sürelerin bu şekilde mehaza nazaran görece düşük tutulma-

¹² Bu kuralı tam olarak anlayabilmek için İsviçre Ceza Kanunu'nda (StGB) yer alan özel bir düzenlemeden bahsetmek gerekir. StGB 97/III'e göre; *"Zamanaşımı süresi dolmadan önce ilk derece mahkemesi bir karar verirse, zamanaşımı süresi uygulanmaz."* Buna karşılık tazminat davaları açısından bu kural yerine OR 760/II devreye girmekte ve ceza mahkemesi kararı mahkûmiyete yönelik olursa, bu kararın ilanından itibaren üç yıl içinde sorumluluk / tazminat davası açılabilir. Bu nedenle StGB 97/III ile OR 760/II kuralını birlikte yorumlamak gerekir (VERDE, s.177; KAŞAK/GANBARİ, s.99). Ayrıca, OR 2020 revizyonuna kadar, haksız fiiller özelinde hem kısa ve uzun zamanaşımı hem de uzamış zamanaşımının kesilme sebepleri bakımından ağırlıklı görüşçe OR 135 düzenlemesi dikkate alınmaktaydı. Ancak revizyondan sonra, ilk derece ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı verdiği hallerde, hukuk davalarındaki zamanaşımı süresinin mahkûmiyet kararının ilanından itibaren üç yıl olarak belirlenmiş olması bu algıyı tamamen yıkmış ve artık "uzamış zamanaşımı" bakımından OR 135'te düzenlenen kesme hallerinin dikkate alınmayacağı sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte yeni getirilen üç yıllık sürenin eleştirilecek yönleri de yok değildir. Gerçekten de hükme bakıldığında, üç yıllık sürenin işlemeye başladığı an ilk derece ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararını ilan ettiği (Eröffnung des Strafurteils) tarihtir. Mahkûmiyet kararının verildiği tarih ile ilan edildiği tarih arasında belli bir süre geçmesi durumunda, bu ara dönemdeki hukuki durum muğlaklığa terk edilmiştir (VERDE, s.177-178).

¹³ İsviçre öğretisinde ağırlıklı olarak gerek kısa gerekse uzun zamanaşımı süresinin doğrudan ve dolaylı zararlar bakımından geçerli olduğu, bu bakımından zarar türleri arasında herhangi bir ayırım yapılamayacağı kabul edilmektedir (STUDER, Art.760, No.1; BINDER, Andreas / ROBERTO, Vito, CHK- Handkommentar zum Schweizerischer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art.760, No.2). Buna karşılık, anonim ortaklığa ilişkin yükümlülüklerin ihlalinden kaynaklanan doğrudan zararlar bakımından OR 760; diğer zararlar bakımından ise genel hüküm niteliğinde olan OR 60 kuralının uygulanacağı şeklinde alternatif bir görüş de savunulmuştur (STUDER, Art.760, No.1). Bu son görüş doğrultusunda, OR 60'da nispi nitelikte olan kısa zamanaşımı süresinin, OR 760'dan farklı olarak beş değil, üç yıl olarak düzenlendiğinin altını çizmek gerekir. (Bu yönde BINDER/ROBERTO, Art.760, No.1).

sı, ticari sürat gerekçesine bağlanmış ve bu tutum haklı olarak eleştiriye konu olmuştur¹⁴.

II. DÜZENLEMENİN AMACI

Kanun koyucunun TTK 560 düzenlemesi ile adil bir sonucu amaçladığı söylenebilir. Gerçekten de bir kimsenin ceza alabileceği bir fiilden sorumluluğunun devam etmesine karşın, bu fiil sonucu ortaya çıkan tazminat taleplerinden zamanaşımı nedeniyle sorumlu tutulamaması, adalet düşüncesiyle bağdaşmayacaktır. Ayrıca, aynı fiilden dolayı muhtemelen daha ağır sonuçları olan ceza yaptırımıyla karşı karşıya kalan bir kimsenin, tazminat talebinden zamanaşımı nedeniyle kurtulmasını izah edebilmek oldukça güçtür¹⁵. Örneğin, güveni kötüye kullanma suçunu işleyen bir yönetim kurulu üyesinin bir taraftan ceza mahkemesinde hapis cezasına çarptırılma ihtimalinin bulunması, diğer taraftan hukuk mahkemesinde zamanaşımı nedeniyle tazminat talebinden kurtulması, adil bir sonuç olarak görülemez.

¹⁴ AKDAĞ GÜNEY, s.463-464. Yazara göre sorumluluk davalarında zamanaşımı süresinin kısa tutulması, ticari işlemlere sürat kazandırmamakta, yalnızca sorumluların daha kısa sürede sorumluluktan kurtulmalarını sağlamaktadır. TANDOĞAN da uygulamadaki tecrübelerine binaen özellikle beş yıllık uzun zamanaşımı süresinin kifayetsizliğinden dem vurmıştır. Zira yönetim kurulu bazen üyelerinin sorumluluğunu doğurabilecek kararlar almakta ve buna ilişkin zarar verici neticeler çoğu zaman beş yıllık süre geçtikten sonra gün yüzüne çıkmaktadır (Batider 1965, C.III, s.123).

¹⁵ ERDEM, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010, s.137; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.77; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s.502; DÄPPEN, Robert K, Basler Kommentar Zum Schweizerischen Privat-recht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 5. Aufl, Basel 2011, Art.60, No.11; BREHM, Roland, Das Obligationenrecht (Berner Kommentar), Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 4. Aufl., Bern 2013. Art.60, No.67; MUELLER, Christoph, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Zürich 2012, Art.60, No.26; KELLER/SCHOEBI, s.143; benzer olarak von BUEREN, Bruno; Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s.426. Haksız fiiller özelinde PETEK, s.109-110; KILIÇOĞLU, AÜHFD 1973, S.29, s.210. Aksi yönde İNCEOĞLU/BAŞ SÜZEL/AYTEKİN İNCEOĞLU, s.173. Bu son yazarlara göre, ceza dava zamanaşımı ile haksız fiil dava zamanaşımı sürelerinin getirilme amaçları ve bu sürelerle korunan hukuki yararlar birbirinden farklıdır. Bu nedenle, bir kimsenin cezai açıdan yaptırıma tabi tutulması, buna karşılık aynı eylemin sonucu ortaya çıkan tazminat borcunun zamanaşımına uğraması, hukuk güvenliğini zedelemeyen veya adaletsiz bir sonuç olarak kabul edilemez.

Diğer taraftan, işlediği suçla şirkete zarar veren yönetim kurulu üyesiyle ilgili hukuki sorumluluk prosedürünü işletme yetkisi bulunan başta şirket olmak üzere ortaklar ile alacaklıların, ceza mahkemesi kararını beklemelerini oldukça doğal karşılamak gerekir. Çünkü ceza yargılamasında elde edilecek delillerle zararın ispatı çok daha kolay olabilecektir¹⁶. Kaldı ki hükmün esasından, hukuk hâkiminin de ceza soruşturmasının / yargısının kararını beklemesi ve o doğrultuda hareket etmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Ayrıca hukuki zamanaşımı süresini, ceza davası zamanaşımı süresine kelepçeleme TTK 560 kuralının amacından hareketle dar yorumlanması gerektiği ortadadır. Yukarıda da belirtildiği gibi hükmün amacı, ceza alma potansiyeli olan ve bu konuda aleyhinde sabit bir karar bulunan kişiyi, zamanaşımı süresi dolmuş olsa bile tazminat yükümlülüğü açısından evleviyetle sorumlu tutmak ve böylelikle adaleti tesis etmektir. Yoksa kanımızca kanun koyucu, suç teşkil etme ihtimali bulunan her durumda hukuk hâkimini suç incelemesi yapmaya ve bu bağlamda uzamış zamanaşımı süresini dikkate alıp almama konusunda bir karar vermeye zorlamamaktadır. Kuralla hukuk hâkimine biçilen asıl rol, aynı eylemle ilgili olarak ceza soruşturma veya kovuşturmasının bulunduğu hallerde zamanaşımı süresinin netleşmesi bakımından durumu bekletici mesele yapması; bekletici mesele yapmaya yönelik bir girişim mevcut değilse -özellikle şikâyete bağlı suçlarda girişimin yapıp yapılmamasına göre bir tutum takınmasıdır.

III. UZAMIŞ ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN UYGULANMASININ ŞARTLARI

A. Fiilin Hapis ve / veya Adli Para Cezası ya da Güvenlik Tedbiri Yaptırımını Gerektirmesi

Uzamış zamanaşımının uygulanmasının ilk şartı, fiilin “ceza” veya -her ne kadar kuralda sadece “ceza” ifadesi geçse de- “güvenlik tedbirini” gerektirmesidir. Burada dikkat edilmesi gereken temel nokta, ortada suç teşkil eden bir eylemin bulunmasıdır¹⁷. Dolayısıyla sanığın suç işlediği sabit olmakla birlikte, olayda hukuka uygunluk sebeplerin-

¹⁶ KELLER/SCHOEBI, s.143.

¹⁷ KILIÇOĞLU, s.503; KILIÇOĞLU, AÜHFD 1973, S.29, s.211.

den biri bulunuyorsa, artık cezalandırılabilir bir suçtan bahsedilemeyecek ve uzamış zamanaşımı süresi uygulanamayacaktır.

Fiilin ceza hukuku anlamında yaptırma tabi olması, sadece TCK'da öngörülen bir suçun işlendiği anlamına gelmez. Diğer kanunlarda öngörülen ve cezai yaptırma bağlanmış olan suçlar bakımından da aynı esas geçerlidir¹⁸. Örneğin, TTK 62, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu¹⁹ 150 vd. hükümlerinde öngörülen fiilleri işleyen yönetim kurulu üyeleri bakımından da TCK'da öngörülen dava zamanaşımı süresi uygulama alanı bulur. Uzamış zamanaşımının gündeme gelebilmesi için yönetim kurulu üyesi tarafından işlenen fiilin suç teşkil etmesi noktasında aranan sübjektif ve objektif şartların yerine gelmiş olması gerekir²⁰. Üyenin yapmış olduğu işlem veya eylemin yalnızca hukuki sorumluluğu doğurması, buna karşılık herhangi bir suç teşkil etmemesi, uzamış sürenin uygulanmasını engeller²¹.

Ayrıca belirtelim ki, hükümde belirtilen ceza ile kastedilen, hapis cezası ve/veya adli para cezasıdır. Zaten TCK 66'daki dava zamanaşımı süreleri, hapis cezaları ve adli para cezaları dikkate alınarak düzenlenmiştir. Bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin idari para cezasına çarptırıldığı hallerde, uzamış zamanaşımının uygulanması mümkün değildir.

Yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki hukuki ilişki süreklilik arz ettiğinden, üyenin görev yaptığı dönemde sorumluluğunu doğuran eylemlerin bir kısmı idari para cezası, diğer bir kısmı hapis veya adli para cezası yaptırımına tabi olabilir. Bu durumda, uzamış zamanaşımını yalnızca hapis veya adli para cezası teşkil eden eylemlerle sınırlı şekilde uygulamak gerekir. Dolayısıyla idari para cezaları söz konusu olduğunda ana kurala dönülmeli, yani iki ve beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır.

¹⁸ KARAHASAN, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku: Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2003, s.603; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.77; NARTER, Sami, "Haksız Fiillerde Zamanaşımı ve Bedensel Zararlarda Zamanaşımın Başlangıcı Sorunu", THD 2015, C.10, S.109, s.26; İNCEOĞLU/BAŞ SÜZEL/AYTEKİN İNCEOĞLU, s.175.

¹⁹ RG, 01.11.2005/25983 (Mük.)

²⁰ DÄPPEN, Art.60, No.11; RIHM, Thomas / KÄNZIG, David, Orell Füssli Kommentar- OFK (Hrsgbr: WIBMER, Jeannette K.), 1. Aufl, Zurich 2016, Art.760, No.18; MUELLER, Art.60, No.29.

²¹ STUDER, Art.760, No.34.

Bu bahiste son olarak güvenlik tedbirleriyle olan bağlantıyı da kurmak gerekir. En başta belirttiğimiz gibi güvenlik tedbirleri, uzamış zamanaşımı uygulamasından muaf değildir. Zira bu tedbirlerin uygulanabilmesi için öncelikle sanığın eyleminin suç olduğunun tespiti gerekir²². Ancak belirtelim ki çoğu zaman güvenlik tedbirleri, ceza yaptırımına refakat ederek onunla mündemiç hale gelmektedir. En basitinden, yönetim kurulu üyesinin cezalandırılmasına hükmeden hâkimin, güvenlik tedbiri mahiyetinde ayrıca kendisini yönetim kurulu üyeliğinden de yoksun bırakması gerekir (TCK 53/I-d). Pratikte de en çok bu örnekte olduğu gibi, “belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma” tedbiri uygulanmaktadır.

B. Ceza Yaptırımını Gerektiren Fiil ile Zarar Arasında İlliyet

Bağının Olması

Anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğundan söz edilebilmesi için öncelikli şart, ortaklığın zarara uğramasıdır. Yönetim kurulu üyesinin cezayı gerektiren işlem veya eylemi nedeniyle zarar oluşmadığı sürece, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu gündeme gelmez²³. Bir diğer ifadeyle, yönetim kurulu üyesi tarafından ihlal edilen ceza normu; şirketin, ortakların ve alacaklıların malvarlığını koruyucu nitelikte değilse, uzamış zamanaşımı süresi dikkate alınmaz.

Teorik olarak durum böyle olsa da yönetim kurulu üyelerinin ceza gerektiren eylemleri nedeniyle çoğu zaman ortaklık zarar görürken; istisnai bazı hallerde, ortaklık herhangi bir mali zarara uğramaz. Bu ihtimalde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğundan da söz edilemez. Örneğin TTK 55/1-e’de bir tür haksız rekabet hali olarak “iş koşullarına uymama” durumu düzenlenmiştir. Yine TTK 63 uyarınca, tüzel kişilerin haksız rekabette bulunması durumunda, cezai yaptırım tüzel kişi adına hareket eden veya etmesi gereken organ üyeleri veya ortaklar hakkında uygulanır. Bununla birlikte, iş koşullarına uymama ihtimalinde, eylemi gerçekleştiren üyeler cezai yaptırımla karşı karşıya kalsa dahi, bu eylemin sonucunda ortaklık genellikle daha fazla kazanç elde eder. Bir diğer

²² İNCEOĞLU/BAŞ SÜZEL/AYTEKİN İNCEOĞLU, s.186.

²³ Aynı yönde MUELLER, Art.60, No.39; İNCEOĞLU/BAŞ SÜZEL/AYTEKİN İNCEOĞLU, s.175.

ifadeyle, cezayı gerektiren eylem ortaklığa zarar değil, aksine fayda sağlar ve bu nedenle uzamış zamanaşımının uygulanması mümkün olmaz²⁴.

C. Ceza Yaptırımı Gerektiren Fiilin Türk Ceza Kanunu'na Göre Daha Uzun Dava Zamanaşımına Tabi Olması

Kanunlarda suç olarak kabul edilen bir fiilin işlenmesinden veya hükmün kesinleşmesinden itibaren belli bir sürenin geçmesi, devletin ceza ve infaz ilişkilerini devam ettirmesindeki sosyal yararın ortadan kalkmasına neden olur. Bu şekilde devletin cezalandırma yetkilerinin ortadan kalkmasına zamanaşımı denilir. Devlet ile sanık arasındaki ceza ilişkisini düşürene dava zamanaşımı; devlet ile hükümlü arasındaki infaz ilişkisini düşüreneyse ceza zamanaşımı denilir²⁵.

TTK 560'da açıkça dava zamanaşımından söz edilmiştir²⁶. Suçun işlenmesinden sonra belli bir süre geçtikten sonra devletin cezalandırma yetkisini ortadan kaldıran süreye dava zamanaşımı süresi denilmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, devletin cezalandırma yetkisi devam ettiği sürece, failin neden olduğu hukuki zararlardan (tazminat borcundan) da sorumlu olması gerekir.

TCK 66'da, fail tarafından işlenen suçun ağırlığına göre değişen dava zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. Bu çerçevede ağırlaştırılmış müebbet cezasını gerektiren suçlardaki otuz yıl en yüksek dava zamanaşımı süresi olarak karşımıza çıkmaktadır. Beş yıldan fazla olmamak üzere

²⁴ Benzer olarak BUERGI, Wolfard / NORDMANN-ZIMMERMANN, Ursula, Das Obligationenrecht (Zürcher Kommentar), 5. Teil: Die Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft, B. 3, Art. 739-771, Zürich 1979., Art.760, No.20.

²⁵ YENERER ÇAKMUT, Özlem, "Türk Borçlar Kanunu m. 72 ve m. 74 Bakımından Ceza Hukukunda Ceza Sorumluluğunun Esası ve Dava Zamanaşımı Kavramlarına Kısa Bir Bakış", Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, C.II, İstanbul 2012, s.31.

²⁶ Yine haksız rekabeti düzenleyen TTK 60 kuralında kanun koyucu açıkça dava zamanaşımını referans olarak almıştır. Haksız fiile ilişkin TBK 72'de ise sadece "ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiil" ifadesi geçmektedir. Her ne kadar kuralda "dava zamanaşımı" ifadesi açıkça geçmiyor olsa da bunun dava zamanaşımı olarak anlaşılması gerektiği ortadadır [Bkz. ve karş. TANDOĞAN, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010, s.360; KILIÇOĞLU, AÜHFD 1973, S.29, s.214; SEROZAN/ÖZ/ACAR/GÖKYAYLA/DEVELİOĞLU (ÇELİK), s.548, No.41. OR 2020 revizyonu açısından KAŞAK/GANBARİ, s.98, dn. 17. Ortaklıklar hukuku bağlamında ŞENER, Ortaklıklar, s.429].

re hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar bakımından öngörülen sekiz yıllık süre ise en kısa dava zamanaşımı süresidir. Bunun sonucu olarak bir fiil kanunlarda suç olarak tanımlanıyorsa, bu suç bakımından öngörülen asgari zamanaşımı süresi sekiz yıl olacaktır. Yeri gelmişken, dava zamanaşımı süresinin belirlenmesi noktasında, suça ilişkin cezanın üst sınırının dikkate alındığını vurgulamak gerekir. Diğer bir deyişle, mahkemenin dosya kapsamında verdiği somut ceza dikkate alınarak zamanaşımı süresi belirlenmez²⁷.

Netice itibariyle, halihazırda TCK'da öngörülen en kısa dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır. Bu süre, TTK 560'deki iki yıllık kısa zamanaşımı ile beş yıllık uzun zamanaşımı süresinden daha uzundur. Bu kapsamda yönetim kurulu üyelerinin zarar verici eyleminin suç teşkil ettiği hallerde, diğer şartların da mevcut olması durumunda "uzamış zamanaşımı" süresini dikkate almak gerekecektir²⁸. Ancak uzamış zamanaşımı süresinin tespiti bakımından yalnızca TCK'da düzenlenen süreler referans olarak alınmaz. TCK dışında cezai müeyyide getiren başkaca kanunlarda da zamanaşımı kararlaştırılmış olabilir. Anılan düzenlemelerde daha uzun zamanaşımı öngörülmüşse artık buradaki süreleri dikkate almak gerekir²⁹. Şu hâlde, suç teşkil eden fiilin zamanaşımı

²⁷ RIHM/KÄNZIG, Art.760, No.18; PETEK, s.123, özellikle dn.33; KILIÇOĞLU, AÜHFD 1973, S.29, s.212; YENERER ÇAKMUT, s.31-32.

²⁸ Önemi sebebiyle tekrar vurgulamak gerekirse, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından geçerli olan sekiz yıllık uzamış zamanaşımı süresi, TTK 560'daki kısa ve uzun zamanaşımı sürelerinin yerini alır. Diğer bir deyimle, sadece uzun süre değil, kısa / nispi süre de bu uzamadan etkilenir. Buna göre zarar gören zarar verici eylemin gerçekleştiği andan itibaren sekiz yıl içinde tazminat davası açabilir. Buna karşılık sekiz yıllık süre geçtikten sonra, eylemin cezalandırılabilirliği ortadan kalkacağından, genel kurala dönülür, yani TTK 560 kuralı dikkate alınır [Haksız fiiller özelinde KILIÇOĞLU, s.504; KILIÇOĞLU, AÜHFD 1973, S.29, s.212-213; GÜNTÜLÜ ALKAN, s.131; VON TUHR, Andreas, Borçlar Hukuku 1-2, Ankara 1983 (Çev. Cevat EDEGE), s.387-388; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.77; YAVUZ, Nihat, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt 1, Madde 1-338, Ankara 2013, s.567; SEROZAN/ÖZ/ACAR/GÖKYAYLA/DEVELİOĞLU (ÇELİK), s.552, No.47].

²⁹ TANDOĞAN, s.362; PETEK, s.123; KILIÇOĞLU, s.505; KILIÇOĞLU, AÜHFD 1973, S.29, s.214; GÜNTÜLÜ ALKAN, s.130, dn. 60; SEROZAN/ÖZ/ACAR/GÖKYAYLA/DEVELİOĞLU (ÇELİK), s.548, No.42.

süresi iki ve beş yıllık sürelerden daha kısa düzenlenmişse, artık uzamış zamanaşımı süresine ilişkin kural dikkate alınmamalıdır³⁰.

Son olarak belirtelim ki, uzamış zamanaşımı süresinin uygulanması noktasında, 5237 sayılı TCK'nın 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girdiği dikkatlerden kaçmamalıdır. Dolayısıyla bu tarihten önce işlenen suçlar bakımından sanığın / zarar verenin lehine olan mülga 765 sayılı TCK'daki dava zamanaşımı süreleri dikkate alınmalıdır³¹.

D. Uzamış Zamanaşımı Süresinin Uygulanmasının Mahkûmiyet Kararına Bağlı Olması

Uzamış zamanaşımının şartları bakımından en çetrefilli konu, hukuk hâkiminin önüne gelen dosyada re'sen eylemin suç teşkil edip etmediğini araştırıp araştırmayacağı meselesidir. Özellikle yönetim kurulu üyesinin eyleminin aynı zamanda suç teşkil ettiği, fakat şüphelinin hiçbir şekilde cezai soruşturmaya (veya sanık sıfatıyla kovuşturmaya) tabi tutulmadığı hallerde bu mesele daha da önem kazanır.

Türk ve İsviçre hukukunda haksız filler özelinde kabul edilen ağırlık görüşe bakıldığında, uzamış zamanaşımının uygulanabilmesi için ceza soruşturması açılması veya ceza mahkemesince bir karar verilmesinin şart olmadığı görülür³². Hatta şikâyete bağlı bir suç varsa şikâyette bulunulması şartı da aranmamaktadır³³. Bu gibi hallerde objektif ve sübjektif unsurlarıyla birlikte suç teşkil eden ve cezalandırılabilir nitelikte

³⁰ AKDAĞ GÜNEY, s.461.

³¹ Örneğin beş yıl ve daha düşük hapis cezası gerektiren suçlar bakımından mülga 765 sayılı TCK 102'de dava zamanaşımı süresi beş yıl iken; 5237 sayılı TCK 66'da bu süre bilindiği gibi sekiz yıldır. 765 sayılı TCK döneminde işlenen suçların hukuk davalarına olan yansımalarında, uzamış zamanaşımı süresi olarak beş yıllık süreyi dikkate almak gerekir. Yargıtay da bir kararında (11.HD, 12.06.2013, E. 2012/13297, K. 2013/12247), bu sonuca ulaşmıştır (Karar için bkz. ERİŞ, C.III, s.2860-2861).

³² TANDOĞAN, s.362; NARTER, s.26; KILIÇOĞLU, s.503; KILIÇOĞLU, AÜHFD 1973, S.29, s.211-212; YENERER ÇAKMUT, s.35; GÜNTÜLÜ ALKAN, s.131; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.78; SEROZAN/ÖZ/ACAR/GÖKYAYLA/DEVELİOĞLU (ÇELİK), s.548-549, No.42; YAVUZ, s.567. Sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından PETEK, s.120.

³³ TANDOĞAN, s.364; KILIÇOĞLU, s.509; KILIÇOĞLU, AÜHFD 1973, S.29, s. 217; YENERER ÇAKMUT, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, C.II, s.35; SEROZAN/ÖZ/ACAR/GÖKYAYLA/DEVELİOĞLU (ÇELİK), s.549, No.42. Son yazara göre, şikâyette bulunulmuş ve şikâyetten dönülmüş olsa bile sonuç yine değişmez.

olan eylemin gerçekleşmiş olması tek başına yeterlidir. Hukuk hâkimi, - bilhassa cezai takibatın söz konusu olmadığı hallerde- ön sorun olarak suçun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini ceza hukuku kurallarına göre re'sen incelemek durumundadır³⁴.

Ortaklıklar hukuku özelinde ise ÇAMOĞLU, uzamış zamanaşımı süresinin sorumluluk davalarına teşmilini, fail hakkında ceza davası açılması³⁵, hatta bir adım daha ileri giderek bu davanın kesinleşmesi şartına bağlamaktadır³⁶.

Meseleyi haksız fiiller özelinde inceleyen İNCEOĞLU / BAŞ SÜZEL / AYTEKİN İNCEOĞLU da, uzamış zamanaşımı için ceza mahkemesi kararının kesinleşmesini aramaktadır. Ayrıca yazarlara göre, ceza hâkiminin mahkûmiyet kararı olmaksızın hukuk hâkiminin eylemi ön sorun olarak incelemesi masumiyet karinesine aykırılık teşkil edecektir. Gerek Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun gerekse de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında belirttiği üzere, bu karine sadece ceza hâkimi önünde değil, tüm resmi makamlar düzeyinde uygulama alanı bulur. Bu nedenle uzamış zamanaşımı, ancak fiilin suç teşkil ettiği ceza yargılamasında kesin hükümle sabit olduğu takdirde dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla hukuk hâkimi, fiil ceza soruşturmasına / kovuşturmasına intikal etmişse, buradaki sonuç kesinleşene kadar; intikal etmemişse, ceza takibine konu olup kesinleşene kadar önündeki dosyayı bekletici mesele yapmalıdır³⁷.

Kanaatimizce de hukuk hâkiminden eylemin aynı zamanda suç teşkil edip etmediğini ön sorun olarak incelemesi beklenemez. Tazminat hukuku ile ceza hukuku arasındaki keskin usûli ve esasi farklılıklar bu

³⁴ STUDER, Art.760, No.34; TANDOĞAN, s.362; KELLER / SCHÖBİ, s.143; KILIÇOĞLU, s.503; YAVUZ, s.567; YENERER ÇAKMUT, s.35; SEROZAN/ÖZ/ACAR/GÖKYAYLA/DEVELİOĞLU (ÇELİK), s.549, No.42.

Yargıtay da yerleşik kararlarında bu görüşü kabul etmektedir. Nispeten yeni tarihli bir kararı için bkz. 4. HD, 16.09.2019, E. 2019/2088, K. 2019/3927 (Kazancı, 29.07.2020).

³⁵ ÇAMOĞLU, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2017, s.248. Aynı yönde GİRAY/AKTEPE, s.149.

³⁶ ÇAMOĞLU, s.248; POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014, s.406, No.613.

³⁷ İNCEOĞLU/BAŞ SÜZEL/AYTEKİN İNCEOĞLU, s.178, 181.

beklentiyi boşa çıkarmaya yetecek ölçüdedir. Kaldı ki, medeni usûl hukuku ilkelerine (tasarruf ilkesi, taraflarca yerine getirilme ilkesi, teksif ilkesi, hâkimin delilleri değerlendirmesi vs.) aşına olan hukuk hâkiminin, ceza usûl hukuku ilkelerinin (re'sen harekete geçme, re'sen araştırma ilkesi, delillerin serbestliği ilkesi, maddi gerçeğin araştırılması ilkesi, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, vs.) içerdiği farklılıklar nedeniyle hata yapma ihtimali oldukça yüksek olacaktır⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾. Diğer taraftan hukuk hâkiminin, borcun kaynaklarından tamamen farklı esaslar içeren suç teorisinin temel ilkelerini somut olaya layıkıyla -hak kayıplarına yol açmadan- uygulaması beklenemez. Böyle bir beklentinin dikte edilmesi, nihai olarak hukuk hâkimlerini varsayım dayalı bir suç incelemesi yapmaya sevk eder ve tazminat talepleri bu varsayım üzerine kurulur. İnşai bir kararın bu şekilde varsayım dayanası şüphesiz adil olmayan sonuçlar doğurabilir⁴⁰.

³⁸ İlkeler konusunda ayrıntılı bilgi için ERDÖNMEZ, Güray, Pekcantez Usûl Medeni Usûl Hukuku, İstanbul 2017, s.781 vd., özellikle s.784, 796. Hukuk usulü ile ceza muhakemesi usulü hukukunun birçok noktada ve özellikle delillerin takdiri noktasında farklılık arz etmesi noktasında KILIÇOĞLU, AÜHFD 1973, S.29, s.192-193. Benzer yöndeki kaygılar için POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU (ÇAMOĞLU), s.406, No.613.

³⁹ İNCEOĞLU/BAŞ SÜZEL /AYTEKİN İNCEOĞLU'nun da haklı olarak vurguladığı gibi: "Hukuk mahkemesinde hâkimin maddi gerçeği araştırması, delillerin vasıtasızlığı, delillerin serbestliği, şüpheden sanığın yararlanması gibi ilkeler geçerli olmadığından, suçluluğun tespitinin hukuk mahkemesi tarafından yapılması kabul edilemez" (s.178).

⁴⁰ Yargıtay haksız fiiller özelinde almış olduğu bir kararda, hukuk hâkimlerini bu şekilde varsayımsal bir kurguya zorlamıştır. Bu karar şöyledir (4. HD, 05.06.2017, E. 2017/713, K. 2017/3644): "... Mahkemece, davacının, davaya konu evin 14 Mart 2011 tarihinde yıkıldığını gördüğü, zararın ödetilmesine dair davanın ise 10/09/2014 tarihinde açıldığı, zarar gören davacının, haksız eylem ve faili öğrendiği tarihten itibaren 1 yıl içerisinde dava açmadığı gerekçesiyle davanın zamanaşımı sebebiyle reddine karar verilmiştir. Olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 60/2. maddesinde (6098 Sayılı TBK m.72), haksız fiil sebebiyle tazminat davasının zararın ve sorumlunun öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl, her halde zararı doğuran olayın gerçekleşmesinden itibaren on yıllık sürede zaman aşımına uğrayacağı düzenlenmiştir. Ancak haksız fiil aynı zamanda suç teşkil eden bir eylem ise ve Ceza Kanunu'nda daha uzun zamanaşımı süresi öngörülmüşse, haksız fiil sorumluluğunda da bu (uzamış) ceza dava zamanaşımı süreleri uygulanacaktır. Dosyadaki bilgi ve belgelerden; davacının evini davalının yıktığı iddiasıyla tazminat isteminde bulunduğu anlaşılmaktadır. Eylemin sübutu halinde olay tarihinde yürürlükte bulunan 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 151. maddesinde düzenlenen mala zarar verme suçunu oluşturabileceği anlaşılmakta olup, uygulanacak ceza dava zamanaşımı süresi, aynı Kanun'un 66/e maddesi uyarınca sekiz yıldır. Eldeki davada, kabule göre dava-

Sonuç olarak, uzamış sürenin uygulanmasında, hukuk hâkiminin araştırdığı konu, özel hukuk alanına giren bir inceleme konusu değildir. Diğer taraftan ağırlıklı görüşe bakıldığında, hukuk hâkiminin eylemin suç teşkil edip etmediğini yorumlaması, dolayısıyla ceza hâkimi rolüne soyunması gerekmektedir. Ancak kanımızca hâkimin bu role soyunmak yerine konu eğer ceza soruşturması veya kovuşturmasına intikal etmiş ise bekletici mesele yapması daha isabetli olur.

IV. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA AŞAMASINDA ALINAN KARARLARIN UZAMIŞ ZAMANAŞIMI SÜRESİNE ETKİSİ

1. Beraat Kararının Etkisi

Yönetim kurulu üyesinin yapmış olduğu işlem veya eylem aynı zamanda ceza yargılamasına konu olmuşsa hukuk hâkimi, ceza hâkiminin yaptığı analiz ve verdiği kararlarla büyük ölçüde bağlı olacaktır⁴¹. Bu bağlamda, hukuk hâkiminin, ceza hukuku ile ilişkisini düzenleyen TBK 74 kuralına değinmek gerekir. Kuralın, belli hususlarla sınırlı olmak ve menfi bir üslup kullanmak suretiyle kaleme alındığı görülmektedir. Buna göre hâkim, zarar verenin “kusurunun” olup olmadığı ve “ayırt etme gücünün” bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen “beraat” kararıyla da bağlı değildir. Hükmün ikinci fıkrası uyarınca, ceza hâkiminin “kusurun değerlendirilmesine” ve “zararın belirlenmesine” ilişkin kararları da hukuk hâkimi için bağlayıcı nitelik taşımaz.

cının fiil ve faili öğrenme tarihi 14 Mart 2011, davanın açılma tarihi ise 10/09/2014 günü olup ceza zamanaşımı süresi henüz dolmamıştır. Şu halde; açıklanan yönler gözetilerek, uyumsuzluğun esas incelenip varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, davanın zamanaşımı sebebiyle reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.” (Kazancı, 30.07.2020).

⁴¹ Nitekim von TUHR/ PETER'e göre, ceza hâkiminin kanunun uygulanması ve yorumlanmasına ilişkin esasları hukuk hâkimi için bağlayıcıdır (von TUHR Andreas / PETER Hans, Allgemeiner Teil des Schweize-rischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979, s.439-440). Aynı yönde STUDER, Art.760, No.35; PETEK, s.134-135.

Beraat kararları özelinde hukuki durumu değerlendirmek gerekirse, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)⁴² madde 223/II'e dikkatleri çekmek ve beş farklı ihtimalde beraat kararı verilebileceği üzerinde durmak gerekir. Hükme göre;

“Beraat kararı;

- a) Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması,*
- b) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması,*
- c) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması,*
- d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması,*

e) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması,

Hallerinde verilir”.

Buna karşılık dikkat edilirse TBK 74'te, beraat kararı bakımından herhangi bir ayırım yapılmadan, hukuk hâkiminin bu kararla bağlı olmadığı belirtilmiştir. Bu bağlamda, beraat kararlarının hukuk hâkimleri açısından tek düze nitelikte bir etki doğurduğu ve kendilerinin bunlarla hiçbir şekilde bağlı olmadığı şeklinde bir algı ortaya çıkmaktadır. Diğer taraftan beraat kararlarını beş farklı olasılık temeline dayandıran CMK 223'ün, TBK 74'teki genellemeyi keskin bir şekilde muğlaklaştırdığı da ortadadır. Bu nedenle ilk etapta bu belirsizliğin giderilmesi gerekir.

Konuyla ilgili öğretideki görüşler incelendiğinde, hukuk hâkiminin bu husustaki bağımsızlığı sorgulanırken, beraat kararının gerekçesinin de dikkate alındığı gözlenmektedir⁴³. Buna göre, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararı, fiilin kanunda suç olarak tanımlanmadığı veya nedensellik bağının olmadığı gerekçesine dayanıyorsa, verilen bu beraat kararı “hukuka aykırılık” kıstası bakımından hukuk hâkimini bağlamayacaktır. Zira fiil, ceza hukuku bakımından herhangi bir suç tipine girmemekle birlikte, tazminat hukuku anlamında hukuka aykırı olabilir. Yine tazminat konusundaki nedensellik bağı, ceza verilmesi için

⁴² RG, 04.12.2014/25673.

⁴³ KILIÇOĞLU, s.510-511; KILIÇOĞLU, AÜHFD 1973, S.29, s.198, 218; DOĞANAY, İsmail, “Hukuk Hâkimi, Ceza Mahkemesinin Hangi Nevi Kararı ile Bağlıdır?”, Yargıtay Dergisi 1975, C.I, S.2, s.23-24, 28-29.

aranan nedensellik bağından farklı olabilir. Aynı sonucu, ceza hâkiminin delil yetersizliği nedeniyle beraat kararı vermesi durumunda da kabul etmek gerekir⁴⁴. Çünkü ceza yargılamasında şüpheden yararlanan sanığın, hukuk yargılamasındaki usulde bu şüpheden yararlanmaya devam etmesi beklenemez. Bu açıdan delillerin belirlenip değerlendirilmesi noktasında, özel hukuka ilişkin prensiplerin dikkate alınması gerekir.

Ancak beraat kararı, fiilin sanık tarafından işlenmediği gerekçesine dayanıyorsa, artık hukuk hâkiminin beraat kararıyla bağlı olduğunu kabul etmek gerekir⁴⁵. Çünkü bu gerekçe bizi, özel hukuk anlamında davalının hukuka aykırı bir eyleminin bulunmadığı sonucuna da götürür.

Ceza hâkiminin verdiği beraat kararının, konumuz olan uzamış zamanaşımı süresine etkisini ise ayrıca ele almak gerekir. Zira TBK 74 kuralı yalnızca, hukuk hâkiminin beraata rağmen davayı esastan inceleyip tazminata hükmedebileceğini belirtir⁴⁶. Yoksa her iki kuralla, beraat kararından sonra zamanaşımının belirlenmesi noktasında hukuk hâkiminin bağımsızlığını sürdürmesi ve eylemin suç teşkil edip etmediğini ayrıca incelemesi amaçlanmamaktadır. Dolayısıyla TBK 74 bir tarafa bırakıldığında, hangi sebeple beraat kararı alınmış olursa olsun, hukuk hâkiminin bu kararla bağlı olması ve elindeki uyumsuzluğa uzamış zamanaşımı süresini değil, TTK 560'daki iki ve beş yıllık (kısa ve uzun) süreleri uygulaması gerekir⁴⁷. Ancak bu ihtimalde kısa zamanaşımı süresini, beraat kararının tefhiminden itibaren işletmek gerekir⁴⁸.

⁴⁴ KAPANCI, Berk, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi", İnÜHFD 2016, C.7, S.1, s.535. Aksi yönde İNCEOĞLU/BAŞ SÜZEL/AYTEKİN İNCEOĞLU, s.182.

⁴⁵ BELGİN GÜNEŞ, Derya, Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri, İstanbul 2019, s.177; KILIÇOĞLU, AÜHFD 1973, S.29, s.199; YENERER ÇAKMUT, s.34.

⁴⁶ Benzer yönde İNCEOĞLU/BAŞ SÜZEL/AYTEKİN İNCEOĞLU, s.181.

⁴⁷ Haksız fiiller özelinde KILIÇOĞLU, AÜHFD 1973, S.29, s.218; von TUHR (Çev. Cevat EDEGE), s.388; TANDOĞAN, s.362. Ayrıca, beraat kararının hukuka uygunluk sebebine dayanması halinde, daha önce de vurguladığımız gibi ortada cezalandırılabilir bir durum söz konusu olmadığından, uzamış zamanaşımı süresini uygulamak zaten mümkün olmaz.

⁴⁸ Haksız fiiller özelinde TANDOĞAN, s.362.

Son tahlilde, zamanaşımı konusunda hukuk hâkimi “her türlü” beraat kararıyla bağlıdır diyebiliriz⁴⁹.

⁴⁹ Haksız fiiller özelinde aksi yönde GÜNTÜLÜ ALKAN, s.133. Yazara göre, suçun kesin olarak fail tarafından işlenmediğine ilişkin beraat kararları dışında, örneğin delil yetersizliğine dayalı beraat kararlarında, eylemin suç niteliği ortadan kalkmamaktadır. Bu nedenle hukuk hâkiminin, uzamış zamanaşımını uygulamak adına söz konusu eylemin (haksız fiilin) cezayı gerektirip gerektirmediğini araştırma yetkisi bulunur. Yargıtay da bir kararında bu yönde görüş bildirmiştir. Bu karar şöyledir (11. HD, 27.09.2018, E. 2016/12154, K. 2018/5761): “... Dava, davacının bilgisi ve talimatı dışında yapılan işlemler ile davacı portföyünün zararda olmasına rağmen kârdaymış gibi gösterilen e-posta gönderimi sebebiyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir. Dava konusu edilen eylemler sebebiyle davalılar ..., ... ve ... hakkında hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma, resmi belgede sahtecilik, dolandırıcılık, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa muhalefet suçları sebebiyle Asliye Ceza Mahkemesi'nin 18/04/2012 tarihli 2010/864 Esas 2012/548 Karar sayılı dosyasıyla yapılan yargılama sonucunda sanıkların üzerlerine atılı güveni kötüye kullanma, sahtecilik, 2499 Sayılı Yasa'ya muhalefet ve dolandırıcılık suçlarını işledikleri yolunda kesin ve inandırıcı deliller elde edilemediğinden, münnet suçların yasada tanımlanan öğeleri oluşmadığından tüm sanıkların yüklenen tüm suçlardan ayrı ayrı beraatlerine karar verilmiştir. İlgili ceza mahkemesi kararı ise Yargıtay Ceza Dairesinin 16/03/2016 tarihli ilamıyla gerekçe eklenerek onanmıştır. Karar tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 74. maddesi (818 Sayılı Borçlar Kanununun 53. maddesi) uyarınca ceza mahkemesince verilen beraat kararı, kusur ve derecesi, zarar tutarı, temyiz gücü ve yükletilme yeterliği, illiyet gibi esasların hukuk hakimini bağlamayacağı açık ise de ceza hakiminin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle “fiilin hukuka aykırılığı” konusu ile hukuk hakiminin tamamen bağlı olacağı kabul edilmektedir (Yargıtay HGK. 09.04.2014 tarih, 2013/4-1008 E. 2014/490 K. sayılı ilamı). Yine zamanaşımı def'i değerlendirilirken 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 72. maddesinde (818 Sayılı Borçlar Kanununun 60. maddesinde) yer alan “tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.” hükmünün nazara alınması gerekecektir. Bu bakımdan mahkemece, anılan ceza mahkemesi dosyası getirtilerek, ceza dosyasındaki kabul şeklinin belirlenmesi, davacı ile davalı ... arasında vekalet sözleşmesinin, davacı ile davalı ... arasında Sermaye Piyasası Araçları Alım Satım ve Repo-Ters Repo İşlemleri, Faks Cihazıyla Gönderilecek Müşteri Talimatları ile İlgili Uygulama ve Uzaktan Erişim Kanalları Sözleşmesinin bulunduğu, diğer davalıların da davalı ...Ş.'nin çalışanları olduğu gözetilerek zamanaşımı sürelerinin belirlenmesi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 72. maddesinin (818 Sayılı Borçlar Kanununun 60. maddesinin) zamanaşımı def'ilerinin değerlendirilmesinde uygulanıp uygulanamayacağının tespiti, ceza mahkemesi kararının işbu davaya etkisinin tartışılması, bilirkişi raporlarında ceza dosyasında yer alan belirlemelere atıflar bulunduğu gözetilerek ceza dosyasındaki tespit ve delillerin değerlendirilmesi, varılacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve değerlendirmeye dayalı yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, kararın taraflar yararına bozulması gerekmiştir.” (Kazancı, 29.07.2020).

2. Mahkûmiyet Kararının Etkisi

Beraat kararları özelinde durum yukarıdaki gibiyken, mahkûmiyet kararları açısından mesele daha açık ve nettir. TBK 74/I'in aksi kanıtından hukuk hâkiminin, ceza hâkiminin verdiği mahkûmiyet kararıyla bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Ancak kural, ikinci fıkrayla bir bütün olarak ele alındığında, bu bağımlılığın sınırlı olduğu görülmektedir. Zira ikinci fıkrada, hukuk hâkiminin kusur ve zararın takdiri bakımından hiçbir şekilde ceza hâkiminin kararıyla bağlı olmadığı belirtilmiştir. Şu hâlde mahkûmiyet kararıyla olan bağlılık, haksız fiilin kusur ve zarar dışındaki diğer unsurları, yani hukuka aykırı fiil ile illiyet bağı bakımından geçerli olmalıdır⁵⁰.

Ancak burada hukuk hâkiminin mahkûmiyet kararıyla olan bağlılığı, davalı aleyhine mutlaka tazminata hükmetmesi şeklinde değildir. Çünkü hukuk hâkimi, mahkûmiyet kararına rağmen tazminata hükmetmeyebilir. Şu hâlde mahkûmiyet kararı, yalnızca suçun işlendiğine dair bir delil teşkil etmek suretiyle hukuk hâkimini bağlar⁵¹. Bu itibarla, uzamış zamanaşımı süresi bakımından da hukuk hâkiminin, ceza hâkiminin verdiği mahkûmiyet kararıyla bağlı olduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki bu kararlar birlikte, sanığın eyleminin suç teşkil ettiği sübuta ermektedir⁵².

⁵⁰ BELGİN GÜNEŞ, s.162, 165; KILIÇOĞLU, AÜHFD 1973, S.29, s.194-195, 207; YENERER ÇAKMUT, s.35; ARSLAN, A. İsmet, "Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi (III)", Yargıtay Dergisi, Temmuz 1980, C.6, S.3, s.518-519. Ancak ilk anılan yazarın da belirttiği gibi, Yargıtay'ın bu konudaki kararlarının istikrar arz ettiği söylenemez. Yargıtay, bazı kararlarında hukuk hâkiminin, ceza hâkiminin vermiş olduğu mahkûmiyet kararlarındaki hukuka aykırılık ve illiyet bağı unsurlarıyla bağlı olduğunu belirtirken, diğer bazı kararlarında bu konularda tamamen bağımsız olduğu sonucuna ulaşmıştır (s.164, özellikle dn. 249'daki kararlar). Öğretide KAPANCI ise diğer yazarlardan farklı olarak, illiyet bağı konusunda da hukuk hâkiminin bağımsız olduğunu savunur. Zira yazara göre, ceza hukukundaki illiyet bağı, eylem ile netice arasında uygulanır; ancak özel hukuktan farklı olarak eylemin doğrudan bir zarara yol açıp açmadığı önem taşımaz (s.532-533).

⁵¹ KILIÇOĞLU, AÜHFD 1973, S.29, s.208.

⁵² Karş. KILIÇOĞLU, s.510; KILIÇOĞLU, AÜHFD 1973, S.29, s.218; KAPANCI, s.520, dn. 40; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.78; YAVUZ, s.567.

2. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB) Kararlarının Etkisi

Beraat ve mahkûmiyet kararları dışında ceza hâkiminin verebileceği bir diğer karar türü de hükümün açıklanmasının geri bırakılmasıdır. CMK 231/V'e göre; *“Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükümün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.”*

HAGB'de mahkeme esasen, sanığın eyleminin suç teşkil ettiğini tespit etmekle birlikte, yasada belirtilen şartların gerçekleşmesi nedeniyle hükümün sanık hakkında belirli bir süreyle sonuç doğurmamasına karar vermiştir. Dolayısıyla kovuşturmada suçlu bulunan sanık, bu imkân sayesinde infazdan şartlı olarak kurtulmaktadır.

HAGB'ye ilişkin esaslar CMK 231'de ayrıntılı halde düzenlenmiştir. Buna göre; *hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur (CMK 231/VIII). Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerine uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir (CMK 231/X). Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerine aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir (CMK 231/XI).*

Görüldüğü üzere HAGB kararının verilebilmesi için sanığın eyleminin suç teşkil ettiğinin sübuta ermiş olması gerekir. Hatırlanacağı gibi, hukuk hâkiminin önündeki dosyaya uzamış zamanaşımını uygulayabilmesi, eylemin aynı zamanda suç teşkil etmesine bağlıydı. HAGB kararıyla da esasında sanığın eyleminin suç teşkil ettiği tespit edilmiş olur. Ancak HAGB kararları, diğer kararlardan farklı olarak iki açıdan kesin nitelik teşkil etmez. Birincisi ceza hâkimi bu kararıyla suçu tespit etmiş

olmasına rağmen henüz hükmü açıklamadığından, bunun istinaf ve / veya temyiz aşamasından geçip kesinleşmesi ihtimali yoktur⁵³. İkincisi, CMK 231/VIII'de belirtildiği üzere, HAGB kararıyla birlikte beş yıllık denetim süresi başlar ve bu sürenin sağlıklı geçirilmesi halinde mahkûmiyet kararı bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar. Aksi durumda ise mahkûmiyet kararı açıklanır ve bu andan itibaren üst mahkeme denetimi gündeme gelebilir ve kararın kesinleşmesi mümkün olabilir.

Şu hâlde, HAGB kararı verildiği takdirde, kesinleşmiş bir hükümden veya suçlu kişiden bahsedilemeyeceğinden, masumiyet karinesi işlemeye devam edecektir⁵⁴. Bunun temel sonucu olarak hukuk hâkiminin de HAGB kararını referans alarak elindeki dosyaya uzamış zamanaşımı süresini uygulamaması gerekir⁵⁵. Eğer denetim süresi içinde mahkûmiyet hükmünün açıklanması icap ederse, artık ceza hâkiminin nihai kararının kesinleşmesi beklenmelidir.

3. Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararın (Takipsizlik Kararının) Etkisi

Daha önce de bir vesileyle değindiğimiz üzere Türk- İsviçre hukukunda, hukuk hâkiminin uzamış zamanaşımı süresini uygulayabilmesi için ceza mahkemesi kararını beklemesinin şart olmadığı yönünde genel bir temayül söz konusudur. Hatta hukuk hâkimi, uyuşmazlık ceza yargısına intikal etmemiş olsa bile eylemin suç teşkil edip etmediği konusunda bir değerlendirme yaparak uzamış zamanaşımı süresini tatbik edebilir.

Ancak olay ceza soruşturmasına intikal etmişse, savcılık tarafından alınan kararların (özellikle kovuşturmaya yer olmadığına yönelik kararların) uzamış zamanaşımına ne gibi etkileri olabileceği sorusu akla gelebilir. İsviçre öğretisindeki bir görüşe göre, ceza soruşturması sırasında verilen kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararlar, hukuk hâkimi için de bağlayıcı olmalıdır⁵⁶. Buna karşılık diğer bir görüşe göre

⁵³ ÜNAL, Ertuğrul, "Uzlaştırma ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumlarının Masumiyet Karinesi Bağlamında Değerlendirilmesi", İKÜHFD 2018, S.1, s.197, 210.

⁵⁴ ÜNAL, s.210.

⁵⁵ İNCEOĞLU/BAŞ SÜZEL/AYTEKİN İNCEOĞLU, s.186.

⁵⁶ KELLER / SCHOEBI, s.143.

genel geçer bir anlayışla bu sonuca ulaşmak mümkün olmamalıdır. Bir kere takipsizlik kararı şikâyete tabi suçlarda şikâyetin bulunmaması veya şikâyet süresinin geçmiş olması nedeniyle verilmişse, artık hukuk hâkimini hiçbir şekilde bu kararla bağlı tutmamak gerekir. Bu ihtimalde hukuk hâkimi, işlemin veya eylemin cezalandırılabilir nitelikte olup olmadığını kendisi araştırmalıdır⁵⁷.

Türk hukukundaki baskın eğilim ise takipsizlik kararlarının hukuk hâkimini hiçbir şekilde bağlamaması yönündedir⁵⁸. Öğretide yalnızca **Aras**, suçun hiç işlenmemesine, suç konusu eylemin gerçekleşmemesine veya suçun başka bir kimse tarafından işlendiğinin belirlenmesine dayalı takipsizlik kararlarını hukuk hâkiminin görmezden gelemeyeceğini belirtmektedir. Ancak yazar bu ihtimallerde dahi hukuk hâkiminin takipsizlik kararıyla bağlı olmadığını, takipsizlik kararından farklı bir sonuca ulaşması durumunda bunu gerekçelendirmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁵⁹. Yine yazara göre, takipsizlik kararları, hukuk hâkiminin uzamış zamanaşımı süresini uygulamasına da engel olmamalı, bu karara rağmen eylemin cezayı gerektirip gerektirmediğini kendisi araştırmalıdır⁶⁰.

Kanımızca hukuk hâkimlerinin, suçun şüpheli tarafından işlenmediği ya da ortada suç teşkil eden bir eylemin bulunmadığı yönündeki takipsizlik kararlarıyla ilgili olarak ayrıca bir inceleme yapması gereksizdir. Her ne kadar kendilerinin bir mahkeme kararı niteliği teşkil etmeyen takipsizlik kararları ile bağlı olması düşünülemese de savcı tarafından eylemin suç olup olmadığının tetkikinin daha nitelikli yapılacağında şüphe yoktur. Buna karşılık suçtan zarar gören kişi, takipsizlik kararına karşı sulh ceza hâkimliğine itiraz eder ve ceza hâkimi kamu

⁵⁷ STUDER, Art.760, No.35

⁵⁸ TANDOĞAN, s.363; BELGİN GÜNEŞ, s.103; KAPANCI, s.545; SEROZAN/ÖZ/ACAR/GÖKYAYLA/DEVELİOĞLU (ÇELİK), s.550, No.43. Yargıtay da bir kararında (11. HD, 20.11.2009, E. 9874 /K. 12146) bu yönde görüş bildirmiştir. Bu kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "Eylemin suç oluşturduğu iddiası ile C.Savcılığına şikâyette bulunulmuştur. Takipsizlik kararı verilmiş olsa bile, işbu eylem için ceza zamanaşımını uygulanır." (ERİŞ, C.III, s.2862).

⁵⁹ ARAS, Bahattin, Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Ankara 2014, s.343.

⁶⁰ ARAS, s.344.

davasının açılması için yeterli neden bulamazsa, istem gerekçeli olarak reddedilir ve takipsizlik kararı kesinleşir (CMK 173). Bu takdirde artık hukuk hâkiminin, suçun şüpheli tarafından işlenmediği ya da ortada suç teşkil eden bir eylemin bulunmadığı yönündeki takipsizlik kararıyla bağlı olması, dolayısıyla uzamış zamanaşımı süresini dikkate almaması gerekir.

Peki takipsizlik kararı, şikâyet süresinin geçmesi nedeniyle alınmışsa hukuk hâkiminin “istisna” olarak ceza hâkimi rolüne soyunması ve eylemin suç teşkil edip etmediği konusunu araştırması mümkün olacak mıdır?

Öğretide bir görüşe göre, hukuk hâkiminin böyle bir tutuma yönelmesi masumiyet karinesine aykırılık teşkil edeceğinden hiçbir şekilde kabul edilemez⁶¹. Kanımızca, şikâyet süresinin geçmesi ve CMK 40/I kapsamında⁶² eski hale getirme imkânının da söz konusu olmaması durumunda, artık failin bu eylemden ötürü cezalandırılması ve “suçlu” olarak kabul görmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu ihtimalde, hukuk hâkiminin edinmiş olduğu hukuk nosyonuna yaslanarak eylemin suç teşkil edip etmediğini incelemesi, masumiyet karinesini zedelemeyecektir. Zira bu aşamada yapılacak olan inceleme, teorik bir çaba olmanın dışında herhangi bir anlam, özellikle suç isnadı teşkil etmeyecektir. Buna karşılık yukarıda temas edilen görüşün vardığı nihai sonuca, başka gerekçelerle de olsa katılmamak elde değildir. Her şeyden önce medeni ve ceza yargılamasına konu olan ve ortak payda teşkil eden eylemi bir bütün olarak düşünmek ve ihmal göstermek suretiyle hem şikâyet süresini hem de TTK 560'taki iki ve beş yıllık süreyi kaçırarak mağduru da tazminat davası aracılığıyla ödüllendirmemek gerekir. Kaldı ki ısrarla vurguladığımız üzere TTK 560'yı ratio legis bağlamında yorumlayarak hukuk hâkimini ceza hâkimi rolüne soyundurmak yerine, -kesinleşen ceza mahkemesi kararlarını referans olarak almasını sağlarsak bu sonuca ulaşmamız kaçınılmaz olacaktır.

⁶¹ İNCEOĞLU/BAŞ SÜZEL/AYTEKİN İNCEOĞLU, s.189.

⁶² CMK 40/I: “Kusuru olmaksızın bir süreyi geçirmiş olan kişi, eski hale getirme isteminde bulunabilir.”

Ancak henüz şikâyet süresi geçmemişse, artık mağdurun şikâyetinde bulunması için dosyanın bekletici mesele yapılması bir zorunluluk teşkil etmelidir. Böylelikle mağdura dolaylı olarak şikâyetinde bulunma külfeti yüklenmiş olur. Soruşturmadan takipsizlik kararı çıkar ve bu karar kesinleşirse hukuk hâkimi bununla bağlı olur ve elindeki uyuşmazlığa uzamış zamanaşımı süresini uygulayamaz.

V. ZAMANAŞIMININ BAŞLAMASI, DURMASI VE KESİLMESİNİN UZAMIŞ ZAMANAŞIMI SÜRESİNE ETKİSİ

A. Ön Açıklamalar

Hukuk davalarında, pek tabii yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu davalarında, uzamış zamanaşımı süresinin uygulanabilmesi için - mümkün merteye kesinleşmiş- bir ceza soruşturması / kovuşturması kararına ihtiyaç duyulması gerektiğini belirttik. Buna karşılık, yönetim kurulu üyesi hakkında açılan ceza soruşturmasının / kovuşturmasının sonuçlanması, tazminat talebine ilişkin sürenin hesaplanması noktasında olumlu ya da olumsuz bir farklılık yaratmayacaktır. Gerçekten de yönetim kurulu üyesi aleyhine, söz gelimi güveni kötüye kullanma suçu nedeniyle kamu davası açılır ve suçun işlendiği tarihten üç yıl sonra üye aleyhine mahkûmiyet kararı verilirse, bu karar, suç için öngörülen sekiz yıllık dava zamanaşımı üzerinde bir etki doğurmaz⁶³. Diğer bir deyişle, ceza takibatı nihayete erdikten sonra, eylem tarihinden itibaren sekiz yıllık süre dolana kadar yönetim kurulu üyesi aleyhine tazminat davası açılabilir. Burada ceza hukukunda öngörülen dava (uzamış) zamanaşımı süresinin hem iki yıllık hem de beş yıllık süre bakımından etki doğurduğu hususunu tekrara düşmek pahasına yeniden hatırlatalım⁶⁴.

B. Zamanaşımının Başlaması Bakımından

TCK 66/VI'da zamanaşımının ne zaman işlemeye başlayacağı belirtilmiştir. Bu hüküm gereğince zamanaşımı, tamamlanmış olan suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlar. TTK 560'da da uzun zamanaşımı olan beş yıllık süre de aynı şekilde

⁶³ ERDEM, s.140-141.

⁶⁴ OR 2020 revizyonundan sonra aynı yönde VERDE, s.176; KAŞAK/GANBARİ, s.98.

fiilin meydana geldiği tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır. Şu hâlde hem TTK hem de TCK bakımından uzun / uzamış zamanaşımı süresinin başladığı an bakımından teoride bir farklılık bulunmamaktadır⁶⁵.

Kısa zamanaşımı süresi ise sorumlunun ve zararın öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlamaktadır. Ancak bilindiği gibi eylemin suç teşkil ettiği sabit olursa uzamış zamanaşımı, kısa zamanaşımı süresinin de yerine geçer. Bu ihtimalde uzamış zamanaşımının başlaması noktasında, artık kısa zamanaşımında olduğu gibi sorumluyu öğrenme anı değil, fiilin gerçekleştiği an referans noktası olarak alınır⁶⁶. Aksi kabul, yani öğrenme anından itibaren bu süreyi işletmek kanunun amacıyla örtüşmez. Çünkü ceza dava zamanaşımı süresi eylem tarihinden itibaren işlemeye başlayacağından, pekâlâ bu süre geçtikten sonra tazminat yükümlüsü ile zararın öğrenilmesi mümkün olabilir. Öğrenme anını referans almak, yani bu ihtimalde dahi tazminat davasına imkân tanımak, TTK 560'ın amacına aykırı olacağı gibi, ceza dava zamanaşımı süresi geçtiğinden eylemin suç teşkil edip etmediğinin tespiti de mümkün olamayacaktır. Netice itibariyle, kısa zamanaşımı yerine geçen uzamış zamanaşımı süresinin başlangıcında da fiilin gerçekleştiği anı esas almak bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁷.

⁶⁵ KARACABEY, s.87. Sürenin başlamasında ceza hukuku kurallarının dikkate alınması gerektiği hususunda MUELLER, Art.60, No.40; PETEK, s.129-30.

⁶⁶ Haksız fiiller özelinde KILIÇOĞLU, AÜHFD 1973, S.29, s.216; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.77.

⁶⁷ Yargıtay da bir kararında (4. HD, 16.09.2019, E. 2019/2088, K. 2019/3927) bu noktaya dikkat çekmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir: “... Öte yandan Ceza Kanunu’nda öngörülen uzamış zamanaşımı süresi herhâlde olay tarihinden itibaren işlemeye başlar; sürenin işlemeye başlaması için zarar görenin zararı ve onun failini öğrenmesi koşulu aranmaz. Somut olaya gelince; hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan davalı hakkında açılan ceza davasında beraatine karar verildiği ve işbu kararın temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır. Hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu olay tarihinde yürürlükte bulunan 5237 Sayılı TCK’nun 155/2. maddesi kapsamındadır ve dava zamanaşımı süresi 5237 Sayılı TCK’nun 66/d maddesi gereğince 15 yıldır. Davaya konu eylem 12/06/2006 tarihinde meydana gelmiş, temyize konu eldeki dava ise 07/01/2016 tarihinde açılmıştır. Buna göre, eylem için öngörülen uzamış ceza zamanaşımı süresinin 15 yıl olduğu dikkate alındığında, dava tarihi olan 07/01/2016 tarihinde zamanaşımı süresinin dolmadığı anlaşılmaktadır. Şu halde mahkemece, işin esasının incelenip varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmektedir.” (Kazancı, 20.07.2020).

C. Zamanaşımı Süresinin Durması ve Kesilmesi Bakımından

TTK'da özel olarak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresi düzenlenmiş olmasına karşın zamanaşımının durma ve kesilme hallerine değinilmemiştir. Bu bağlamda, TTK 1 kuralından hareketle özel hukukun akraba normlarıyla olan bağlantıyı kurmak gerekir. TTK 1'de, Türk Ticaret Kanunu'nun, Türk Medeni Kanunu'nun ayrılmaz parçası olduğu ifade edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun, Türk Medeni Kanunu'nun tamamlayıcısı olması (TBK 646) ve Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin, niteliğine uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanması (TMK 5) dikkate alındığında, özel hukuk triosu (TTK 1 /TBK 646 / TMK 5) şeklinde ifade edebileceğimiz üç temel yasa arasındaki doğal irtibat, sorunun çözümü noktasında önemli bir referans noktası teşkil eder.

TBK'ya göre, alacaklı ve borçlu bakımından yakın ilişkilerin varlığı, alacağın arz ettiği özel durumlar ve aynı zamanda alacağın takip ve dava edilmesinin objektif bazı nedenlerle olanaklı olmaması, zamanaşımının durmasına sebep olur⁶⁸. Zamanaşımını durduran haller, TBK 153'te yedi bent halinde sayılmıştır. Bu sebeplerinden biri gerçekleşmiş ve hâlihazırda işleyen bir zamanaşımı bulunuyorsa, o zamana kadar işleyen zamanaşımı süresi varlığını korur. Durma sebebinin ortadan kalkmasıyla birlikte, zamanaşımı kaldığı yerden işlemeye devam eder.

Zamanaşımını kesen haller ise TBK 154'te sayılmıştır. Zamanaşımının kesilmesiyle o ana kadar işlemiş zamanaşımı süresi ortadan kalkar ve yeni bir süre işlemeye başlar⁶⁹. Kesilme hallerinden bir kısmı borçlunun bir kısmıysa alacaklının eylemleriyle meydana gelmektedir. Ayrıca kesilmeler bakımından, azami bir zamanaşımı süresi de bulunmaz; yani zamanaşımı süresi zincirleme bir şekilde sürekli kesintiye uğrayabilir. Yine kesilme, zarar görenin veya sorumlu üyenin davranışıyla gerçekleşebilir⁷⁰.

Çalışma özelinde mesele irdelendiğinde, yönetim kurulu üyeleri için geçerli olan uzamış zamanaşımı süresinin durma ve kesilme halleri

⁶⁸ ERDEM, s.235.

⁶⁹ ERDEM, s.327; STUDER, Art.760, No.25.

⁷⁰ STUDER, Art.760, No.25.

bakımından TBK'daki mi yoksa TCK'daki düzenlemenin mi referans alınacağı sorusu akıllara gelmektedir.

Doktrinde savunulan ağırlıklı görüşe göre, ceza hukukundaki uzamış zamanaşımı kuralı yalnızca “süre” ile sınırlı olarak uygulanmalıdır. Bu itibarla, zamanaşımının durması ve kesilmesi bakımından TBK'da öngörülen özellikli hallerin dikkate alınması gerekir⁷¹.

⁷¹ ŞENER, Ortaklıklar, s.429; KARACABEY, s.87; ERDEM, s.147; KARAHASAN, s.599; MUELLER, Art.60, No.37; BECKER, Hermann, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, I. Abt., Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Bern 1945, Art.60, No.1; BREHM, Art.60, No.92; KILIÇOĞLU, s.508; KILIÇOĞLU, AÜHFD 1973, S.29, s.216. PETEK'e göre, Türk hukukunda mağdura ceza davası sürecini başlatması için ayrıca bir külfet yüklenmediğinden, uzamış zamanaşımı süresinin durması veya kesilmesi konusunda TBK'da düzenlenen kuralları dikkate almak gerekir (s.130). Buna karşılık aksi yöndeki azınlık görüşe göre, ceza hukukunda öngörülen zamanaşımının durması ve kesilmesine ilişkin esaslar özel hukuka ilişkin talepler bakımından da uygulama alanı bulur (von BUEREN, s.426).

Yeri gelmişken belirtelim ki uygulamada sıklıkla bu temeldeki tazminat davaları ilk etapta pilot dava olarak açılmakta, bilirkişi raporundan sonra ıslahla talep konusu artırılmaktadır. Ağırlıklı görüşten hareketle, TBK 154 dikkate alındığında, dava açılmakla birlikte talep konusu miktarla sınırlı olarak zamanaşımı kesilmiş olur. Islah gündeme geldiğinde, bu kez artan tutar için ıslah tarihiyle birlikte zamanaşımı kesilmiş sayılır ve eylem tarihi ile ıslah tarihi arasındaki süre baz alınarak bilahare zamanaşımı hesabı yapılır. İşte bu ihtimalde uzamış zamanaşımı önemli fonksiyon gösterir ve ıslahtan sonra artan miktar çoğu kez zamanaşımı engeline takılmaz. Yargıtay da bir kararında (21. HD, 08.10.2019, E. 2009/1084, K. 2019/5930) TBK'ya tabi bir iş kazası özelinde bu hususa dikkat çekmiştir (Kazancı, 29.07.2020).

Ancak kimi zaman aksi sonuçla da karşılaşılabilir ve uzamış zamanaşımı süresi zarara uğrayanları kurtaramayabilir. Nitekim bir trafik kazası özelinde Yargıtay'ın bu hususta vermiş olduğu dikkat çekicidir. Bu karar şöyledir: “... Açıklanan ilkeler ışığında somut olaya bakıldığında; davaya konu trafik kazası sonucu davacı, vücudunda kemik kırığı oluşacak biçimde yaralanmıştır. Davacı taraf, 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleleri Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde açtığı davada, fazlaya ilişkin haklarını saklı tuttuğunu belirterek, kısmi dava şeklinde davasını açmış; daha sonra alınan bilirkişi raporuyla saptanan miktara göre, davacı için talep edilen maddi tazminat miktarını artırmıştır. Davacı tarafın ıslah yoluyla, talep edilen maddi tazminat miktarını artırdığı tarih 12.05.2015 olup, davalı vekili tarafından, yasal sürede ıslah edilen kısma ilişkin olarak, zamanaşımı def'inin ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu durumda mahkemece; 10.09.2004 tarihinde meydana gelen kaza nedeniyle, ceza zamanaşımı süresinin dolmasından sonra ıslah ile talep miktarının artırıldığı; davalı vekilinin ıslaha karşı zamanaşımı def'ini ileri sürmesinin, yerleşik Yargıtay uygulamaları ile kabul gördüğü; davalı vekili tarafından yasal sürede zamanaşımı def'inin ileri sürüldüğü gözetilerek; maddi tazminatın ıslah yoluyla artırılan

Bunun dışında zamanaşımının kesilmesinden sonra, hukuk zamanaşımı süresinin mi yoksa ceza dava (uzamış) zamanaşımı süresinin mi işlemeye başlayacağı sorusu da akıllara gelebilir. İsviçre hukukunda, Federal Mahkeme kararları da dikkate alınarak bu konuda ikili bir ayrıma gidilmektedir. Buna göre, uzamış zamanaşımı süresi dolmadan, zamanaşımını kesen hallerden biri gerçekleşirse, yeni başlayacak süre uzamış zamanaşımı süresi olur. Buradan hareketle, TTK 560 kapsamındaki uzamış zamanaşımı süresi “ana süre” sayılacağından, zamanaşımının kesilmesi halinde sürenin yarı oranında uzayacağını belirten TCK 67/IV kuralını dikkate almamak gerekir⁷².

Buna karşılık uzamış zamanaşımı süresi geçtikten sonra, zamanaşımını kesen bir neden gerçekleşirse, işleyecek olan yeni süre, hukuk zamanaşımı süresi olacaktır⁷³. Ancak belirtelim ki, Türk hukukunda bu ihtimalin gündeme gelmesi mümkün değildir. Zira bizdeki en kısa ceza dava (uzamış) zamanaşımı süresi sekiz yıl olup, bunun TTK 560’daki beş yıllık uzun zamanaşımı süresinden daha uzun olduğu ortadadır. Dolayısıyla hukukumuzda ceza zamanaşımı süresinin geçmesi demek, aslında talep hakkının zamanaşımına uğraması demektir. Diğer taraftan mehz hukukta uzun zamanaşımı süresi on yıl olarak kararlaştırıldığından (OR 760), ceza dava zamanaşımı süresi geçmesine rağmen, hukuk zamanaşımı süresi henüz geçmemiş olabilir. İşte bu gibi hallerde zamanaşımının kesilmesi durumunda işleyecek olan yeni sürenin hangisi olacağı tartışması bir anlam ifade edebilir ve yukarıdaki gibi bir ayrıma gidilebilir.

VI. UZAMIŞ ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN UYGULANMASI BAKIMINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN DİĞER BAZI DURUMLAR

A. Yönetim Kurulu Üyesinin Ölmesi

Zamanaşımının uygulanması bakımından özellik arz eden durumların başında, suç teşkil eden eylemi işleyen yönetim kurulu üyesinin

kısmı için zamanaşımı nedeniyle red karar verilmesi gerekirken; yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.” (Kazancı, Son Erişim: 29.07.2020).

⁷² POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU (ÇAMOĞLU), s.407, No.613.

⁷³ MUELLER, Art.60, No.37.

ölmesi halinde ceza hukukundaki uzamış zamanaşımının mirasçılar bakımından uygulanıp uygulanmayacağı meselesi gelir. Bu hususta doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre, hükmün amacından hareket edildiğinde, uzamış zamanaşımı süresini mirasçılara uygulamamak gerekir. Zira bilindiği gibi uzamış zamanaşımının getirilme amacı, bir kimsenin ceza alabileceği bir fiilden sorumluluğunun devam etmesine karşın, bu fiil sonucu ortaya çıkan tazminat taleplerinden sorumlu tutulmamasının adaletsiz bir durum yaratacağıydı. Ancak kanun koyucunun bu amacı mirasçılar bakımından ortadan kalkmakta ve anlamını yitirmektedir. Ayrıca yine bu görüş savunucularının iddiasına göre, uzamış zamanaşımının uygulanabilmesinin şartı failin cezaya çarptırılması değil, eylemin cezalandırılabilir nitelikte olmasıdır⁷⁴.

Buna karşılık diğer görüşe göre uzamış zamanaşımı süresinin mirasçılara uygulanmaması haksızlıklara neden olabilir. En basitinden bu kabul, halefiyet ilkesine aykırılık teşkil edecek şekilde mirasçının hukuki durumunun, miras bırakandan daha iyi hale gelmesine neden olur⁷⁵. İkinci olarak miras bırakanın aniden ölmesi, zarar görenin uzamış zamanaşımından yararlanamamasına neden olur ve bu da onun mağduriyetini katlar⁷⁶.

Yine doktrindeki diğer bir görüş, farklı bir gerekçeden hareketle uzamış zamanaşımının mirasçılar bakımından da uygulanması gerekti-

⁷⁴ Haksız fiiller özelinde von TUHR/PETER, s.439; von TUHR (Çev. Cevat EDEGE), s.388; KILIÇOĞLU, AÜHFD 1973, S.29, s.214-215; PETEK, s.125.

⁷⁵ BUERGI/ NORDMANN-ZIMMERMANN, Art.760, No.26; SPIRO, Karl, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bern 1975. s.207-208; benzer yönde ERDEM, s.145; KARAHASAN, s.613; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.79; GÜRKANLAR, Metin, Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu, Ankara 1982, s.122; BECKER, Art.60, No.4; BREHM, Art.60, No.96. Herhangi bir gerekçe ileri sürmeden ceza hukukunda öngörülen zamanaşımının mirasçılara da uygulanabileceği konusunda DÄPPEN, Art.60, No.11; RIHM/KÄNZIG, Art.760, No.19; STUDER, Art.760, No.34; TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Halûk / ALTOP, Atilâ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993. s.726; SEROZAN/ÖZ/ACAR/GÖKYAYLA/DEVELİOĞLU (ÇELİK), s.551, No.4; KILIÇOĞLU, s.506.

⁷⁶ BREHM, Art.60, No.96.

ğini kabul etmektedir. Buna göre, -hukuk hâkiminin dikkate aldığı- uzamış zamanaşımı, mirasçıların ceza sorumluluğuyla ilgili olmayıp tamamen onların malvarlıklarına yöneliktir. Bu bağlamda, uzamış zamanaşımının mirasçılar bakımından uygulanmayacağını kabul etmek, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık teşkil eder⁷⁷.

TTK 560'ın ikizi olan TBK 72 kapsamında zikredilen tüm bu görüşlerin dayandıkları temel argümanlar dışında, kanımızca asıl önem arz eden temel nokta, ölen yönetim kurulu üyesinin suçlu olduğuna ilişkin kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararının bulunup bulunmadığıdır. Eğer böyle bir karar söz konusu değilse, sanığın ölümüyle birlikte ceza davası düşeceğinden artık mirasçılar için de uzamış zamanaşımı süresinin uygulanamaması gerekir. Zira masumiyet karinesi buna engel olur⁷⁸. Buna karşılık sanık hakkında bir mahkûmiyet kararı söz konusuysa, mirasçıları mahkûmiyete neden olan haksız eylemden de sorumlu tutmak adil bir tutum olur.

B. Yönetim Kurulu Üyesinin Tüzel Kişi Olması

Anonim ortaklıklarda gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de yönetim kurulu üyesi olarak atanabilirler. Bu hususa ilişkin düzenleme getiren TTK 359/II'ye göre, tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak atanması durumunda tüzel kişiyle birlikte tüzel kişi adına onun tarafından belirlenen sadece bir gerçek kişinin de tescil ve ilan edileceği belirtilmiştir.

Tüzel kişi sıfatına sahip olan yönetim kurulu üyesi hakkında uzamış zamanaşımı süresinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, tüzel kişilere karşı uzamış zamanaşımının uygulanması olanaklı değildir⁷⁹. Buna karşılık diğer gö-

⁷⁷ ERDEM, s.145. Ayrıca yazar aynı yerde, diğer görüşün, yani uzamış zamanaşımının mirasçılar için uygulanmayacağı görüşünün kabul edilmesi halinde, en azından nispi (kısa) ve mutlak (uzun) zamanaşımı sürelerinin failin ölümüyle birlikte başlaması gerektiğinin altını çizmektedir.

⁷⁸ İNCEOĞLU/BAŞ SÜZEL/AYTEKİN İNCEOĞLU, s.187.

⁷⁹ KARAHASAN, s.603; von BUEREN, s.427; BECKER, Art.60, No.4. Bu son yazar aynı yerde, tek kişilik ortaklıklarda pay sahibinin aynı zamanda şirketin yönetimini gerçekleştiren kişi olması durumunda ceza hukukunda öngörülen dava zamanaşımının tüzel kişilik bakımından da uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.

rüşe göre, uzamış zamanaşımının, filleriyle şirkete zarar veren tüzel kişi yönetim kurulu üyeleri bakımından da uygulanması gerekir⁸⁰.

Kanımızca, uzamış zamanaşımının yönetim kurulu üyesi sıfatına sahip tüzel kişiler bakımından uygulanması isabetli olur. Zira aksi kabulden yola çıkıldığında, gerçek kişi yönetim kurulu üyesi ile yönetim kurulu üyesi sıfatını haiz tüzel kişinin belirlediği gerçek kişinin ceza yaptırımını gerektiren bir fiili beraber işlemleri durumunda, gerçek kişi yönetim kurulu üyesinin zarardan sorumlu olduğu süreyle, tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin sorumlu olduğu süre birbirinden farklı olacaktır⁸¹. Hâlbuki her iki yönetim kurulu üyesi aynı hukuk normunu ihlal edip, zarara beraber sebebiyet vermiş durumdadırlar. Diğer taraftan tüzel kişinin organının eylemlerinin tüzel kişiye izafe edilmesi de uzamış zamanaşımının tüzel kişi yönetim kurulu üyesine uygulanmasını zorunlu kılmaktadır⁸².

C. Yönetim Kurulunun Birden Fazla Üyeden Oluşması

Yönetim kurulunun birden fazla kişiden oluşması durumunda, zarara sebebiyet veren üyelerin müteselsil sorumluluğundan söz edilir. Birden çok kişinin görev yaptığı yönetim kurulunda üyelerden birinin eylemi muhtelif kanunlarda düzenlenen ceza normlarıyla yaptırma bağlanmışken, diğer yönetim kurulu üye veya üyelerinin eylemleri hukuki sorumluluk doğursa bile bu eylemler ceza normuyla yaptırma bağlanmamış olabilir. Gerçekten de yönetim kurulu üyelerinden biri güveni kötüye kullanma eylemini işlediğinden sorumlu tutulurken, diğer bir yönetim kurulu üyesi, gerekli gözetimi gerçekleştirmemiş olmasından dolayı sorumlu tutulabilir. Böyle bir durumda suç teşkil eden eyleme katılan üyenin hem cezai hem de hukuki sorumluluğu söz konusu olabileceken, gözetim görevini yerine getirmeyen üyenin sadece hukuki sorumluluğundan bahsedilebilecektir. Bu ihtimalde, eylemi suç teşkil eden yönetim kurulu üyesi bakımından uzamış zamanaşımı süresi uygulanırken, diğer yönetim kurulu üyesi veya üyeleri bakımından TTK

⁸⁰ SPIRO, s.209; DÄPPEN, Art.60, No.12; RIHM/KÄNZIG, Art.760, No.19; MUELLER, Art.60, No.42; BREHM, Art.60, No.98; ERDEM, s.144; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.725.

⁸¹ BUERGI/ NORDMANN-ZIMMERMANN, Art.760, No.27.

⁸² BREHM, Art.60, No.98; SPIRO, s.209.

560'da düzenlenen iki ve beş yıllık zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulur. Yoksa bu son kişi bakımından uzamış zamanaşımı süresi uygulanmaz⁸³.

Müteselsil sorumluluğun devreye girdiği hallerde, kendi payından fazla kısmı ödeyen yönetim kurulu üyesi, diğer üye / üyelere rücu edebilir. Rücu hakkı, başkasına ait bir borcu yerine getiren kişinin malvarlığında ortaya çıkan kaybı gidermeye yönelik bir taleptir⁸⁴. Bu noktada fiili suç teşkil eden ve uzamış zamanaşımı süresinde ödeme yapan yönetim kurulu üyesinin, fiili suç teşkil etmeyen üyeye bunu rücu edip edemeyeceği sorusu akla gelebilir. Zamanaşımının birlikte borçlulara etkisini düzenleyen TBK 155'de, müteselsil sorumlulardan biri için kesilen zamanaşımı süresinin, diğerleri için de kesilmiş sayılacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede TTK 560'da öngörülen iki veya beş yıllık süreler içinde üyelere birisi aleyhine sorumluluk davası açıldığında diğer üyeler açısından da zamanaşımı kesilmiş olur. Ancak uzamış zamanaşımının uygulandığı hallerde, fiili suç teşkil etmeyen yönetim kurulu üyesi için aynı sonucun kabul edilmesi olanaklı değildir. Bu kapsamda uzamış zamanaşımı süresi içinde ödeme yapan yönetim kurulu üyesi, eylemi suç teşkil etmeyen bir üyeye rücu ederse, zamanaşımı defiyle karşılaşabilir. Aksi düşüncenin kabulü, eylemi suç teşkil etmeyen yönetim kurulu üyesinin rücu edene karşı, asıl alacaklıya (şirkete) karşı olan sorumluluğundan daha ağır bir sorumluluk altına girmesi anlamına gelir. Oysa ki bilindiği üzere her bir müteselsil borçlu, asıl alacaklıya karşı hangi şartlar altında sorumluyorsa, rücu alacaklısına da karşı da aynı şartlarla sorumlu olmalıdır⁸⁵.

SONUÇ

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda zamanaşımı meselesinde kanun koyucunun iki kademeli sistemi belirlemesinin üstüne, bir üçüncü kademe olarak ceza dava zamanaşımını da buna eklememesi,

⁸³ RIHM/KÄNZIG, Art.760, No.18; GİRAY/AKTEPE, s.149; GÜRKANLAR, s.121.

⁸⁴ GÜRKANLAR, s.127.

⁸⁵ Genel olarak müteselsil sorumlulukta borçluların sorumluluğun bu yönüyle ilişkili olarak ERDEM, s.116-117.

hukuk hâkiminin takınması gerekeceği tavır konusunda bazı tartışmaları beraberinde getirmiştir.

Tartışmanın en can alıcı noktası, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunu gerektiren bir eylemin varlığı ve bunun aynı zamanda suç teşkil etme ihtimalinin bulunması durumunda, hukuk hâkiminin - özellikle cezai takibatın bulunmadığı hallerde- söz konusu eylemin suç teşkil edip etmediğini kendiliğinden incelemeye kalkışmasıdır. Yerleşik kanı, hukuk hâkimine bu ruhsatı vermektedir. Ancak bizim de dâhil olduğumuz karşıt tutum, TTK 560 (= TBK 72) kuralının amacından hareketle, hukuk hâkimine re'sen böyle bir yetki verilmediği tezini savunur. Bize göre, ancak eylemin aynı zamanda suç teşkil ettiği yolunda sabitlemiş bir ceza mahkemesi kararının varlığı söz konusuysa hukuk hâkimi, TTK 560 uyarınca uzamış zamanaşımını dikkate alabilmelidir. Yoksa hukuk hâkiminin doğrudan eylemin suç niteliğini araştırması yasa kapsamında gerekli değildir. Bu nedenle, böyle bir durumla karşılaşan hukuk hâkiminin meseleyi bekletici mesele yapması, eğer bekletilecek bir mesele yoksa -örneğin şikâyet süresi geçmişse- hukuk zamanaşımı süresini dikkate alması kaçınılmaz hale gelir.

Ancak ifade ettiğimiz gibi yerleşik görüşün tam tersi bir tutum takınması ve yargı kararlarının da ısrarla bu tutuma destek vermesi nedeniyle tartışma güncelliğini korumaktadır. Oysaki tüm bu tartışmaları boşa çıkarmak ve meseleyi belirsizliğe mahkûm etmemek oldukça basittir. Gerçekten de kanun koyucu, kısa ve uzun zamanaşımı süresini bir miktar artırmak (örneğin mehz OR 760'ta olduğu gibi beş- on yıl)⁸⁶ ve ceza zamanaşımını devre dışı bırakmak suretiyle bu tartışmaları tamamen rafa kaldırabilir. Ancak bugüne kadar böyle bir girişim mevcut değildir.

Temennimiz bir an önce kanun koyucu tarafından sorunun ele alınması ve yukarıda önerdiğimiz formülle meselenin çözümlenmesidir. Aksi halde de lege lata anlamında da TTK 560 kuralını amaca uygun bir şekilde yorumlamak ve eylemin suç teşkil ettiği yönünde kesinleşmiş bir

⁸⁶ Öğretide de kısa ve zamanaşımı sürelerinin mehz yasadaki seviyelere çıkarılması yönünde tavsiyeler dile getirilmiştir (DİNÇ, Serhan, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2018, s.179-180).

ceza mahkemesi kararı olmadığı sürece yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bahsinde uzamış zamanaşımı (ceza dava zamanaşımı) süresini dikkate almamak en doğru çözüm olacaktır.

KAYNAKLAR

- AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2016.
- ARAS, Bahattin, Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Ankara 2014.
- ARSLAN, A. İsmet, "Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi (III)", Yargıtay Dergisi, Temmuz 1980, C. 6, S.3 (s.507-528).
- BECKER, Hermann, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, I. Abt., Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Bern 1945.
- BELGİN GÜNEŞ, Derya, Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri, İstanbul 2019.
- BINDER, Andreas / ROBERTO, Vito, CHK- Handkommentar zum Schweizerischer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016.
- BOECKLİ, Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.
- BREHM, Roland, Das Obligationenrecht (Berner Kommentar), Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 4. Aufl., Bern 2013.
- BUERGI, Wolfard / NORDMANN-ZIMMERMANN, Ursula, Das Obligationenrecht (Zürcher Kommentar), 5. Teil: Die Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft, B. 3, Art. 739-771, Zürich 1979.
- ÇAMOĞLU, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2017.
- ÇAMOĞLU, Ersin, "Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerine Karşı Açılacak Mesuliyet Dâvalarında Zamanaşımı", Batider 1965, C. III (s.266-279).
- DÄPPEN, Robert K, Basler Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 5. Aufl, Basel 2011.
- DİNÇ, Serhan, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2018.
- DOĞANAY, İsmail, "Hukuk Hâkimi, Ceza Mahkemesinin Hangi Nevi Kararı ile Bağlıdır?", Yargıtay Dergisi 1975, C. I, S.2 (s.21-31).
- ERDEM, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010.
- ERDÖNMEZ, Güray, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, İstanbul 2017.
- ERİŞ, Gönen, Açıklamalı- İçtihatlı Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, Cilt: III (Madde 452-644), Ankara 2017.

- GİRAY, R. Eda / AKTEPE, Sezin, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı Süreleri”, İstTÜ SBD 2008, S.14 (s.137-156).
- GÜNTÜLÜ ALKAN, Ayça, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı”, BAUHFD 2016, C. 11, S.147-148 (s.119-140).
- GÜRKANLAR, Metin, Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu, Ankara 1982.
- HONSELL, Heinrich, “İsviçre Borçlar Kanunu / OR 2020’ye İlişkin Eleştirel Düşünceler” (Çev. Ümmühan Kaya), YBHD 2017, Yıl: 2, S.2 (s.190-197).
- İNCEOĞLU, M. Murat / BAŞ SÜZEL, Ece / AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman; “Haksız Fiil Zamanaşımı ve Suçsuzluk Karinesiyle İlişkisi”, BAUHFD 2016, C. 11, S.145-146 (s.149-209).
- KAPANCI, Berk, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi”, İnÜHFD 2016, C. 7, S.1 (s.511-552).
- KARAHASAN, Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku: Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2003.
- KAŞAK, Esra / GANBARİ, Muhammed Kiomers, “İsviçre Borçlar ve Ticaret Hukukunda Zamanaşımı Revizyonu”, AHBVÜHFD 2020, C. XXIV, S.1 (s.93-126).
- KELLER, Max / SCHOEBI, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel 1982.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi”, AÜHFD 1973, S.29 (s.185- 225).
- MUELLER Christoph, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Zürich 2012.
- NARTER, Sami, “Haksız Fiillerde Zamanaşımı ve Bedensel Zararlarda Zamanaşımın Başlangıcı Sorunu”, THD 2015, C. 10, S.109 (s.21-35).
- OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2017.
- PETEK, Hasan, “Sözleşmeden Kaynaklanan Tazminat Taleplerinde Ceza Davası Zamanaşımı”, BAUHFD 2017, C. 12, S.153-154 (s.105-137).

- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014 [Anılış: Poroy / Tekinalp / Çamoğlu (İlgili Kısımın Yazarı)].
- PULAŞLI, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara 2011.
- RIHM, Thomas / KÄNZIG, David, Orell Füssli Kommentar (OFK), Zurich 2016.
- SEROZAN, Rona / ÖZ, Turgut / ACAR, Faruk / GÖKYAYLA, K. Emre / DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat; İstanbul Şerhi- Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2018 [Anılış: Serozan / Öz / Acar / Gökyayla / Develioğlu (İlgili Kısımın Yazarı)].
- SPIRO, Karl, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, Bern 1975.
- STUDER, Christoph D., Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen (Hrsgb: Fischer, Willi / Luterbacher, Thierry), Zürich – St. Gallen 2016.
- ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2019. (Anılış: Ortaklıklar)
- ŞENER, Oruç Hami, Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2020, s. 170-171
- TANDOĞAN, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010.
- TANDOĞAN, Haluk, "Anonim Şirket İdare Meclisi Âzalarına Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarının Müruruzamanı Hakkında Bazı Düşünceler", Batider 1965, C. III (s.122-126).
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Halûk / ALTOP, Atillâ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- ÜNAL, Ertuğrul, "Uzlaştırma ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumlarının Masumiyet Karinesi Bağlamında Değerlendirilmesi", İKÜHFD 2018, S.1 (s.195- 216).
- VERDE, Michel, "Neues Jahrzehnt- neues Verjährungsrecht ", AJP 2020, s.171-186).
- VON BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- VON TUHR, Andreas, Borçlar Hukuku 1-2, Ankara 1983 (Çev. Cevat EDEGE).
- VON TUHR Andreas / PETER Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979.

YAVUZ, Nihat, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt 1, Madde 1-338, Ankara 2013.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, "Türk Borçlar Kanunu m. 72 ve m. 74 Bakımından Ceza Hukukunda Ceza Sorumluluğunun Esası ve Dava Zamanaşımı Kavramlarına Kısa Bir Bakış", Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, C. II, İstanbul 2012 (s.28 – 36).



İPTAL DAVASINDA “MENFAAT İHLALİ” KOŞULU VE MENFAAT KAVRAMININ YORUMLANMASI

Arş. Gör. Burcu ERDİNÇ*

Öz

Menfaat ihlali, iptal davasına özgü bir ehliyet şartıdır. Hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinin en mühim araçlarından olan iptal davasının subjektif ehliyet koşulunu ifade etmektedir. Yargı kararlarına göre, menfaat ihlalinin gerçekleşebilmesi için, söz konusu menfaatin meşru, güncel ve kişisel olması gerekir. Diğer iki niteliğe göre subjektif olan kişisel olma niteliği, yargı kararlarında menfaat ihlali kavramının kapsamını farklılaştırmakta ve belirli menfaat sùjelerinin ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde hukuk devleti ve iptal davası kavramları incelenmektedir. İkinci bölümünde ise, menfaat kavramının hak kavramı ile karşılaştırması yapılmakta ve yargı içtihatlarıyla belirlenen nitelikleri ortaya konulmaktadır. Özellikle kişisel olma niteliğine göre yargı kararlarıyla ortaya konan menfaat sùjeleri ve grupları incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Menfaat • Hukuk Devleti İlkesi • İptal Davası • Menfaatin Kişisel Olması • Menfaat Sùjeleri ve Grupları

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

✉ burcu.erdinc@inonu.edu.tr • ORCID 0000-0003-4103-0321

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ERDİNÇ Burcu, “İptal Davasında Menfaat İhlali Koşulu ve Menfaat Kavramının Yorumlanması”, *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 1079-1125.

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

THE CONDITION OF “INFRINGEMENT OF INTERESTS” IN THE ANNULMENT SUIT AND INTERPRETATION OF THE CONCEPT OF INTEREST

Abstract

Infringement of interests are competence stipulations unique to the annulment suit. The annulment suit, which is one of the most important vehicles in the realization of the principle of the legal state, expresses the subjective competence stipulation. According to court decisions, the subject interest must be legal, current and personal to realize the infringement of interests. According to the other two attributes, the attribute of being personal, which is subjective, undergoes a change in scope of the infringement of interests in the court decisions and paves the way for the emergence of specific interest subjects. The legal state and the annulment suits are examined in the first section of study. Whereas, in the second section, a comparison is made between interest and right and its attributes are set forth that determine the judicial precedents. Especially, the interest subjects and groups are examined according to the attribute of being personal.

Key Words

Interest • Principle of Legal State • Annulment Suit • Personal Interest • Interest Subjects and Groups

GİRİŞ

İdari rejimi benimseyen Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devletidir. Bu sebeple, idarece yapılan tüm eylem ve işlemlerin hukuka uygun olması gerekmektedir. Hukuka uygun olmayan işlem ve eylemlerin tespit edilebilmesi için denetlenebilir olmaları şarttır.

1982 Anayasası'nın 125. maddesi, hukuk devleti ilkesinin güvence hükümlerindedir. Maddede, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı, yargı yolunun açık olduğu ifade edilmiştir. Hukuk devleti ilkesinin güvencesi olan idarenin yargısal denetimi açısından değerlendirdiğimizde, iptal davası büyük önem arz etmektedir. Hukuka aykırı olduğu iddia edilen idari işleme karşı açılan iptal davasının uygulama alanı ne kadar geniş olursa, hukuk devleti ilkesi de o ölçüde güvence altında olur. İptal davasının sübjektif ehliyet şartı olan menfaat ihlalinin kapsamı, doğrudan kimlerin hangi durumlarda menfaat süjesi kabul edilebileceğiyle, dolaylı olarak ise hukuk devleti ilkesiyle ilişkilidir. Menfaat kavramı, kişilerin dava konusu işlemle aralarındaki ciddi ve makul bir

alakadan ibarettir. Tam yargı davalarında aranan kişisel hak ihlali gibi bir ehliyet şartı değildir. İptal davalarında daha esnek bir ehliyet şartının aranmış olması, kavramın hukuk devleti ilkesiyle sıkı ilişkisini ortaya koymaktadır.

II. İDARENİN DENETLENMESİ BAĞLAMINDA HUKUK DEVLETİ İLKESİ VE İPTAL DAVASI

A. HUKUK DEVLETİ İLKESİ

1. Tanımı

Hukuk devleti, devletin hukuk kurallarına göre yönetildiği; keyfi kurallara göre yönetilmediği devlet rejimini ifade etmektedir.¹ Bu rejimin temel özelliği, devletin faaliyetlerinde hukukla bağlı olmasıdır. Mülk devlet ve polis devletinin² aksine, hukuk devletinde esas olan kişilerin değil, hukukun üstünlüğüdür. Bu nedenle, idarenin tüm faaliyetlerinin hukuka uygun olması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında³ belirtildiği üzere, hukuk devleti, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı ve kanunların

¹ Hukuk devletine ilişkin detaylı bilgi için bkz. GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2013, s. 37 vd; ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2018, s. 87 vd; AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 75 vd; ŞENOL, Coşkun, “İptal Davalarında Menfaat İhlali Koşulu”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 5, Sayı 46, 2010, s. 139; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınları, 7. Baskı, 2019, s. 100 vd.

² Hukuk devleti öncesinde var olan Mülk devlet ve Polis devlet anlayışlarında hukukun üstünlüğü yerine farklı kavramlar esas alınmıştır. Mülk devlette insan hak sahibi bir birey olarak görülmediğinden, Hükümdar istediği gibi kişiler üzerinde de tasarrufta bulunabilmiştir. Hükümdarın uymak zorunda olduğu hukuk kurallarından bahsedilemez. Hükümdar sadece diğerlerinin uyacağı kuralları belirler. Polis devlet anlayışı, Mülk devlet anlayışından farklı olmakla birlikte, yine hükümdarın hiçbir hukuk kuralıyla bağlı olmadığı bir devlet anlayışını ifade etmektedir. Mülk devletten farkı, hükümdarın üstün yetkilerini kendi varlığından değil, temsil ettiği Devletten almasındadır. Mülk devlet ve Polis devlet, devleti yönetenlerin keyfi hareket ettikleri, kişi hak ve özgürlüklerinin önemsiz olduğu rejimlerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNDAY, s. 37 vd; ATAY, İdare, s. 91 vd; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, İdare, s. 75 vd.

³ “...tüm işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca gerçeklik koşulu bilen, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve öz-

üzerinde kanun koyucunun etki edemeyeceği temel hukuk ilkeleri, insan hakları ve Anayasa hükümlerinin olduğunu; idarenin her türlü işlem ve eyleminin hukuka uygun olması gerektiği gerçekliğini vurgulayan devlettir. Danıştay'ın, Anayasa Mahkemesi'ne atıf yaptığı tanımlamasına⁴ göre; Cumhuriyetin niteliklerinden olan hukuk devleti ilkesi, devletin işlevlerini yerine getirirken hukuk kurallarına bağlı olduğu ve vatandaşların hukuki güvenliğe sahip oldukları bir sistemdir. Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere, hukuk devleti, insan haklarına saygılı, insan haklarını koruyacak âdil bir hukuk düzeni kuran ve sürekliliğiyle kendisini yükümlü sayan ve nihayetinde bütün eylem ve işlemleri yargısal denetime tabi olan devlettir.⁵

Nihayetinde, hukuk devleti, devletin tüm organlarının işlem ve eylemlerini hukuk kurallarına uygun olarak yaptıkları, işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, kişiler bakımından hukuki güvenlik ve belirliliği sağlamayı amaçlayan, bu çerçevede insan onuru, adalet, eşitlik ideallerinin peşinde olan, evrensel hukuk ilkeleri, anayasa ve yasaların üstünlüğünü kabul eden, temel hak ve özgürlüklere saygılı, kuvvetler ayrılığını, mahkemelerin bağımsızlığını, idarenin kanuniliğini ve devletin işlem ve eylemlerinden sorumluluğunu esas alan devlettir.

gürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilincinden uzaklaşmayan devlettir." AYM'nin 06.07.1995 tarih ve E.1994/80, K.1995/27 sayılı kararı, RG. 02.02.1996-22542.

⁴ Danıştay İDDK'nın 26.06.2008 tarih ve E.2007/1724, K.2008/1706 sayılı kararı, (Sinerji).

⁵ "...bütün işlem ve eylemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu Anayasa'nın ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir." Danıştay İDDK'nın 19.04.2007 tarih ve E.2007/2988, K.2007/555 sayılı kararı, (Kazanıcı). Aynı yönde AYM'nin 29.11.2017 tarih ve E.2017/137, K.2017/161 sayılı kararı, RG. 19.12.2017-30725.

2. Hukuk Devleti İlkesinin Unsurları ve Özellikle İdarenin Yargısal Denetimi

Danıştay Genel Kurulu'nun 1978 tarihli kararında⁶ belirtildiği üzere, hukuk devleti, temel hakların güvenliği, kanunların genelliği ve Anayasaya uygunluklarının yargısal denetimi, idarenin hukuka bağlılığı (hukuki idare) ve yargısal denetimi, mahkeme ve hâkim bağımsızlığı, kuvvetler ayrılığı, demokratik rejim ile devletin (mali) sorumluluğu ilkelere dayanmaktadır. Yukarıdaki başlıkta yer verilen yargı kararlarıyla birlikte değerlendirildiğinde; hukuk devleti ilkesinin, temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve güvenceye alınması, kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, idarenin yargısal denetimi, kanuni idare ilkesi, kuvvetler ayrılığı ilkesi, demokrasi, adalet, insan hakları, hukuki güvenlik ve belirlilik, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı, idarenin mali sorumluluğu gibi unsurlardan oluştuğu görülmektedir.⁷

Hukuk devleti ilkesinin unsurlarından olan “*idarenin yargısal denetimi*”, idareyi hukuka aykırı ve keyfi davranışlardan kaçınmaya ve hukuk sınırları içinde hareket etmeye zorlar.⁸ Devlet hukuka uygun hareket ettikçe bireyler, üstün kamu gücü kullanan devlet karşısında kendilerini güvende hissederler. Bireylere bu hukuksal güvenceyi sağlamak, devletin en temel görevlerinden biridir. İdarenin faaliyetlerini yargısal denetim dışında tutmak, hukuksal güvence gereği mümkün değildir. İdarenin hukuka bağlılığı, hiyerarşi ve idari vesayetle sağlanan iç dene-

⁶ Danıştay Genel Kurulu'nun 28.12.1978 tarih ve E.1978/80, K.1978/76 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Yıl 1979, Sayı 34-35, s. 216.

⁷ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, hukuk devleti ilkesinin unsurlarını maddi ve şekli unsurlar olarak ikili bir ayırmada ele almıştır. Buna göre, hukuk devleti ilkesinin şekli unsurlarının maddi içeriğini ve hukuk devletinin maddi dayanaklarını oluşturan maddi unsurlar; insan onuru, adalet, eşitlik ve özgürlüktür. Devletin kendini sınırladığı hukuk kurallarını ve müesseseleri ifade eden şekli unsurlar ise demokrasi, temel hak ve hürriyetlerin tanınması ve güvence altına alınması, kuvvetler ayrılığı ilkesi, yargı organının bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı, hukuki belirlilik, yasama organının yargısal denetimi, yürütmenin yargısal denetimi, idarenin kanuniliği, devletin mali sorumluluğu ve hukuki güvenliktir. Bkz. AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, İdare, s. 79 vd.

⁸ GÜNDAY, s. 46; ATAY, İdare, s. 135 vd; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, İdare, s. 112.

tim, parlamento denetimi, kamuoyu denetimi gibi diğer denetimlerle sağlanabilirse de en etkili yöntem idarenin yargısal denetimidir.⁹ Danıştay'ın, yargısal denetimin önemini ifade ettiği bir kararına göre; hukuk devleti ilkesinin temeli, Devletin tüm organlarının faaliyetlerinin hukuk sınırları içerisinde olup olmadığının yargısal denetimine tabi tutulmasıdır. İdari yargının ya da anayasa yargısının denetimini önleyen her kural, kişileri hukuki güvenlikten yoksun bırakır ve hukuk devleti ilkesini ihlal eder.¹⁰

İdarenin yargısal denetimi, hukuk devletinin olmazsa olmaz bir unsurudur.¹¹ Ancak Anayasamızda bu kurala birtakım istisnalar getirildiği görülmektedir. Önce istisnasız bir kurala yer verilmiş, ardından kurala istisnalar getirilmiştir. Hukuk alanında neredeyse her kuralın bir istisnası olmakla birlikte, hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesini sağlayacak unsurlar bakımından istisnaların olmaması gerekir. Devletin iradesine bağlı her işlem yargısal denetime tabi olmalıdır. Çünkü idarenin yargısal denetiminin amacı, kişilerin hak ve özgürlüklerinin, idarenin hukuka aykırı faaliyetlerine karşı korunmasıdır.¹² Öte yandan idarenin yargısal denetimi hak arama hürriyetinin ve adil yargılanma hakkının bir gereğidir.¹³

İptal davasının konusunu oluşturan idari işlemler, idare adına irade açıklamaya yetkili makamlar tarafından yapılan, ilgilinin rızası gerekmeksizin hakkında hukuki sonuç doğuran icrai ve tek yanlı işlemlerdir.¹⁴ İşlemin tanımından anlaşılacağı üzere, işlemin yapılması sürecinde ilgililerin etkililiği söz konusu değildir. Bu nedenle işlem kendilerine

⁹ ŞENOL, s. 139.

¹⁰ Danıştay İDDK'nın 19.04.2007 tarih ve E.2007/2988, K.2007/555 sayılı kararı, (Kazancı).

¹¹ "...idari tasarrufların kazai murakabeye tabi tutulması, hukuka bağlı devlet prensibinin en mütebariz ve karakteristik vasfı icabındandır." Danıştay DDGK'nın 30.03.1950 tarih ve E.1949/320, K.1950/128 sayılı kararı için bkz. Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı 50-53, s. 118.

¹² GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 36.

¹³ ŞENOL, s. 140.

¹⁴ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, İdare, s. 326; GÜNDAY, s. 123 vd; DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2956, İstanbul, 1982, s. 385; YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 108.

tebliğ edildiğinde hukuka aykırı olduğunu düşünüyorlarsa, menfaati ihlal edilen ilgililer işlemi dava edebilirler. Çalışmamızın konusunu oluşturan menfaat kavramını geniş yorumladığımızda, idarenin yargısal denetimini uygulama alanını da genişletmiş oluruz. Bu nedenle menfaat kavramı, nihayetinde hukuk devleti ilkesine hizmet etmektedir.

İdarenin yargısal denetimine ilişkin ilk anayasal düzenleme, 1961 Anayasası’nda “*Yargı Denetimi*” başlığını taşıyan 114. maddedir. İdarenin hiçbir işlem ve eyleminin hiçbir durumda yargı mercii denetimi dışında bırakılmayacağını düzenlenmiştir. İdarenin yargısal denetimi bakımından hiçbir istisna öngörülmemiştir.¹⁵ 1982 Anayasası’nda ise, “*Yargı Yolu*” başlıklı 125. maddeyle, istisnalar öngörülerek, 114. maddeye göre daha esnek bir düzenlemeye yer verilmiştir.

125. maddeye göre, genel kural, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğudur. Ancak hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmeye yönelik bu kurala birtakım istisnalar getirilmiştir. YAŞ’ın terfi ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri (md. 125/2), HSK’nın meslekten çıkarma cezası hariç diğer kararları (md. 159/10) yargı denetimi dışında tutulmuştur.¹⁶ Öte yandan silahlı kuvvetler personeline uygulanan uyarma kınama ve hizmete kısmi süreli devam disiplin cezaları (md. 129/3, 6413 sayılı Kanun md. 43/1) ve spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararları ile bu kararlara karşı başvuru üzerine tahkim kurulu tarafından verilen kararlar (md. 59/3) da yargı denetimi dışındadır.¹⁷ Yargı yolu kapalı olan bu işlemler idarenin tek yanlı ve icrai işlemleridir. Dolayısıyla bu işlemler, ilgisinin rızası gerekmeksizin hukuki sonuçlar doğu-

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. KARAHANOGULLARI, Onur, “İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, *Mülkiye Dergisi*, Cilt 35, Sayı 270, 2011, s. 43-64.

¹⁶ Yasama kısıntısı olarak nitelendirilen bu haller ve yargı kısıntıları (hükümet tasarrufları), Kaya tarafından idarenin takdir yetkisinin mutlak olduğu haller olarak ifade edilmiştir. KAYA, Cemil, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 73 vd. Takdir yetkisi sınırsız bir yetki olmadığından mutlaklığından bahsetmek yerinde olmayacaktır. İdarenin takdir yetkisi hukuk kurallarının çizdiği çerçeve içerisinde kullanılmalıdır; kamu düzeni, kamu yararı ve kamu hizmeti gerekleriyle sınırlıdır. Aynı yönde Danıştay 5. Dairesi’nin 25.01.1995 tarihli ve E.1994/6864, K.1995/428 sayılı kararı, (Kazancı).

¹⁷ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, *İdare*, s. 112 vd.

rurlar. Kişiler hakkında iradeleri dışında sonuç doğuran bu işlemlerin yargı denetimi dışında tutulması, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

114. maddenin “*yargı yolunun kapatılamayacağına*” ilişkin hükmü karşısında, 125. maddenin “*yargı yolunun açık olduğuna*” ilişkin hükmü daha az korumacı gözükmekle birlikte, idarenin işlemlerine karşı yargı yolunun kapatılması her halükârda Anayasaya aykırılık oluşturacaktır. 125. madde, 2. maddede yer alan, Türkiye Cumhuriyeti’nin “*insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olma*” niteliğiyle birlikte yorumlandığında, idarenin yargısal denetimine ilişkin düzenleme “*yargı yolunun açık olduğu ve kapatılamayacağı*” şeklinde anlaşılmaktadır.

Söz konusu Anayasa hükümleri, yargı yetkisinin yasama organı tarafından kısıtlanmasını düzenlemektedir. Bu nedenle “*yasama kısıntısı*” olarak adlandırılmaktadır.¹⁸ Yargı organının yetkisi sadece yasama organı tarafından değil, bazen de yargı organının bizzat kendisi tarafından kısıtlanmaktadır. Bunlara “*yargı kısıntısı*” adı verilmektedir. Yargı kısıntısı, önceden herhangi bir düzenlemeye bağlanmayan konularda yasama organı ile çatışmamak ve diplomatik sahalarda yasama organını zor durumda bırakmamak amacıyla yargı organının denetimden kaçınmasını ifade etmektedir.¹⁹ Yargı kısıntısının bir diğer adı hükümet tasarrufudur. Hukuk devleti ilkesinin özellikli bir unsuru olan idarenin yargısal denetiminin uygulama alanı, yasama ve yargı kısıntıları sebebiyle daralmaktadır.²⁰

B. İPTAL DAVASI

1. Tanımı

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu md. 2’ye göre; iptal davaları, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarından en az birinin hukuka aykırı olduğundan dolayı iptal edilmeleri için, menfaatleri ihlal edilen kişiler tarafından açılabilen davalardır. Ülkemizde, ilk kez 1925 tarihli Şuray-ı Devlet Kanunu’nda açıkça yer bu-

¹⁸ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, İdare, s. 112 vd.

¹⁹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Yargı, s. 53 vd; ÇAĞLAYAN, İdare, s. 313 vd.

²⁰ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, İdare, s. 112 vd; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Yargı, s. 53 vd.

lan ve kararı veren makam dışında başka bir makamın onayına muhtaç olmadığı belirtilen iptal davası, 1961 Anayasası'nın 114. maddesiyle asıl anlamını kazanmıştır.²¹ Cumhuriyet'in ilanından sonra yapılan hukuki düzenlemelerde, idarenin yapmış olduğu işlemlerin denetiminin sadece bağımsız yargı organı tarafından yapılacağıyla başlayan hukuki güvence sağlamaya yönelik gelişmeler²², idarenin hiçbir işlemine karşı yargı yolunun kapatılmayacağı yönündeki bu hükümle devam etmiştir.

İptal davasının konusu, idarenin yaptığı idari işlemlerdir. Dava bakımından önem arz eden ve açıkça belirlenmesi gereken husus, işlemin kimliğidir.²³ Davaya konu olabilmesi için işlemin idarece yapılması, kesin ve yürütülebilir, icrai ve tek yanlı olması gerekir. İşlemin sahibi olan davalı idare, işlem kadar önem arz etmemektedir. Bu nedendir ki, dava dilekçesinde davalı idarenin hiç gösterilmemiş olması, hatalı gösterilmiş olması, eksik gösterilmesi veya uyuşmazlıkla hiç ilgisi bulunmayan idarenin/idarelerin gösterilmiş olması durumlarında yargı yeri davada doğru hasmı bulur, kimi zaman hasım çıkarma kararı verir ve böylece yargılamaya kaldığı yerden devam eder. Dilekçenin reddi sebebi sayılmaz (İYUK md. 15/1, c).

İptal davası, idari makamların ilgililer üzerinde hukuki sonuç doğuran tek yanlı irade açıklamalarının hukuka uygunluk denetimlerinin yapıldığı davadır. Hukuk devleti ilkesi gereği idarenin hukuka uygun hareket ettiği varsayılır. İdarenin yaptığı idari işlemler, idari yargı yerlerince hukuka aykırı oldukları tespit edilene kadar hukuka uygunluk karinesinden yararlanır. İptal davası, devletin, işlemlerini yaparken hukuka uygun hareket etmesi için etkili ve zorlayıcı bir güç oluşturmaktadır. Hukuk devleti ilkesinin güvencesi olduğundan, iptal davasını eşsiz

²¹ SEZGİNER, Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 24 vd; İptal davasının tarihsel gelişim sürecine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SEZGİNER, s. 21 vd; KARAHANOGULLARI, Onur, Türkiye'de İdari Yargı Tarihi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 37 vd.

²² Yargı kararlarını yürütmenin onayına tabi olmasını ifade eden tutuk adalet anlayışı, bu gelişme ile teoride aşılmıştır. Bkz. SEZGİNER, s. 21 vd; KARAHANOGULLARI, İdari Yargı Tarihi, s. 37 vd.

²³ İdari işlemin kimliğine ilişkin bilgi için bkz. ERKUT, Celal, İptal Davasının Konusu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, 1990.

bir dava olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır.²⁴ İdarenin hukuka aykırı işlemlerini ortadan kaldırılmasını sağlayacak başka bir dava söz konusu değildir.

İptal davası “*actio popularis*” nitelikli bir dava değildir. Herkesin bu davayı açma ehliyeti bulunmamaktadır. İYUK md. 2 gereği, iptal davalarına özgü olarak menfaat ihlali özel ehliyet şartı olarak belirlenmiştir.

2. Hukuk Devleti İlkesi Bakımından Önemi

İptal davası, idarenin yargısal denetimini sağlayan bir mekanizmadır. Hukuk devleti, temel ifadesiyle hukukla bağlı olan devlet demek olduğundan, ilke hukuka uygunluğu sağlayan iptal davası ile sıkı bir ilişki içerisinde. İdare tarafından yapılan hukuka aykırı işlemlerin hukuk âleminde kaldırılması ve hukuk devleti ilkesine uygunluğu sağlamak iptal davasıyla mümkündür.

İptal davası, işlemi yapan idareyi ya da işlemin muhatabını değil, işlemin kendisini esas almakta ve işlem hakkında hüküm verilmektedir. Davada yargılanan, işlemi yapan idare değil, işlemin kendisidir. Bu nedenle işlemlerin denetlenmesinin önüne engeller koymamak, işlemi idari yargı önüne getiren kişiler bakımından menfaat kavramını esnek yorumlamak gerekir.²⁵ Olması gereken, hukuk devletinde idarenin işlemlerinin yargısal denetimine sınır getirilmemesidir. İptal davası açma hakkının sınırlandırılması; hakkın kötüye kullanılarak idarenin sürekli ve herkes tarafından dava tehdidiyle karşı karşıya kalmaması ve faaliyetlerinin engellenmemesi gerekçesiyle tercih edilmektedir.²⁶

²⁴ Fransız hukukunda, iptal davası için “idare hukukunun en temel yapısı” ya da “en iyi hukuk eseri” gibi ifadeler kullanılmıştır. Aktaran SEZGİNER, s. 20-21.

²⁵ Danıştay’ın aksi yönde görüşleri bulunmaktadır: “Ancak, menfaat ilişkisinin olması gerekenden daha geniş kapsamlı olarak ele alınması, iptal davalarının objektifliğini zedeleyeceği gibi idarenin hukuka uygunluğunun sağlamada en etkili yollardan biri olan bu davanın amacı ile de bağdaşmaz.” Danıştay İDĞK’nın 21.01.1988 tarih ve E.1987/47, K.1998/3 sayılı kararı, (Kazancı). Ancak belirtmek gerekir ki, Danıştay’ın yorumu yerinde değildir. Aksine menfaat ilişkisini geniş yorumlamak, hukuk devleti ilkesine hizmet edecektir.

²⁶ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2010, s. 167 vd; ŞENOL, s. 142 vd.

İptal davası açabilecek kişileri belirlemede kullanılan menfaat ihlali, hukuk devleti ilkesini gerçekleştirme noktasında önem taşıyan bir kavramdır.²⁷ İptal davasının uygulama alanını genişletebilecek daha esnek bir menfaat yorumu sayesinde, hukuk devleti ilkesi daha güven- celi hale gelecektir.

III. İPTAL DAVASINDA SÜBJEKTİF EHLİYET KOŞULU: MENFAAT İHLALİ

İptal davası açılabilmesi bakımından aranan ehliyet şartı iki aşamalıdır: Objektif ve sübjektif ehliyet. Objektif ehliyet²⁸, idare hukukuna özgü olmayan, davaya taraf olabilme ve dava açabilme ehliyetini ifade ederken²⁹, sübjektif ehliyet bir menfaatin ihlal edilmiş olmasını ifade eder. Menfaat ihlali, iptal davasının idari yargıya özgü sübjektif ehliyet³⁰ şartıdır.

²⁷ “Ayrıca, iptal davaları ile idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının saptanmasına, hukukun üstünlüğünün sağlanmasına, böylece de idarenin hukuka bağlılığının belirlenmesine, sonuçta hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilebilmesine olanak sağlandığından bu davalarda menfaat ilişkisinin bu amaç doğrultusunda yorumlanması gerekmektedir.” Danıştay İDDK’nın 06.10.2005 tarih ve E.2004/3, K.2005/2371 sayılı kararı, (Kazancı).

²⁸ İdari yargı alanında davaya taraf olma ve dava açabilme ehliyetleri konusunda İYUK md. 31’de HMK’ya atıf yapılmıştır. HMK’da ehliyete ilişkin genel düzenlemeler şu şekildedir: *Taraf Ehliyeti, Madde 50: (1) Medenî haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir. *Dava Ehliyeti, Madde 51: (1) Dava ehliyeti, medenî hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir.

²⁹ ŞENOL, s. 141; GÖÇGÜN, Faruk, İptal Davasında Sübjektif Ehliyet Koşulu Olarak Kişisel Menfaat Unsuru, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2016, s. 29 vd.

³⁰ Karahanoğulları, sübjektif ehliyet kavramını değil “ilgi bağı” kavramını tercih etmektedir. Yazar bu tercihin nedenini şu şekilde açıklamaktadır: “Dava konusu ile davacının ilişkisini kurma ihtiyacının ifadesi olan menfaat-hak ihlali koşulunu ehliyet başlığı altında değerlendirebilmek mümkün değildir. Medeni yargılama hukukunda benzer koşul için “taraf sıfatı (husumet)” terimi önerilmektedir. “Sıfat, dava konusu sübjektif hak ile taraflar arasındaki ilişkidir. Taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve davayı takip yetkisi, davanın taraflarının kişilikleriyle ilgili olduğu halde, taraf sıfatı dava konusu sübjektif hakla ilişkindir.” İdari yargılama usulündeki “sübjektif ehliyetle kastedilen aslında bu taraf sıfatıdır; fark -ya da tartışma- kaynağının sübjektif hak olmamasıdır. Uygulamada ve öğretide, bu koşulun sübjektif ehliyet kavramı içinde değerlendirilmesi, İYUK’ta, dava konusu işlemlerle yeterli ilgili bulunmayan kişilerin davalarını reddedebilmek için dayanacak hükmün bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Uygulamada, dava konusu işlemlerle yeterli ilgileri

Objektif ehliyetin ifade ettiği davaya taraf olabilme ve dava açabilme ehliyeti, medeni hukukta yer alan hak ehliyeti ve fiil ehliyetinin yansımalarıdır.³¹ Ancak bu ehliyet, idari yargıda dava açabilmek için yeterli değildir. İdari yargıda bu genel ehliyet şartının yanında, iptal davası bakımından menfaat ihlali, tam yargı davası bakımından ise kişisel hak ihlali özel ehliyet şartı olarak aranmaktadır. İptal davası bakımından esasa değil, şekle ilişkin bir şart olan menfaat ihlalinin varlığı, İYUK md. 14 gereği, mahkeme tarafından ilk inceleme aşamasında araştırılmaktadır. Menfaat ihlalinin bulunmaması halinde, İYUK md. 15 gereği davanın reddine hükmedilmektedir.

İptal davası bakımından söz konusu olan menfaat kavramını tanımlayabilmek için, tam yargı davalarında aranan hak kavramıyla farklılığı ortaya konmalıdır. Menfaat, “*hukuken korunan menfaat*” olarak nitelendirilebileceğimiz hak kavramını da kapsayan daha geniş bir kavramdır.

A. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

1. Menfaat Kavramı

Menfaat, davacı ile iptali istenen işlem arasındaki alakadır. İdare tarafından yapılan bir işlemin hukuka aykırı olduğunu düşünen herkes, işlemin iptali için dava açamaz. Dava açabilmek için işlem ile kişi arasında menfaatin, yani ciddi ve makul bir alakanın olması aranır.³² İdari

kurulamayan kişilerin davaları 15. maddede bulunan “ehliyet” koşuluna dayanılarak reddedilmektedir. /Dava konusu işlemle davacı arasında yeterli ilgi bulunması koşulunu ifade etmek üzere, yargılama hukukunda locus standi terimi kullanılmaktadır. Bu terimin İngilizce karşılığı standing to sue dur. Fransızca da ise qualite ile anlatılmaktadır. Terimlerin hiçbiri ehliyet (yetenek) anlamı taşınmamaktadır. Davaya ehil olmak başka bir şey, ehil olduğu dava hakkını somut olayda kullanabilmek için uyumsuzluk konusu ile yeterli bir ilgiye sahip olmak başka bir şeydir. Bu nedenle, incelememizde subjektif ehliyet terimi yerine ilgi bağı terimini kullanacağız.” KARAHANOGULLARI, Onur, “Birel İşleme Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Sorunu”, AÜSBF Dergisi, Cilt 62, Sayı 3, s. 201-233, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/ilgibagi.htm>, (09.01.2021).

³¹ ŞENOL, s. 141; İdare hukukunda geçerli husumet kavramıyla bağlantılı anlatım için bkz. GÖÇGÜN, s. 30 vd.

³² ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt III), İsmail Akgün Matbaası, 3. Bası, İstanbul, 1966, s. 1781; “Taraflar ilişkisinin kurulması için gerekli olan kişisel, meşru ve güncel bir menfaat alakasının varlığı, davanın niteliğine ve özelliğine göre idari yargı yerlerince belirlenmekte, davacının idari işlemle ciddi ve

işlemin yargı mercii önüne götürülebilmesi için işlem ve davacı arasında var olması gereken yeterli alaka, menfaat kavramıyla karşılanmaktadır.³³

Fransız hukukunda menfaat ihlali, “*l'intérêt donnant qualité à agir (dava açmaya yeterli ilgi)*” kavramıyla ifade edilmektedir.³⁴ Burada kullanılan “*agir*” kavramı dava açmak, harekete geçmek, tepki vermek gibi anlamlara gelmektedir. Menfaat ihlali ile anlatılmak istenen alanın boyutu, aslında bu kavram ile daha doğru ifade bulmaktadır. Dava konusu işlemin davacının buna tepki vermesine neden olacak düzeyde davacı üzerinde etki yaratması söz konusudur. Alman hukukunda ise, “*sübjektif kamusal hak*” kavramı, iptal davası bakımından dava ehliyetini ifade etmektedir. Yılmaz, sübjektif kamusal hak kavramı ile “*korunmaya değer bireysel menfaatin*” ifade edildiğini belirtmektedir.³⁵ Bireye, devlet ve kamu gücü kullanan makamlara karşı bir işlem yapılmasını, bir duruma göz yumulmasını ya da bir durumdan uzak durulmasını talep edebilme yetkisi veren ve kamu hukukundan kaynaklanan bir haktır.³⁶

İYUK md. 2’de iptal davasının sübjektif (öznel) ehliyet koşulu “*menfaat ihlali*” olarak yer almışken; 4001 sayılı Kanunla³⁷ bu koşul; çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması ve imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar dışında “*kişisel hak ihlali*” olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile iptal davasının objektif niteliği, sübjektifleştirilmeye çalışılmıştır.³⁸ İptal davasının niteliğiyle uyuşmayan bu durum karşısında, ilgili madde, Anayasanın 2. ve 36. maddelerine aykırılık gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır. Mahkeme,

makul, maddi ve manevi bir ilişkisinin bulunduğu anlaşılması, dava açma ehliyeti için yeterli sayılmaktadır.” Danıştay İDDK’nın 06.10.2005 tarih ve E.2004/3, K.2005/2371 sayılı kararı, (Kazancı).

³³ ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma, On iki Levha Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 152.

³⁴ CHAPUS, René, Droit du Contentieux Administratif, Paris, 2002, s. 425 vd.

³⁵ YILMAZ, Dilşat, “Alman İdari Yargılama Hukukunda İptal Davası”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XIII, Sayı 1-2, 2009, s. 308.

³⁶ YILMAZ, s. 308.

³⁷ 2577 sayılı İYUK’da değişiklik yapan 4001 sayılı Kanun, 18.06.1994 tarih ve 21964 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. YÜCESOY, Ayşe Aslı, İdari Yargılama Hukukunda İptal Davalarında Menfaat, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 111 vd.

21.09.1995 tarihli ve E.1995/27, K.1995/47 sayılı kararıyla³⁹, idari işlemlere karşı iptal davası açılabilmesi için aranan, işlemle davacının kişisel hakkının ihlal edilmiş olması şartının, hak arama özgürlüğünü kısıtlayan ve pek çok işleme karşı dava yolunu kapatan, bu sebeplerle de hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan bir şart olması gerekçesiyle Anayasa md. 2 ve md. 36'ya aykırı bulunduğundan iptaline hükmetmiştir.⁴⁰

İptal davası bakımından menfaat ihlali yerine hak ihlali şartının aranması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan bir durum ortaya çıkarılmıştır. İptal davası hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmenin en etkin aracıdır ve bu aracın kullanımı amacıyla bağdaşmayacak biçimde sınırlandırılmamalıdır. Anayasa Mahkemesi, ilgili kararıyla bu hukuka aykırılıktan dönülmesini sağlamıştır. İptal davasında yargılanmakta olan, bir idari işlem olduğundan, hukuka aykırılığını ortaya koymak ve işlemi iptal etmek gerekir. Bu taleple mahkemeye başvurulması hakkını, sadece işlemle kişisel hakkı ihlal edilmiş olan kişilere tanımak, davanın amacına hizmet etmesini engelleyeceğinden, dava konusu işlemle arasında yeterli bir alaka bulunanların dava açabilmesi kabul edilmiştir.

Menfaat kavramını “*kamu yararı*” kavramı ile birlikte değerlendirmek gerekir. Kamu yararı⁴¹, toplumun tümüne yönelik bir menfaati ifade etmektedir. İdare tüm işlemlerini kamu yararı amacını gerçekleştirmek için yaptığına göre, bu amaca hizmet etmeyen işlemler bakımından aslında toplumsal menfaati ihlal edilen herkesin dava açabilmesi gerekir. Kamu yararı kavramı göz önünde bulundurulduğunda, menfaat ihlali hukuk devleti ilkesiyle daha uyumlu biçimde yorumlanacaktır.

Menfaat kavramı, yalnızca maddi bir menfaati değil, aynı zamanda manevi menfaati de ifade etmektedir. Dava konusu işlem, her zaman maddi bir menfaati ihlal etmeyebilir. Bazen ihlal edilen, manevi bir menfaattir. Nazım Hikmet’in vatandaşlıktan çıkarılmasına dair kararının nüfus kütüğüne tescili işleminin iptali istemiyle açılan davada, Danıştay İDDK, idari işlemle davacı arasında ciddi, makul, maddi ve manevi bir

³⁹ İlgili karar, 10.4.1996 tarih ve 22607 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi kararına ilişkin bir değerlendirme için bkz. KOÇAK, Mustafa, “Hukuk Devleti Kavramı Açısından İptal Davasında Menfaat İhlali ve Hak İhlali Koşulu”, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 10, Sayı 1-3, 1996, s. 125 vd.

⁴¹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, İdare, s. 3 vd; ATAY, İdare, s. 12 vd.

ilişkisi bulunmasını, dava açma ehliyeti bakımından yeterli saymıştır.⁴² Danıştay’ın daha eski tarihli kararlarında da konu aynı şekilde ele alınmıştır⁴³: İptal davası açılabilmesi için ihlal edilmiş bir kişisel hakkın bulunması gerekli olmayıp, olayda bir alakanın bulunması yeterlidir.

İptal davalarında menfaat ihlali şartının aranması, aslında dava ehliyetini sınırlandıran bir düzenlemedir. İptal davasının hukuk devleti ilkesine sıkı sıkıya bağlı olması, bu davayı herkesin açabilmesini, yani *actio popularis* nitelikte olmasını gerektirir. Ancak daha önce belirttiğimiz üzere, idarenin sürekli ve herkes tarafından dava tehdidiyle karşı karşıya kalmaması ve faaliyetlerinin engellenmemesi için dava ehliyeti sınırlandırılmıştır; iptal davası *actio popularis* nitelikte değildir.⁴⁴ Bu durumda, menfaat kavramının kapsamını, sınırlandırılmasının sınırını belirleyecek olanın kim olduğu sorusu gündeme gelmektedir. Bu belirleme, bizim idare hukuku sistemimizde yargı yerlerince yapılmaktadır.

⁴² “Taraf ilişkisinin kurulması için gerekli olan kişisel, meşru ve güncel bir menfaat alakasının varlığı, davanın niteliğine ve özelliğine göre idari yargı yerlerince belirlenmekte, davacının idari işleme ciddi ve makul, maddi ve manevi bir ilişkisinin bulunduğu anlaşılması, dava açma ehliyeti için yeterli sayılmaktadır.” Danıştay İDDK’nın 06.10.2005 tarih ve E.2004/3, K.2005/2371 sayılı kararı, (Sinerji); Çelikkol, Conseil d’Etat’ın kilise çanlarının çalınmaması yolundaki bir belediye kararına karşı papazlar tarafından açılan davayı kabul etmesini Fransız yargı kararlarından örnek göstermiştir. Bkz. ÇELİKKOL, Hüseyin, “İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet”, Adalet Dergisi, Yıl 76, Sayı 3, Mayıs-Haziran 1985, s. 763.

⁴³ “...iptal davalarında ortada ihlal edilmiş bir hakkın mevcudiyeti davanın cereyanı için lazımeden olmayıp, hadisede sadece bir alakanın bulunması, alakadara dava açma yetkisini vermeye kâfidir. Davacının ise muamele vergisi mükelleflerinden olması itibari ile dava arzuhallerinde yazılı tamimle alakası zahirdir.” Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyeti’nin 03.07.1936 tarih ve E.1936/9, K.1936/157 sayılı kararı için bkz. Kararlar Mecmuası, Sayı 8, s. 43-44.

⁴⁴ “Biz de hukuka bağlı bir idarenin varlığında herkesin menfaati olduğuna katılmakla birlikte iptal davası açabilmek için bu genel menfaatin dışında davacı ile dava konusu işlem arasında bir ilgiyi belli bir çerçeveyi anlatan yani isteyen herkese dava açma hakkı vermeyen bir menfaatin varlığı gerektiği düşüncesindeyiz. Ancak bu koşulu bir idari işlemten dolayı yalnızca hakkı ya da çıkarı ihlal edilenlerin veya zarar görenlerin dava açabileceği biçiminde dar yorumlamak hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi olanağını zayıflatacak, her işleme karşı her bireyin dava açmasını sağlayacak biçimde geniş yorumlamak da mahkemeleri gayriciddi davalarla uğraşmak zorunda bırakacaktır.” YÜCESOY, s. 87 vd.

Özyörük, belirlemenin kanun koyucu tarafından yapılmasının hukuka saygılı idare ilkesi gereği doğru olmayacağını belirtmiştir.⁴⁵

Görüldüğü üzere, menfaat kavramı, hak ihlali kadar dar yorumlanmayan, üst sınırının belirlenmesi ise yargı yerlerine bırakılmış olan bir dava ehliyeti şartıdır.

2. Hak Kavramı

Hak, hukuk kuralları tarafından tanınmış menfaattir. Ancak vurgulamak gerekir ki; bu tanımlama menfaat kavramının ilave bir değer kazanmasını ifade ederken, hak kavramı bakımından bir değer kaybetmesini ifade etmemektedir. Şenol, *“hukuk kuralları tarafından, kişilere, diğer kişilerin davranışları ya da malları üzerinde tanınmış olan yetkiler”* olarak ifade etmiştir.⁴⁶ Hak kavramı daha çok özel hukuk alanında kullanılan bir kavramdır. İdari yargı alanında ise, özel hukuk alanındaki tazminat davalarıyla benzerlik gösteren tam yargı davaları bakımından bu kavramdan bahsedebiliriz. Özel hukuk bakımından hak kavramı *“hukukten korunan çıkar, bir kişiye izafe edilebilen davranış”* olarak ifade edilebilir.⁴⁷ İdare hukuku kapsamında genel anlamı ise, hukukten korunan çıkardır.

Atay, hak kavramını şu şekilde tanımlamıştır⁴⁸: *“Hak, genel kuralların somut bir olay ve işlemle örtüştürülüp, ilgilisi açısından diğerlerine karşı ileri sürülebilen, talep edilen ve korunmasına ilişkin birtakım yöntem ve mekanizmaların olduğu bir hukuki yetki ve talep imkânıdır. Bu anlamda hak kavramı kişisel bir durumla bağlantılıdır ve bir subjektifliği içerir.”* Tanımdan anlaşıl-

⁴⁵ “Bu sınırlama, kanunlarla yapılmaz. Zira o zaman, hukuka saygılı idare ilkesinde, bu saygı yükümünün karşılığı olan ‘subjektif hakkı’ tespit etmek gerekir. Halbuki... idarenin hukuka saygısı, belli subjektif hakların alanını aşan, bu alanın dışına taşan bir yükümdür. O halde, idarenin hukuktan ayrıldığı her yerde, bir subjektif hak söz konusu olmaksızın, ihlal edilmiş en yakın menfaatin veya menfaatlerin sahibini, hukuka aykırılığın konusu ve tesirlerinin yaygınlığı itibariyle zaman zaman ve hadisesine göre tespit gerekir ki, bunu ancak bir mahkeme (=Danıştay) yapabilir.” ÖZYÖRÜK, s. 206.

⁴⁶ ŞENOL, s. 143.

⁴⁷ Hakkı tanımlayan teoriler ve hak kavramı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 46 vd; OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 137 vd.

⁴⁸ ATAY, Ender Ethem, Hukuk Başlangıcı, Gazi Kitabevi, 8. Baskı, Ankara, 2020, s. 365.

dığı üzere, hak kavramı hukuk tarafından korunan ve kişilerle sıkı ilişkili menfaattir. Bu tanımlama çerçevesinde, hak kavramı, menfaat kavramına göre daha sınırlı bir anlama sahiptir. Hak söz konusu olduğunda, hukuken korunan bir menfaat söz konusudur. Somutlaştırılmış bir örnekle ifade etmek gerekirse, örneğin bir belediyenin yetki sınırları içerisindeki bir bina hakkında aldığı yıkım kararı, bina malikinin hukuken korunan bir menfaatine ilişkindir: Mülkiyet hakkı. Ancak belediyenin belde sınırları içinde yeşil alanları yok edip yerine bir alışveriş merkezi yapmaya ilişkin aldığı karar karşısında, işlemle aynı belde sakini arasında hukuken korunan kişisel bir menfaatten bahsedilemese de makul bir alakadan, salt bir menfaatten bahsetmek mümkündür. Söz konusu iki durumda da ilgili kişinin iptal davası açması mümkündür. Ancak iptal davası bakımından ehliyet şartı olarak hak ihlali aranıyor olsaydı, sadece ilk örnek için dava açılabilirdi. Menfaatin zarar gördüğü ikinci durumda dava açılmıyor oluşu, iptal davasının hukuk devleti ilkesiyle olan ilişkisine aykırılık oluştururdu.

Hak ihlali şartı, yargı yerlerinde dava açabilmek için aranan şarttır. Kişisel bir hakkınız ihlal edildiyse, hakkınızı aramak için yargı yerlerine başvurursunuz ve mahkeme buna kanaat getirdiğinde davacı bakımından ehliyet şartının gerçekleştiğine hükmeder.

3. İki Kavramın Karşılaştırılması

Menfaat kavramı, hak kavramından daha geniş bir alakayı ifade etmektedir.⁴⁹ Bir işlem kişinin doğrudan hukuken korunan bir kişisel hakkını ihlal etmese bile, menfaatini ihlal etmiş olabilir. Ancak her menfaat ihlali, hak ihlali anlamına gelmemektedir.

Menfaat, hukuki koruma bakımından hak kadar kuvvetli olmayıp⁵⁰, ciddi ve makul bir alakadan ibarettir. Söz konusu menfaat aslında bir hak ihlalini de karşılayabilir; ancak burada önemli olan, iptal davası

⁴⁹ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2020, s. 241 vd; GÖKALP ALICA, Süheyla Suzan, “Çevrenin Korunmasına İlişkin İptal Davalarında Kişisel Menfaat Kavramı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2018 (139), s. 167 vd.

⁵⁰ ONAR, s. 1780; ÇELİKKOL, s. 763.

açabilmek için menfaat ihlalinin yeterli olmasıdır. Hak kadar güvenceli bir çıkarın ihlal edilmesi gerekmez.

Menfaat kavramının, hak kavramından farkı, her zaman kişiselleştirilememesindedir. Hak kavramı, her daim kişiyle sıkı sıkıya bir bağ içerisindedir. Ancak menfaat kavramı kişiyle sıkı bir bağ gerektirmez. İşlem ile kişi arasında makul ve ciddi bir alaka yeterli olur. Dava konusu işlem, herhangi bir kimseyi doğrudan ya da dolaylı olarak olumsuz yönde etkilerse menfaat ihlalinden söz edilebilir.⁵¹

Hukuk devleti ilkesi gereği, işlemin hukuka aykırı olması tüm hukuk düzeniyle, dolayısıyla devletin her bir bireyiyle alakalıdır. Ancak pratik sebepler iptal davasının herkes tarafından açılmasını mümkün kılmamaktadır. İdarenin yargısal denetimi mekanizmasını harekete geçirme imkânı herkese tanınırsa, ilgili ilgisiz herkes dava açıp, idarenin işleyişini zorlaştırabilir.⁵² İptal davası ehliyetini kişiselleştirilmiş hak kavramından daha geniş yorumlama ihtiyacı, bu nedenle doğmuştur.

B. MENFAAT KAVRAMININ ÖZELLİKLERİ

İptal davasının açılabilmesi için İYUK md. 2'de öngörülmüş bulunan menfaat ihlali şartının gerçekleşmesi için, menfaatin birtakım nitelikleri haiz olması gerekir. Menfaatin sahip olması gereken nitelikler, yargı içtihatları ile belirlenmiştir⁵³: İhlal edilmiş olan menfaatin meşru, güncel ve kişisel olması gerekir.⁵⁴

⁵¹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Yargı, s. 86; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, 2019, s. 453 vd.

⁵² GÖZÜBÜYÜK, s. 165.

⁵³ "...2577 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin 1/a fıkrasında; iptal davalarının "idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan" davalar olarak tanımlandığı, yargı kararlarında "menfaat" kavramının davacı ile iptalini istediği idarî işlem arasındaki bağı, ilgiyi ifade ettiği belirtilmekte ve idarî işlem ile dava açan kişi arasında meşru, güncel ve ciddi bir ilişki söz konusu ise, davada menfaat bağının bulunduğu kabul edildiği, bunun dışında ayrıca sübjektif bir hakkın ihlâl edilmesi koşulunun aranmadığı, dolayısıyla iptal davasının gerek anılan maddede, gerekse içtihat ve doktrinde belirlenen hukukî nitelikleri göz önüne alındığında, idare hukuku alanında tek taraflı irade açıklamasıyla kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte tesis edilen idarî işlemlerin, bu idarî işlemle meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisini kurabilenler tarafından iptal davasına konu edilebile-

1. Güncel Olma

Menfaatin güncel olması, dava açıldığı anda mevcut olması anlamına gelir. Dava konusu idari işlem ile davacı arasında alakanın dava açıldığı anda mevcut olması gerekir. Alaka mevcut değilse menfaatin güncel olmadığından bahisle ehliyet unsurundan dolayı dava reddedilir. Ortada bir menfaatin bulunmaması halinde menfaat bakımından diğer koşulların incelenmesi gerekli değildir. Sonuçta mevcut olmayan bir menfaatin meşru ya da kişisel olup olmadığı önem arz etmeyecektir.

Gözübüyük, kural olarak “*davanın açıldığı anda ya da dava karara bağlanırken*” menfaatin bulunmasını güncellik olarak ifade etmiştir.⁵⁵ Ancak İYUK md. 15’te açıkça düzenlendiği üzere, dava açıldığı anda mevcut bulunmayan bir menfaat söz konusu ise dava ehliyet yönünden reddedilecektir. Dolayısıyla kullanılan “*ya da*” ifadesi yerinde değildir.

Danıştay önüne gelen bir davada, ilk derece mahkemesi, bakılan davayı kayyım sıfatıyla açan davacının kayyımlık sıfatının yargı kararı ile kaldırıldığı anlaşıldığı, dava konusu işlemle ilgili menfaatin davanın sonuna kadar devam etmesi gerektiğinin idare hukuku ilkelerinden olduğu, yargı kararı sonucu dava konusu işlemle ilgisi kalmayan davacının açmış olduğu davanın esasının incelenemeyeceği gerekçesiyle ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir. Danıştay, ilk derece mahkemesinin bu kararını hukuka aykırı bulmuştur. İdari işlemin tesisi edildiği ve davanın açıldığı tarih itibariyle meşru, güncel ve kişisel bir ehliyetin mevcut olduğu, sonradan meydana gelmiş olan değişikliklere dayanılarak ehliyet yönünden reddini hukuka uygun görmemiştir.^{56 57}

ceğinin kabulünün zorunlu bulunduğu...” Danıştay İDDK’nın 18.06.2009 tarih ve E.2009/1356, K.2009/1679 sayılı kararı, (Kazancı).

⁵⁴ Fransa’da genel kabul menfaatin kişisel (l’exigence que l’intérêt soit personnel), meşru (l’exigence que l’intérêt soit légitime) ve güncel (l’exigence que l’intérêt soit pertinent) olmasıdır. Ancak bunun yanında ikinci bir görüşe göre; menfaatin doğrudan (l’appréciation du caractère suffisamment direct de la lésion) ve kesin (l’appréciation du caractère suffisamment certain de la lésion) nitelikte olması da aranır. Bkz. CHAPUS, s. 435 vd.

⁵⁵ GÖZÜBÜYÜK, s. 185.

⁵⁶ “...davayı açtığı tarihte kayyım olduğu, ancak dava derdest iken kayyımlık kararının 5.6.1996 tarihli yargı kararı ile kaldırıldığı tartışmasız olup, işlemin tesis edildiği ve dava konusu edildiği tarih itibariyle, meşru, güncel, kişisel ehliyeti bulundu-

İleride doğması muhtemel bir menfaat bulunduğundan bahisle iptal davası açılması mümkün değildir; çünkü ortada güncel bir menfaat bulunmamaktadır.⁵⁸ Ancak, doktrinde yakın gelecekte doğması muhtemel zararlar açısından, zararlı sonuçlar doğmadan evvel, iptal davası açılabileceği savunulmaktadır.⁵⁹ İdari yargılama usulümüze göre, menfaat ihlalinin gerçekleşmemesi halinin davanın reddi sonucuna yol açması karşısında, bu görüşü savunmak mümkün değildir (İYUK md. 15/1, b).

2. Meşru Olma

Menfaatin, iptal davası bakımından aranan nitelikte olabilmesi için öncelikle meşru olması gerekir. Meşru menfaat, hukukun koruduğu menfaat demektir. Kanunlarla korunan ve kamu vicdanının kabul ettiği menfaat meşrudur.⁶⁰ Öte yandan meşru menfaat, hukuka ve ahlaka aykırı olmayan menfaati ifade eder.⁶¹

Hukuka aykırı bir durumun mevcudiyeti halinde, meşru bir menfaatten söz etmek mümkün olmayacaktır. Danıştay 6. Dairesi, belediye meclis üyesinin menfaatinin meşru ve kişisel olmadığı gerekçesiyle ehliyet yönünden iptal talebini reddetmiştir: “...yukarıda belirtildiği gibi taşınmazlar kamuya tahsisli olmadığından, imar planlarının ve değişikliklerinin

ğu açık olan davacının durumunda sonradan meydana gelen değişiklikler dikkate alınmak suretiyle davanın esasının çözümlenmeyerek ehliyet yönünden reddedilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.” Danıştay 10. Dairesi'nin 10.04.2000 tarih ve E.1997/6341, K.2000/1372 sayılı kararı, (Kazancı).

⁵⁷ Danıştay 6. Dairesi'nin 29.03.1967 tarihli ve E.1963/1569, K.1967/826 sayılı kararında, belirttiğimiz kararın aksi yönde bir hükümlerle karşılaşmaktayız. İlgili kararda, dava devam ederken davacının dava konusu işlem ile olan ilgisinin ortadan kalkması nedeniyle ehliyet yönünden davanın reddedildiği ifade edilmiştir. Ancak sonraki kararlarında Danıştay'ın dava açıldığı anda mevcut menfaat durumunu dikkate aldığını görmekteyiz. Bkz. GÖZÜBÜYÜK, s. 186-187; Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. GÖÇGÜN, s. 55 vd; ÇELİKKOL, s. 764-765.

⁵⁸ GÖZÜBÜYÜK, s. 185; ÇAĞLAYAN, Yargı, s. 457; ŞENOL, s. 147.

⁵⁹ Görüşler için bkz. YILDIRIM, Turan, İdari Yargı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 389; KAYA, Cemil, “İptal Davalarında (Kişisel) Menfaat İhlalinin Genişlemesi: İktisadi Rekabet”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt LXVI, Sayı 2, 2008, s. 273

⁶⁰ ÇELİKKOL, s. 764.

⁶¹ Chapus, menfaatin hukuka ve ahlaka aykırı olmaması gerektiğini belirtmiştir: “...pour la sauvegarde d'une situation irrégulière ou immorale.”. CHAPUS, s. 435.

onayı ile yasal olarak görevli belediye üyesi olan davacının, planlarının mecliste görüşülmesi sırasında toplantılara katılması ve gerekirse karşı oyunu bu toplantılarda belirtmesi gerekirken bu yolla belde halkının hakkını koruma görevini yerine getirmeyen davacının, kararın oluşmasından sonra dava açmakta meşru ve kişisel bir menfaati de bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”⁶²

İşlem nedeniyle menfaati ihlal edilen kişiler tarafından iptal davası açabilecek olup menfaatin kişisel ve güncel olması yanında meşru olması da aranır. Danıştay, menfaatin meşru olmasının, hukuken ileri sürülebilir olmasını gerektirdiğini belirtmiştir⁶³. Karardan anlaşılacağı üzere; hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmeye hizmet eden iptal davası bakımından aranan menfaatin meşru olması, davanın mahiyeti bakımından anlaşılır bir şarttır.

Danıştay kararlarında “kiracı olma” bazen meşru menfaat olarak değerlendirilirken bazen de meşru menfaat olarak değerlendirilmemiştir.⁶⁴ 2006 tarihli bir kararda⁶⁵; taşınmaz maliki tarafından uygulanmak istenen ve koruma kurulunca da uygun bulunan restorasyon projesinin taşınmazın kiracısının projenin iptalini isteme konusunda “meşru menfaati bulunmadığından” idare mahkemesince verilen kararda isabet görülmediğini karara bağlamıştır. 2007 tarihli bir kararında⁶⁶ ise aynı daire, kiracı olmayı meşru menfaat olarak değerlendirmiştir: “...tahliyesine ilişkin işleme karşı bu taşınmazda kiracı olarak faaliyet gösteren davacı tarafından açılan davada... anılan yapıların yıkılması durumunda zararın ortaya çıkacağı açık olup, yıkım ve tahliye işlemlerinin dayanağı olan ‘Adnan Menderes Sahil Yolu Projesi’ davacının menfaatini etkileyeceğinden, bu davayı açmakta

⁶² Danıştay 6. Dairesi’nin 28.01.1993 tarih ve E.1992/4605, K.1993/237 sayılı kararı, (Corpus).

⁶³ Danıştay 10. Dairesi’nin 13.11.2002 tarih ve E.2002/1407, K.2002/4320 sayılı kararı, (Kazanç).

⁶⁴ Alman Federal Mahkemesi, yol planlamasına ilişkin işlemlere karşı kiracının dava açamayacağını karara bağlamıştır. Aksi yönde kararları da bulunmakla birlikte Mahkemenin genel yaklaşımı bu yöndedir. Aktaran YILMAZ, s. 308.

⁶⁵ Danıştay 6. Dairesi’nin 19.07.2006 tarih ve E.2005/7113, K.2006/3928 sayılı kararı için bkz. ŞENOL, s. 145; Aynı yönde Danıştay 6. Dairesi’nin 05.03.1975 tarih ve E.1973/3117, K.1975/1330 sayılı kararı için bkz. Danıştay Altıncı Daire Kararları (1965-1977), Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 1979, s. 614.

⁶⁶ Danıştay 6. Dairesi’nin 11.05.2007 tarih ve E.2006/1414, K.2007/2757 sayılı kararı için bkz. ŞENOL, s. 145.

meşru ve güncel menfaati bulunduğundan...” Bu konuda doğru olan, taşınmaza ilişkin işlemlerin kiracıları da ilgilendirdiği, arada işlemin iptalini talep etmeye yetecek bir ilişkinin olduğu yönündeki değerlendirmedir.

Sınai Mülkiyet Hizmetleri Dan. ve Org. Ltd. Şirketi'nin Türk Standartları Enstitüsü Yönetim Kurulu'nun Ürün Belgelendirme Yönergesinin 10/2. maddesinin iptali için açtığı davada⁶⁷, Danıştay kiracının meşru bir menfaati bulunmadığına hükmetmiştir. Karara göre, dava konusu edilen yönerge hükmü, TSE dışında başka bir kişinin hukuki durumuna doğrudan etki etmemektedir. Bu nedenle, hukuka aykırı bir eylem ile marka hakkına saldırıda bulunulduğunu ileri süren davalı idarenin, adli yargıda açacağı tazminat davalarında isteyeceği miktarın belirlenmesine yönelik ve iç işleyişine ilişkin yönergenin iptalinin istenilmesinde, davacı şirketin hukukten korunması gereken, meşru bir menfaati bulunmaktadır.

3. Kişisel Olma

Menfaatin kişisel olması, dava konusu işlemin davacıya doğrudan ya da dolaylı bir etkisinin bulunması demektir.⁶⁸ Danıştay'a göre, menfaatin kişiselliğinden söz edebilmek için iptali istenilen işlemin doğrudan doğruya davacı hakkında yapılmış olması gerekmez.⁶⁹

Kişisellik özelliği, işlemin davacıyı etkiler nitelikte olmasını ifade ettiğinden, menfaat ihlalinin “kapsamı içtihatlar çerçevesinde belirlenen özelliği” olarak nitelendirilebilir. Meşru olma ve güncel olma, kişisel olma karşısında daha objektif olarak belirlenebilir anlamlara sahiptir. Ancak kişisel olma özelliği, tamamen yargı yerlerinin somut olayın koşullarına göre değerlendirip ortaya koyduğu sübjektif bir özelliktir. Danıştay kararlarında vatandaş, vergi yükümlüsü, belde sakinleri, dernek-

⁶⁷ Danıştay 10. Dairesi'nin 28.01.2011 tarih ve E.2010/7285, K.2011/215 sayılı kararı, (Kazancı).

⁶⁸ AKYÜREK, Akman, “Danıştay Kararlarında İptal Davalarının Menfaat İhlali Koşulunun Kişisellik Unsuru”, Danıştay Dergisi, Sayı 80-81, s. 31 vd; ONAR, s. 1872; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Yargı, s. 245 vd; ÇAĞLAYAN, Yargı, s. 458.

⁶⁹ Danıştay İDDK'nın 21.03.2007 tarih ve E.2005/1582, K.2007/378 sayılı kararı, (Kazancı).

ler, barolar gibi menfaat süjelerinin/gruplarının dava konusu işlemle kişisel menfaatlerinin olup olmadığı tartişılmaktadır.⁷⁰

Menfaat kavramından anlaşılması gereken, menfaatin meşru ve güncel olan kişisel bir menfaat olduğudur.⁷¹ Bu haklı değerlendirmede vurgulandığı üzere, menfaatin temel özelliği kişisel olması olup, meşru ve güncel olması kişisellik özelliğini sağlamış olan menfaat bakımından aranacak şarttır. Menfaatin bu sübjektif özelliği belirlendikten sonra, objektif özellikleri değerlendirilmelidir.

Danıştay, kişisel olma özelliğini şu şekilde ifade etmiřtir⁷²: İster gerçek ve ister tüzel kişi olsun Danıştay’da dava açabilmek için, dava aanın, “*dolaylı veya dolaysız*” bir kişisel menfaatinin ihlal edilmiş olması gerekir. Danıştay’ın bir başka kararında⁷³ da kişisel menfaatin varlığından söz edebilmek için işlemin doğrudan doğruya davacı hakkında yapılmış olması gerekmediğini vurgulamıştır. Kararlardan anlaşıldığı üzere, kişisellik vurgusu işlemin “*doğrudan doğruya davacı hakkında*” olması ifadesiyle yapılmamaktadır.

Danıştay İDDK, Yükseköğretim Kurulu kararına karşı bir niversite tarafından yapılan itirazın reddine ilişkin bir başka YK kararının iptali talebiyle açılan davada ilk derece mahkemesinin süre yönünden reddettiği davayı, ehliyet yönünden sakat olduğu gerekçesiyle bozan Danıştay ilgili dairesi kararını hukuka uygun bulmuştur.⁷⁴ Kararda, ida-

⁷⁰ örnek kararlar için bkz. Bölüm II/C, s. 21 vd.

⁷¹ GÖÇGÜN, s. 57.

⁷² Danıştay 5. Dairesi’nin 06.06.1970 tarih ve E.1969/4390, K.1970/3355 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sayı 2, s. 175; GÖZÜBÜYÜK, s. 173.

⁷³ “...menfaatin kişisel menfaat sayılabilmesi iptali istenilen işlemin doğrudan doğruya davacı hakkında alınmasını gerektirmemektedir. evre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması imar uygulamaları gibi kamu yararını ilgilendiren konularda dava açma ehliyetinin bu durum göz önünde bulundurulurken geniş yorumlanmak suretiyle saptanacağı, Danıştay içtihatlarıyla kabul edilmiş bulunmaktadır.” Danıştay İDDK’nın 21.03.2007 tarih ve E.2005/1582, K.2007/378 sayılı kararı, (Kazancı).

⁷⁴ “İdari faaliyetlerinin hukuka uygunluk denetimini etkili biçimde yapabilmeye olanak veren iptal davalarının, idari işlemle kişisel menfaat ilgisi kurulabilen kişiler tarafından açılması mümkündür. İdari işlemlerin muhatabı vatandaşlar veya başka bir idare olabileceği gibi idarenin ajanları da olabilir. Daire kararında da belirtildiği üzere; iptal davaları genellikle gerçek kişiler tarafından açılmakta ise de muhatabının bir başka kamu tüzel kişiliği olması halinde kamu kurumlarının birbirlerinin işlemlerine karşı dava açma ehliyetlerinin bulunduğunun kabulü gerekmektedir.

ri faaliyetlerin hukuka uygunluk denetiminin etkili biçimde yapılabilmesine olanak veren iptal davalarının, idari işlemle kişisel menfaat alakası kurulabilen kişiler tarafından açılması gerektiği belirtilmiştir.

C. YARGI KARARLARINDA YER ALAN MENFAAT SÜJELERİ VE GRUPLARI

Danıştay kararları çerçevesinde birtakım menfaat sùjelerini ve gruplarını bu başlık altında değerlendireceğiz. Bahsi geçecek birtakım sùjeler veya gruplar, menfaat kavramının esnek yorumlanması sonucu, ilgili oldukları işleme karşı dava açabilmişlerdir.

Menfaat sùjeleri ve grupları, menfaatin kişisellik özelliğine ilişkindir. Dava konusu işlemle davacı arasında kişisellik bağı tesis edilebilirse dava incelenir. Kişisellik bağı tesis edilemiyorsa, yani işlemle davacı arasında dolaylı ya da doğrudan bir etkileşim yoksa iptal talebi reddedilir. Aradaki alanın geniş yorumlanması iptal davasının uygulama alanını genişleteceğinden hukuk devleti ilkesine hizmet edecektir. Öte yandan adil yargılanma hakkını ve hak arama özgürlüğünü destekleyici olarak menfaat kavramının geniş yorumlanması ve bu sayede idarenin denetlenmesi alanının genişlemesi ile hukuk devleti ilkesini gerçekleştirme bakımından fayda sağlanacaktır. Menfaat kavramının dar yorumlanması sonucu bireyler, adil yargılanma hakkı bağlamında mahkemeye

Ancak bazı idari işlemler, ayrı tüzel kişiliğe sahip kuruluşların birbirine eklenen ön işlemleri ya da başvurularıyla oluşabilmektedir. Böyle durumlarda, kamu kurumlarının birlikte oluşturdukları ya da kendi başvuru veya itirazları sonucu oluşan işlemlere karşı dava açma ehliyetlerinden söz edilemez. Tersî durum, işlemlerin oluşumunda izlenen yönetsel akış sonucu oluşan tek yanlılığın, İşleme katkısı olan idari birimleri de kapsamaması gerekliliği ve kaçınılmazlığıyla çelişir. Bu durum ise idari güven ve tutarlılık ilkesiyle bağdaşmayacağı gibi, tek yanlı irade açıklamasının ilgilisi olan kişiye tanınan dava hakkının, işlemi yapan birime de tanınması sonucunu doğurur. Dava konusu uyuşmazlıkta, disiplin soruşturması ve ön işlemlerin davacı üniversite tarafından yapıldığı, bu hazırlayıcı verilere dayanarak alınan dava konusu kararın, davacı kurumu da kapsadığı tartışmasızdır. Dolayısıyla davacı üniversitenin anılan işlemin iptali istemiyle dava açma ehliyeti bulunmamaktadır.” Danıştay İDDK’nın 16.02.2006 tarih ve E.2005/3482, K.2006/29 sayılı kararı, (Kazancı).

erişim hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmaktadır.⁷⁵

İnceleyeceğimiz Danıştay kararlarına dayanarak, menfaat ilişkisinin gerektiği gibi esnek yorumlandığını söyleyebiliriz. Örneğin, ülkenin vatandaşı olmak, devletin gördüğü ya da gördürdüğü kamu hizmetlerinden yararlanıyor olmak, vatandaşların yasama meclisindeki temsilcisi olmak, bir beldede ikamet etmek, belirli bir amaç doğrultusunda bir araya gelmiş kişilerden oluşan bir topluluk olmak, idarelerce yapılan işlemlerle ciddi ve makul bir alakanın tesisine imkân verebilmektedir. Bu gibi hususlar kişisel menfaat ihlalinin belirlemede yararlanan kriterlerdir. Yargı kararlarına konu olmuş farklı kriterler de mevcuttur.⁷⁶

1. Vatandaş Sıfatını Haiz Olanlar

Vatandaş sıfatının kişilere dava açma hakkı verip vermeyeceği konusu, Danıştay kararlarında istikrar kazanmış bir uygulamaya sahip değildir. Doktrinde, Danıştay kararları doğrultusunda⁷⁷, “*vatandaşlık sıfatının kural olarak tek başına idari işlemlere karşı dava açma hakkı vermeyeceği*” yönünde değerlendirmeler yapılmıştır.⁷⁸ Birel işlemler dışında⁷⁹, salt vatandaş olmak ya da kamu hizmetinden yararlanmak gibi ilişki biçimleri tek başına dava açma hakkı doğurmaz. Ancak aksi yönde ka-

⁷⁵ AYM, *Levent Tütüncü*, B. No: 2015/3690, KT. 18.07.2018; AYM, *Kemal Çakır ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/13846, KT. 05.03.2020; AYM, *Arif Ekim ve diğerleri*, B. No: 2016/9276, KT. 08.09.2020; AYM, *Rağıp Cumhur Velibeyoğlu*, B. No: 2017/34720, KT. 09.09.2020. Mahkemeye erişimin bir diğer görünümü olan karar hakkının ihlali gerekçesiyle yapılan başvuru örnekleri için bkz. AYM, *Bayram Ali Devecioğlu*, B. No: 2017/39387, KT. 15.09.2020; AYM, *Şenol Arslan*, B. No: 2017/40261, KT. 15.09.2020; AYM, *Yılmaz Aksu*, B. No: 2018/18444, KT. 03.12.2020; AYM, *Abdullatif Ucaman ve diğerleri*, B. No: 2018/1833, KT. 02.12.2020.

⁷⁶ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Yargı, s. 247 vd.

⁷⁷ “...her ne kadar iptal davalarında dava ehliyetinin bir unsuru olarak menfaat ilişkisi... daha geniş tutulmakta ise de, bu temayülün, tüm vatandaşlara, her idari işlem aleyhine, salt vatandaş olma sıfatıyla dava açma hakkı sağlayacak şekilde genişletilmesine de olanak bulunmamaktadır.” Danıştay DDK’nın 25.01.1974 tarih ve E.1972/586, K.1974/80 sayılı kararı, ŞENOL, s. 153, dipnot 56.

⁷⁸ ÇAĞLAYAN, Yargı, s. 464 vd.

⁷⁹ Birel işlemler, belli bir kişiye yönelik, somut ve özel bir düzenleme içeren işlemler olduğundan, burada salt bu işlemin ilgilisi olmak dava açma bakımından yeterlidir.

rarlar bulunduğundan, kural olarak vatandaşlık sıfatının dava açma ehliyeti sağlamayacağını söylemek yerinde değildir.

Danıştay 10. Dairesi, Yusuf Bozkurt Özal'ın naaşının Süleymaniye Camii haziresine defnine izin verilmesiyle ilgili Bakanlar Kurulu Kararının iptali talebiyle açılan davada, davacı vatandaşın bu işlemle kişisel bir menfaatinin ihlal edilmediği, işlemle davacı arasında ciddi ve makul bir menfaat bağının bulunmadığı, davacının avukat ve vatandaş olmasının kanunun aradığı manada bir menfaat ilişkisinin kurulmasında yeterli olmadığı gerekçesiyle davayı ehliyet yönünden reddetmiştir. Danıştay İDDK ise, davacının vatandaşlık sıfatı ile dava konusu işlem arasında yeterli bir ilginin bulunduğu ve davacı vatandaşın taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması açısından menfaat sahibi olduğundan bahisle ilk derece mahkemesinin ehliyet yönünden red hükmünü bozmuştur.⁸⁰

Danıştay İDDK'nın kararına yazılan karşı oyda vatandaşlık sıfatı, kişisel menfaat dışında değerlendirilmiştir.⁸¹ Karşı oyda, öncelikle İYUK'a göre, idari işlemler hakkında menfaati ihlal edilenler iptal davası açabileceği ve menfaat ihlalinin objektif bir dava olan iptal davalarının esasının görülebilmesi için gerekli olduğu ifade edilmiştir. İhlal edilen menfaatin, kural olarak kişisel olması gerekliliği de vurgulanmıştır. Vatandaşlara, her idari işlem aleyhine dava açma hakkı yasal düzenlemeyle tanınmadığı ve özellikle Hükümetin ekonomik kararlarına karşı, salt vatandaş olma sıfatının iptal davası açabilme hakkı tanımadığı ifade edilmiştir. Karşı oya göre, dava konusu uyuşmazlıkta davacı vatandaş-

⁸⁰ "...dava konusu Bakanlar Kurulu Kararı ile defin yapılacak olan yerdeki Süleymaniye Camii ve çevresinin, İstanbul Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurulunun 12.7.1995 günlü, 6848 sayılı kararıyla "kentsel ve tarihi SİT, kentsel ve arkeolojik SİT alanı" olarak kabul ve ilan edilmiş olduğu iddiasıyla, söz konusu Bakanlar Kurulu Kararının iptali istemiyle, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması açısından her vatandaşın dava açmada menfaatinin bulunduğu kabulü gerekeğinden, davacının vatandaş olarak, bir kişinin belediye mezarlığı dışında özel bir yere defnini öngören Bakanlar Kurulu Kararının iptalini istemekte menfaati bulunduğu açık olup; davanın ehliyet yönünden reddi yolunda verilen kararda hukuka uygunluk bulunmamaktadır." Danıştay İDDK'nın 19.10.2001 tarih ve E.2001/415, K.2001/737 sayılı kararı, (Kazancı).

⁸¹ Danıştay İDDK'nın 03.05.2007 tarih ve E.2004/2303, K.2007/842 sayılı kararı, (Kazancı).

lık sıfatının ötesinde kişisel menfaatini açıkça ortaya koyamamıştır. Salt vatandaş olma sıfatı iptal istemi açısından yeterli görülmemiştir. Yüksek mahkeme ise, ilgili kararda, oyçokluğu ile ehliyet yönünden vatandaşlık sıfatını kabul etmiştir.

Özellikle üstün bir kamu yararından bahsedebileceğimiz tarihi ve kültürel değerlerin korunması⁸², çevrenin korunması⁸³ gibi hallerde dava açma ehliyeti geniş yorumlanmakta ve vatandaşlık sıfatı kabul edilmektedir.⁸⁴ Kanaatimizce bu değerlendirme, hukuk devleti ilkesi bakımından yerindedir. Kamuyu ilgilendiren konularda, vatandaş sıfatını haiz olanların dava açma ehliyetinin geniş yorumlanması gerekir. İptal davasının sübjektif ehliyet şartı olan menfaat ihlali, bu tür konularda vatandaşlar bakımından gerçekleşmiştir.

Vatandaş sıfatını haiz olmanın dava ehliyeti sağlamayacağı yönündeki mahkeme kararının, mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi, Anayasa md. 36’da güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁸⁵ Oyçokluğuyla alınan karara yazılan karşı oyda, sırf bir bölge sakini olmak, çevreye duyarlı vatandaş bulunmak vb. soyut nedenlerle, çevreye zarar verdiği

⁸² Danıştay İDDK’nın 19.10.2001 tarih ve E.2001/415, K.2001/737 sayılı kararı, (Kazancı).

⁸³ Danıştay 10. Dairesi’nin 24.06.1986 tarih ve E.1985/2739, K.1986/1451 sayılı kararı için bkz. ÇAĞLAYAN, Yargı, s. 464; Danıştay 10. Dairesi’nin 28.04.1992 tarih ve E.1990/2278, K.1992/1672 sayılı kararı, (Kazancı).

⁸⁴ “Çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren konularda vatandaş, belde veya semt sakini sıfatıyla dava açılabileceği Danıştay İçtihatlarıyla kabul edilmiştir.” Danıştay İDGK’nın 11.11.2004 tarih ve E.2004/741, K.2004/1854 sayılı kararı, (Kazancı).

⁸⁵ “42. Bireysel başvuruya konu olayda başvuruculara ait taşınmazların bulunduğu bölgeye çok yakın alanda yapılması planlanan RES üretim tesisi hakkında verilen ÇED gerekli değildir kararının uyuşmazlık konusu edildiği bir idari dava söz konusudur. Söz konusu idari işlemin iptali istemiyle açılan davada başvurucuların RES projesi kapsamına giren alanda taşınmaz sahibi olmadıkları, sadece vatandaş veya birey olmanın dava açma ehliyeti sağlamayacağı ve işlem nedeniyle menfaat ihlali bulunmadığı gerekçesiyle uyuşmazlığın esasının incelenmemesi nedeniyle başvurucuların mahkemeye erişim haklarına yönelik bir müdahalenin bulunduğu görülmektedir.” AYM, Kemal Çakır ve diğerleri [GK], B. No: 2016/13846, KT. 05.03.2020, § 42.

öne sürülen yatırımların yapıldığı alanın dışında kalan kişilerce dava açılmasının menfaat ihlali kapsamı dışında kalacağı, Anayasa'nın "çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir" hükmünü (md. 56) öngörmesine karşın, bu hakkın maksadınca uygun biçimde yorumlanması gerektiği, davaya konu (Proje-1) sahasında taşınmazları bulunmayan başvuru sahipleri yönünden yargı yerlerince varılan sonucun adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlâlüne yol açmadığı kanaatine varıldığı ifade edilmiştir. Kanaatimizce başvuruyu inceleyen bölümün vermiş olduğu ihlal kararı yerindedir. Çünkü başvuru sahiplerinin proje kapsamında olmamakla birlikte, projeden etkilenme potansiyelleri bulunduğu açıktır. İdari yargı yerince yapılan yargılamada dava açmaları imkânsız hâle getirilerek başvuru sahiplerinin mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahale, Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği gibi, orantısızdır.

2. Vergi Yükümlüsü Olanlar

Danıştay, vergi yükümlüsü olmayı iptal davası açabilmek için yeterli bir alaka olarak görmediği bir kararında⁸⁶, davacının vergi ödüyor olmasının her konuda kendisine sınırsız dava açma hakkı vermediğini ifade etmiştir. Davacı tarafından iptali istenen genelgeyle davacı arasında meşru, kişisel ve güncel bir menfaat bağı bulunmadığından davanın ehliyet yönünden reddine hükmedilmiştir.

Danıştay'ın aksi yönde bir kararında⁸⁷; katma değer vergisinin mükellefi konumundaki her bireyin nihai tüketici olması dolayısıyla vergi oranları ile ilgili olarak toplumun tümünü dolayısıyla da kendi menfaatini zedeleyen, kamu yararına ve hukuk devleti ilkesine aykırı olan düzenleyici işlemlere karşı dava açma hakkı bulunduğu bahsedilmiştir. Nihayetinde, davalı idarenin, davacıların menfaatleri bulunmadığı yönündeki defî yerinde görülmemekle işin esas incelenmesine geçilmiştir.

⁸⁶ Danıştay 10. Dairesi'nin E.1998/5840, K.1998/5848 sayılı kararı, ÇAĞLAYAN, Yargı, s. 461.

⁸⁷ Danıştay 7. Dairesi'nin 11.03.2003 tarih ve E.2001/4997, K.2003/555 sayılı kararı, (Kazancı).

Danıştay, vergi yükümlüsünün iptal davası bakımından ehliyet sahibi olup olmadığı, yani menfaatinin ihlal edilip edilmediği konusunda istikrarlı bir içtihada sahip değildir. Somut olaylar doğrultusunda değerlendirme yapılmaktadır. Kanaatimizce bu konuda bir içtihat oluşturmak zordur. Kamuyu ilgilendiren vergi oranlarının belirlenmesi, vergi yükümlülüğünün kapsamının genişlemesi ya da daralması gibi somut olaylar karşısında vergi yükümlülerinin menfaatlerinin ihlal edildiği ileri sürülebilir. Alman hukukunda iptal davası bakımından dava ehliyetini ifade eden “*sübjektif kamusal hak*” kavramının korunmaya değer bireysel menfaati ifade ettiğinden yukarıda bahsetmiştik. Bu kavram tam da bu tür vergisel işlemler bakımından anlam kazanmaktadır. Ancak kamuyu ilgilendiren bir yönü olmayan, tamamen birel bir işlemi ifade eden somut olaylar karşısında dava ehliyeti şartını genişletici uygulamamak gerekir.

3. İlgili Mahalli Birimde İkamet Edenler

Danıştay kararlarında, mahalli birimde yaşayanların, mahalli idarenin işlemlerine karşı dava açma ehliyetine sahip olduklarına hükmedilmektedir. Bu yöndeki değerlendirmelerde, tıpkı vatandaşlık sıfatında olduğu gibi “*kamu yararı kavramı*” ön plana çıkarılmaktadır. Belirli bir mahalli birimde yaşayan insanlar, kamu yararı güdülerek yapılan işlemlerin hukuka aykırı olmaları halinde iptallerini talep edebileceklerdir.

Vatandaş, belde veya semt sakini sıfatlarıyla çevrenin korunması, kültürel ve tarihi değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi “*kamu yararını yakından ilgilendiren konularda*” iptal davası açılabileceği Danıştay içtihatlarıyla kabul edilmiştir.⁸⁸ Danıştay, Bakanlar Kurulu’nun kamu yararını yakından ilgilendiren konular kapsamında bulunan turizm merkezi ilanına ilişkin kararına karşı aynı kentte yaşayan, belde sakini davacı tarafından açılan davayı kabul etmiştir.⁸⁹ Kamu yararını yakın-

⁸⁸ Danıştay İDGG’nın 11.11.2004 tarih ve E.2004/741, K.2004/1854 sayılı kararı, (Kazancı).

⁸⁹ “...davacıyla kamu yararını yakından ilgilendiren dava konusu karar arasında meşru, kişisel ve güncel menfaat ilgisinin olduğu açıktır. Nitekim Danıştay Altıncı Dairesince de, davacının turizm merkezi ilanına ilişkin karara karşı dava açma ehliyeti kabul edilmiştir. Düzenleyici işlem niteliğindeki bu işleme karşı dava açma ehliyeti bulunan bir kişinin, uygulama işlemini dava edemeyeceği düşünülmemeyeceğinden, Dairece inşaat ruhsatının turizm merkezi ilan işleminden bağımsız bir

dan ilgilendiren karar ile davacı arasında meşru, kişisel ve güncel bir menfaat mevcuttur.

Davacıların uyuşmazlık konusu çevre düzeni planı revizyonunun iptali istemiyle açtıkları davada, dava açmada öznel ehliyet şartı olan menfaat ihlalini belde sakini sıfatına değil mülkiyet iddiasına dayandırmaları nedeniyle, taşınmaz ile davacılar arasında mülkiyet bağı söz konusu olmadığından ve adli yargıda görülen ve henüz sonuçlanmayan mülkiyet çekişmesi dava açma hakkını sağlamayacağından, Danıştay 6. Dairesi'nce davacıların dava açma ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın ehliyet yönünden reddine hükmedilmiştir. Temyiz incelemesinde Danıştay İDGG, ilgili taşınmazları kapsayacak şekilde rekreasyon alanı belirlenmesine yönelik işlem ile davacılar arasında ciddi ve makul bir menfaat bağının bulunduğu açık olduğu ve davacıların sübjektif ehliyetinin varlığı sebebine dayanarak davanın esasının incelenmesi gerektiğine hükmederek, ilgili daire kararını bozmuştur.⁹⁰ İlk derece yargılamasında dayanan *“adli yargıda görülen ve henüz sonuçlanmayan mülkiyet çekişmesinin”* dava açma hakkı sağlamayacağı yönündeki değerlendirme, olayın idare hukuku bakımından varlığını göz ardı etmektedir. Adli yargıda görülen mülkiyet hakkı çekişmesi idari yargı bakımından ehliyet şartını etkilemeyecektir. Çünkü idari yargıdaki iptal davasında önemli olan kamu yararını ilgilendiren bir konuda menfaatin ihlal edilmiş olmasıdır.

Köy halkından olma da Danıştay kararlarına konu olmuş bir menfaat ihlali sebebidir. Karara konu olayda⁹¹, köy halkının mera harman

işlem olarak kabul edilmek suretiyle davacının bu işleme karşı dava açma ehliyetinin bulunmadığı sonucuna varılmasında isabet görülmemektedir.” Danıştay DDK'nın 25.01.1974 tarih ve E.1972/586, K.1974/80 sayılı kararı, ŞENOL, s. 153, dipnot 56.

⁹⁰ Danıştay İDGG'nın 13.06.1997 tarih ve E.1997/195, K.1997/400 sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Aynı yönde Danıştay 6. Dairesi'nin 11.03.2003 tarih ve E.2001/4997, K.2003/555 sayılı kararı, (Sinerji).

⁹¹ “...tüm köyün ve köylünün yaşama düzenini ve gelişimini ilgilendiren köy merasının sadece bir kişinin kullanımına verilmesi işleminin köy sakini davacının menfaatini ihlal ettiği gözetilmeksizin zilyetlik ya da mülkiyet ilişkisinden söz edilerek verilen davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin kararda isabet görülmemiştir.” Danıştay İDGG'nın 06.12.1996 tarih ve E.1995/396, K.1996/598 sayılı kararı, (Kazanıcı).

yeri olarak kullanımına tahsis edilen taşınmazların meralık vasfının kaldırılarak, tapuda hazine adına arsa olarak tescili yapılmış ve üçüncü şahsa ihale suretiyle satılmıştır. Yaşam düzenlerini etkilediğinden tüm köy sakinlerini ilgilendiren köy merasının sadece bir kişinin kullanımına verilmesi işlemi köy sakini davacının menfaatini ihlal ettiği gözetilmeksizin açılan dava ehliyet yönünden reddedilmiştir. İDGG, ilgili kararı bozmuştur.

İlgili kararlardan, Danıştay’ın mahalli birimde yaşayanlar ya da belde sakinleri konusunda genel kanaatinin sübjektif dava ehliyetlerinin bulunduğu yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Kanaatimizce menfaat kavramının, kamu yararı kavramı göz ardı edilmeyerek geniş yorumlanması yerindedir.

Mahalli idare (il) sakini sıfatının dava ehliyeti sağlamayacağı yönündeki mahkeme kararının, mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi, ihlal bulunduğu karar vermiştir.⁹² Başvurucuların ikamet ettiği ilde *ÇED olumlu* kararının iptali istemiyle açılan davada başvurucuların proje kapsamına giren alanda taşınmaz sahibi olmadıkları ve proje etki alanında bulunmamaları sebebiyle dava konusu işlemde menfaat ihlali bulunmadığı gerekçesiyle uyuşmazlığın esasının incelenmemesi nedeniyle başvurucuların mahkemeye erişim haklarına yönelik bir müdahalenin bulunduğu kararda ifade edilmiştir (Ş 38). Karar incelendiğinde, bireylerin hukuki durumu üzerinde birtakım etki ve sonuçlar doğuran, bireylerin menfaatlerini etkilediği açık olan konularda menfaat kavramını geniş yorumlamak gerektiğinin desteklendiği ve kamu yararı ile bireysel menfaatler arasında adil bir denge sağlanması gerektiği sonuçlarına varılmaktadır.

4. Topluluklar (Dernekler-Sendikalar-Meslek Kuruluşları-Siyasi Partiler)

Toplulukların iptal davası açmada ehliyet sahibi olmaları konusu çeşitli süreçlerden geçmiştir. Örneğin, dernekler önceleri sınırlı konularda menfaat sahibi sayılırken zamanla menfaat alanları genişlemiştir.

⁹² AYM, Arif Ekim ve diğerleri, B. No: 2016/9276, KT. 08.09.2020.

Baroların menfaat süjesi olarak kabulü de zaman içerisinde, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde genişlemiştir.

Dernekler, önceleri sadece doğrudan derneğe yönelik işlemler karşısında menfaat sahibi kabul edilirken; daha sonra, tüzüğünde açık bir düzenleme yer alıyorsa, derneklerin üyelerine yönelik işlemler karşısında da menfaat sahibi oldukları kabul edilmiştir. Danıştay bir kararında durumu şu şekilde açıklamıştır⁹³: Dava konusu yönetim kurulu kararı, dernek üyelerinin demokratik, ekonomik, sosyal ve özlük haklarını korumak amacıyla kurulan derneğin faaliyet alanına giren, dernek üyelerinin personel hukukundan kaynaklanan ve dernek kişiliğinin hak ve çıkarlarını ilgilendiren konulardan olduğundan, derneğin karara karşı dava açmakta menfaati bulunmaktadır. Davacı derneğin sübjektif ehliyetinin varlığı kabul edilmek suretiyle davanın esasının incelenmesi gerekmektedir.

Danıştay, ilgili Derneğin tüzüğünde belirtilen amaçları arasında *“hekimlerin haklarını korumak”* ifadesi yer aldığından, derneğin dava ehliyetine sahip olduğuna hükmetmiştir.⁹⁴ Başka bir kararda⁹⁵, davacı derneğin tüzüğünde ormanların yok edilmesini önleme amacı olmasına rağmen dava açma hakkından bahsedilmediğinden, derneğin menfaati olmadığına hükmedilmiştir. Karara göre, dernek tüzüğünde derneğin amaçlarının gerçekleştirilebilmesini teminen dava açma yolunun öngö-

⁹³ “...kendi üyelerinin hak ve menfaatlerini korumak amacıyla kanunla kurulmuş meslek birliklerinin yanında, belli amaçlarla kurulmuş dernek, vakıf gibi özel hukuk tüzel kişiliğini haiz sivil toplum örgütlerinin de, kuruluş amaçlarıyla sınırlı olmak üzere dava açmaları mümkündür...” Danıştay İDGG'nın 26.05.2000 tarih ve E.1999/390, K.2000/761 sayılı kararı, (Kazancı).

⁹⁴ “Veteriner Hekimleri Derneği Tüzüğü'nün 2.maddesinde derneğin, veteriner hekimler arasında toplumsal dayanışmayı sağlamak amacıyla kurulduğu derneğin ve bu amacı gerçekleştirebilmek için veteriner hekimlik mesleğinin halk yararına en iyi şekilde düzenlenmesini ve gelişmesini sağlamaya çalışacağı, veteriner hekimliğin ve veteriner hekimlerin sorunlarını çözümlenmeye çalışıp haklarını koruyacağı belirtildiğinden davacı derneğin, üyelerinin hukukunu korumak amacıyla dava açabileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle davalı idarenin, davacı derneğin dava ehliyeti bulunmadığı yolundaki iddiası yerinde görülmemiştir.” Danıştay 5. Dairesi'nin 27.11.1996 tarih ve E.1996/2, K.1996/3674 sayılı kararı, (Kazancı).

⁹⁵ Danıştay 8. Dairesi'nin 07.12.1999 tarih ve E.1999/2477, K.1999/7077 sayılı kararı, (Kazancı); Aynı yönde Danıştay 10. Dairesi'nin 27.09.2004 tarih ve E.2004/5645, K.2004/6431 sayılı kararı, (Kazancı).

rülmemiş olması, ormanların yok edilmesini önleme amacıyla derneğe sübjektif ehliyet tanımamaktadır. Ancak ormanların yok edilmesini önleme amacıyla dava açılabilmesi için doğası gereği olması gereken bir durum olduğundan kararın yerinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Kanaatimizce vatandaş sıfatını haiz olma da bu konuda yeterli alakayı kurmaktadır. Dernek tüzüğünde yer alan amaca hizmet eden konularda dava açma ehliyetinin olduğu kabul edilmelidir.

Sendikaların, üyelerini ilgilendiren işlemler hakkında dava açma ehliyetleri bulunmaktadır.⁹⁶ 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu madde 19/2, f ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 26/2'ye göre sendikalar üyelerini temsil eden dava açabilir. Danıştay'a göre, çalışma hayatında iktisadi ve sosyal hak ve menfaatlerin geliştirilmesi ve korunması amacıyla kurulmuş olan sendikaların ilgili yasa hükümlerinde yer alan hususlara ilişkin davalarda sübjektif dava ehliyeti bulunmaktadır. Olayda, sendikanın iptalini istediği Yem Fabrikasını içeren satış işlemi gerçekleşmeden söz konusu fabrikaların çalışanlarına satılması konusunda önerilerde bulunulmuş, ancak öneriler ihaleden önce değerlendirilmemiştir. Davacı sendikanın üyelerini ilgilendiren bu işlemin iptali hususunda menfaat ihlali bulunduğu davanın ehliyet yönünden reddedilmesinde Danıştay hukuki isabet görmemiştir.⁹⁷ Sendikaların tüm üyelerini ilgilendirmeyen işlemlere karşı dava ehliyetine sahip olmadığına ilişkin de açık bir Danıştay kararı bulunmaktadır.⁹⁸ Kararda, sendikanın kendi üyeleri arasındaki rekabete ilişkin konularda sübjektif dava ehliyetine sahip olmadığı belir-

⁹⁶ Sendikaların sübjektif dava ehliyetine ilişkin detaylı bilgi için bkz. KAYA, Cemil, “Danıştay Kararları Işığında İptal Davaları Açısından Sendikaların Sübjektif Dava Ehliyeti”, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara, 2009, s. 1215 vd.

⁹⁷ Danıştay 10. Dairesi'nin 21.05.1996 tarih ve E.1995/4319, K.1996/2743 sayılı kararı, (Kazancı).

⁹⁸ “...sendikalar, üyelerinin genel ekonomik yararlarını ve çalışma koşullarını ilgilendiren konularda dava açabilirler, kendi üyeleri arasındaki rekabet içerikli ekonomik konularda sendikanın dava açabileceği düşünülemez. Davacıya ait ekmek fırınına Konak Belediyesince verilen çalışma izni konusunda, Türkiye Ekmek Sanayi İşverenler Sendikasının üyelerinin genel menfaatinin zedelendiğini ve bu nedenle de izin işlemine karşı iptal davası açma ehliyeti bulunduğunu kabul etmeye olanak yoktur.” Danıştay 8. Dairesi'nin 09.03.1992 tarih ve E.1991/917, K.1992/438 sayılı kararı, (Sinerji); ÇAĞLAYAN, Yargı, s. 467.

tilmiştir. Tüm üyelerini ilgilendiren konularda, kurulma amacı çalışma hayatında iktisadi ve sosyal hak ve menfaatlerin geliştirilmesi ve korunması olan sendikaların dava ehliyetinin bu amaçlar doğrultusunda oldukça esnek, geniş yorumlanması yerindedir.

Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesi gereği avukatlığın amacı, hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını sağlamak olduğundan, genele yönelik işlemlere karşı dava açma bakımından baroların subjektif ehliyetlerinin olduğunu yargı kararlarında savunulmaktadır. Bu savunma haklı ve yerindedir. Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesinde Baroların tanımı yapılırken mesleğe ilişkin görevleri dışında hukukun üstünlüğü ile insan haklarını savunmak ve korumak görevlerine vurgu yapılmaktadır. Baro yönetim kurulunun görevlerini düzenleyen 95. maddede ise, hukukun üstünlüğü ile insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramları işlevsel kılmak sayılmaktadır. İptal davası, sayılan bu görevleri yerine getirmenin en etkili yoludur. Bu nedenle hukukun üstünlüğü ve insan haklarının sağlanması ve korunması noktasında Baroların dava ehliyetinin varlığı kabul edilmekle kalmamalı⁹⁹, mümkün olduğunca geniş yorumlanmalıdır.

Meslek kuruluşlarının dava ehliyetleri bakımından Danıştay'ın istikrarlı bir içtihadından bahsedilemeyeceği de son dönemde özellikle Baroların açıkları davalarda menfaat ihlali kavramının, olması gerektiği gibi, geniş yorumlandığını görüyoruz. Örneğin, Danıştay YÖK'ün katsayı kararına karşı İstanbul Barosu tarafından açılan davada, İstanbul Barosu'nun menfaatinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁰⁰ Karara göre, Avu-

⁹⁹ YÜCESOY, s. 67.

¹⁰⁰ Danıştay 8. Dairesi'nin 20.11.2009 tarih ve E.2009/6890 sayılı kararı, (Kazancı). Danıştay 8. Dairesi, İstanbul Barosu'nun YÖK'ün katsayı işlemine yönelik bir başka kararına karşı açtığı davada; "...İptal davalarındaki subjektif ehliyet koşulu, doğrudan doğruya hukuk devletinin yapılandırılmasına ve sürdürülmesine ilişkin bir husustur. Dolayısıyla kişisel menfaat ihlali kavramının, idari işlemlerin hukuka uygunluğunun iptal davası yoluyla denetlenmesini engellemeyecek bir biçimde anlaşılması gerekmektedir. Bireylerin ve sivil toplum kuruluşlarının menfaat ilgisini kurdukları idari tasarrufları, iptal davası yoluyla idari yargı önüne getirmelerinin, idarenin hukuka uygunluğunun yargısal denetiminin sağlanmasıyla "Hukuk Devleti"nin gerçekleştirilmesine hizmet edeceği; soruna bu açıdan bakıldığında, idari yargıya özgü bir dava türü olan "iptal davası"nın açan gerçek veya tüzel kişilerin, dava açmakla ulaşmak istediği amaç bakımından klasik anlamda "davacı"dan fark-

katlık Kanunu'nun 76. maddesinde; baroların, hukukun üstünlüğünü savunmak ve korumakla görevli olduğu belirtildiğinden, sadece kendi meslek grubunu ilgilendiren iş ve işlemler açısından hukuki görev ve sorumlulukları bulunduğu savunulamaz. Davaya konu YÖK uygulamasının, hukuk düzeni üzerindeki etki ve sonuçları dikkate alındığında, baroların ilgili kanunlarında belirlenen görevleri kapsamında İYUK'un 2. maddesi kapsamında iptal davası açmak için aranan menfaat ihlali şartının varlığından söz edilebileceğinden, davalı YÖK Başkanlığı'nın davacı İstanbul Barosu Başkanlığı'nın dava açma ehliyeti bulunmadığı yolundaki itirazı yerinde görülmemiş ve işin esas incelemesine geçilmiştir. Davada verilen yürütmenin durdurulması kararına karşı İDDK'ya yapılan itirazda Kurulca, Baroların dava açma ehliyetine sahip olması tartışılmış ve menfaat kavramı Avukatlık Kanunu md. 2 gereğince geniş yorumlanmıştır.¹⁰¹

lı olduğu tartışmasızdır. Aksi yönde bir anlayış, iptal davasının önkoşullarından olan "menfaat ihlali"ni "hak ihlali"ne yaklaşan bir tarzda yorumlama sonucu yaratır ki, bu durumun ne idari yargının varlık nedeni ile ne de yasa koyucunun amacı ile bağdaşmayacağı açıktır..." şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz. Danıştay 8. Dairesi'nin 27.01.2010 tarih ve E.2010/2 sayılı kararı, (Kazancı); Baroların iptal davası açma ehliyetinin kendisini ilgilendirmeyen işlemlere ilişkin olması halinde kabul edilmesi doktrinde eleştirilmektedir. Çağlayan, eğitim hizmetlerine ilişkin idari işlemle baroların kişisel menfaat ilişkisi bulunmadığından dava açamamaları gerektiğini savunmaktadır. Bkz. ÇAĞLAYAN, Yargı, s. 469-470.

¹⁰¹ “Davacı Baro olduğuna göre, kişisel menfaat ihlali kavramının Barolar yönünden değerlendirilmesine gelince; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesinde; baroların avukatlık mesleğine mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, avukatlık mesleğinin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak amacıyla kurulmuş meslek kuruluşları olduğu belirtilmiş iken 10.5.2001 günlü, 24398 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4667 sayılı Yasa ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesinde değişiklik yapılarak; Barolar, avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak, meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olarak tanımlanmış, aynı Yasanın Baro Yönetim Kurulu'nun görevlerinin düzenlendiği 95. maddesine yine 4667 sayılı Yasayla eklenen 21. bentte de, yönetim kurulunun, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmakla görevli olduğu belirtilmiştir. 1136 sayılı Yasa'nın 76. ve 95/21. maddelerinde yapılan ve yurtdışı açıklanan yasal değişiklikten sonra Baroların; mesleki bir örgüt olmanın öte-

Buna karşın, İzmir Barosu'nun, Adli ve İdari Yargı hâkim ve Cumhuriyet savcıları ile diğer görevlilerine ödenecek yol tazminatının ödeme usul ve esaslarının yeniden düzenlenmesine ve ilgili yol tazminatına sınırlama getiren yasal düzenlemelerin açıklanmasına ilişkin genelgenin iptali talebi karşısında Danıştay, meşru ve kişisel bir menfaatinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.¹⁰² Bu kararda hukuk kurallarının doğru uygulanması amacı çerçevesinde Baronun menfaatini göz önünde bulundurmamıştır.

Rize İdare Mahkemesi 20.09.2016 tarihli kararında¹⁰³, Cerattepe Bakır Madeni, Kıрма Eleme Tesisi ve Teleferik Hattı projesine yönelik ÇED olumlu raporuna karşı açılan davada, Türkiye Barolar Birliği'nin ve Artvin Barosu'nun menfaat ihlali bulunmadığına hükmetmiştir. Gerekçe olarak, kuruluş amacının esas aldığı faaliyet alanında üyelerinin ve temsil ettikleri kişilerin ortak hak ve çıkarlarını korumak olduğu anlaşıldığı, ancak faaliyet alanları arasında çevre ve doğanın korunması, güzelleştirilmesi, daha sağlıklı ve yaşanabilir hale getirilmesinin bulunmadığı, çevrenin ve ekosistemin tahrip edilmesinin, biyolojik çeşitliliğin azalmasının, ekolojik dengenin bozulmasının baroların sadece tüzel kişilikleri açısından kuruluş amaçlarını olumsuz etkilemeyeceği, dolayısıyla tüzel kişiliklerin menfaatini ihlal etmeyeceği sonucuna varılmıştır. Bu kararda, Baroların hukukun üstünlüğünü koruma ve sağlama görevleri tamamen göz ardı edilmiştir.

Barolar açısından menfaat kavramının olması gerektiği gibi geniş yorumladığı yakın tarihli bir Danıştay kararına da yer vermek isteriz. Danıştay İDDK, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün 19.11.2015 tarihinde sosyal medya üzerinden yayınladığı, uçak altı kilitli bagajların

sinde hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak gibi bir işlev yüklenmesi nedeniyle diğer meslek örgütlerinden farklı bir konuma sahip olduğu açıktır." Danıştay İDDK'nın 10.12.2009 tarih ve Y.D. İtiraz No: 2009/1015 sayılı kararı için bkz. <http://www.memurlar.net/haber/155751/>, (09.01.2021).

¹⁰² "...davacı Baro'nun doğrudan, kişisel ve meşru bir menfaatinin olmadığı, dolayısıyla bu konuda dava açma ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle, davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir." Danıştay İDDK'nın 22.10.2009 tarih ve E.2006/4705, K.2009/1863 sayılı kararı, (Kazancı).

¹⁰³ Rize İdare Mahkemesi'nin 20.09.2016 tarih ve E.2015/470 K.2016/485 sayılı kararı, (Kişisel Arşiv).

gerektiğinde güvenlik birimlerince kilitlerinin kırılarak açılmak zorunda kalındığı ve içine not konulduğu, uçak altı bagajları güvenlik sebebiyle güvenlik birimlerince incelenebileceğinden, bagajların kilitlenmemesi gerektiğinin duyurulmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle temyizden incelediği davada¹⁰⁴, menfaatin özelliklerinden bahsettikten sonra, menfaatin kişisel olmasının, idari işlemin mutlaka davacı hakkında tesis edilmiş olması sonucunu doğurmadığını belirtmiştir. Kurula göre, sözü edilen menfaat ilişkisinin varlığı ve sınırları davacının gerçek kişi, tüzel kişi, belde sakini olması gibi çeşitli hususlar dikkate alınmak suretiyle ve her olayda yargı yerince uyuşmazlığın niteliği göz önünde tutularak belirlenmelidir. Davacının kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan bir Baro olduğu ve bu sıfatı gereği bu kurumların kuruluş kanunlarında gösterilen amaçlar doğrultusunda dava açma ehliyetinin bulunduğu belirtilmiştir. Öte yandan baroların; mesleki bir örgüt olmanın ötesinde hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak gibi bir işlev yüklenmesi nedeniyle diğer meslek örgütlerinden farklı bir konuma sahip olduğu vurgulanmıştır. Hukukun üstünlüğünü koruma görevi ve yükümlülüğü bulunan davacı Baro Başkanlığının, dava konusu düzenlemenin niteliği gereği dava açma ehliyeti bulunmakta olup, işin esasının incelenmesi suretiyle bir karar verilmesi gerektiği sonucuna varıldığından, davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin Daire kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile ilgili olarak Danıştay, TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası'nın İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin Ümraniye Dudullu Kavşağı Köprü Kavşak ve Yan Yolları Düzenlemesi İnşaatı İhalesinin iptali istemiyle açtığı davanın temyiz incelemesinde, ilk derece mahkemesinin aksine menfaat ihlali bulundu-

¹⁰⁴ “Danıştay kararları ışığında konuya bakıldığında; Avukatlık Kanunu'nda yapılan değişiklikten sonra açılan davalarda dava açma ehliyetinin bulunup bulunmadığı saptanırken, iptal davasının genel amacının yanı sıra dava konusu idari işlemin, hukukun üstünlüğünü, hukuk devleti ilkesini, genel kamu yararı, Anayasa ile koruma altına alınan eşitlik, kişinin dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, kanunsuz suç ve ceza olamayacağı gibi temel insan haklarını ihlal edip etmediğine ve yargı kararlarının uygulanmaması veya geçersiz kılınması gibi hukuk devleti ilkesini zedeleyen bir durumun olayda söz konusu olup olmadığına bakılarak menfaat ilgisinin olaya özgü, ancak daha geniş yorumlandığı görülmektedir.” Danıştay İDDK'nın 23.12.2020 tarih ve E.2020/1033, K.2020/3395 sayılı kararı, (Legalbank).

ğuna hükmetmiş ve ilk derece mahkemesinin ehliyet yönünden reddine ilişkin hükmünü bozmuştur.¹⁰⁵ Danıştay kararında, dava konusu, davacı Odanın meslek sınıfına ait bir iş olan yapım işinin ihalesi olduğundan ve ihaleye çıkarma işleminin ilan edilmemesi mevzuata aykırı olduğundan; meslek kurallarını, şehircilik ilkelerini ve nihayetinde kamu yararını ihlal ettiği iddialarıyla iptal davasının açıldığı anlaşıldığından, davacı Odanın dava konusu işlem nedeniyle menfaatinin ihlale uğradığı sonucuna varılmıştır.

Siyasi partilerin, parti tüzüklerinde yer alan amaçlar doğrultusunda dava ehliyetine sahip oldukları söylenebilir. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu madde 15/3'te dava açma yetkisi, genel başkana veya parti tüzüğünün başkanının yerine bu yetkileri kullanmak üzere gösterdiği parti merciine verilmiştir. Hanönü Orman İşletme Müdürlüğü'nün kapatılmasını içeren bir Bakanlar Kurulu kararının ilgili kısmının iptali talebiyle açılan davada¹⁰⁶, CHP Hanönü ilçe temsilciliğinin dava ehliyeti olmadığına hükmedilmiştir. Karara göre, tüzükte dava açma yetkisi genel sekretere verilmiştir ve ilçe temsilciliği yetkisizliği nedeniyle dava açamamaktadır. Dava konusu işlemle siyasi parti arasında bir menfaat alakasızlığından bahsedilmemiş, dava açma yetkisinin genel sekretere verildiği vurgulanmıştır. CHP Tüzüğü'nün 36. maddesinde, partiyi genel başkanın temsil edeceği, genel başkanın yokluğunda ise genel başkan yardımcılarında birini görevlendireceği düzenlenmiştir. 39. maddede ise genel sekreterin, genel başkanlık adına partiyi mahkemelerde temsil edeceği, yokluğunda genel başkanın onayıyla görevlendirilecek bir genel sekreter yardımcısının kendisine vekâlet edeceği düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, parti adına dava açma ve davaya taraf olma yetkisi

¹⁰⁵ “Danıştay içtihatlarında, ihaleye katılmayan ve ihale ile herhangi bir ilgisi kurulmayan gerçek ve tüzel kişilerin ihaleden dolayı menfaatinin ihlal edilmediği, dolayısıyla bunların ihale işlemlerinin iptali istemiyle açtığı davalarda, kural olarak, dava açma ehliyetinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, ihalenin iptali istemiyle açılan davada, davacının kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olması halinde, dava açma ehliyeti konusunun Danıştay kararlarında, davacının faaliyet alanı ile ihale işlemi arasında bir menfaat ilgisi kurulup kurulamayacağı yönünden incelendiği anlaşılmaktadır.” Danıştay İDDK'nın 18.06.2009 tarih ve E.2009/1356, K.2009/1679 sayılı kararı, (Kazancı).

¹⁰⁶ Danıştay İDDK'nın 11.04.2008 tarih ve E.2007/2206, K.2008/1184 sayılı kararı, (Kazancı).

genel sekretere ait olduğundan, CHP Hanönü İlçe Başkanlığını temsilen ilçe başkanınca dava açılmasında sübjektif ehliyet şartı olan menfaat ihlali gerçekleşmemiştir. Parti tüzüğünde dava açma ehliyeti belli kişilere verildiğinden bu durumun göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Söz konusu olayda mesele partinin dava ehliyeti değil, dava açma konusunda yetkilendirilmemiş kişinin partiyi temsil edemeyecek oluşudur. Kararda, menfaat ihlali kavramının yorumlanması bakımından herhangi bir sorun söz konusu değildir.

Bir başka kararda ise, parti ilçe teşkilatının imar planı yapılmasına ilişkin işlemle kişisel bir menfaat ilişkisi kurulamamıştır.¹⁰⁷ Uyuşmazlığa konu imar planının iptali istemiyle açılan davada, faaliyet konusu itibarıyla şehirleşme ve imarla ilgisi bulunmayan parti ilçe teşkilatının, imar planı hazırlanmasına ilişkin işleme karşı sübjektif dava ehliyetinin bulunmadığı, dolayısıyla menfaat ihlalinin söz konusu olmadığı sonucuna varıldığından, temyiz merci olan Danıştay İDDK, idare mahkemesince davanın esasının incelenmesi suretiyle verilen kararın isabetli olmadığına hükmetmiştir. Olayda, sübjektif dava ehliyeti olan menfaat ihlali gerçekleşmediğinden davanın reddedilmesi gerektiği belirtmiştir.

Toplulukların iptal davası açma ehliyetine sahip olup olmadıkları değerlendirilirken, ilgili kararlara göre, esas alınacak birtakım ölçütler vardır. İlk ölçüt, topluluğun hukuka uygun olarak kurulmuş olmasıdır. Hukuka uygun biçimde kurulmayan dernekler, sendikalar ve benzeri kuruluşlar tüzel kişilik kazanamadıklarından ve bu nedenle hak ehliyeti sahibi olmadıklarından dava ehliyetleri de olmayacaktır. Sübjektif dava ehliyetinin önkoşulu objektif dava ehliyetidir. İkinci ölçüt, üyelerine yönelik işlemlere karşı dava açabileceğine ilişkin topluluk tüzüklerinde açık bir düzenlemenin yer almasıdır. Son ölçüt ise, işlemin kendi faaliyet alanlarıyla ilgili olmasıdır. Nihayetinde toplulukların, dayandıkları mevzuatta öngörülen amaçları gerçekleştirmek adına açtıkları davalarda, dava ehliyetlerinin geniş yorumlanması gerekir.

¹⁰⁷ Danıştay İDDK'nın 19.10.2001 tarih ve E.2000/954, K.2001/683 sayılı kararı, (Kazanıcı).

5. Platformların Menfaat Grubu Oluşturma Sorunsalı

Son dönemlerde toplantı ve gösteri yürüyüşleri, toplumsal eylemler ve özellikle Gezi eylemleri sonrasında “platform” kavramıyla sık karşılaşmaktayız. Gezi eylemleri¹⁰⁸ sırasında yapılan gösteriler, düzenlenen forumlar Taksim Platformu¹⁰⁹ gibi çeşitli platformların öncülüğünde gerçekleştirilmiştir. Bu çerçevede, platformların hukuki niteliğine bakarak, yapılan idari işlemler sebebiyle menfaatlerinin ihlal edildiğini söylemek mümkün müdür, bu başlıkta bu soruya yanıt aranacaktır.

Platformların hukuki niteliğine ilişkin değerlendirme yapabilmek için öncelikle hukuki bir tanımlamasının yapıp yapılmadığını tespit etmek gerekir. Dernekler Kanunu md. 2/f’de platformun tanımı yapılmaktadır. Maddeye göre, plâtfom, derneklerin ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere kendi aralarında ya da vakıf, sendika ve benzeri sivil toplum kuruluşlarıyla aralarında oluşturdukları, girişim, hareket vb. isimlere sahip “tüzel kişiliği bulunmayan” geçici nitelikteki birlikteliklerini ifade eder.

Dernekler Kanunu’nun “Platform Oluşturma” başlıklı 25. maddesinde ve Dernekler Yönetmeliği’nin “Platformlar” başlıklı 94. maddesinde; derneklerin, amaçlarıyla ilgili olan ve kanunlarla yasaklanmayan alanlarda, diğer başka dernek, vakıf, sendika vb. sivil toplum kuruluşlarıyla ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere platformlar oluşturabileceği düzenlenmiştir. Platformların oluşturulabilmeleri için derneklerin yetkili organları tarafından alınacak kararlarda, derneği temsil etmek üzere görevlendirilecek kişi veya kişilerin belirlenmesi gerekir. Platform, temsilciler tarafından düzenlenecek bir mutabakat tutanağı ile faaliyete başlayabilir. Mutabakat tutanağında, platformun oluşturulma amacı, çalışmaların yürütüleceği yerleşim yeri ile yönetim grubu üyeleri ve koordinatörünün isimleri belirtilir.

¹⁰⁸ İstanbul Büyükşehir Belediyesi’nin “Taksim Yayalaştırma Projesi” kapsamında Gezi parkının yerine Topçu Kışlası görünümünde bir alışveriş merkezinin yapılması kararı karşısında vatandaşların tepki göstermesiyle başlayan süreç, kısa zamanda büyümüş ve ülkenin her yerinde eylemler yapılmaya başlanmıştır. 27.05.2013 tarihinde ağaçların kesilmesini önlemek amacıyla yaklaşık 50 kişi tarafından gezi parkına çadırlar kurulması ile başlamıştır.

¹⁰⁹ Taksim Platformunu oluşturan bileşenler için bkz. <http://taksimdayanisma.org/bilesenler>, (09.01.2021).

Dernekler Kanunu’nun 2. maddesinde platformların tüzel kişiliği haiz olmadıkları açıkça belirtilmiştir. Tüzel kişiliği olmadığından platformların, resmi makamlar önünde işlem yapma, talepte bulunma hakları yoktur.¹¹⁰ Çünkü tüzel kişiliğe sahip olmayan platformların hak ehliyeti bulunmamaktadır.¹¹¹ İngiliz ve Fransız hukukunda kişilik sahibi olmak dava ehliyeti bakımından aranan bir şart değildir.¹¹² Ancak bizim hukukumuzda hak ehliyetinin doğması için tüzel kişiliğe sahip olmaları gerekir.¹¹³ Platformların tüzel kişiliğinin bulunmuyor oluşu, platformların objektif ehliyete, dolayısıyla davaya taraf olma ehliyetine sahip olmadıkları anlamına gelir. Objektif ehliyete sahip olmadıklarından, platformların sübjektif ehliyet değerlendirmesini yapmaya gerek yoktur.

Platformlarca hukuka aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği düşünülen işlemler aleyhine, platformları oluşturan ve tüzel kişilik sahibi olan dernekler, vakıflar, sendikalar ya da siyasi partiler gibi sivil toplum kuruluşlarının dava açma ehliyetinden söz etmek gerekir. Ve bu gibi toplulukların sübjektif ehliyetlerini de geniş yorumlamak gerekir. Örneğin, İstanbul Büyükşehir Belediyesi’ne ait “*Taksim Yayalaştırma Projesi*”

¹¹⁰ “Platform olarak düzenlenen etkinliklerde “platform” adının kullanılması ve basın ya da kamuoyuna yönelik çağrının bu şekilde yapılması mümkündür. Ancak, platformun tüzel kişiliği bulunmadığı için, örneğin resmî makamlara yönelik izin gerektiren faaliyetlerde, platformu oluşturan sivil toplum kuruluşlarının bizzat kendilerinin imzası ile resmî işlemler yürütülebilir.” YALÇIN, Abbas/ÖZ, Yasemin, Sivil Toplum Kuruluşları İçin Hukuk Rehberi, Odak Ofset Matbaacılık, 2. Baskı, Ankara, 2011, s. 242, <https://www.stgm.org.tr/sites/default/files/2020-08/sivil-toplum-orgutleri-icin-hukuk-rehberi.pdf>, (10.01.2021).

¹¹¹ SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 503.

¹¹² Örneğin, Özay, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi’nin menfaat kavramını oldukça geniş yorumladığı bir kararından bahsetmektedir. Kararda, bir akarsu üzerine inşa edilecek elektrik santrali için verilmiş bulunan izin konusunda kendilerinin görüşü alınmadığı için yargı yoluna başvuran sanatçı, aydın, bilim adamı gibi kişilerin oluşturdukları “fiili dernek” tarafından yapılan başvuruyu kabul etmiştir. ÖZAY, s. 152-153.

¹¹³ “Tüzelkişiler, hukuk düzeninin kişilik tanıdığı örgütlerdir. Bunların, doğrudan muhatabı olmadıkları birel işlemlere karşı iptal davası açması özel olarak ele alınmalıdır. İngiliz ve Fransız hukukunda, bu konu, tüzelkişilikleri de aşar şekilde, tüzelkişiliğe sahip olmayan örgütlenmeleri de kapsam üzere kolektiviteler üzerinden ele alınmakta, sadece çıkarların takibi olarak değil, bireylerin örgütlenerek yönetime katılma niyetinin bir aracı olarak düşünülmektedir.” KARAHANOGULLARI, “İlgi Bağı Sorunu”, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/ilgibagi.htm>.

kapsamında Gezi parkının yerine Topçu Kışlası görünümünde bir alış-veriş merkezinin yapılması kararına karşı Taksim Platformu'nda yer alan "*Taksim Gezi Parkı Koruma ve Güzelleştirme Derneği*" tarafından dava açılmıştır.¹¹⁴ Dava, İstanbul 6. İdare mahkemesince ehliyet yönünden kabul edilmiş, ancak dava konusu işlemde hukuki isabetsizlik görülmediğinden dava reddedilmiştir.

IV. SONUÇ

İptal davasının sübjektif ehliyet koşulu olan menfaat ihlali kavramı, geniş yorumlandığında iptal davasının uygulanma alanını genişleten bir kavramdır. İptal davasının uygulama alanının genişlemesi ise, Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmenin en etkili yoludur. Dolayısıyla yargı yerleri tarafından menfaat kavramının geniş yorumlanmasıyla hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet edilecektir.

İptal davası açabilmek için İYUK'un 2. maddesinde aranan menfaat ihlali şartının kapsamı yargı yerlerinin değerlendirmeleri ile belirlenmektedir. Somut olaylara göre yargı yerleri davacının menfaatinin ihlal edilip edilmediğine hükmetmektedir. Menfaat ihlali şartı, aslında iptal davası açabilmeyi sınırlandırmaktadır. İptal davasında amaç, idarenin hukuka aykırı işlemlerinin iptal edilerek hukuk âleminden çıkarılmasını sağlamak olduğundan ve bu durum herkesin menfaatini ilgilendirdiğinden dava açabilme ehliyetinin sınırlandırılmaması gerekir. Ancak herkesin dava açabilmesi halinde, idari yargı yerleri altından kalkamayacakları bir iş yüküyle karşı karşıya kalacaktır. Öte yandan ciddi, makul ve güncel bir menfaati ihlal edilsin edilmesin herkesin dava açması, idarenin yargısal denetimin sağlıklı işlemesine engel olacaktır. İdarenin herkes tarafından dava tehdidi altında kalması, idarenin işleyişini ve kamu hizmetlerinin görülmesini aksatacaktır. Bu nedenlerle, hukuk devleti ilkesine zarar vermeden, dava açma ehliyetine makul ölçülerde sınırlama getirilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Sübjektif dava açma ehliyetinin var olup olmadığını değerlendirebilmek için içtihatlarda menfaat kavramı bakımından bazı ölçütlerin

¹¹⁴ <https://t24.com.tr/haber/gezi-parkina-topcu-kislasi-projesine-iptal-davasina-danistaydan-ret,340357>, (14.01.2021).

esas alındığı görülmektedir. Ehliyetin varlığı için menfaatin meşru, güncel ve kişisel olması aranmaktadır. Söz konusu ölçütleri içeren bir menfaate sahip olan kişinin, ilgili işlemin iptalini isteyebileceği kabul edilmektedir. Aranan ölçütler, hak kavramından daha geniş bir koruma alanını ifade eden menfaat kavramı ile bağdaşmaktadır. Bu ölçütlerden meşruluk ve güncellik kolay belirlenebilir olmakla birlikte, kişisellik ölçütü kolay belirlenebilir değildir. Yargı yerlerinin değerlendirmelerinde, menfaat kavramı kişisellik ölçütü çerçevesinde geniş ya da dar yorumlanabilmektedir. Kişisellik ölçütü, işlemin herkesle alakasını kurmamakla birlikte, menfaati zarara uğrayan kişiler ya da topluluklar bakımından geniş yorumlanmalıdır. Menfaat kavramı bu ölçüt bakımından esnetilmelidir.

Menfaat kavramının yargı yerlerince dar yorumlanması sonucu, adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurular yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu yöndeki kararlarında, menfaat kavramının somut olayın nitelikleri de göz önünde bulundurularak geniş yorumlanması ve kamu yararı ile bireysel menfaat arasında adil bir denge kurularak kişinin menfaatinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Mahkemenin değerlendirmelerinden çıkardığımız sonuç, idari yargıda sübjektif ehliyet koşulu olan menfaat ihlali kavramının yorumlanmasında kişilerin hak arama özgürlüklerinin kısıtlanması sonucu doğurup doğurmayacağının dikkate ele alınması gerektiğidir. İdari yargı alanında iptal davası açabilmek için menfaati ihlalinin varlığının yeterli sayılması, hak arama özgürlüğü lehine bir düzenlemedir. Bu çerçevede, menfaat konusundaki sınırları aşmayan geniş yorum, mahkemeye erişim hakkını ve dolayısıyla adil yargılanma hakkını koruyacaktır.

Sonuç olarak, menfaat kavramı, kişisel hak ihlaline varacak kadar dar ya da idarenin denetimini zorlaştıracak, üstesinden gelinmez hale getirecek kadar geniş yorumlanmamalıdır. Hukuki kişilik sahibi olmayan topluluklar bakımından menfaat kavramını geniş yorumlama tartışması yapmak elbette mümkün olmayacaktır. İncelendiği üzere, platformların kişiliğe sahip olmamaları, menfaat tartışmasını objektif ehliyet konusuyla sınırlamaktadır. Objektif ehliyet koşulunu sağlayamayan

platformlar bakımından sübjektif ehliyet tartışması yapmak mümkün olmayacaktır.

KAYNAKLAR

- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2020. (İdare)
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2020. (Yargı)
- AKYÜREK, Akman, “Danıştay Kararlarında İptal Davalarının Menfaat İhlali Koşulunun Kişisellik Unsuru”, Danıştay Dergisi, Sayı 80-81, s. 29-45.
- ALAN, Nuri, “İptal Davasının Ön ve Esastan Kabul Şartları”, Danıştay Dergisi, Sayı 50-51, 1983.
- ALTUNDİŞ, Mehmet, “İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007 (69), s. 339-376.
- ATAY, Ender Ethem, Hukuk Başlangıcı, Gazi Kitabevi, 8. Baskı, Ankara, 2020.
- ATAY, Ethem Ender, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2018. (İdare)
- BİLGİN, Hüseyin, “Danıştay Kararları Işığında İptal Davalarında Menfaatin Güncel Olması”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 30, 2009, s. 137-150.
- COŞKUN, Şenol, “İptal Davalarında Menfaat İhlali Koşulu”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 5, Sayı 46, 2010, s. 139-158.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, 2019. (Yargı)
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınları, 7. Baskı, 2019. (İdare)
- CHAPUS, René, Droit du Contentieux Administratif, Paris, 2002.
- ÇELİKKOL, Hüseyin, “İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet”, Adalet Dergisi, Yıl 76, Sayı 3, Mayıs- Haziran 1985, s. 749-770.
- Danıştay Altıncı Daire Kararları (1965-1977), Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 1979.
- DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2956, İstanbul, 1982.

- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- ERKUT, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Başkanlığı Yayını, Ankara, 1990.
- ERTÜRK, Ahmet Çetin, Fransızca-Türkçe Türkçe-Fransızca Bilge Büyük Sözlük, Öz-El Matbaası, Ankara, 2002.
- GÖÇGÜN, Faruk, İptal Davasında Sübjektif Ehliyet Koşulu Olarak Kişisel Menfaat Unsuru, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2016.
- GÖKALP ALICA, Süheyla Suzan, “Çevrenin Korunmasına İlişkin İptal Davalarında Kişisel Menfaat Kavramı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2018 (139), s. 165-220.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2010.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2013.
- KAPLAN, Gürsel, “İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet Sorunu Üzerine Düşünceler”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/2, s. 23-54.
- KARAHANOGULLARI, Onur, “Birel İşleme Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Sorunu”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 62, Sayı 3, s. 201-233, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/ilgiba gi.htm>, (09.01.2021).
- KARAHANOGULLARI, Onur, Türkiye’de İdari Yargı Tarihi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- KARAHANOGULLARI, Onur, “İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, Mülkiye Dergisi, Cilt 35, Sayı 270, 2011, s. 43-64.
- KAYA, Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

- KAYA, Cemil, “İptal Davalarında (Kişisel) Menfaat İhlalinin Genişlemesi: İktisadi Rekabet”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt LXVI, Sayı 2, 2008, s. 273-284.
- KAYA, Cemil, “Danıştay Kararları Işığında İptal Davaları Açısından Sendikaların Sübjektif Dava Ehliyeti”, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara, 2009, s. 1215-1250.
- KOÇAK, Mustafa, “Hukuk Devleti Kavramı Açısından İptal Davasında Menfaat İhlali ve Hak İhlali Koşulu”, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 10, Sayı 1-3, 1996, s. 117-147.
- OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları (Cilt III), İsmail Akgün Matbaası, 3. Bası, İstanbul, 1966.
- ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma, On İki Levha Kitabevi, İstanbul, 2010.
- ÖZDEK, Yasemin, “İptal Davasında Menfaat Koşulu”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, 1991, s. 99-115.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil, İdare Hukuku Ders Notları, Ankara, 1977.
- SEZGİNER, Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- YALÇIN, Abbas/ÖZ, Yasemin, Sivil Toplum Kuruluşları İçin Hukuk Rehberi, Odak Ofset Matbaacılık, Ankara, Haziran 2011, <https://www.stgm.org.tr/sites/default/files/2020-08/sivil-toplum-orgutleri-icin-hukuk-rehberi.pdf>, (10.01.2021).
- YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- YILMAZ, Dilşat, “Alman İdari Yargılama Hukukunda İptal Davası”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XIII, Sayı 1-2, 2009, s. 303-320.
- YÜCEL, Yonca, “Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2010 (91), s. 335-357.
- YÜCESOY, Ayşe Aslı, İdari Yargılama Hukukunda İptal Davalarında Menfaat, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.



TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİ BAĞLAMINDA GRUP ŞİRKETLER DOKTRİNİNİN TÜRK TİCARET KANUNU IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Ayşe Begüm KELEŞ GÜVEN *

Öz

Yazılı şekle tabi ve kural olarak nisbi nitelikteki tahkim anlaşmasının, anlaşmada imzası bulunmayan üçüncü kişiler yönünden de hüküm ifade etmesi; onlara teşmil edilmesi, anlaşmanın tarafları bakımından kapsamının, tahkim iradesinin araştırılmasını gerektirir. Özellikle uluslararası ticari tahkimde karşılaşılan bu sorun karşısında grup şirketler doktrini, tahkim şartı içeren asıl sözleşmeye taraf bir şirketle aynı topluluğa dahil bir başka şirketin, sözleşmenin kurulması, ifası ve sona erdirilmesine müdahil olması halinde ve ekonomik bütünlük oluşturdıkları gerekçesiyle, tahkim anlaşmasının aynı topluluğa dahil bir şirkete teşmil edebileceğini öngörmektedir. Makalede doktrin, Türk Ticaret Kanunu'nun şirketler topluluğu hükümleri ışığında sorgulanmaktadır. Düzenlemelerin topluluk politikası veya hakim teşebbüsün iradesinin, mutlak olarak topluluk şirketlerine izafe edilmesine izin vermediği; topluluk menfaatiyle bağlı şirketlerin menfaatinin dengelenmesi ve bu dengede alacaklıların da korunmasına odaklandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, salt ekonomik bütünlük ve kontrol altında bulunma, tahkim anlaşmasının teşmili için yeterli gerekçe oluşturmayacak; teşmil, dürüstlük kuralı gereği, oldukça sınırlı şekilde uygulama alanı bulabilecektir.

* Araş. Gör., Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Res. Asist., Doğu University, Faculty of Law, Department of Commercial Law, Istanbul, Turkey.

✉ akeles@dogus.edu.tr • ORCID 0000-0001-6812-4614

📌 **Atıf Şekli** | Cite As: KELEŞ GÜVEN Ayşe Begüm, "Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili Bağlamında Grup Şirketler Doktrininin Türk Ticaret Kanunu Işığında Değerlendirilmesi", *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 1127-1165.

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

Anahtar Kelimeler

Grup Şirketler Doktrini • Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili • Şirketler Topluluğu • Ekonomik Bütünlük • Hakimiyet

ANALYSIS OF GROUP OF COMPANIES DOCTRINE FOR EXTENTION OF ARBITRATION AGREEMENT TO NON-SIGNATORIES UNDER TURKISH COMMERCIAL CODE

Abstract

Arbitration agreement, is subject to written form and -as a rule- of relative nature, can be extended to non-signatories as a result of interpretation on its subjective scope. Group of companies doctrine, regarding international commercial disputes, proposes that a non-signatory company should be bound with arbitration agreement on the grounds that it participates to a contract containing arbitration clause and constitutes single economic reality with the apparent party of that contract as belonging to the same group. This article questions doctrine under Turkish Commercial Code's (TCC) related provisions related to group of companies. It is concluded that TCC doesn't allow group policy or will of the dominant undertaking to be strictly attributed to group companies; rather focuses on balancing the group interest with the interests of affiliated companies. Therefore, -beside principle of good faith- economic integrity and being under control solely don't constitute sufficient justification for extension of arbitration agreement.

Key Words

Group Of Companies Doctrine • Extension of Arbitration Clause to Non-Signatories • Group of Companies • Economic Reality • Control

GİRİŞ

Uluslararası ticari işlemlerin karmaşıklığı, bu işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne de yansiyabilmektedir. Uygulamada söz konusu uyuşmazlıkları konu alan ve kural olarak yalnızca tarafları bakımından sonuç doğuran tahkim anlaşmasına dayanan taleplerin, üçüncü kişilerce veya üçüncü kişilere karşı ileri sürüldüğü görülebilmektedir. Bu halde tahkim anlaşmasının bu üçüncü kişilere teşmil edip edemeyeceği (edilemeyeceği) sorusu gündeme gelmektedir. Soruya cevaben geliştirilen teorilerden biri de grup şirketler doktrindir.

Grup şirketler doktrini, birbirinden hukuken bağımsız olmakla birlikte, ekonomik bütün oluşturan topluluk şirketlerinden birinin taraf olduğu tahkim anlaşmasının, belirli olguların varlığı halinde aynı

topluluktaki bir diğer şirkete teşmil edilebileceğini öngörür. Çalışmada doktrinin temel aldığı esasların, Türk Ticaret Kanunu'nun şirketler topluluğuna yaklaşımı ve ilgili düzenlemeleri ışığında tahkim anlaşmasının teşmili için kabul edilebilir olup olmadığı irdelenmektedir. Bu amaçla öncelikle genel hatlarıyla tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili konusuna değinilecek ve grup şirketler doktrininin uygulanması esasları ortaya konulacaktır. Ardından ana hatlarıyla Türk Ticaret Kanununun şirketler topluluğu düzenlemeleri incelenerek tahkim anlaşmasının bir diğer topluluk şirketine teşmil edilip edilemeyeceği tartışılacaktır.

I. TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİNDE BAŞVURULAN BİR ARAÇ: GRUP ŞİRKETLER DOKTRİNİ

A. Genel Olarak Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili

Tahkim yoluna başvurulmasının olmazsa olmaz şartı, tahkim anlaşmasının varlığıdır¹. Zira tahkim anlaşması, tarafların uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözme iradesini yansıtmakta ve hakemlerin yargılama yetkilerinin kaynağını teşkil etmektedir². Tahkim anlaşması, tahkim iradesini yansıtan bir sözleşme ya da ilişkiyi düzenleyen asıl sözleşmenin bir hükmü olan tahkim şartı görünümünde karşımıza çıkabilmektedir. Anlaşmanın kurucu unsuru tahkim iradesi olup; geçerli tahkim anlaşmasından bahsedilebilmesi için taraflar, tahkim iradelerini yazılı olarak yaptıkları tahkim sözleşmesinde açıkça belirtmek zorundadır³.

Sözleşmelerin sadece tarafları bakımından sonuç doğurmasını ön gören nisbilik ilkesi, tahkim anlaşması bakımından da geçerlidir⁴.

¹ AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, 2020, s. 126.

² KALPSÜZ, Turgut, "Tahkim Anlaşması", Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, Ankara, 2003, s. 1049-1053; EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, Tıpkı 2. Baskı, İstanbul, 2010, s. 45; ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu, "Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sa. 3, Y. 2011, s. 3.

³ AKINCI, s. 133.

⁴ ESEN, Emre, Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, İstanbul, 2008 s. 11; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, "Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili", Tahkim Anlaşması, Ed.

Dolayısıyla tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişilere karşı tahkim yoluna başvurulamaz ve yargılama sonucunda verilen karar da ancak tahkim anlaşmasının taraflarını bağlar⁵. Bununla birlikte, çeşitli hakem ve yüksek mahkeme kararlarında, istisnaen tahkim anlaşmasının anlaşmaya taraf olmayan kişiler bakımından da hüküm doğurabileceği yönünde hükme varıldığı görülmektedir. Bu kararlarda çeşitli maddi hukuk ve usul hukuku kurumlarına ve teorilerine dayanılarak tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişilere tahkim yargılaması kapsamında husumet yöneltmesi ya da bu kişilerin tahkim anlaşmasına dayanması; diğer bir deyişle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili (*extension*) yoluna gidilmektedir⁶. Grup şirketler doktrini (*group of companies doctrine*) de uluslararası ticari tahkim uygulamasında, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde başvuru araçlarıdır. Burada üçüncü kişi ile kast edilen, tahkim anlaşmasında imzası bulunmayan (*non-signatory*) kişidir. Aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere doktrin, şirketler topluluğundaki hakim şirket ya da bağlı şirketin tarafı olduğu tahkim anlaşmasının, belirli şartların varlığı halinde topluluktaki diğer bir şirkete teşmil edilebileceğini öngörmektedir.

Grup şirketler doktrinini incelemeye başlamadan önce, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili konusunda gündeme gelen, tahkim anlaşmasının şekli ve tahkim iradesi tahtında anlaşmanın geçerliliğine ilişkin meselelere değinilmelidir. Tahkim iradesinin somutlaştığı tahkim anlaşmasının yazılı şekle tabiliği (MTK. m.4/2, UNCITRAL Model Kanunu

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice / BALKAR, Süheyla, İstanbul 2020, s. 26. Tahkim anlaşmasının "prensipl olarak" sadece tarafları bağladığı yönünde bkz. EKŞİ, s. 100.

⁵ AKINCI, s.145; ESEN, Teşmil, s. 11; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 4.

⁶ Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde, temsil, halefiyet, üçüncü kişi yararına sözleşme, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi maddi hukuk kurumlarıyla ortaklar arası ve ortaklıklar arası ilişkilere veya tahkim anlaşmalarının üçüncü kişilerin davaya dahil edilmesi, tahkim yargulamalarının birleştirilmesi, grup davaları gibi usul hukuku kurumlarına dayanıldığı belirtilmektedir (ESEN, Teşmil, 85 vd.). Diğer taraftan teşmilde başvuru grup şirketler doktrini, örtülü rıza teorisi, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ve estoppel teorisi gibi teorilerin tümünün dürüstlük kuralı ve çelişkili davranış yasağından temellendiği de ifade edilmektedir (ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 36-37; DEMİRKOL, Berk, "Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili", Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Paneller Serisi, C. I, İstanbul, 2020, s. 282.).

m.7/2-6, New York Konvansiyonu m. II/1-2) karşısında anlaşmanın teşmil edileceği üçüncü kişinin tahkim iradesini yazılı olarak beyan etmesinin aranıp aranmayacağı, karşımıza çıkan ilk sorudur. Öğretide bu soruya her iki yönde de yanıt verildiği görülür. Anlaşmanın teşmil edilmek istendiği üçüncü kişi ile tahkim anlaşması tarafları arasında yazılı şekilde yapılmış tahkim anlaşmasının bulunmaması, teşmil engeli olarak değerlendirilebilmektedir⁷. Hakim görüş ise, yazılı şekil şartının ancak üçüncü kişiye teşmil edilebilecek geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı bakımından gerekli olduğu ve *“bu anlaşmanın varlığı ve şeklen geçerli oluşu teşmilin süjesi bakımından yeterli derecede uyarıcı ve koruyucu fonksiyon ifa ettiğinden”*, üçüncü kişinin tahkim iradesinin yazılı beyanının aranmayacağı yönündedir⁸. Teşmilin doğası gereği yazılı şekil şartını dışlayan bir kurum olduğu; üçüncü kişi ile yapılmış yazılı tahkim anlaşmasının varlığı halinde teşmilin zaten gündeme gelmeyeceği belirtilmektedir⁹. Anlaşmanın teşmili için üçüncü kişinin yazılı beyanını arayan görüş ve teşmil için şeklen geçerli anlaşmayı beyan bakımından yeterli kabul eden görüş, teşmilin

⁷ ŞANLI, Cemal, “Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 22, Sa. 2, Y. 2002: Ergin Nomer’e Armağan, s. 788, 789.

⁸ ESEN, Teşmil, s. 79; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 28; DEMİRKOL, s. 308. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinde tahkim iradesinin yazılı beyanının aranmamasına ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesinin 16.10.2003 tarihli kararı örnek gösterilmektedir. Federal Mahkeme, tahkim anlaşmasının yazılı şekle tabi olduğunu düzenleyen İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.178/1’in tahkim anlaşmasının başlangıçtaki tarafları bakımından uygulanıp; tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde uygulanmayacağına; üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığının tahkim sözleşmesinin maddi geçerliliğine uygulanacak m.178/2 çerçevesinde değerlendirileceğine hükmetmiştir (MRÁZ, Michael, “Extention Of An Arbitration Agreement To Non-Signatories: Some Reflections on Swiss Judicial Practice”, Belgrade Law Review, Vol. LVII, No.3, Y. 2009, p. 56.).

⁹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 28. Aslında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine ilişkin olmakla birlikte 5721 sayılı ICC davasında verilen karar, bu hususu vurgulamaktadır: *“... Tahkimin esas itibarıyla rızaya dayandığını eklemek gerekir. Yani tahkim şartının uygulama alanının genişletilmesi iradî bir temele dayanmak zorundadır. Elbette ki böyle bir iradenin örtülü olması da mümkündür aksi takdirde teşmil tartışmalarının bir anlamı olmazdı. ...”* (HABEGGER, Phillip, “Arbitration and Groups of Companies – The Swiss Practice”, European Business Organization Law Review, Vol.3, Issue 3, Y. 2002, p. 517, 544.).

tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamına ilişkin bir konu olduğu ve anlaşmaya uygulanacak hukuk çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğinde birleşir¹⁰. Türk Hukuku bakımından anlaşmaya uygulanacak hukuk MTK.m.4/3 uyarınca “*Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir.*” şeklinde düzenlenmiştir¹¹.

Yazılı şekil şartına uygun tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili, anlaşmanın kişi bakımından, görüntüdekinden bağımsız gerçek kapsamının belirlenmesini gerektirir. Bu sonuç, tahkim anlaşmasının örtülü irade beyanıyla kurulup kurulamayacağı tartışmasını gündeme getirir. Farazi irade beyanından farklı olarak¹², örtülü irade beyanıyla tahkim anlaşmasının kurulması, bazı hallerde¹³ mümkündür. Daha ziyade usuli

¹⁰ ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2019, s. 788, 789. Yazara göre, tahkim anlaşmasının üçüncü kişileri bağlaması, tahkim anlaşmasının maddi geçerlilik şartlarının bu kişiler için de var olması halinde mümkündür. Anlaşmanın maddi geçerlilik şartlarının ve buna uygulanacak hukukun tespiti ise, taraflar arasında şeklen geçerli, yani yazılı şekilde yapılmış tahkim şartının varlığını gerektirir. Aynı yönde bkz. ESEN, Teşmil, s. 79-80; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 16; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 29.

¹¹ Tahkim anlaşmasının teşmil edilmesi suretiyle verilen kararın iptal davasına konu edilmesi halinde anlaşmanın geçerliliği, MTK. m. 4/3 hükmüyle uyumlu olarak “*tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukuku*”na göre incelenecektir (MTK. m. 15/1-a). Üçüncü kişi yönünden geçersizlik, kararın Türkiye’de tenfiz edilmesi aşamasında ileri sürüyorsa, taraflarca seçilen hukuka, bu yönde anlaşma yoksa hakem kararının verildiği yer hukukuna göre değerlendirme yapılacaktır (New York Konvansiyonu m.V/1-a; Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 62/1-e). Uluslararası tahkim yargılamasında, farklı hukuk sistemlerinden gelen hakemlerden oluşan heyetlerin, tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamını incelerken benimsediği yaklaşımın, milli hukuktan ziyade olgulara dayandığı hakkında bkz. HANOTIAU, Bernard, “Consent to Arbitration: Do We Share The Same Vision?”, International Arbitration, Vol. 27, Y. 2011, p. 552.

¹² Tahkim anlaşmasının tarafların farazî irade beyanıyla kurulması ise mümkün görülmemektedir (ESEN, Teşmil, s. 33.)

¹³ Bu anlamda verilen ilk örnek, taraf olunan geçerli bir tahkim anlaşması olmamasına rağmen bir uyuşmazlığın çözümü için tahkim yargılaması başlatılmasıdır (ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 38). Yine Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK.) m. 4/2 ile de benimsenen UNCITRAL Model Kanunu m.7/2 uyarınca, yazılı tahkim anlaşmasının varlığının iddia edildiği dava dilekçesine davalıca itiraz edilmemesi, tahkim anlaşmasına ilişkin yazılılık şartının yerine getirilmiş varsayılmasını, tahkim iradesinin örtülü beyanına örnek gösterilmektedir (EKŞİ, s. 60-61; ESEN, Teşmil, s. 33; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 38. Hükmün esasen dürüstlük kuralına aykırı olarak geçerlilik

işlemler yoluyla örtülü tahkim iradesinin bağlayıcı şekilde beyan edildiği bu haller bir kenara bırakıldığında, örtülü tahkim iradesinin kişiyi tahkim anlaşmasıyla bağlı kılıp kılamayacağı tartışması, asıl sözleşmenin kurulması veya sonradan kabulüne ilişkin örtülü irade beyanının, sözleşmedeki tahkim şartını da kapsayıp kapsamadığı üzerinde yoğunlaşır. Öğretilde, tahkim anlaşmasının hukukî niteliği¹⁴ ve tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ekseninde tartışmaya yön veren iki yaklaşım mevcuttur. İlk yaklaşım, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı ilkesi gereği tahkim iradesinin esas sözleşmeye taraf olma iradesinden bağımsız değerlendirilmesinden; maddi hukuk sözleşmesi olan asıl sözleşmeyle bağlı olmak için sergilenen davranışların, sonuçlarını usul hukuku alanında doğuran tahkim şartının da kendiliğinden kabulü anlamına gelmesinden yanadır¹⁵. Diğer yaklaşım ise tahkim şartının asıl sözleşmenin diğer hükümlerinden farklı nitelik taşımadığı; tahkim anlaşmasının usul hukuku alanında sonuç doğurmasının, onun kuruluşu ve geçerliliği

şartının gerçekleşmediğine yönelik itirazları bertaraf etme amacını taşıdığı, hakem kararının tenfizi için yazılı tahkim şartını arayan New York Konvansiyonu m.II/2 karşısında sorun yaşanmasının muhtemel olduğu yönünde bkz. AKINCI, s. 171-172). Ayrıca, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa MTK.m.10/E gereğince hakem veya hakemler kurulu tarafından dava ve cevap dilekçelerinin verilmesinden sonra hazırlanacak olan görev belgesinin tahkim şartına itiraz edilmeksizin imzalanması da uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi yönünde örtülü rıza gösterilmesi şeklinde değerlendirilen bir başka haldir (AKINCI, s. 280.). UNCITRAL Model Kanunu m.7/3 ışığında tahkim anlaşmasının söz, davranış veya başka bir şekilde ortaya konulan beyanla da kurulabileceğine dikkat çeken, SAMAL, Adyasha, "Extending Arbitration Agreement to Non-Signatories: "A Defence of The Group of Companies Doctrine", Kings Student Law Review, Vol. 11, No. 1, Y. 2020, pp. 2-25, p. 22.

¹⁴ Tahkimin hukuki niteliğini açıklayan görüşler için bkz. ŞANLI, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, 42-50; ÖZEL, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul, 2008, s. 32-35. Bu bağlamda tahkim anlaşmasının hukuki niteliği hakkında bkz. YAVUZ, Cevdet, "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler", Ed. ULUSOY, Erol/ YILDIRIM, Aslı, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul, 2009, s. 140-145; AYDEMİR, Fatih, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul, 2017, s. 67-81.

¹⁵ ŞANLI, Ticari Akitler, s. 461-466; ESEN, Teşmil, s. 33-34, 53. Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı, taraflar arasındaki borç ilişkisini düzenleyen sözleşmeyle bu sözleşmeden doğan veya doğacak olan uyuşmazlıkların çözümü için akdedilen tahkim anlaşmasının geçerliliğinin birbirinden ayrı değerlendirilmesini ifade etmektedir (AKINCI, s. 164).

bakımından maddi hukuk sözleşmesi olduğu gerçeğini değiştirmedigi; açıkça aksi anlaşılmadıkça asıl sözleşmenin kuruluşu veya sonradan kabulüne dair örtülü beyanın tahkim şartını da kapsayacağı yönündedir¹⁶. Ekleme gerekir ki, örtülü irade beyanının değerlendirilmesi, yorum konusudur. Bu çerçevede, yorum faaliyetinde başta dürüstlük kuralı olmak üzere anlaşmanın tabi olduğu hukukun, sözleşmelerin yorumuna ilişkin ilkelerine başvurulur¹⁷. Tarafları tabî hakim güvencesinden yoksun bırakması nedeniyle, özellikle Kıta Avrupası'na dahil hukuk düzenlerinde tahkim anlaşması genellikle dar yorumlansa da uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü bakımından -tahkim yargılamasının sunduğu avantajlar nedeniyle- iki farklı yorumun söz konusu olduğu hallerde tahkim lehine yorum eğilimi güçlenmektedir¹⁸.

B. Doktrinin Ortaya Çıkışı ve Uygulanma Esasları

Grup şirketler doktrini, Uluslararası Ticaret Odası (*International Chamber Of Commerce*, ICC) nezdinde faaliyet gösteren hakemlerin kararları ve bu kararları denetleyen Fransız mahkemelerinin kararlarıyla ortaya çıkmıştır¹⁹. Doktrinin esasları ise Dow Grubu ürünlerinin Fransa'da

¹⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 40; DEMİRKOL, s. 288.

¹⁷ GIRSBERGER, Daniel / VOSER, Nathalie, *International Arbitration Comparative and Swiss Perspectives*, 3. Edn., Zürich, 2016, s. 68; ÖZEL, s. 86; AYDEMİR, s. 142; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 43; DEMİRKOL, s. 288-289. Karşılaştırmalı hukukta tahkim anlaşmasının yorumunda, genellikle anlaşmanın tabi olduğu hukuk tercih edilmekteyse de, uluslararası tahkim uygulamasında hakemler ulusal hukuka yönelmeksizin sözleşme müzakereleri, ifası ve ticari örf ve adetler ışığında tarafların ortak iradelelerini araştırabilmektedir (ÖZEL, s. 89-90.).

¹⁸ ESEN, Teşmil, s. 17-18. Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü bakımından tahkim yargılamasının genelliği; devlet mahkemelerine başvurusunun ise istisna haline geldiği hakkında bkz. ŞANLI, Ticari Akitler, s. 1; KRÖLL, Stefan, "The Formation of Contract- International Arbitration", *The Formation of Contract- New Features and Developments in Contracting*, Ed. SCHULZE, Reiner/ PERALES VISCASILLAS Pilar, Baden-Baden, 2016, s. 198. Kröll, bu nedenle tahkim anlaşmasının kuruluşunun diğer anlaşmalara nazaran daha katı kurallara tabi olmaması gerektiği görüşünün güçlendiğini belirtmektedir (s. 212.). Tahkim iradesi bakımından aynı yönde, DEMİRKOL, s. 306.

¹⁹ SANDROCK, Otto, "Arbitration Agreements and Groups of Companies", *International Lawyer*, Vol. 27, Y. 1993, s. 944, FERRARIO, Pietro, "The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is There Any Reason for This Doctrine to Exist", *Journal of International Arbitration*, Vol. 26, Issue 5, Y. 2009, p.

dağıtım-satımı amacıyla yapılan ve tahkim şartı içeren iki sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümünü konu alan *Dow Chemical* kararıyla belirlenmiştir²⁰. İzolasyon ürünleri dağıtımına ilişkin bu sözleşmelerden ilkinin tarafları *The Dow Chemical Company*'nin bağlı şirketi *Dow Chemical Venezuela* (Daha sonra sözleşmeyi *Dow Chemical AG*'ye devretmiştir.) ile *Isover Saint Gobain*; diğerinin tarafları ise *Dow Chemical AG*'nin bağlı şirketi olan *Dow Chemical Europe* ile *Isover Saint Gobain*'dir. Her iki sözleşmede de sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların ICC nezdinde tahkim yoluyla çözüleceğini öngören tahkim şartı mevcuttu. Sözleşmelerde ürünlerin *Dow Chemical France* ya da *Dow Chemical Company*'ye bağlı herhangi bir şirket tarafından teslim edilebileceği öngörülüyordu. Teslimatı *Dow Chemical France* yapmıştı. Ürünlerden biri dolayısıyla Fransız mahkemelerinde *Dow Chemical Grubu*'na karşı pek çok dava açılması sonucunda *Dow Chemical France*, *The Dow Chemical Company*, *Dow Chemical AG* ve *Dow Chemical Europe*, *Isover Saint Gobain*'e karşı tahkim yargılamasına başvurmuştu. *Isover Saint Gobain* ise *Dow Chemical France* ve *The Dow Chemical Company* bakımından hakem heyetinin yargılama yetkisi olmadığını ileri sürmüştü.

Yargılama sonucunda hakem heyeti, tahkim anlaşmasını anılan sözleşmelere taraf olmayan *The Dow Chemical Company* ve *Dow Chemical France*'a teşmil etmiştir. Heyet bu kararını, doktrinin uygulama esaslarını da ortaya koyan şu hususlarla gerekçelendirmiştir: *The Dow Chemical Company*, ilgili sözleşmeleri imzalayarak ya da *-Dow Chemical France*'ın yaptığı gibi- sözleşmenin kuruluşu, ifası ve feshinde önemli rol oynayarak gösterdiği üzere bağlı şirketler üzerinde mutlak hakimiyete sahiptir. Üyelerinin birbirinden bağımsız hukuki kişilikleri bir kenara bırakılırsa, şirketler grubu tek bir ekonomik bütünlük (*economic reality*) teşkil etmektedir. Topluluk şirketlerinden birinin açıkça kabul ettiği tahkim şartı, sözleşmenin kuruluşu, ifası veya feshinde oynadıkları rol dolayısıyla – ve yargılamaya katılan tüm tarafların müşterek tasavvuruna da uygun

647; KESER BERBER, Leyla, Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu, İstanbul, 1999, s.15.

²⁰ ICC Award No.4131, Yearbook Commercial Arbitration, Y.1984, pp. 131-137. (Erişim: https://www.trans-lex.org/204131/_/icc-award-no-4131-yca-1984-at-131-et-seq/, 02.10.2020)

olarak- sözleşmenin gerçek tarafı olarak görünen diğer topluluk şirketlerini de bağlamalıdır. Görüldüğü üzere heyet, yargılama yetkisinin bulunup bulunmadığını tespit ederken milli hukuka atıf yapmayı, başta ekonomik bütünlük olmak üzere yukarıda sayılan somut olay özelliklerini dikkate almış; ayrıca kararında da bu yaklaşımın uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına uygun olduğunu vurgulamıştır²¹.

Grup şirketler doktrinin uygulanması bakımından *Dow Chemical* kararında başvuru gerekçeleri, bu karara karşı açılan iptal davasına bakan Paris İstinaf Mahkemesince de yerinde görülmüştür. Mahkeme, sözleşmenin kurulması, borçların ifası ve sözleşmenin sona erdirilmesine katılımı; hakim şirketin bağlı şirket üzerindeki kontrolünü ve sözleşme taraflarının, sözleşmeye taraf olmayan bağlı şirketlerin de borcu ifa bakımından sorumlu olacağı yönündeki müşterek tasavvurunu gerekçe göstererek doktrinin uygulandığı heyet kararlarını onamıştır²². Burada hemen belirtmek gerekir ki, doktrinin benimsendiği çoğu kararda, tahkim rızanın varlığı veya tahkim anlaşmasının onayı için sözleşmeye esaslı şekilde katılım yeterli görülmeğe de; bazı kararlar ayrıca sözleşmenin ifasına katılırken tahkim şartı içerdiğinin farkında olunması gerektiğini de vurgulamaktadır²³. Esasen tahkim anlaşmasının başka bir grup şirketine teşmil edildiği kararların hepsinde *Dow Chemical* kararında ortaya

²¹ Fransız şirket *Isover Saint Gobain* tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamına Fransız Hukukunun uygulanması gerektiği; Fransız Hukukuna göre geçerli tahkim anlaşmasının bulunmadığı gerekçesiyle Paris İstinaf Mahkemesi'nden kararın iptalini talep etmiştir. Mahkeme, atıf hükümleri Fransız Hukukunun uygulanmasını zorunlu tutmadığından, heyetin Fransız Hukukuyla bağlı olmadığına; sözleşmeye uygulanacak hukuk ile tahkim şartına uygulanacak hukukun aynı olmayabileceğine ve bu nedenlerle tahkim şartının kapsamının *lex mercatoria* uyarınca belirlenebileceği sonucuna varmış; kararın iptali talebini reddetmiştir.

²² *Kis France ve Société Sponsor* kararları ve değerlendirmesi için bkz. HANOTIAU, Bernard, "Problems Raised By Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues- An Analysis", *Journal of International Arbitration*, Vol. 1, No. 2, 1984, p. 280-281. Bu kararlarda "ekonomik bütünlük oluşturma" gerekçesi tekrar edilmiş ve "Aslında her bir şirketin gruptan bağımsız tüzel kişiliğe sahip olmasına rağmen bir şirketler topluluğu, varlığının uluslararası ticari örf ve adetlerce tanınması sebebiyle, mahkemelerce dikkate alınması zorunlu olan tek bir ekonomik bütünlüğe sahiptir." denilmiştir.

²³ HANOTIAU, *Multiple Contracts- Parties- Issues*, s. 273. Yazar örnek olarak *Dow Chemical* ve *SMABTP* kararlarını göstermektedir. Tahkim şartını asıl sözleşmeden farklı kurallarla değerlendirmenin; dolayısıyla asıl sözleşmeye katılırken tahkim şartının bilincinde olmanın gerekli olmadığı yönünde, DEMİRKOL, s. 303-304.

konan esasların tümünün sistemli şekilde arandığı söylenemez. Aynı gruba dahil iki bağlı şirketin tek taraf olarak kabul edilebilecek kadar işlemlerinin iç içe geçmesi halinde de tahkim anlaşmasının diğer bağlı şirkete teşmilinin kabul edildiği görülür²⁴. Bu kararların konu edildiği iptal, tenfiz taleplerini değerlendiren mahkemeler de değerlendirmelerini farklı gerekçeler üzerinde temellendirebilmektedir. Örneğin, Amerikan mahkemeleri -genel olarak grup şirketler doktrininin reddetse de²⁵- doktrinin kabul edildiği bazı kararlarda ön plana çıkan gerekçeler, hakim şirket ve bağlı şirkete yöneltilen iddiaların birbirinden ayrılamaz vakıalara dayanması ve tahkim yanlısı federal politikanın korunması amacıdır²⁶.

C. Yargı ve Öğretinin Doktrine Yaklaşımı

1. Yargı Kararlarında Benimsenen Yaklaşım

Dow Chemical kararında belirlenen esaslar bazı ICC kararlarında ve Paris İstinaf Mahkemesi içtihatlarında benimsenmekle birlikte; bu yaklaşımın bir doktrin oluşturacak şekilde kabulünün ve tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde tek başına dayanak teşkil etmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Özellikle İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında ve tahkim yeri İsviçre olan ICC yargılamalarında bu soruya

²⁴ *Koch Shipping v. Antco Shipping* kararı. Benzer gerekçeye 1975 tarihli, 2375 sayılı ICC davasında da rastlanmaktadır. Buna göre sözleşme, tarafı olan gruplardaki hakim ve bağlı şirketlerin *ayrılmaz şekilde bağlandığı bir bütün, hak ve borçlar şebekesi* olduğundan, sözleşmede yer alan tahkim şartının bu bağlantılardan izole edilip uygulanmamasının makul olmadığı sonucuna varılmıştır: HANOTIAU, Multiple Contracts- Parties-Issues, s. 294-295.

²⁵ Amerikan mahkemelerinin teşmil için borçlar hukuku ile şirketler hukuku ilkeleri ve temsil kurumuna başvurduğu; grup şirketler doktrininin görmezden geldiği yönünde bkz. MEYNIEL, Alexandre, "That Which Must Not Be Named: Rationalizing the Denial of U.S. Courts With Respect to the Group of Companies Doctrine", The Arbitration Brief, Vol. 3, No. 1, Y. 2013, p. 33.

²⁶ Bkz. *J.J. Ryan&Sons v. Rhone- Poulenc Textile ve Lawson Fabric Inc. v. Akzona Inc.* kararları (HANOTIAU, Multiple Contracts-Parties-Issues, s. 287; SAWRIE, David, "Equitable Estoppel and the Outer Boundaries of Federal Arbitration Law: The Alabama Supreme Court's Retrenchment of an Expansive Federal Policy Favoring Arbitration", Vanderbilt Law Review, Vol. 51, Y. 1998, p. 730-732.). Davacının davalı bağlı şirket aleyhindeki taleplerinin değerlendirilmesi, hakim şirket hakkında mahkemede öne sürülen iddiaların çözümüne bağlı olup; bunların mahkeme nezdinde karara bağlanması tahkime tabi talepler için mahkemenin yetkisini canlandıracağından, hakim şirket de tahkime taraf kabul edilmiştir (SAWRIE, s. 730-731.).

olumsuz cevap verilmiştir. Tahkim anlaşmasının teşmili için üçüncü kişinin müstakil ve şeklen geçerli tahkim iradesi aranmış²⁷; aksi halde kimse nin rızası hilafına doğal hakim yargılamasından mahrum bırakılmayacağı öngören İsviçre Anayasası m. 58'e aykırılık doğacağı²⁸; sözleşmenin ifasına dair müdahalenin, sözleşmedeki tahkim şartının onaylanması anlamına gelmediği²⁹ sonucuna varılmıştır. Federal Mahkeme de açıkça grup şirketler doktrinini reddettiği bir kararında³⁰, kontrol olgusunu tahkim anlaşmasının nisbiliğini ortadan kaldırmak için yeterli görmemiştir.

Tahkim yanlısı politikasına rağmen ABD'de de mahkemeler, çoğunlukla grup şirketler doktrinini reddetmektedir. ABD İkinci Bölge İstinaf Mahkemesi, Amerikan Federal Tahkim Hukuku kurallarını uyguladığı *Sarhank Group v. Oracle Corporation* kararında³¹ tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilebilmesi için Amerikan sözleşme hukuku kuralları ve temsil kurumu ile temellendirilebilecek vakıalar aramaktadır. Birleşik Krallık'ta ise grup şirketler doktrinini açıkça reddedildiği kararlar verilmiştir. Bunlardan *Adams v. Cape Industries* kararında³² Mahkeme, etik yönden onaylanmayabilecekse de *Cape Industries*'in faaliyetini bağlı şirketleri üzerinden yürütmesinin hukuka aykırı olmadığını belirtmiş; "Arzu edilsin veya edilmesin, şirket yapısını bu şekilde kullanma hakkı şirketler hukukumuzda mevcuttur. Tek istisnası, tahkim anlaşmasına taraf olan şirketin kasten ve dolayısıyla hileli olarak herhangi bir menfaatten yoksun bırakıldığının aşikar olması veya grubun üçüncü kişi konumundaki sahibinin, üçüncü kişilerin gözünde grubun çeşitli şirketleri arasında tam bir karmaşa yaratması ve

²⁷ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 29.01.1996 tarihli kararı: HANOTIAU, Multiple Contracts- Parties- Issues, s. 282. Mahkeme'ye göre müstakil ve bağımsız irade beyanı yoksa tahkim şartı ancak üçüncü kişinin sebep olduğu görünüşe diğer tarafın iyiniyetle güvendiği hallerde teşmil edilebilecektir.

²⁸ 4402 sayılı ICC davası: HANOTIAU, Multiple Contracts- Parties- Issues, s. 281.

²⁹ 4504 sayılı ICC davası: HANOTIAU, Multiple Contracts- Parties- Issues, s. 284; 4972 sayılı ICC davası: HANOTIAU, Multiple Contracts- Parties- Issues, s. 288.

³⁰ 19.08.2008 tarihli kararın incelemesi için bkz. TARMAN, Zeynep Derya, "Tahkim Klotunun Üçüncü Kişilere Teşmili Konusundaki İsviçre Federal Mahkemesi Kararı", *Terazi Hukuk Dergisi*, Sa. 40, Y. 2009, s. 121-125.

³¹ https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/columbia-arbitration-day/files/03_2005_-_sarhank_v._oracle_corp.pdf (Erişim: 10.11.2020).

³² Temyiz Mahkemesinin 1989 WL 651250 sayılı kararı, s. 36 (Erişim: international.west-law.com, 10.11.2020).

taahhütlerinden şahsen sorumlu olmaktan kaçınmak için hileli manevralar yapması gibi örnekleri olan hile varsayımdır." sonucuna varmıştır. Temyiz Mahkemesi, *Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd.* kararında³³ da taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk seçilmediğinden, tahkim anlaşmasına New York Konvansiyonu m.V/1-a ve 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi uyarınca tahkim yeri hukukunun uygulanacağını tespit etmiş ve İngiliz Hukuku'nda grup şirketler doktrini kabul edilmediğinden, tahkim anlaşmasına taraf olmayan *C&M Farming Grubu'*na dahil diğer şirketlerin tahkim yargılamasına taraf olmayacağını kabul etmiştir.

Dow Chemical kararı ışığında doktrinin uygulama esasları -her ne kadar doktrinin benimsendiği tüm kararlarda bu esasların tümü aranmış olmasa da³⁴- ekonomik bütünlük oluşturma ve kontrol kullanımı; tahkim şartı içerdiği bilinen asıl sözleşmenin kuruluşu, ifası veya sona ermesine katılım yoluyla örtülü tahkim iradesi beyanı; asıl sözleşme taraflarının dürüstlük kuralı ışığında haklı olarak üçüncü kişiyi sözleşmenin ve yargılamanın gerçek tarafı olarak kabulü şeklinde özetlenebilir. Bu esaslar zemininde doktrinin doğrudan konu edildiği bir Türk yargı kararına rastlanılmamıştır. Ancak, tahkim kaydı içeren asıl sözleşmenin tarafı olmakla birlikte kuruluşu veya ifasına katılmış olan ve asıl sözleşmenin tarafı bulunan şirketle aynı topluluğa dahil bir diğer şirkete tahkim anlaşmasının teşmili talebinin değerlendirildiği kararlar mevcuttur³⁵. Bu

³³ Temyiz Mahkemesinin 2004 WL 229138 sayılı kararı, s. 36 (Erişim: international.westlaw.com, 10.11.2020). Kararın, tahkim anlaşmasının teşmilinden ziyade, yansımaya zararın tazmini talebinin tahkim yoluyla ileri sürülüp sürülemeyeceği tartışmasında odaklandığı yönünde bkz. HANOTIAU, Consent to Arbitration, s. 550-551.

³⁴ Yalnızca asıl sözleşmenin kuruluşu, ifası veya sona ermesine katılımı, teşmil için yeterli görüldüğü tespiti için bkz. KRÖLL, s. 208.

³⁵ Bkz. İzmir 2. ATM'nin 300/834 sayılı, 14.04.1989 tarihli kararını onayan Yargıtay 11. HD'nin 2931/6828 sayılı, 24.12.1991 tarihli kararı. İzmir 2. ATM'den tenfiz talep edilen 2388 sayılı, 14.4.1988 tarihli Bremen Pamuk Borsası Hakem Mahkemesi kararında *Bunge GmbH* ile *Osman Akça Tarım Ürünleri İhracat San. ve Ltd. Şti* arasında kurulan satım sözleşmesine dahil tahkim şartı, satım sözleşmesi müzakerelerini yürüten ve *Bunge GmbH* nezdinde sözleşmenin tarafı olarak kabul edilen *Osman Akça Tarım Ürünleri İhracat San. ve Tic. A.Ş.*'ye teşmil edilmiştir. İzmir ATM, husumet yönünden tenfiz talebini reddetmiş; Yargıtay 11. HD de bu kararı onamıştır (Yayınlanmamış bu karar için bkz. ŞANLI, Ticari Akitler, s. 452.).

"Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve kısmen benimsenen bilirkişi raporuna göre, 06.06.1996 tarihinden itibaren taraflar arasında imzalanan sözleşmeleri distribütör

kararlarda ilk derece mahkemeleri ve Yargıtay'ın ayrı bir tüzel kişiliği bulunması nedeniyle üçüncü kişiyi, tahkim anlaşmasına taraf kabul etmediği görülmektedir. Esasen tahkim anlaşmasının teşmili bakımından Yargıtay'ın eğilimi, açık tahkim iradesi beyanının tespit edilemediği hallerde, teşmilin reddi yönündedir³⁶. Teşmilin mümkün görüldüğü haller

sıfatıyla yalnızca davacı ...'nin imzaladığı, diğer davacının imzasının bulunmadığı, davacı ...'nin ana hissedarı olmasının, kendisini sözleşmenin tarafı haline getirmeyeceği gibi, bir hak da sağlamayacağı, ayrı tüzel kişilikler olduğu, davada aktif husumetinin bulunmadığı, diğer davacı ile MMC arasında ihtilafsız olan sözleşmenin 34.maddesindeki tahkim hükmü sebebiyle davacı aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünde mahkemelerin görevli olamayacağı, ana davada davacı ... tarafından davalı MMC hakkında açılan davada uyuşmazlığın çözümü Japon Ticari Tahkim kurullarına göre hakeme ait olduğundan bahisle bu davalı hakkındaki davanın dilekçesinin reddine karar verildiği, eldeki davanın, tefrik sonucunda diğer davalara dair bulunduğu, diğer davalılar ile davacı ... arasında bir hukuki ilişki olmadığı, 2007 ve sonrasındaki Türkiye'deki teşkilatlanma faaliyetleri kapsamında bu davalılara davacılar tarafından haksız rekabet yapıldığı iddiası ile husumet tevcih edildiği, davacı ... ile davalılardan davalı MMC arasında akdedilen distribütörlük sözleşmeleri ile içeriklerine yönelik bilirkşi değerlendirmelerinin, aralarındaki ihtilafın tahkime göre sonuçlandırılacağı dikkate alındığında ve diğer davacı bakımından da aktif husumet yokluğu olduğu belirlendiğinden esas alınmadığı, ... gereğiyle davacı Mer. Yat. Paz. A.Ş.'nin aktif husumet ehliyeti yokluğundan davasının reddine, davacı ...'nin davalılar Mazda Motor Logicstik Europe NV ve ...'ye açtığı davanın ispatlanamadığından reddine, davacı ...'nin davalı ...'ye açtığı davanın ... Ticaret Mahkemesi'nin 2009/130 Esas 2009/772 Karar sayılı kararı ile uyuşmazlığın çözümünün hakeme ait olduğundan bu davalı hakkında açılan dava dilekçesinin reddine karar verildiğinden, bu yönde ayrıca bir hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmiştir. ... Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacılar vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.” (Yargıtay 11 HD, 3674/ 10377, 3.6.2014. Erişim: www.kazanci.com.tr, 10.10.2020.).

³⁶ “... Somut olayda, davacılar tahkim anlaşmasının tarafı değildir. Esasen bu husus, mahkemenin de kabulünde olup davacıların, tahkim şartını içeren imtiyaz sözleşmesinin lehdarı olmaları ve bu sözleşmeyi onaylamaları nedeniyle tahkim şartı ile bağlı oldukları sonucuna varılmıştır. Ancak, söz konusu sözleşme davacılar tarafından onaylanmadığı gibi kural olarak tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişilere karşı tahkimde dava açılması da mümkün değildir. Bu itibarla, mahkemenin sırf tahkim şartını içeren sözleşmede lehlerine bir takım hükümler konulduğu için sözleşmeye taraf olmayan davacıların da tahkim anlaşmasına taraf oldukları yönündeki kabulü yerinde değildir. ...” (Yargıtay 11. HD, 9538/8707, 25.6.2015. Erişim: www.kazanci.com.tr, 10.10.2020).

“... Tahkim şartını içeren sözleşme, davacı şirket ile davalı M... Enerji Tic. AŞ. arasında imzalanmıştır. Bu nedenle tahkim şartının sözleşmenin tarafı olmayan davalı banka M... Corp'a teşmili düşünülemez. Çünkü uyuşmazlıkların mahkemelerde görülmesi esastır. Tahkim sözleşmesi istisnai bir nitelikte olup sözleşmenin taraflarını bağlar. ...” (Yargıtay 19 HD, 2654/2603, 11.3.2004. Erişim: www.kazanci.com.tr, 13.10.2020.).

genellikle halefiyet ilişkisine dayanmaktadır³⁷. Yine de tenfiz aşamasında, New York Konvansiyonu m. II hükmü ışığında, tahkim iradesinin yazılı şekle uygun beyanı katı şekilde aranmaktadır³⁸.

2. Öğretinin Doktrine Yaklaşımı

Öğretinin grup şirketler doktrinine yaklaşımı, genellikle olumsuz yönde eleştireldir. Karşılaştırmalı hukuk literatüründe, öncelikle doktrin amacının tespit edilmeye çalışıldığı görülür. Yazarların genel kanısına göre doktrin çözmeye yöneldiği asıl sorun, anlaşmanın gerçek taraflarının belirlenmesidir³⁹. Bu yazarlardan bazıları, tahkim anlaşmasının kişi

³⁷ Yargıtay'ın halefiyet dolayısıyla teşmili kabul ettiği hallere örnek olarak TTK. m. 1237 uyarınca konşimentodaki tahkim şartının, kendisine çarter sözleşmesinin suretinin verilmesi şartıyla, yeni hamile teşmil edilebileceği yönündeki kararlar gösterilebilir. Bkz. Yargıtay 11. HD, 13105/146, 10.1.2018; Yargıtay 11. HD, 3454/7240; Yargıtay 11. HD, 8794/6687, 29.11.2017; Yargıtay 11. HD, 1662/4494, 19.9.2017. Erişim: www.kazanci.com.tr, 13.10.2020.).

³⁸ “Somut olayda davacı tahkim iradesini bildirmiştir. Ancak davalı taraf ise aynı iradeyi gösterdiğine ilişkin New York Sözleşmesinin II/2. maddesi kapsamında tahkim şartını kabul ettiğine dair herhangi bir irade açıklamasında bulunmamıştır. Bu durumda tarafların tahkim sözleşmesi konusunda birbirine uygun irade beyanında buldukları kabul edilemez.” (Yargıtay 19 HD, 3644/253, 4.2.2020; aynı yönde bkz. Yargıtay 19 HD, 3057/8736, 24.5.2012. Erişim: www.kazanci.com.tr, 13.10.2020.). Yazılı şekli sağlayan taraf imzalarına ilişkin olarak ileri sürülebilecek yetki itirazlarının nadiren dürüstlük kuralı temelinde bertaraf edilebildiği de görülmektedir: “25.11.2010 tarihli sözleşmenin tarafı olan davalının inkar etmediği sözleşmenin sonradan yetkisiz kişi tarafından imzalandığını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması kapsamında dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Bu durumda davalı şirketin, 25.11.2010 tarihli gemi kiralama sözleşmesinin tarafı olup, aynı zamanda 30.11.2010 tarihli taahhüdü ile, kendi yerine çarterer (kiracı) olarak tayin edeceği tarafın sözleşmeden kaynaklı edimlerinin ifasını garanti etmiş olmasına göre tahkim şartı ile bağlıdır.” (İstanbul BAM 14. HD, 1037/129, 15.2.2018; onama kararı: Yargıtay 11. HD, 2577/3958, 20.5.2019. Erişim: www.lexpera.com.tr, 16.10.2020.).

³⁹ Hemen ekleyelim ki Alman Hukukunda, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığı sorununa uygulanacak hukukun, öncelikle bu kişinin gerçekten “üçüncü kişi” olarak anlaşmaya sonradan dahil edilecek kişi mi, yoksa başından beri tahkim anlaşmasının gerçek tarafı mı olduğunun tespitine bağlı olduğu görüşü de sunulmuştur (SACHS, Klaus/ NIEDERMAIER, Tilman, “On the “Group of Companies Doctrine” and Interpreting the Subjective Scope of Arbitration Agreements- Which Law Applies?”, Revista de Arbitragem e Mediação, Vol. 50, Y. 2016, p. 548). Yazarlara göre bu hususta açıklık yoksa, tahkim anlaşmasının kurulmasında rol oynayan kişilerin beyanları, anlaşmaya uygulanacak hukuk ışığında yorumlanmalıdır. Öte yandan doktrin, üçüncü kişinin tahkim anlaşmasının gerçek taraflarının tespiti için bir yorum aracı ise anlaşmanın tabi olduğu hukuka; anlaşmanın tarafı olan

bakımından kapsamının anlaşmanın tabi olduğu hukuk çerçevesinde değerlendirilmesinden⁴⁰; bazıları ise ticari uygulamalara, ekonomik bütünlüğe, ticari örf ve adete, şirketler topluluklarının dahil olduğu karmaşık ve çok boyutlu projelere ve çok taraflı sözleşmelere odaklanan daha modern yaklaşımla ele alınmasından yanadır⁴¹. Bu doğrultuda, tahkime katılma rızasının açıkça beyanı katı şekilde aranmamalı; ancak rızanın tüm beyan şekilleri dikkate alınarak davranışların yorumuna ayrıca önem verilmelidir⁴². Doktrinin tahkim anlaşmasının topluluk şirketlerine teşmili için *per se* yeterli olmadığı; çevresel durum ve şartlar yanında davranışların da rıza beyanı olarak anlaşılabilmesi gerçeğinin yanlış bir ifadesi olduğu; ancak organizasyon, kontrol ve sözleşmeye genel katılım bakımından değerlendirilebileceği; *hukuki sorgulamayı bertaraf eden bir kestirme yol* olma riski nedeniyle olumsuz etkileri olabileceği ileri sürülmüştür⁴³. Buna göre, tahkim anlaşmasının kişi bakımından kapsamının belirlenmesi için grup şirketler doktrini yerine yerleşmiş kurumlara başvurulmalıdır⁴⁴.

şirketle aynı gruba dahil olması nedeniyle bir başka şirkete teşmil edilmesinde başvuru bir araç ise şirketler hukukuna tabi olmalıdır (s. 548-549).

⁴⁰ GRAVEL, Serge/ PETERSON, Patricia, "French Law and Arbitration Clauses- Distinguishing Scope from Validity: Comment on ICC Case No. 6519 Final Award", McGill Law Journal, Vol. 37, Y. 1992, p. 530; SANDROCK, s. 961.

⁴¹ HANOTIAU, Consent to Arbitration, s. 554.

⁴² HANOTIAU, Consent to Arbitration, s. 554.

⁴³ HANOTIAU, Multiple Contracts-Parties-Issues, s. 297; HANOTIAU, Consent to Arbitration, s. 546; SACHS/ NIEDERMEIER, s. 553. Krş. BREKOULAKIS, Stavros, "Rethinking the Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-signatories", Journal of International Dispute Settlement, Vol.8, Y. 2017, p. 618; KRÖLL, s. 202. Yazarlar, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili hakkında örtülü veya farazi iradeye dayanan teorilerin, gerçek rıza (*actual consent*) yerine işlevsel rızayı (*functional consent*) konu aldığı görüşündedir.

⁴⁴ HANOTIAU, Consent to Arbitration, s. 546. Sandrock da bu konuda doktrinler yerine üçüncü kişi yararına sözleşme, temsil ve dürüstlük kuralı gibi müesseselerin uygulanmasının, uluslararası tahkime başvuranların ihtiyacı olan hukuk güvenliğini sağlayacağı görüşündedir (s. 961). Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun Fransız Hukuku olduğu yargılamalarda, temsil, hukuki görünüme güven gibi klasik kavramlara dayanmadığı sürece doktrinin uygulanmaması gerektiği yönünde bkz. GRAVEL/ PETERSON, s. 530. Tahkim anlaşmasının İsviçre Hukukuna tabi olduğu halde de sözleşmenin tarafı olan şirketle aynı gruba dahil olmanın teşmil için tek başına yeterli gerekçe olmayacağı; hakem heyetinin somut olayda tarafların ortak iradeleri, hakkaniyete uygun ve meşru beklentileri, sözleşmenin yorumu ve iş

Azınlıkta kalan görüş ise, doktrinin yalnızca ekonomik bütünlük olgusuna değil üçüncü kişinin sözleşmeye aktif katılımı ve sözleşmenin tüm taraflarında sözleşmenin tarafı olduğu yönünde oluşturduğu güvenin korunmasına da dayandığını; teşmilin aynı sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların bazı grup şirketleri bakımından tahkim, bazıları bakımından devlet mahkemeleri yargılamasına konu olmasını önlemesinin yararlı olduğu yönündedir⁴⁵. Son olarak, uluslararası ticari uyuşmazlıklar bakımından tahkim anlaşmasının teşmilinde başvuru rızaya dayalı (*consent-based*) teorilerin karmaşık ticari ilişkiler ve üçüncü kişilerin rolü ile bağdaşmadığı gerekçesiyle; anlaşmanın tarafı ile aynı gruba dahil üçüncü kişi şirkete teşmili de dahil olmak üzere, tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinde başvurulacak uyuşmazlığa dayalı (*dispute-based*) genel bir teori geliştirilmesi gerektiği görüşünün⁴⁶ de ileri sürüldüğüne değinmekte yarar vardır.

Türk Hukukunda da genel eğilim, doktrinin bizatihi teşmil için yeterli gerekçe sağlamadığı yönündedir. Bu görüşte olan yazarlar, tahkimin istisnai niteliği nedeniyle tahkim iradesinin varlığının tereddüte yer vermeyecek açıklıkta olması gerekliliğine dayanır⁴⁷. Sözleşmenin teşmil edilmek istendiği kişinin tahkim anlaşmasının tarafıyla ekonomik bütünlük oluşturması, tahkim anlaşmasının bilincinde olarak uyuşmazlığın

modelinin bütününe dair yoğun bir araştırma yapması gerektiği hakkında bkz. HABEGGER, s. 551.

⁴⁵ FERRARIO, s. 673. Gerçekten de teşmilde, paralel yargılamanın önüne geçmek; bu üçüncü kişiyle bağlantılı vakıaların da tahkim yargısında dikkate alınmasını sağlamak; bu kişiye ayrıca mahkemelerde husumet yöneltmesine yer bırakmamak eğilimi önemli rol oynamaktadır. Şirketler hukuku uyuşmazlıkları bakımından karşımıza çıkabilecek paralel yargılama sorunu hakkında detaylı değerlendirmeler için bkz. AYOĞLU, Tolga, "Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Paralel Yargılama Problemi", Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, Ed. AKINCI, Ziya/ YASAN TEPETAŞ, Candan, İstanbul, 2018, s. 101-111.

⁴⁶ BREKOULAKIS, s. 612, 626, 629. Yazara göre, rızaya dayalı geleneksel teşmil teorileri, özellikle şirketler topluluklarının veya devletlerin dahil olduğu çok taraflı işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların konu edildiği tahkim anlaşmalarının teşmilinde yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla bu tür somut olayda tahkim yargılamasına tabi uyuşmazlığın kapsamı irdelenmeli; üçüncü kişinin tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığı, onun rızasının varlığının araştırılmasından ziyade, uyuşmazlığa hangi ölçüde dahil olduğuna göre değerlendirilmelidir. Aksi halde uluslararası tahkim, birbiriyle bağlantılı karmaşık ilişkilere tamamen yabancı hale gelecektir.

⁴⁷ ESEN, Teşmil, s. 101; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 7.

kaynaklandığı hukuki ilişkiye katılımı, üçüncü kişinin farklı bir tüzel kişi olduğu gerçeğini değiştirmemekte; tahkim iradesinde olduğu çıkarımını sağlamamaktadır⁴⁸. Diğer taraftan -tahkim şartı içerdiği bilincinde veya bilincinde olduğu beklenen- üçüncü kişinin asıl sözleşmenin tarafı olduğu yönünde diğer taraflarda güven oluşturması; tahkim iradesini bu şekilde ortaya koyması halinde doktrinin uygulanması gerektiği görüşü de savunulmaktadır⁴⁹. Doktrin lehine ve aleyhine görüşlerin, doktrinin temeli noktasında birbirinden ayrıldığı anlaşılmaktadır. Lehe görüş, doktrini dürüstlük kuralı ile temellendirmekte ve örtülü tahkim iradesinin asıl sözleşmeye katılım ifade eden davranışlar yoluyla beyan edilebileceğini; bu halde tahkim anlaşmasının teşmilini dürüstlük kuralı uyarınca mümkün kabul etmektedir⁵⁰. Aleyhe görüş, ise doktrini ortaklıklar arası ilişkiler özelinde temellendirmekte ve bu ilişkilerin iç içe geçmişliği ve yoğunluğu dolayısıyla asıl sözleşmeye katılımını tahkim iradesinin ve dolayısıyla anlaşmasının diğer grup şirketlerine teşmili için yeterli görmemektedir⁵¹.

D. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi ile Farkları

Tüzel kişilik kavramına hakim olan iki temel ilke vardır: Tüzel kişiliğin kendisini oluşturan kişilerden bağımsızlığı ve malvarlığının kendisini oluşturanların malvarlığından ayrılığı⁵². Ancak kişi ve malvarlığı ayrılığına rağmen, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda kendisini oluşturan kişilere ilişkin bazı hususların tüzel kişiye izafe edilmesi veya tüzel kişinin borçlarından dolayı tüzel kişiyi oluşturan veya yöneten kişilere başvurulması gündeme gelebilecektir⁵³. Bu bağlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, tüzel kişinin bağımsızlığının bertaraf edilmesini

⁴⁸ ESEN, Teşmil, s. 132; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 7.

⁴⁹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 54.

⁵⁰ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 54.

⁵¹ ESEN, Teşmil, s. 132.

⁵² AKÜNAL, Teoman, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1995, s. 10; YANLI, Veliye, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul, 2000, s. 1; ANTALYA, Gökhan, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması", I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu (02.02.2008), İstanbul, 2008, s. 146-147.

⁵³ YANLI, Perdenin Kaldırılması, s. 1; ANTALYA, s. 149.

öngörmekte⁵⁴; sorumluluk alanına dahil edilen kişiye göre farklı şekillerde uygulanabilmektedir. Tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılması tüzel kişiyi oluşturan ve/ya yöneten kişiyi; ters kaldırılması tüzel kişiyi; çarpaz kaldırılması ise şirketler topluluğunun bağlı şirketlerini sorumluluk altına alır⁵⁵. Son halde öncelikle bağlı şirkete ilişkin tüzel kişilik perdesi kaldırılıp hakim şirkete başvurulmakta; ardından hakim şirket ile bir başka bağlı şirket arasındaki perde kaldırılmaktadır⁵⁶. Bunun yanısıra tüzel kişilik perdesi özdeş kılma yoluyla da kaldırılabilir; böylece sadece sözleşmeye taraf kişinin değil, bu kişiyle ekonomik açıdan özdeş sayılabilecek kişiyi de sözleşmeden doğan borç altına alınmaktadır⁵⁷. Perdenin kaldırılmasına yol açan başlıca sebepler ise özkaynak yetersizliği; şirketin yabancı çıkarlar doğrultusunda yönetilmesi; malvarlığının ayrılığı ilkesinin ihlal edilmesi ve kurumsal kötüye kullanma halleridir⁵⁸.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması iki teoriyle açıklanmaktadır⁵⁹: *Kötüye kullanma teorisi*, tüzel kişilik yapısının hukuk düzeniyle bağdaşmayan şekilde kötüye kullanılması veya ayrılık ilkesine dayanılmasının dürlürlük kuralına aykırılık oluşturabileceği hallerde perdenin kaldırılabilirliğini öngörür. *Normların amaçları teorisine* göre ise, perdenin kaldırılması için tüzel kişiliğin kötüye kullanılması aranmamakta; olaya uygulanacak normun anlamı ve amacı çerçevesinde tüzel kişinin hakim olduğu bir tüzel kişinin borçlarından sorumlu olup olmayacağı değerlendirilmektedir. Türk Hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının hukuki temeli olarak -hakim görüş çerçevesinde- maddi hukuk normu olan

⁵⁴ YANLI, Perdenin Kaldırılması, s. 17.

⁵⁵ YANLI, Perdenin Kaldırılması, s. 37-40; Emre ESEN, Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, İstanbul, 2011, s. 17-19.

⁵⁶ YANLI, Perdenin Kaldırılması, s. 40; ESEN, Tüzel Kişilik Perdesi, s. 19.

⁵⁷ YANLI, Perdenin Kaldırılması, s. 29; ANTALYA, s. 151.

⁵⁸ Bu hallere ilişkin detaylı açıklama için bkz. YANLI, Perdenin Kaldırılması, s. 86 vd.; ESEN, Tüzel Kişilik Perdesi, s. 22-41. Sermayeye katılmalı ortak girişimler yönünden detaylı değerlendirme için ise bkz. ALTAY, Sıtkı Anlam, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures), İstanbul, 2009, s. 611-623.

⁵⁹ YANLI, Perdenin Kaldırılması, s. 47 vd.; SAĞLAM, İpek, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış", I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu (02.02.2008), İstanbul, 2008, s. 153-161, s. 157.

dürüstlük kuralı kabul edilmektedir⁶⁰. Tahkim anlaşmasını usul hukuku sözleşmesi olarak niteleyen yazarlar, teorinin, anlaşmanın üçüncü kişiye teşmilini sağlayamayacağı; dürüstlük kuralına dayanılarak sorumluluğuna gidilen kişinin tahkim iradesinden söz edilemeyeceğini ileri sürmektedir⁶¹. Anlaşmayı kuruluşu itibarıyla maddi hukuka tabi tutan

⁶⁰ AKÜNAL, s. 18; DURAL, Mustafa, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması", 15. Yıl Sempozyumu, Ankara, 1998, s. 98. ŞANLI, Nomer'e Armağan, s. 787. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin özel düzenlemeler yanında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden hallerde de perdenin kaldırılacağı yönünde bkz. SAĞLAM, s. 157. Şirketler topluluğu özelinde, sırf yabancı yönetim olgusu veya hakimiyet ilişkisinden dolayı perdenin kaldırılması teorisinin uygulanmasının topluluk şirketlerinin hukuki bağımsızlığını ortadan kaldırdığı; şirketler topluluğunun hukuki yapısına aykırı olduğu; teorinin asıl hedefinin, kökenindeki dürüstlük kuralı ışığında "hakimiyetin kötüye kullanılmasının olumsuz sonuçlarını tüzel kişinin yarattığı sorumluluk zırhını bertaraf ederek", gerçek sorumluya yüklemek olduğu hakkında bkz. ALTAY, s. 614.

⁶¹ ŞANLI, Nomer'e Armağan, s. 787; ESEN, Teşmil, s. 256. Tespit edebildiğimiz kadarıyla Yargıtay, ilk derece mahkemesinin tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılmasıyla tahkim anlaşmasının başka bir topluluk şirketine teşmiline hükmettiği bir olayda, konuya tahkim iradesini araştırmak yönünden değil; ayrı tüzel kişilik bulunduğu savunmasının somut olayda hakkın kötüye kullanılması anlamına gelip gelmediği sorusu üzerinden yaklaşmıştır: "Mahkemece, davacı ile dava dışı ... Motorlu Taşıtlar İş Tarım Mak. San. Tic. A.Ş. arasında dağılım türü anlaşması bulunduğu, bu sözleşme uyarınca 65 adet traktörün adı geçen şirkete davacı şirketçe teslim edildiği, davalı şirket ile dava dışı ... Motorlu Taşıtlar A.Ş.'nin ... grup bünyesinde faaliyet gösteren şirketler olduğuna yönelik davalı şirketin web sitesinde yer alan bilgiler ve dava dışı şirket hakkındaki tanıtım bilgileri, satımın gerçekleştiği 2008 yılında davalı şirket ile dava dışı şirket yönetim kurulu üyelerinin aynı kişilerden oluşması, davalı şirket yönetim kurulu başkanı tarafından gazeteyle verilen "... Elektrik Büyüyen" başlıklı haberdeki "otomotiv sanayi olarak ... motorlu araçlar adı altında bir şirket kurduk. ... mermer madeni açısından zengin olduğu için bu alana da girdiklerini bildiren ..." şeklinde habere yansıyan beyanlar, davalı şirket adına görüşmeleri ve yazışmaları yürüten ...'nin ... isimli şahsa gönderdiği ve faturalara ... Motorlu Taşıtlar A.Ş. şirketinin teslim alan, davalı şirketin ise alıcı olarak yazılması ve ödemelerin ... Motorlu Taşıtlar... A.Ş. tarafından yapılacağına dair e-posta içerikleri ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında hukuki açıdan farklı tüzel kişilikler olsa dahi şirketler arasında iktisadi açıdan özdeşlik bulunduğu kanaatine varıldığından Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi göz önüne alınarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak davalı şirket ile dava dışı ... Motorlu Taşıtlar.. A.Ş.'nin aynı grubun şirketleri olup şirketler arasında organik bir bağ olduğu, alacağın likit bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Yerel mahkemece ... yazılı şekilde hüküm kurulmuş ise de, dosya içeriğine göre taraflar arasındaki uyuşmazlıkta tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektirir bilgi ve belgeye rastlanmamış olduğundan davalının ayrı tüzel kişilik olduğu ve davaya konu alacak ile ilgisi bulunmadığı yönündeki savunmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde değerlendirilemeyeceği gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar

yazarlar ise dürüstlük kuralının, temel bir hukuk ilkesi olarak hukukun tüm dallarında –hatta HMK. M. 29/1’in açık hükmü uyarınca usul hukukunda da uygulanması ve *lex mercatorianum*’un da temel ilkelerinden olması nedeniyle tahkim iradesinin varlığının tespitinde de uygulanabileceğini savunmaktadır⁶².

Grup şirketler doktrini ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorilerinin bazı davalarda birlikte ele alındığı görülmekte; grup şirketler doktrininin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin bir türü olabileceği fikri üzerinde durulmaktadır⁶³. Bu sonuca varılmasında hukuken bağımsız tüzel kişilerin ekonomik bütün oluşturduğu ve kendi menfaatlerinden ziyade bu ekonomik bütünün menfaatleri doğrultusunda yönetildiği bazı hallerde, tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılmasına başvurulmasının payı vardır. Ayrıca her iki teori de öz kaynakları daha güçlü olan üçüncü kişinin malvarlığına yönelme amacını karşılayabilecektir. Ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, ayrılık ilkesine dayanmanın dürüstlük kuralına aykırı olduğu; kanunun dolanılması anlamına geldiği; perdenin arkasında kalan ile şirket tüzel kişiliği arasında bunların ayrı birer kişi olmadıklarını ortaya koyacak ölçüde menfaat birliği bulunduğu; dolayısıyla ayrı ayrı kişilikleri bulunduğu kabulünün hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı hallerde uygulanır⁶⁴. Grup şirketler doktrini ise kişi ayrılığına dayanılmasının dürüstlük kuralını ihlal ettiği hallerden ziyade, bir ekonomik bütünün ve organizasyonun varlığının yanısıra, somut olarak sözleşmenin kuruluşuna ve ifasına katılım yoluyla karşı

verilmesi doğru olmadığı gibi kabul biçimi açısından da hükmedilen yabancı paranın icra takip tarihindeki Türk Lirası karşılığı üzerinden icra inkar tazminatına karar verilmesi gerekirken yabancı para üzerinden tazminata hükmedilmesi de usul ve yasaya aykırıdır.” (Yargıtay 19. HD, 17898/3683, 11.5.2017. Erişim: www.kazanci.com.tr, 20.10.2020.)

Uluslararası tahkim bakımından perdenin kaldırılması teorisinin, tahkim anlaşmasının, anlaşmayı imzalamamış kişiye teşmilini ifade ettiği yönünde bkz. KRYVOI, Yaraslau, “Piercing The Corporate Veil in International Arbitration”, *Global Business Law Review*, Vol. 1, No. 169, Y. 2011, p. 173.

⁶² ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 60-61.

⁶³ ESEN, Teşmil, s. 243.

⁶⁴ ESEN, Teşmil, s. 202, 244. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmiline ilişkin teorileri hakkaniyete ve örtülü iradenin varlığına dayananlar olarak ikiye ayıran; perdenin kaldırılması teorisini birinci; grup şirketler doktrinini ikinci sınıfta zikreden, BREKOULAKIS, s. 618.

tarafıta sözleşmenin tarafı olduğu görünümünü veren örtülü irade beyanının tespiti halinde başvurulur. Kontrol olgusu her iki teori bakımından da aranmakla birlikte; perdenin kaldırılması teorisi bakımından kontrol, tüzel kişilik kabuğunun kötüye kullanılması; grup şirketler doktrini bakımından ise asıl sözleşmeye katılım, karşı tarafıta sözleşmenin tarafı olma görünümü uyandırma noktasında işlev kazanır.

II. TÜRK TİCARET KANUNUNUN ŞİRKETLER TOPLULUĞU HÜKÜMLERİ KARŞISINDA DOKTRİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

Grup şirketler doktrinin şirketler hukuku açısından incelenmesi gereken yönü, şirketler topluluğunun ekonomik bütünlük oluşturması ve hakim şirketin bağılı şirketler üzerindeki kontrolünün, tarafların iradelelerine ve yorumuna etkisi ve dolayısıyla tahkim anlaşmasının teşmili için haklı gerekçeler teşkil edip etmediğidir. Elbette doktrinin uygulanabilirliğini incelerken bu unsurlar somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirilmeli; sözleşmenin yorumunda dikkate alınabilecek başka hususlar olup olmadığına da bakılmalıdır. Burada amaçlanan ise Türk Ticaret Kanununun şirketler topluluğu düzenlemelerinin amacı, kontrol kavramına yaklaşımı ve kontrol araçları ile kurulan hakimiyetin topluluk şirketlerinin taraf oldukları ilişkilere etkisine değinmektir. Böylece tahkim anlaşmasına Türk Hukukunun uygulanacağı hallerde, ekonomik bütünlük ve kontrol kavramlarının bir şirketin taraf olduğu tahkim anlaşmasıyla ilgili olarak topluluktaki bir başka şirketin –özellikle hakim şirketin- tahkim iradesinin varlığını kabule zemin hazırlayıp hazırlamayacağı tartışılabilecektir.

A. Şirketler Topluluğunun⁶⁵ Düzenlenme Amacı ve Kontrol İlkesi Bakımından

Şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemenin temel amacı “*ana ve yavru ortaklıklar arasındaki ilişkilerin şeffaflık, hesap verilebilirlik ve menfaat*

⁶⁵ Bazı hukuk çevrelerinde kurumsal gruplar (*corporate groups*) veya şirketler grubu (*group of companies*) olarak adlandırılan bu ekonomik bütünlük için TTK.’da, “*hem hukukî olması, hem kavramı tanıtmaya gücünün bulunması, hem de toplumda yaygınlık kazanmış olması*” nedeniyle şirketler topluluğu terimi tercih edilmiştir. Türk Ticaret Kanunu gerekçesi (Erişim için bakınız: <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6102ss.pdf>, 21.10.2020) s. 134

dengesi temelinde kurallara bağlanması"dır⁶⁶. TTK., öncelikle bir ekonomik olgu olarak şirketler topluluğunun tanınması ve topluluğa dahil olmanın bağlı şirket yönetimine etkilerinin de dikkate alınarak düzenleme yapılması gerektiğini kabul etmektedir⁶⁷. Zira bir şirketin başka bir şirketin kontrolü altında bulunmasına rağmen serbest iradesini kullanılabileceğinin kabulü, yöneticilere, azlığa ve küçük pay sahiplerine haksızlıklar yapılması anlamına gelebilmektedir⁶⁸. Bu bakımdan TTK. düzenlemeleri, bağlı şirketin menfaatlerinin topluluk menfaatine⁶⁹ göre geri planda kalması ve bu nedenle ortaklar/pay sahiplerinin ve alacaklıların dolaylı olarak zarar görmesi; takdir hakkından yoksun bırakılan bağlı şirket yöneticilerinin hakim şirketçe verilen talimatların doğurduğu sorumluluk altında kalması riskleri ile topluluk itibarının kullanılmasının olumsuz sonuçlarını gidermek ve hafifletmeyi amaçlar⁷⁰. Bu çerçevede salt aynı toplulukta bulunmaları nedeniyle tahkim anlaşmasının başka bir şirkete teşmili topluluk düzenlemelerinin amacını aşacaktır.

TTK.m.195/4 uyarınca "*Hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur.*". Hakim ve bağlı şirket sıfatlarının hangi şartlar altında doğduğu ise TTK.m.195/1-2'de düzenlenmiş; m.195/3'de ise, dolaylı hakimiyet hali hüküm altına alınmıştır. TTK. Tasarısı hazırlanırken farklı hukuk sistemlerinde şirketler topluluğu düzenlemelerinde başvuru olan "tek elden yönetim" ile "kontrol" ilkeleri incelenmiştir. Bunlardan tek elden yönetim ilkesi, bir şirketin diğeri üzerinde herhangi bir şekilde bir etki icra edebilmek gücünü ifade etmekte; karinelere de sonuç bağlamaktadır. Tek eden yönetim ilkesi uyarınca, bizatihi hakimiyet olanaklarının varlığı, *per se*, hakimiyetin de uygulandığı şeklinde yorumlanamayıp, hakimiyetin fiilen uygulanıyor olması gerekli görülmekte; gerektiğinde bunun ispatı

⁶⁶ Türk Ticaret Kanunu Gerekeçesi, s. 41.

⁶⁷ OKUTAN NILSSON, Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009, s. 13.

⁶⁸ Türk Ticaret Kanunu Gerekeçesi, s. 133.

⁶⁹ Hakim teşebbüsün bağlı ortaklığa müdahalesi, topluluk menfaati temelinde meşruyet kazanır (GÖKTÜRK, Kürşat, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından), Ankara, 2015, s. 49-51.).

⁷⁰ OKUTAN NILSSON, s. 14-15.

istenmektedir⁷¹. Burada hakimiyetin kullanılıp kullanılmadığı, şirketlerin *ekonomik bütünlük* oluşturacak şekilde hakim şirket tarafından yönlendirip yönlendirilmediği incelenmelidir⁷². Kontrol ilkesi ise, bir şirketin diğer bir şirketi veya şirketleri, sahip olduğu kontrol öğeleri aracılığıyla kendi politikaları yönünde karar almasına imkan veren hakimiyet altında tutması üzerine kuruludur. Kontrol öğeleri genellikle sermaye çoğunluğu, oy çoğunluğu, yönetim organındaki üyelerin çoğunluğu gibi matematiksel ölçütler şeklinde düzenlenmekte ve bunların varlığı halinde hakimiyetin uygulanıp uygulanmadığı değerlendirilmemekte; hatta hakimiyetin uygulanmadığının ispatına sonuç bağlanmamaktadır⁷³. Özellikle TTK.m.195/1 hükmünde⁷⁴ açıkça anlaşıldığı üzere TTK.'da kontrol sistemi benimsenmiştir⁷⁵.

Kontrolün tesis edilmesiyle, hakim şirketin bağlı şirkete –ve hatta onunun pay sahiplerine karşı- *asli edim niteliğinde olmayan bir gözetme borcu*

⁷¹ TEKİNALP, Ünal, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlenmesinde Kontrol İlkesi”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. II, İstanbul, 2009, s. 1544; AKIN, İrfan, Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, Ankara, 2014, s. 54.

⁷² OKUTAN NILSSON, s. 82. “Konzernler hukuken bağımsız olan birden çok işletme veya şirketin ekonomik bütünlük oluşturmak amacıyla bir şirketin sevk ve yönetimine girerek oluşturdukları bir yapıdır.” (ÜÇİŞİK, Güzin/ ÇELİK, Aydın, Anonim Ortaklıklar Hukuku, I. Cilt, Ankara, 2013, s. 89.)

⁷³ Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, s. 135.

⁷⁴ Hüküm, hakimiyet olgusunu geniş şekilde ele almış; hukuken kontrolü elde tutma imkanı veren araçlara sahip olunması (m.195/1-a) ve somut olayda fiilen hakimiyetin elde bulundurulması (m.195/1-b) hallerini kapsayacak şekilde düzenleme getirmiştir (OKUTAN NILSSON, s. 98). TTK.m.195/1’de sayılan hallerde kontrolün varlığı konusunda faraziye öngörülmekte olup, aksi ispat edilemez (ÜÇİŞİK/ ÇELİK, s. 92; ALTAY, s. 366). Eklemek gerekir ki bir şirketin başka bir şirketin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paya sahip olmasına ilişkin hakimiyeti karinesinin (m. 195/2) çürütülmesi ise mümkündür (ALTAY, s. 367). TTK. gerekçesinde Kanunkoyucunun kontrol ilkesini benimsediğini belirtmesine rağmen hakimiyet ilkesine ilişkin karineleri de dışlamadığı hakkında bkz. CAN, Mehmet Çelebi, Hakimiyet Sözleşmesi (Anonim Şirketlerden Oluşan Şirketler Topluluğu Bakımından), Ankara, 2020, s. 40.

⁷⁵ Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, s. 135. BankK.’da, benimsenen kontrol olgusu, kontrol araçları ve TTK. düzenlemeleriyle uyumu hakkında detaylı değerlendirmeler için bkz. Altay, s. 384-394; AKIN SUNAY, Nesrin, Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Amerikan Hukukunda Finansal Grupların/ Finansal Holding Şirketlerinin Düzenlenmesi ve Denetimi, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.135-139.

doğmaktadır⁷⁶. Ancak bu borcun alacaklılara karşı da var olduğunu söylemek güçtür⁷⁷. Hakimiyet sözleşmesine taraf şirketler ise edim yükümlülüğü altına girmekte; sözleşme ile hakim şirket, bağlı şirkete talimat verme yetkisine ve bu yetkiyi kullanması halinde bu talimatlara uyulmasını; bağlı şirket ise bu talimatlar dolayısıyla uğradığı kaybın denkleştirilmesini talep hakkına sahip olmaktadır⁷⁸.

Düzenlemelerden ve Gerekçeden anlaşıldığı üzere kanun koyucu meseleye bağımsız kişiliği ve malvarlığı olan bağlı şirketlerin, tamamen bağımsız olamayan iradesinden kaynaklanan muhtemel veya mevcut kaybın önlenmesi veya giderilmesi amacıyla yaklaşmaktadır. Dolayısıyla grup şirketler doktrini, *enterprise law* teorisini⁷⁹ çağrıştıran ve topluluğu adeta tek bir işletmeymiş gibi ele alıp işlemlere bu işletmeyi taraf tutma eğiliminden uzaktır. “*Topluluk, ekonomik bütünlüğü olan bir hukuki yapı*”⁸⁰ olmakla birlikte; aşağıda inceleneceği üzere tam hakimiyet halinde dahi bağlı şirket hukuki bağımsızlığını korumakta; hakim teşebbüse bağlılığı mutlak nitelik taşımamaktadır. Aksi halde şirketler topluluğu, rekabet hukuku anlamında teşebbüs kavramına benzer şekilde değerlendirilmiş olacaktır⁸¹. Zira rekabet hukuku bağlamında topluluk, ekonomik bütünlük oluşturuyorsa tek bir teşebbüs kabul edilmekte ve bağlı şirketin rekabeti ihlal eden davranışı karşısında tabi olduğu yaptırımlar da hakim ortaklığın yıllık cirosu üzerinden kararlaştırılmakta; bağlı şirketin davranışı

⁷⁶ OKUTAN NILSSON s. 322-325.

⁷⁷ OKUTAN NILSSON, s. 355.

⁷⁸ YANLI, Veliye, “Hakimiyet Sözleşmeleri”, Regesta, C. 3, Sa.1, s. 9. Talimatın muhatabı bağlı şirket yönetim kurulu; talimatın konusu ise somut bir olay özelinde veya genel stratejik hedefler anlamında yönetimdir (YANLI, Hakimiyet Sözleşmeleri, s.8; CAN, s. 135-137). Hakimiyet sözleşmesi uyarınca bağlı ortaklığın talimatlarının genel kurulda alınan kararlara da sirayet edebileceği hakkında bkz. ALTAY, s. 381.

⁷⁹ Enterprise law teorisinin Amerikan şirketler topluluğu hukukunda yeri için bkz. PEKİNÇER, Tamer/ GÜNDOĞDU, Gökmen, “Amerikan Hukukunda Şirketler Topluluğu Hukuku Algısı ve Şirketler Topluluğunda Sorumluluğa İlişkin Uygulamaya Genel Bir Bakış”, Regesta, C.3, Sa. 2, s. 31-49.

⁸⁰ TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2013, N. 23-17.

⁸¹ Bilindiği üzere, gerekçesinde de belirtildiği üzere RKHK. m. 3 kapsamında teşebbüsün tespitinde de ekonomik bütünlük kavramından hareket edilmektedir: “...Teşebbüs tanımı yapılırken ekonomik bütünlük ilkesi benimsenmiştir. Yani, bir yavru şirket tek başına değil, bağlı olduğu diğer şirket veya şirketlerle birlikte değerlendirilecektir. ...”.

hakim şirkete atfedilebilmektedir⁸². Bu sonuç, rekabet hukukunun hukuki bağımsızlığa sahip ekonomik birimleri denetim dışında bırakmama ve davranışlarının pazardaki rekabete etkisini ölçme hedefine uygun olmakla birlikte, yukarıda da belirtildiği üzere tahkim anlaşması üçüncü kişilerin davranışlarını yaptırıma tabi tutarcasına teşmil edilemez. Kaldı ki kanun koyucu topluluk düzenlemelerinin temel taşı olan kontrol olgusunu ekonomik göstergelerden ziyade hukuki kontrol araçları üzerinden ele almıştır.

B. Hakimiyetin Tahkim Anlaşmasına Etkisi Bakımından

1. Tam Hakimiyetin Bulunmadığı Hallerde

TTK., hakim şirketin bağlı şirket yönetimi üzerindeki etkisini tam hakimiyetin bulunduğu haller ile tam hakimiyetin bulunmadığı haller olarak ayırarak düzenlemiştir. Ayrım, bağlı şirket yönetim kurulunun hakim şirket talimatları ile bağlı olup olmaması noktasında önem arz etmektedir. Bu anlamda hakimiyet, hakim şirket iradesinin bağlı şirketin tarafı olduğu tahkim anlaşmasının kuruluşuna etki derecesinin incelenmesi bakımından dikkate alınabilir.

TTK.m.202, kısmi hakimiyetin hukuka aykırı olarak kullanılması halini ve sonuçlarını düzenlemektedir. Buna göre hakim şirket, kural olarak bağlı şirketi *“verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmez”*. Yönelme veya yönlendirme, *“tavsiye, teşvik, talimat gibi belirli bir davranış ya da beklenti gibi bir açıklama yoluyla bağlı şirketin işlemlerine etki etmektedir”*⁸³. Yönelme, hakim şirket yönetim kurulu üyelerinden, yöneticilerinden, temsilcilerinden, hakim şirkete hakim ortak/pay sahibinden veya bu kişilerin talimatı altında çalışan kişilerden gelebilir⁸⁴.

⁸² TOKATLI, Aytül, Rekabet Hukukunda Ekonomik Bütünlük Kavramı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2009, s. 2.

⁸³ GÜRBÜZ USLUEL, Aslı Elif, “Şirketler Topluluğunda Denkleştirme”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, Sa.2: Yeni Türk Ticaret Kanununu Beklerken Sempozyumu” Özel Sayısı, s. 299. Yönlendirmenin bağlı şirket üzerinde hakimiyet etkisinin kullanımı olduğu; ne surette gerçekleştiğinin bir önemi bulunmadığı; yazılı, sözlü ve görsel olarak ve hatta somut olaya göre örtülü gerçekleştirilebileceği hakkında bkz. GÖKTÜRK, s. 65.

⁸⁴ OKUTAN NILSSON, s. 272.

TTK.m.202/1-a, o faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilmesi ya da denk değerde istem hakkı tanınması halinde, hakim şirketin hakimiyetini bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanmasına dahi cevaz vermektedir⁸⁵. Bu çerçevede hakim şirketin talimatı sonucunda bağlı şirketin tahkim şartını ihtiva eden bir sözleşmeye taraf olması mümkündür. Tahkim şartıyla bu şartın yer aldığı sözleşmeden bağımsızlığı bakımından ele alındığında dahi, tahkim yargısının ticari sırların korunması bakımından avantajları dolayısıyla hakim ortaklığın bağlı şirketlerini tahkim anlaşmasına taraf olması için yönlendirebileceği sonucuna varılabilir. Zira ticari sırların korunması aynı zamanda topluluk menfaatlerine de hizmet edecektir. Ancak salt TTK.m.202, bağlı şirketin imzalamış olduğu tahkim sözleşmesinin diğer tarafının, bu anlaşmaya dayanarak hakim şirkete karşı tahkim talebinde bulunmasına imkan vermeyecektir.

Hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı olarak kullanması sonucunda bağlı şirketin kayba uğraması ve bu kaybın faaliyet yılı içinde denkleştirilmemesi veya kayda denk istem hakkı tanınmaması halinde TTK.m.202/1-a,b uyarınca bağlı şirket pay sahipleri ve alacaklılarının bağlı şirketin zararının şirkete ödenmesini talep etmesi mümkündür. Pay sahipleri ve alacaklılarının açacağı davaya TTK.m.202/1-e'nin atfıyla kıyas yoluyla uygulanacak hükümler arasında TTK.m.561 sayılmaktadır. TTK.m.561 uyarınca sorumlular aleyhinde şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde dava açılabilir olup; madde gerekçesine göre yetki inhisari olmayıp, uyuşmazlığın çözümü için tahkim anlaşması kurmak yolu açıktır⁸⁶. Bu noktada akla, hakim şirket veya

⁸⁵ Bağlı şirket yönetim kurulunun bu talimatlarla kendini bağlı görmesinin sınırı, yönetim kurulu üyesinin dürüst ve tedbirli bir yönetici olarak yapacağı değerlendirme sonucunda denkleştirmenin yapılabileceğini kabul etmekte haklı olmasıdır (OKUTAN NILSSON, s. 422). Düzenlemede benimsenen yaklaşım, grup şirketler doktrininin reddedildiği *Adams v. Cape Industries* kararında varılan "Arzu edilsin veya edilmesin şirket yapısını bu şekilde kullanma hakkı şirketler hukukunda mevcuttur..." sonucunu hatırlatmaktadır.

⁸⁶ Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, s. 263. Tahkim anlaşmasına, korporatif nitelik taşımayan, şekli bir esas sözleşme hükmü olarak, halka açık olmayan şirketlerin esas sözleşmelerinde de yer verilebilir. Bu halde tahkim şartının şirket, organları, organların üyeleri ve pay sahipleri arasında ortaya çıkabilecek tüm dava haklarını kapsayacak genişlikte kaleme alınması gereklidir. Şekli bir esas sözleşme hükmü niteliğindeki tahkim şartı, sorumluluk davalarının yöneltildiği yönetim kurulu üyelerini ancak açıkça esas sözleşmedeki tahkim şartına tabi olmayı kabul etmeleri halinde

hakim şirket yönetim kurulu üyeleriyle bağlı şirket pay sahipleri arasında tazminat talebinin tahkim yargısına konu olması yönünde geçerli tahkim anlaşması bulunduğu halde, alacaklıların da bu tahkim anlaşmasına dayanmasının mümkün olup olmayacağı sorusu – bu soru grup şirketler doktrini konusu dışında kalsa da⁸⁷- gelebilir. Burada hemen belirtilmelidir ki bazı yazarlar, tahkim anlaşmasına taraf olan kişinin üçüncü kişiye karşı tahkime başvurması ile üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına taraf olan kişiye karşı tahkime başvurmasını birbirinden ayırmaktadır. İki durum da anlaşmanın üçüncü kişiye teşmili sonucuna yönelmekle birlikte, ilk senaryoda üçüncü kişi tahkim anlaşmasının teşmiline karşı koyma eğilimde olacağından; ikinci senaryoda ise üçüncü kişi tahkim yargılamasını başlatarak tahkim iradesini beyan ettiğinden, ikinci senaryoda teşmil, gerekçelendirilmeye daha uygun bulunmaktadır⁸⁸. Dolayısıyla bu çerçevede yukarıda sorulan soruya olumlu cevap verilebileceği düşünülse de, tahkim anlaşmasına taraf olan kişiyi anlaşmanın tarafı olmayan üçüncü

bağlayacaktır (AYOĞLU, Tolga, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul, 2018, s. 14, 69, 75)

⁸⁷ Zira bir borçlar hukuku sözleşmesinden doğacak uyuşmazlığın çözümüne yönelen, bu sözleşmenin hükmü niteliğindeki tahkim şartının grup şirketler doktrini uyarınca teşmili, hakim teşebbüsün hakimiyetini kullanmasıyla oluşan zararın tazmini gibi şirketler hukuku alanında kalan bir uyuşmazlığın çözümü için kurulan bir tahkim anlaşması veya bu uğurda öngörülen bir esas sözleşme hükmü niteliğindeki tahkim şartının kişi yönünden kapsamının alacaklıları da dahil edecek şekilde genişletilmesinden farklıdır. Bu farka değinen Yargıtay 11. HD'nin 14625/248 sayı, 13.1.2016 tarihli kararı: *"Dava hakim şirket ve bağlı şirket yönetim kurulu üyelerine karşı açılmış sorumluluk davasıdır. ... Davacı davasını TTK'nın 202. maddesine dayandırmaktadır. ... Bu kısaca açıklamadan sonra somut olaya gelindiğinde, davalıların ...ile ... Arasında bağitlanan teknik bilgi ve marka lisans anlaşmasınının 13. maddesine dayanarak tahkim itirazında buldukları görülmektedir. Oysa davacının TTK'nın 202. maddesine göre davaya açmış olduğu davanın sorumluluk davası olduğu gerçeği karşısında, davalıların tahkim itirazlarının dayanağı olan sözleşmenin ve bu sözleşmenin tahkimi düzenleyen 13. maddesinin bu somut olayda uygulanması olanağı yoktur. Başka bir anlatım ile sözleşmedeki tahkime ilişkin düzenlemenin, TTK'nın 202 maddesindeki sorumluluk davasını kapsamadığının açıkça anlaşılması karşısında davalıların tahkim itirazlarının reddi ile yargılamaya devam edilerek sonuca göre karar verilmesi gerekirken tahkim itirazının kabulü ile davanın usulden reddi doğru olmaması bozmayı gerektirmiştir."* (Erişim: www.lexpera.com.tr, 20.10.2020.).

⁸⁸ PARK, William W., "Non-Signatories and the New York Convention", Dispute Resolution International, Vol 2, No.1, Y. 2008, p. 104-105. İkinci senaryoda dahi, tahkim anlaşmasının diğer tarafının üçüncü kişinin tahkim anlaşmasına dayanması konusundaki rızasının dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. MEYNIEL, s. 26.

kişi ile tahkim yargılamasını sürdürmek zorunda bırakmak, tahkim yargısının iradiliğine ve tahkim anlaşması taraflarının serbestçe belirlenebilirliğine aykırı olacaktır.

2. Tam Hakimiyet Halinde

TTK.m.203'e göre bir ticaret şirketinin bir sermaye şirketinin paylaşımının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip olması halinde tam hakimiyet söz konusudur. Hüküm uyarınca tam hakimiyet halinde bağlı şirket yönetim kurulu, hakim şirketin yönetim kurulunun *belirlenmiş ve somut topluluk politikaları* gereği bağlı şirkete verdiği talimatlara uymak zorundadır. Topluluk politikası (*group policy*), topluluk şirketlerinin *"ticari faaliyetlerinin belirlendiği, koordine edildiği, gelişme yönünün tespit edildiği tüm grubu kapsayan bir politika"*dır⁸⁹. Talimat serbestinin sınırı ise TTK.m.204 ile şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek veya önemli varlıklarını kaybetmesine neden olabilecek işlemler olarak belirlenmiştir. Gereğe göre günlük gereksinimler doğrultusunda verilen talimatlar bu hükmün kapsamı dışında olup, bu tür talimatlar verilmesi halinde hakim şirketin sorumluluğu ağırlaşacaktır⁹⁰. TTK.m.206 uyarınca hakim şirketin verdiği talimatlar dolayısıyla bağlı şirkette oluşan kaybın denkleştirilmemesi veya bu yönde istem hakkı tanınmaması halinde zarara uğrayan alacaklılar, hakim şirkete ve onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açabilirler⁹¹.

Görüldüğü üzere tam hakimiyet halinde, hakim şirketin talimat serbestisi sınırları içinde kalan talimatları, bağlı yönetim kurulunun iradesini şekillendirmektedir. Topluluk politikası kavramının tahkim anlaşması ya da tahkim şartının yer aldığı sözleşmeleri de kapsayabileceği varsayılrsa dahi, hakim şirketin talimatlarına uyulması bağlı şirketin hukuki

⁸⁹ Forum Europaeum Corporate Group Law, "Corporate Group Law for Europe", European Business Organization Law Review, Vol. 1, Issue 2, Y. 2000, p. 199. Topluluk politikası, topluluktaki tüm şirketler tarafından izlenmesi hedeflenen, genel ve ilkel nitelikli esaslardan oluşur (GÖKTÜRK, s. 110).

⁹⁰ Türk Ticaret Kanunu Gerekeçesi, s. 142.

⁹¹ TTK. m. 206/1 atfıyla bu davaya TTK. m. 202/1-e ve buradan atıfla kıyas yoluyla TTK. m. 561 uygulanacağından, tam hakimiyetin bulunmadığı haller hakkında yukarıda açıklandığı üzere, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü kararlaştırılabilir.

bağımsızlığını ortadan kaldırmamakta ve tahkim anlaşmasının kendisine teşmil edilmesine dayanak teşkil etmemektedir.

C. Güvenden Doğan Sorumluluk Bakımından

TTK.m.209 uyarınca hakim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren düzeye ulaştığı hallerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur. Hükmün amacı, şirketler topluluğu bağlamında hakim şirketin toplumda veya daha dar bir çevre olan tüketicide yarattığı güveni kullanmasının sonuçlarını yüklenmesini sağlamaktır⁹². Dolayısıyla sorumluluk kaynağı, itibarın topluma ve tüketiciye güven vermesi değil; bu itibarın kullanılması yoluyla somut durumda yaratılan güvendir. Burada toplum ve tüketici adı altında hangi grupların koruma altına aldığı sorgulanabilir. Hükme, öncelikle sıradan tüketicinin; ikinci planda da -korumadan yararlanmaları için daha ağır şartlar uygulanmak üzere- tacirlerin dayanabileceği belirtilmektedir⁹³. İsviçre Federal Mahkemesi'nin anılan düzenlemeye gidilmesinde rol oynayan *Swissair* kararı ile bu kararı takip eden *Omni Holding* kararında, hakim şirketin güvenden doğan sorumluluğunun *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile aynı köke dayandığı kabul edilmiştir⁹⁴.

Madde gerekçesinde ayrıca *patronaj açıklaması* kavramından bahsedilmekte ve güvenden doğan sorumluluğun özel ve dar bir kaynağı olarak nitelenmektedir⁹⁵. Himaye beyanı da denilen patronaj açıklaması, şirketler topluluğunun söz konusu olduğu hallerde çoğunlukla "bağlı şirketin kredibilitésini artırmak amacıyla onun müzakere partnerine yönelik olarak yapılan ve belirli bir durum veya davranışın temin edildiğine ilişkin beyanları"⁹⁶ ifade etmektedir. Uygulamada en sık karşılaşılan himaye beyanları arasında, bağlı şirketle yapılan sözleşmeden bilgi sahibi olunduğuna dair;

⁹² Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, s. 144.

⁹³ BATTAL, Ahmet, "Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, Sa.2: Yeni Türk Ticaret Kanununu Beklerken Sempozyumu" Özel Sayısı, s. 252.

⁹⁴ Anılan kararlar ve sorumluluğun hukuki niteliği hakkında görüşler için bkz. OKUTAN NILSSON, s. 464 vd.; YILMAZ, Asuman, Türk İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, İstanbul, 2010, s. 185-186.

⁹⁵ Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, s. 144.

⁹⁶ YILMAZ, s. 200.

bilgi vermeye yönelik; bağlı şirketteki katılma payı oranının korunacağına ilişkin; bağlı şirketin ödeme gücünün korunacağına ilişkin niyet beyanı; bağlı şirketin borçlarının kendi borcu gibi kabul edildiğine ilişkin beyan; bağlı şirketin daima arkasında olduğuna ilişkin ve borcun ifa edilebilmesi için bağlı şirkete gerekli mali kaynağın sağlanacağına ilişkin beyanlar sayılmaktadır⁹⁷. Himaye beyanları geleceğe dönük taahhüt içeren ve böyle bir taahhüt içermeyip salt durum açıklaması teşkil eden beyanlar olmak üzere iki grupta incelenmektedir. Hakim şirketin geleceğe dönük olarak kendi davranışlarıyla ilgili bir taahhütte bulunması halinde, şirket zaten asli edim borcunu yüklenmiş olacağından, güvenden doğan sorumluluk hükümlerine uygulama alanı doğmayacaktır⁹⁸. Geleceğe dönük salt durum açıklamalarının ise güven sorumluluğuna yol açabilmesi için beyan içeriği somut güven ve beklenti uyandırmaya elverişli olmalıdır⁹⁹.

Güvenden doğan sorumluluğun kapsamı tespit edilirken olumlu güven koruması ve olumsuz güven koruması ayrımı yapıldığı da görülmektedir¹⁰⁰. Özellikle hukuki görünüşe güven halinde söz konusu olan olumlu güven sorumluluğunda, gerçekleşeceğine inanılan işlem sonucu ayakta tutulmaktadır. Olumsuz güven koruması ise beklenen sonucun gerçekleşmemiş olmasından doğan zararın giderilmesini amaçlar¹⁰¹. Şirketler topluluğunda hakim şirketin hukuki görünüşe güvenden doğan sorumluluğu, bağlı şirketin kendini üçüncü kişilere karşı, -özellikle ticaret unvanının kullanımı yoluyla- hakim şirketten bağımsız olmayan bir birim olarak göstermesi halinde tartışılabilir¹⁰². Ancak bu halde

⁹⁷ YILMAZ, s. 212-237; KIRCA, İsmail, "Kredi Teminat Amacı Olarak Himaye Beyanı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, Sa.1-4, Y.1995, s. 455-459.

⁹⁸ OKUTAN NILSSON, s. 511.

⁹⁹ OKUTAN NILSSON, s. 513. Yazar, bu beklentiyi yaratabilecek beyanlara şu örnekleri vermektedir: "*Yavru şirketin taahhütleri, grubun taahhütleri olarak kabul edilir.*", "*Hakim şirket, yavru şirketin bu borcunun arkasındadır.*". Güven teorisi uyarınca, bağlı şirketin borcunun kendi borcu gibi telakki edildiğine dair hakim şirket beyanlarının borca katılma niteliğinde olduğu yönünde bkz. KIRCA, s. 470.

¹⁰⁰ OKUTAN NILSSON s. 498- 501. *Yılmaz* ise bu ayrımı hukuki görünüşten doğan sorumluluk ve maddi görünüşten doğan sorumluluk şeklinde yapmaktadır.

¹⁰¹ OKUTAN NILSSON, s. 498; YILMAZ, s. 246.

¹⁰² YILMAZ, s. 247. Bu hususta 15116 sayılı ICC davasına değinilebilir. Türk acente ile Guernsey merkezli müvekkili arasındaki sözleşmenin ifasına ilişkin olarak

sözleşmenin diğer tarafının basiretli davranma yükümlülüğü altındaki bir tacir olarak iyiniyetli olması ihtimali oldukça zayıftır. Dolayısıyla bu varsayımda dahi tahkim anlaşmasının üçüncü kişi olan hakim şirkete teşmilini kabul etmek zordur. Topluluk şirketlerinden birinin tahkim anlaşmasına taraf olurken bir başka topluluk şirketini –örneğin hakim şirketi- temsil ettiği izlenimini yaratması halinde de aynı sonuca varılacaktır. Zira tahkim anlaşmasının temsilci aracılığıyla kurulması halinde temsil olunanın –ticari temsilci olmayan- temsilcisine bu konuda özel yetki vermesi gerekli olup (TBK. m. 504/3); basiretli bir tacirin yetki belgesini kontrol etmesi beklenmektedir.

SONUÇ

Tahkimin ihtiyari niteliği dolayısıyla bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünde tarafların bu yöndeki açık veya örtülü iradeleriyle kurulacak tahkim anlaşmasının varlığı gereklidir. Kural olarak nisbi nitelikteki bu anlaşmanın, anlaşmada imzası bulunmayan üçüncü kişiler bakımından da sonuç doğurması, diğer bir deyişle teşmili, anlaşmanın kişi bakımından kapsamına ilişkin, anlaşmanın tabi olduğu hukukun borçlar hukuku ilkeleri ışığında yorumunu gerektirir. Bu amaçla, özellikle uluslararası ticari tahkimde tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde çeşitli müessese ve teorilere başvurulmaktadır. Bunlardan grup şirketler doktrini, sözleşmelerin kurulması, ifası ve sona erdirilmesi aşamalarında bağlı şirket üzerinde uygulanan kontrol ve tek bir ekonomik bütünlük oluşturulması halinde tahkim anlaşmasının taraflardan biri ile aynı grupta yer alan bir başka şirkete teşmil edebileceğini öngörmektedir. Doktrinin tahkim anlaşmasının teşmili bakımından yararlanılan diğer kurum ve teorilerden ayırt edici noktası, ekonomik bütünlük ve kontrol olgularından yararlanılmasıdır.

müvekkilin çoğunluk paylarına sahip olduğu Birleşik Krallık merkezli bağlı ortaklık, müvekkili şirketin “üretim branşı” olarak acenteye e-postalar göndermiştir. İlerleyen dönemde çıkan uyuşmazlığın çözümü için acente müvekkili ve bağlı ortaklığına karşı tahkime başvurmuştur. İsviçre Hukukuna göre yapılan değerlendirmede, bağlı şirketin sözleşmenin ifasını yakinen ve doğrudan katılmadığı; müvekkili şirketin bağlı ortaklığın unvanını hiçbir zaman kullanmadığından hareketle bağlı ortaklık bakımından yargılama yapma yetkisi olmadığı sonucuna varılmıştır (Yearbook Commercial Arbitration, Ed. van den BERG, Albert Jan, Vol. 39, Y. 2014, pp. 159-168).

Çalışmada, tahkim anlaşmasına Türk Hukukunun uygulanması halinde, Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümleri ışığında, ekonomik bütünlük ve kontrol kavramlarının tahkim iradesinin araştırılması ve yorumuna etkisi değerlendirilmiştir. Söz konusu hükümler, topluluk şirketlerinin hukuki bağımsızlığını yok sayma yaklaşımıyla; hakim teşebbüs iradesi veya topluluk politikasının topluluk şirketlerinin iradesinin yerini alacağı kabulüyle sevk edilmemiştir. Düzenlemelerin amacı, topluluk menfaati ile bağlı şirketlerin menfaatinin dengelenmesi ve bu denge kurulurken alacaklıların da korunması; bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu daha gerçekçi esaslar üzerine kurmaktır. Hatta alacaklıların doğrudan ve dolaylı zararlarının tazmini talebiyle hakim şirket ve hakim şirket yönetim kuruluna başvurma hakkı düzenlenerek tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sonucuna yaklaşılmıştır. Bununla birlikte tam hakimiyet halinde dahi topluluk şirketlerinin hukuki bağımsızlığı devam etmektedir. Dolayısıyla salt ekonomik bütünlük ve kontrol olguları -tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren haller veya güven-den doğan sorumluluk söz konusu değilse- üçüncü kişi konumundaki bir topluluk şirketinin tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulması için yeterli değildir. Ekonomik bütünlük ve kontrol dolayısıyla kenetlenen topluluk şirketlerinin, tahkim anlaşmasının karşı tarafında sözleşmenin hakim şirketle yapıldığına ilişkin uyandıracığı güven dolayısıyla taraf tutulması düşünülebilir. Ancak bu sonuç da halihazırda dürüstlük kuralının gereği olup, müstakil bir doktrini gerektirmez. Kaldı ki bu halde dahi tahkim anlaşmasının taraflarının tacir olması halinde basiretli davranma yükümlülüğü altındaki bu kişinin aslında kim ile sözleşme kurduğunu anlaması beklenebilecek, tahkim anlaşmasının teşmili nadiren kabul edilebilecektir. Tahkim anlaşmasının karşı tarafında aslında üçüncü kişi olan bir diğer topluluk şirketinin tahkim anlaşmasına taraf olduğu izlenimi, kişi ayrılığının kötüye kullanılması amaçlanarak; dürüstlük kuralına aykırı davranışlarla uyandırılmaktaysa, bu halde zaten tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi uygulama alanı bulacaktır.

KAYNAKLAR

AKIN, İrfan, Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

AKIN SUNAY, Nesrin, Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Amerikan Hukukunda Finansal Grupların/ Finansal Holding Şirketlerinin Düzenlenmesi ve Denetimi, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.

AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

AKÜNAL, Teoman, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, Beta Yayınları, İstanbul, 1995.

ALTAY, Sıtkı Anlam, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

ANTALYA, Gökhan, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması", I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu (02.02.2008), İstanbul, 2008, s. 143-152.

AYDEMİR, Fatih, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

AYOĞLU, Tolga, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

AYOĞLU, Tolga, "Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Paralel Yargılama Problemi", Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, Ed. AKINCI, Ziya/ YASAN TEPETAŞ, Candan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 101-111.

BATTAL, Ahmet, "Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, Sa.2: Yeni Türk Ticaret Kanununu Beklerken Sempozyumu" Özel Sayısı, s. 245-253.

BREKOULAKIS, Stavros, "Rethinking the Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-signatories", Journal of International Dispute Settlement, Vol. 8, Y. 2017, pp. 610-643.

CAN, Mehmet Çelebi, Hakimiyet Sözleşmesi (Anonim Şirketlerden Oluşan Şirketler Topluluğu Bakımından), Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

DEMİRKOL, Berk, "Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili", Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Paneller Serisi, C. I, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 279-314.

DURAL, Mustafa, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması", 15. Yıl Sempozyumu, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Yayın No: 119, Ankara, 1998, s. 97- 118.

EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, Tıpkı 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

ESEN, Emre, Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

FERRARIO, Pietro, "The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is There Any Reason For This Doctrine to Exist", Journal of International Arbitration, Vol. 26, Issue 5, Y. 2009, pp. 647-673.

Forum Europaeum Corporate Group Law, "Corporate Group Law for Europe", European Business Organization Law Review, Vol. 1, Issue 2, Y. 2000, pp. 165-264.

GIRSBERGER, Daniel / VOSE, Nathalie, International Arbitration Comparative and Swiss Perspectives, 3. Edn., Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016.

GÖKTÜRK, Kürşat, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından), Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

GÜRBÜZ USLU, Elif, "Şirketler Topluluğunda Denkleştirme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, Sa. 2: Yeni Türk Ticaret Kanununu Beklerken Sempozyumu" Özel Sayısı, s. 281-307.

GRAVEL, Serge/ PETERSON, Patricia, "French Law and Arbitration Clauses- Distinguishing Scope from Validity: Comment on ICC Case No. 6519 Final Award", McGill Law Journal, Vol. 37, Y. 1992, pp. 510-536.

HABEGGER, Phillip, "Arbitration and Groups of Companies – The Swiss Practice", *European Business Organization Law Review*, Vol. 3, Issue 3, Y. 2002, pp. 517-551.

HANOTIAU, Bernard, "Problems Raised By Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues- An Analysis", *Journal of International Arbitration*, Vol. 1, No. 2, 1984, pp. 127-360 (Multiple Contracts- Parties- Issues).

HANOTIAU, Bernard, "Consent to Arbitration: Do We Share The Same Vision?", *International Arbitration*, Vol. 27, Y. 2011, pp. 539-554.

KALPSÜZ, Turgut, "Tahkim Anlaşması", *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. II, Beta Yayınları, Ankara, 2003, s. 1027-1053.

KESER BERBER, Leyla, *Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1999.

KIRCA, İsmail, "Kredi Teminat Amacı Olarak Himaye Beyanı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 44, Sa.1-4, Y.1995, s. 451-478.

KRÖLL, Stefan, "The Formation of Contract- International Arbitration", *The Formation of Contract- New Features and Developments in Contracting*, Ed. SCHULZE, Reiner/ PERALES VISCASILLAS Pilar, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016.

KRYVOI, Yaroslau, "Piercing The Corporate Veil in International Arbitration", *Global Bussiness Law Review*, Vol. 1, No. 169, Y. 2011, pp. 169-186.

MEYNIEL, Alexandre, "That Which Must Not Be Named: Rationalizing the Denial of U.S. Courts With Respect to the Group of Companies Doctrine", *The Arbitration Brief*, Vol. 3, No. 1, Y. 2013, pp. 18-55.

MRÁZ, Michael, "Extention Of An Arbitration Agreement To Non-Signatories: Some Reflections on Swiss Judicial Practice", *Belgrade Law Review*, Vol. LVII, No.3, Y. 2009, pp. 54-63.

OKUTAN NILSSON, Gül, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, "Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili", Tahkim Anlaşması, Ed. ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice / BALKAR Süheyla, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 25-64.

ÖZEL, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meselerleri, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008.

PARK, William W., "Non-Signatories and the New York Convention", Dispute Resolution International, Vol 2, No.1, Y. 2008, pp. 84-109.

PEKDİNÇER, Tamer/ GÜNDOĞDU, Gökmen, "Amerikan Hukukunda Şirketler Topluluğu Hukuku Algısı ve Şirketler Topluluğunda Sorumluluğa İlişkin Uygulamaya Genel Bir Bakış", Regesta, C.3, Sa. 2, s. 31-49.

SANDROCK, Otto, "Arbitration Agreements and Groups of Companies", International Lawyer, Vol. 27, Y. 1993, pp. 941-961.

SACHS, Klaus / NIEDERMAIER, Tilman, "On the "Group of Companies Doctrine" and Interpreting the Subjective Scope of Arbitration Agreements- Which Law Applies?" Revista de Arbitragem e Mediação, Vol. 50, Y. 2016, , pp. 539-553.

SAGLAM, İpek, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış", I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu (02.02.2008), İstanbul, 2008, s. 153-161.

SAMAL, Adyasha, "Extending Arbitration Agreement to Non-Signatories: "A Defence of The Group of Companies Doctrine", Kings Student Law Review, Vol. 11, No. 1, Y. 2020, pp. 2-25.

SAWRIE, David, "Equitable Estoppel and the Outer Boundaries of Federal Arbitration Law: The Alabama Supreme Court's Retrenchment of an Expansive Federal Policy Favoring Arbitration", Vanderbilt Law Review, Vol. 51, Y. 1998, pp. 722-758.

ŞANLI, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Yayın No: 181, Ankara, 1986.

ŞANLI, Cemal, "Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim

Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 22, Sa. 2, Y. 2002: Ergin Nomer’e Armağan, s. (Nomer’e Armağan).

ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta Yayınları, İstanbul, 2019 (Ticari Akitler).

ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu, “Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sa. 3, Y. 2011, s. 1-30.

TARMAN, Zeynep Derya, “Tahkim Klozunun Üçüncü Kişilere Teşmili Konusundaki İsviçre Federal Mahkemesi Kararı”, Terazi Hukuk Dergisi, Sa. 40, Y. 2009, s. 121-125.

TEKİNALP, Ünal, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topuluğuna İlişkin Düzenlenmesinde Kontrol İlkesi”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1542-1557.

TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

TOKATLI, Aytül, Rekabet Hukukunda Ekonomik Bütünlük Kavramı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2009.

ÜÇİŞİK, Güzin/ ÇELİK, Aydın, Anonim Ortaklıklar Hukuku, I. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

YANLI, Veliye, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, Beta Yayınları, İstanbul, 2000 (Perdenin Kaldırılması).

YANLI, Veliye, “Hakimiyet Sözleşmeleri”, Regesta, C. 3, Sa. 1, s. 3-17 (Hakimiyet Sözleşmeleri).

YAVUZ, Cevdet, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, Ed. ULUSOY, Erol/ YILDIRIM, Ashı, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul, 2009, s. 133-177.

Yearbook Commercial Arbitration, Ed. van den BERG, Albert Jan, Vol. 39, Y. 2014, pp. 159-168.

YILMAZ, Asuman, Türk İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

OSMANLI DEVLETİ'NDE CEZA MUHAKEMESİNE DAİR HUKUKİ BİR DÜZENLEME: DİVAN-I AHKAM-I ADLİYE'CE HAZIRLANAN MUVAKKAT TALİMATNAME (1869)

Dr. Öğr. Üyesi Ali TURAN*

Öz

Osmanlı Devleti, Tanzimat dönemiyle birlikte hızlı bir değişim sürecine girdi. Bilhassa adliye teşkilatında köklü değişiklikler yapıldı. Bu dönemde kurulan nizamiye mahkemeleri, şer'î hukuktan farklı bir kaynağa dayanıyordu. Bu mahkemelerde uzun bir süre boyunca ne ceza ne de hukuk usulü kanunu kabul edildi. Bu sebeple hukuk ve ceza davalarının görülmesinde sıkıntılar yaşanmıştı. Usul kanunlarının kabulüne kadar bu mahkemeler muhtelif düzenlemelerde yer alan hükümlere göre davalara baktı. Divân-ı Ahkâm-ı Adliye, 1869 tarihinde ceza davalarında kullanılmak üzere muvakkat bir talimatname hazırladı. Bu talimatnamede soruşturma ve kovuşturma aşamalarında yapılması gereken işlemler düzenlenmişti. Bilhassa olay yeri inceleme, delillerin elde edilmesi ve muhafazası ile ölü ve beden muayenesi gibi konular tafsilatlı bir şekilde ele alınmıştı. Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu, bu talimatnameden on yıl sonra yürürlüğe girdi. Bu sebeple ceza davaları için büyük bir boşluğu doldurmuş olan bu talimatname oldukça mühimdir. Bu çalışmanın amacı da henüz gün yüzüne çıkmamış olan bu talimatnameyi takdim etmektir.

Anahtar Kelimeler

Divan-ı Ahkam-ı Adliye • Mahkeme-i Temyiz • Nizamiye Mahkemeleri • Osmanlı Devleti'nde Ceza Muhakemesi • Osmanlı Devleti'nde Soruşturma ve Kovuşturma

* Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Malatya, Türkiye | Asst. Prof., Inonu University Faculty of Law, Malatya, Turkey.

✉ ali.turan@inonu.edu.tr • ORCID 0000-0001-6563-6315

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: TURAN Ali, "Osmanlı Devleti'nde Ceza Muhakemesine Dair Hukuki Bir Düzenleme: Divan-ı Ahkam-ı Adliye'ce Hazırlanan Muvakkat Talimatname (1869)", *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 1167-1211.

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

A LEGAL REGULATION RELATED TO CRIMINAL PROCEDURE IN THE OTTOMAN EMPIRE: THE PROVISIONAL ORDINANCE PREPARED BY DIVAN-I AHKAM-I ADLIYE (THE COUNCIL OF JUDICIAL REGULATIONS) (1869)

Abstract

The Ottoman Empire entered a rapid change process with the Tanzimat Era. In particular, radical changes were made to the judicial organization. The Nizamiye courts established during this period were based on a different source from the sharia law. For a long time, these courts did not adopt a law on criminal or civil procedure. For this reason, there were difficulties in hearing legal and criminal cases. Until the adoption of the procedural laws, these courts handled with the cases in accordance with the provisions of various regulations. Divân-ı Ahkâm-ı Adliye prepared a provisional ordinance to be used in criminal cases in 1869. This ordinance regulated the procedures to be carried out during the investigation and prosecution stages. In particular, issues such as crime scene investigation, obtaining and preserving evidence and dead and body examination were discussed in an elaborate manner. Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu (the Code of Criminal Procedure) was entered into force ten years after this ordinance. For this reason, this ordinance, which filled a large gap for criminal cases, is of prime importance. The aim of this study is to present this ordinance, which has not yet come to light.

Key Words

The Council of Judicial Regulations • The Ottoman Court of Cassation • Nizamiye Courts • Criminal Procedure in the Ottoman Empire • Investigation and Prosecution in the Ottoman Empire

I. GİRİŞ

Tanzimat dönemine kadar Osmanlı hukukunda esaslı bir yenilik hareketine rastlanmaz. Osmanlı Devleti'nde şer'îye mahkemeleri, Tanzimat dönemine kadar tek genel mahkeme olma vasfını haizdi. Bazı istisnalar haricinde, her türlü hukuki uyuşmazlık bu mahkemelerde çözülmekteydi. Fakat Tanzimat dönemiyle birlikte Osmanlı hukukunda esaslı ve takip edilmesi oldukça zor yenilik hareketleri söz konusu olmuştur. Bu dönemde kanunlaştırma hareketleri hız kazanmış ve Avrupalı devletlerden birçok kanun iktibas edilmiştir. Kapitülasyonlar sebebiyle Avrupalı devletler ile olan ticari münasebetlerin artış göstermesi ve bu münasebetler sebebiyle şer'î hukukun dışında birtakım ticari örf

ve adetlerin meydana çıkması, karma ticaret mahkemelerinin doğmasıyla neticelendi. Yine Tanzimat Fermanı'nın ilanından sonra oluşturulan ve birtakım adli yetkilere sahip olan idari meclisler nizamiye mahkemelerinin çekirdeğini oluşturmuş ve 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesi ile nizamiye mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemeler şer'î hukuka göre hüküm veren mahkemeler değildi. Yeni kurulan adli müesseseler şer'îye mahkemelerinin vazife alanını gittikçe daraltmış ve nizamiye mahkemeleri zamanla devletin genel mahkemesi olma vasfına erişmişti.

Tanzimat döneminin en mühim müesseselerinden biri de tanzimat kanunlarını hazırlamak üzere 1838 tarihinde tesis edilen Meclis-i Vala-yı Ahkâm-ı Adliye'dir. 1861 tarihinde Meclis-i Ahkâm-ı Adliye ismiyle yoluna devam eden bu müessese, ilga edildiği tarihe kadar kanun ve nizamnamelerin hazırlanması vazifesini icra etmenin yanı sıra, ceza davaları ve idari davaların bidayet ve temyiz mahkemesi konumunda idi. Adli ve idari işlerin birbirinden ayrılması maksadıyla 11 Zilkade 1284 (5 Mart 1868) tarihinde Meclis-i Ahkâm-ı Adliye kaldırılarak Divan-ı Ahkâm-ı Adliye ile Şura-yı Devlet tesis edildi. 8 Zilhicce 1284 (1 Nisan 1868) tarihinde ise on maddelik Divân-ı Ahkâm-ı Adliye Nizâm-nâme-i Esasisi, bu kısa metinden sonra 27 Şevval 1285 (10 Şubat 1869) tarihinde de divanın teşkilatı ile vazifelerini daha ayrıntılı bir şekilde ele alan Divân-ı Ahkâm-ı Adliye Nizam-nâme-i Dahilisi kabul edildi. Bu gelişmelerle birlikte Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'ye nizamiye mahkemesi kararlarının temyizi vazifesinin tevdi edilmesiyle Türk hukuk tarihinde ilk defa sistematik bir şekilde temyiz vazifesini icra edecek olan bir müessese doğmuş bulunuyordu¹.

Osmanlı Devleti'nin adliye teşkilatında ortaya çıkan yeni mahkemelerde tatbik edilecek usul kanunlarının çıkarılması biraz zaman al-

¹ Divân-ı Ahkâm-ı Adliye'ye dair tafsilatlı malumat için bkz.: ABDURRAHMAN ÂDİL: Mahkeme-i Temyiz, Matbaa-yı Ebu'z-ziya, Konstantiniyye, 1312; SEÇKİN, A. Recai: Yargıtay Tarihçesi Kuruluş ve İşleyişi, Ankara Yarı Açık Cezaevi Basımevi, Ankara, 1967.; ÖZOĞUZ, Nejat: Temyiz Mahkemesi, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1944.; MOL, Gürsel: Türk Hukuk Tarihi Sürecinde Yargıtay, Yargıtay Yay., Ankara, 2004.; AYDIN, M. Akif: "Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye", DİA, C. 9, 1994.; TURAN, Ali: "Divân-ı Ahkâm-ı Adliye: Kuruluşu, Teşkilat ve İşleyişi", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.

mıştı. Dolayısıyla davaların görülmesi hususunda gerek adli müesseseler gerekse de dönemin hukukçuları ciddi sorunlarla karşılaşmaktaydı². Bu sebeple Divan-ı Ahkam-ı Adliye, 27 Safer 1286 (8 Haziran 1869) tarihinde ceza davalarında kullanılmak üzere bir muvakkat talimatname hazırladı. Usul-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanunu, bu talimattan on sene sonra kabul edildi. Bu çalışmanın amacı da daha evvel gün yüzüne çıkarılmamış olan bu talimatnameyi takdim etmektir. Bu çalışmada evvela nizamiye mahkemelerinde tatbik edilen muhakeme usulleri üzerinde durulacak, akabinde ise mezkur talimatnamenin hukuki niteliğine ve muhtevasına değinilecektir.

II. NİZAMİYE MAHKEMELERİNDE MUHAKEME USULÜ

Bilindiği üzere nizamiye mahkemelerinde hem hukuk hem de ceza davalarına bakılmaktaydı. Bu sebeple nizamiye mahkemelerinin hukuk ve ceza davalarında izlediği muhakeme usullerine ayrı ayrı temas edilecektir.

A. Hukuk Davalarında

Nizamiye mahkemelerinde 1879 tarihine kadar hususi olarak muhakeme usullerini düzenleyen bir kanun çıkarılmamıştı. Ticaret Kanunnamesi'nin kabulünden sonra ticaret davalarında izlenecek usuli kaide-ler için Fransa Ticaret Usul Kanunu'nun tercüme edilmesi suretiyle 1861 tarihinde Usûl-i Muhâkeme-i Ticaret Nizamnamesi hazırlandı³. Bu nizamname, Osmanlı Devleti'nde şer'i yargılama usulünden ayrılan ilk düzenleme olması itibariyle mühimdir⁴. Böylece nizamiye mahkemelerinin hukuk davaları, usul kanununun kabulüne kadar bu kanunname

² Bu dönemdeki ikili hukuk sistemi meselesini aynı anda bünyesinde barındıran ve adli müesseselerin hukuka uyum çabasını gösteren bir hükme ilişkin yapılan çalışma için bkz.: KILINÇ, Ahmet: "Bir Meclis-i Vâlâ Hükümü ve Tahlili", Adam Akademi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 5, Sa. 1, 2015, s. 15-36.

³ Düstur, I. Tertib, C. I, s. 780-810.; Bu nizamnamenin transkripsiyonu için bkz.: DEMİR, Abdullah: "İlk Usul Kanunu Usul-ü Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesinin Transkripsiyonu", e-akademi, Sa. 72, Şubat 2008.

⁴ ŞENTOP, Mustafa: "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü", TALİD, C. 3, Sa. 5, 2005, s. 656.

hükümlerine göre görüldü⁵. 1872 tarihli Mehakim-i Nizamiye Hakkında Nizamname'nin 18. maddesi de hukuk davalarına mahsus bir muhakeme kanunu çıkarılınca kadar Usul-i Muhakeme-i Ticaret Kanunnâmesi'nin bu nizamnâmeye aykırı olmayan hükümlerinin tatbik edileceğini ifade etmişti. Divan-ı Ahkam-ı Adliye Nizamname-i Dahili'sinin muvakkat maddesi de *"Divân-ı Ahkâm-ı Adliye'nin rü'yet edeceği de'âvî hakkında Ticaret Usul-i Muhâkeme Nizâmnâmesi'nin işbu nizâmnâmeye mugayir olmayan ahkâmı mer'iyü'l-icrâ tutulacaktır"* demek suretiyle aynı hükmü devam ettirmişti. Nitekim Ceride-i Mehakim'de neşredilen Mahkeme-i Temyiz kararlarında bu nizamnameye sıklıkla atıfta bulunulduğu görülmektedir⁶. Öyle ki Usûl-i Muhâkeme-i Ticaret Nizamnamesi'nin tatbiki, Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu'nun kabulünden sonra bile ticaret mahkemelerinde ve deavi-yi muhtelitede (karma davalarda) devam etmiştir⁷.

⁵ VELDET, Hıfzı: "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", Tanzimat I (içinde), Maarif Matbaası, İstanbul, 1940, s. 198.

⁶ "...diğer hususdan dolayı olan muhasebeleri derdest-i rü'yet olduğu cihetle derece-i evveli mahkemesi hükmünün Usûl-i Muhâkeme Nizâmnâmesi'nin altmışıncı ve yetmişinci maddeleri ahkâmına müracaat olunmaksızın tasdik olunması yolsuz ve usûle muhalif düşmüş..." (Ceride-i Mehâkim, No:7, 7 Rebiülahir 1290 (4 Haziran 1873), s. 54.); "...Usûl-i Muhâkeme Nizâmnâmesi'nin on üçüncü ve on dördüncü maddelerine nazaran sûret-i ilâmın şahs-ı merkûmun ikametgahında teslimi iktiza etmeyerek haricde tesadüf olunur ve kimde dahi bulunur ise yedine itası caiz olup..." (Ceride-i Mehâkim, No:9, 21 Rebiülahir 1290 (18 Haziran 1873), s. 78.)

⁷ YORGAKİ: Usul-i Muhâkemât-ı Hukukiye Kanunu Şerhi, İstanbul, Matbaa-yı Hukukiye, 1329, s. 5.; KENANOĞLU, M. Macit, Ticaret Kanunnâmesi ve Mecelle İşığında Osmanlı Ticaret Hukuku, Lotus Yay., Ankara, 2005, s. 62.; Şentop, Mecelle'nin yargılama usulüne dair "Dava", "Beyyinat ve t-tahlif" ve "Kaza" kitaplarının 1293/1876 tarihinde yürürlüğe girdiğini ifade ederek bu tarihten sonra nizamiye mahkemelerinde Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi'nin tatbik edilmemiş olması gerektiğini ifade etmişse de (ŞENTOP, "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü", s. 156.), neşredilen ilamlara bakıldığında bu tatbikatın devam ettiği açıkça görülmektedir. Hatta kimi zaman Usûl-i Muhâkeme-i Ticaret Nizamnamesi, Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu ile beraber tatbik edilebilmiştir. (KENANOĞLU, a.g.e., s. 96-97, 111.); Mecelle'nin yürürlüğü girmesinden sonra Mecelle hükümleri de mahkemelerde diğer usul kanunlarıyla birlikte tatbik edilmiştir: "...müdde'-i aleyh bulunan merkûm Yorda'nın ikmâl-i muhâkeme zımnında ahiren vukû'bulan da'vete icâbet etmemesi üzerine mahkeme-i mezkûrce merkûmun muhâfaza-yı hukukî zımnında bir vekil-i müsavhar ta'yîniyle rü'yet-i da'vâ olunması Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiye Kanunu'nun 140. ve Mecelle'nin 1834. maddeleri icabından bulunmuş iken bu

B. Ceza Davalarında

Tanzimat Fermanı'nın ilanından sonra nizamiye mahkemelerinin çekirdeği olarak kabul edebileceğimiz Muhassıllık Meclisleri oluşturuldu. 1864 tarihine kadar farklı isimlerle vazife gören bu meclisler hem idari ve mali hem de adli yetkilere sahipti. Ceza Kanunnamesi'nde düzenlenen bazı suçların muhakemesi burada yapılmaktaydı⁸. Bu meclislerdeki ceza davaları, ceza kanunnamesine göre yürütülüyordu⁹. Hukuk davalarının da nizamiye mahkemelerinde görülmeye başlanmasıyla beraber muhakeme konusunda zorluklar yaşandı. Zira bu dönemde eldeki adli mevzuat ceza kanunundan, Vilayet Nizamnamesi'ndeki beş on maddeden ve soruşturma usullerini gösteren bir iki muvakkat talimatnameden ibaretti¹⁰.

1844 tarihinde genel asayiş sağlamak amacıyla tımarlı sipahiler kaldırılıp yerine Zaptiye Teşkilatı oluşturuldu. 1845'te de İstanbul'da Zaptiye Müşirliği kuruldu¹¹. Zaptiye teşkilatı esas itibarıyla kolluk faaliyetlerini icra etmekteydi. Müşirlikten kısa bir zaman sonra tesis edilen Zaptiye Meclisi ise vilayetlerdeki Meclis-i Kebirlerin işlevini görüyor-

kaideye ri'âyet olunmaması ve...”, "...mahkeme-i mezkûrece tenakuz vukû'nun müsted'îye tefhimiyle Mecelle-i Celîle'nin 1657. maddesi hükmüne tevfikan müsted'î-yi temyiz gelemeyeni beynindeki tevfik eylediği sûretde muhakemeye devam olunmak ve tevfik edemediği sûretde da'vâsının reddine karar verilmek ve bu sûreti yani tevfik edilib edemediğini i'lâmda derç ve tahrir eylemek lazım gelir iken bu noktada tedkikât icrâ kılınmayarak hemân redd-i iddi'âya karar verilmesi yolsuz ve mugayir-i kanun olduğuna ve müsted'inin i'tirâzı dahi şâyân-ı kabul olduğuna binaen Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiye Kanunu'nun 232. ve 241. maddeleri mücebince i'lâm-ı mezkûrun nakzına..." (ARİSDAKİS KASPARYAN, İ'lâmât Tûbresi Yahûd Tefsîr-i Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiye, Şirket-i Mürettebiye Matbaası, İstanbul, 1316, s. 461, 472-473.)

⁸ Bu meclislere dair tafsilatlı malumat için bkz.: ÇADIRCI, Musa: Tanzimat Döneminde Anadolu Kentleri'nin Sosyal ve Ekonomik Yapıları, Ankara, TTK Yay., 1991, s. 208-224.; BİNGÖL, Sedat: Tanzimat Devrinde Osmanlı'da Yargı Reformu (Nizâmiye Mahkemeleri'nin Kuruluşu ve İşleyişi 1840-1876), Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yay., 2004, s. 51-86.; EKİNCİ, Ekrem Buğra: Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası), İstanbul, Arı Sanat Yay., 2004, s. 126-138.

⁹ EKİNCİ, Ekrem Buğra: Ateş İstidâsı İslâm-Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, s. 163.

¹⁰ AHMED LÜTFİ, Mir'ât-ı Adâlet yahud Tarihçe-i Adliye-i Devlet-i Aliyye, İstanbul, Matbaa-yı Nişan Berberyan, 1304, s. 180.

¹¹ ÇADIRCI, a.g.e., s. 217-218.

du¹². 11 Receb 1275 (14 Şubat 1859) tarihli irade-i seniyye¹³ ile Zaptiye Meclisi kaldırıldı ve yerine Divan-ı Zaptiye ve Meclis-i Tahkik adıyla iki meclis oluşturuldu. Divan-ı Zaptiye her türlü kabahat ve belli bir dereceye kadar olan cünha suçlarını; Meclis-i Tahkik ise belirli bir derece üzerindeki cünha suçları ile her türlü cinayet suçlarının tahkik ve muhakemesine yetkiliydi. Divan-ı Zaptiye, vazife sahasına giren suçları muhakeme edip gereken hükmü verebiliyordu. Meclis-i Tahkik ise yalnızca suçun tahkikatını ve muhakemesini yapmakta, ceza tayininde bulunma vazifesi Meclis-i Vala'ya bırakılmaktaydı¹⁴. Bu düzenlemenin bizi en çok alakadar kılan özelliği ise Divan-ı Zaptiye ve Meclis-i Tahkik'in yapısına ve muhakeme usulüne dair bir muvakkat nizamnamenin de kabul edilmiş olmasıdır. Bu nizamnamenin mukaddimesi şu şekilde kaleme alınmıştır: *"Derecât-ı mütenevvi'ada olan cerâime müte'allik de'âviyi rü'yet edecek mehâkim ile bunların usûl-i muhâkemelerine dair derdest-i tanzîm olan kavânin-i esâsiye i'lân oluncaya kadar Der-sa'âdet'te cerâimin mahall-i muhâkemesiyle usûl-i muhâkemeye dair tertîb olunmuş olan nizâm-ı muvakkatdır¹⁵."* 28 maddeden ibaret olan bu nizamname, 1840 tarihinden beri

¹² BİNGÖL, Tanzimat Devrinde Osmanlı'da Yargı Reformu (Nizâmiyye Mahkemelelerinin Kuruluş ve İşleyişi 1840-1876), s. 87.

¹³ BOA, İ.MMS., 14-588.; Esasen bu belgede irade-i seniyye tarihi "11 Ca (Cemaziyelevvel) sene (12)75" olarak görülmektedir. Fakat iradenin arz tezkeresinin tarihi 10 Receb 1275 olarak girilmiştir. Dolayısıyla "11 Ca (Cemaziyelevvel) sene (12)75" şeklindeki tarihlendirmenin sehven yapıldığı kanaatindeyiz.

¹⁴ BİNGÖL, Tanzimat Devrinde Osmanlı'da Yargı Reformu (Nizâmiyye Mahkemelelerinin Kuruluş ve İşleyişi 1840-1876), s. 90-91.; Meclis-i Vala, bu dönemde kurulmuş olan meclislerin temyiz mercii olarak da görev yapmaktaydı. Vilayet ve sancak merkezlerinde görülen öldürme, yaralama, hırsızlık ve pranga cezasını gerektiren suçlara ilişkin davalar Meclis-i Vala'ya gönderilmekte ve orada görüşüldükten sonra tasdik için Meclis-i Ali-i Umumiye'ye havale edilmekteydi. Kararın kesinleşmesi için de irade-i seniyye gerekiyordu. (SEYİTDANLIOĞLU, Mehmet: Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ (1838-1868), 2. bs., Ankara, TTK Basımevi, 1999, s. 119.)

¹⁵ Bu nizamname Takvim-i Vekayi'de de 569-572. nüshalar arasında parça parça neşredilmiştir. 1-11. maddeler için bkz.: Takvim-i Vekayi, No:569, 29 Şaban 1275 (3 Nisan 1859); 12-19. maddeler için bkz.: Takvim-i Vekayi, No:570, 4 Zilkade 1275 (5 Haziran 1859); 20-24. maddeler için bkz.: Takvim-i Vekayi, No:571, 5 Zilhicce 1275 (6 Temmuz 1859); 25-28. maddeler için bkz.: Takvim-i Vekayi, No:572, 13 Safer 1276 (11 Eylül 1859); Nizamnamenin transkripsiyonu için bkz.: BİNGÖL, Tanzimat Devrinde Osmanlı'da Yargı Reformu (Nizâmiyye Mahkemelerinin Kuruluş ve İşleyişi 1840-1876), EK-II.

şer'îye mahkemelerinden farklı mahkeme ya da meclislerde görülen ceza davaları için kısa da olsa muhakeme usulüne dair hükümler getirmesi itibariyle oldukça mühimdir. Nizamnamenin *usûl-i muhâkemelerine dair derdest-i tanzîm olan kavânin-i esâsiye i'lân oluncaya kadar* şeklindeki ifadesi bize şu hakikati de göstermektedir ki ceza muhakemesi için müstakil bir kanunun hazırlanması uzun bir zaman almıştır. Bu sebeple gerek bu muvakkat nizamnamenin gerekse de çalışmamızın konusunu oluşturan muvakkat talimatnamenin, ceza usul kanununun kabulüne kadar ceza davalarında izlenecek usule dair mühim bir tecrübe oluşturduğu kanaatindeyiz.

Kanaatimizce ceza muhakemesine dair şimdilik ulaşabildiğimiz en mühim belge 27 Safer 1286 (8 Haziran 1869) tarihinde Divan-ı Ahkam-ı Adliye Heyet-i Umumiyesi tarafından bilhassa ceza davalarına ilişkin birtakım soruşturma ve kovuşturma usullerini düzenleyen muvakkat talimatnamedir¹⁶. Çalışmamızın esas konusunu oluşturan bu talimatname aşağıda bilhassa ele alınacaktır. Bu talimatnameden kısa bir zaman sonra 21 Zilkade 1286 (22 Şubat 1870) tarihli Dersaadet ve Mülhakatı İdare-i Zabıta ve Mülkiye ve Mehâkim-i Nizamiyesine Dair Nizamnâme¹⁷ kabul edildi. Bu nizamnamenin nizamiye mahkemelerine dair ikinci babının dördüncü faslı, usul-i muhakemata dairdir¹⁸. 21 Ramazan 1288'de (4 Aralık 1871) Dersaâdet Hukuk-ı Âdiye ve Cezâiye Mehâkim-i Nizamiyesinin Teşkilât ve Vezâifine Dair Nizamnâme¹⁹, 1870 tarihli nizamnamenin kendisiyle çatışan hükümlerini ilga etti. 1870 tarihli nizamnamenin muhakeme usulünü düzenleyen kısmı ise yürürlükte bırakıldı. Bu nizamnamenin 22. maddesine göre "*Mehâkim-i cezâiyyenin müzâkerât ve muhâkemâtı ve mesâlihinin sûret-i ceryânı Dersa'âdet ve mülhakâtasının idâre-i muhâkemesine dair fî 21 Zilkade sene 86 tarihiyle neşr olunan nizamnâmenin dördüncü faslıyla Divân-ı Ahkâm-ı Adliye Nizamnâme-*

¹⁶ BOA, HSD.AFT., 3-46.; Talimatnamenin transkripsiyonu çalışmamızın ekinde verilecektir.

¹⁷ Düstur, I. Tertip, C. I, s. 688-706.

¹⁸ Usul-i muhakemata dair olan bu kısmın transkripsiyonu çalışmamızın ekinde verilecektir.

¹⁹ Düstur, I. Tertip, C. I, s. 357-361.

si'nin üçüncü faslında muharrer usûl ve kavâide tevfiik olunur." Böylece ceza muhakemesinde usul kanunu kabul edilinceye kadar nizamiye mahkemelerinin ceza kısmında Dersaadet ve Mülhakatı İdare-i Zabita ve Mülkiye ve Mehâkim-i Nizamiyesine Dair Nizamnâme'nin dördüncü faslının ve Divân-ı Ahkâm-ı Adliye Dahili Nizâmnamesi'nin "Divân-ı Ahkâm-ı Adliye'de mesâlihın sûret-i cereyânı beyânındadır" başlıklı üçüncü faslının tatbik edildiği söylenebilir²⁰. Ceza muhakemesine ilişkin hükümlere duyulan ihtiyaç oldukça fazla olacak ki 21 Zilkade 1286 (22 Şubat 1870) tarihli bir irade-i seniyye ile²¹ Dersaadet ve Mülhakatı

²⁰ EKİNCİ, Ekrem Buğra: Ateş İstidası İslam- Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 163.

²¹ "Atüfetlü efendim hazretleri

Dersa'âdet ve mülhakatı ve idâre-i zabita ve mülkiye ve mehâkim-i nizamiyesine ve me'mûrlarının vezâîfine dair Zabtiye Müşîriyet-i Celîlesi canibinden takdîm ve Şûrâ-yı Devlet Dahiliye ve Adliye Dairelerinin ictimâ'ıyla ta'dîl edilen layiha ve mazbata üzerine şûrâ-yı mezkûr Hey'et-i Umûmiyesi'nden tanzîm olunan mazbata-yı layihanın nüsha-yı mübeyyезesiyle ma'ân arz ve takdîm olundu. Meâlinden müstebân olduğu vechile zikr olunan idâre-i zabitanın vaz'-ı kadîmi mukteziyâtı maslahatca nâkis olduğu halde sâye-i mehâsin-vâye-i hazret-i mülükânede geçen sene icra olunan teşkilâtı sırasında muhâkemât-ı cezaiye için dahi mecâlis-i müte'addide küşâd olunarak nizâmât-ı mukteziyesi bi'l-etrâf derdest-i müzâkere olmasıyla beraber mecâlis-i mezkûre ale't-tevâli ifâ-yı vezâif ile meşgul olmakda bulunduğu cihetle komisyon-ı mahsûsı ma'rifetiyle mükemmelen yapılacak olan kanunun neşrine kadar ta'limât-ı muvakkate hâlinde merci'-i mu'âmelât olabilecek bir şeyin vücûdı hâlen ve maslahaten enseb ve evlâ görünerek layiha-yı mebhûsenin usûl-i muhakemeye müte'allik olan mevâdı kabul ve tasdîk kılınmış ve meclis-i idareye dair olan ikinci faslın on altıncı maddesinde meclisin umûr-ı mülkiye ve maliyeye müte'allik rü'yetine me'mûr olduğu hususât hakkında vereceği kararlar müşîrlik makamından tasdîk olunmadıkça icrâ olunamayacağı muharrer olup egerçi umûr-ı külliye-i idareden Zabtiye Müşîrliği mes'ûl olmak hasebiyle kâffe-i icrâatın meclis-i idarece karar-gîr olmadıkça meydana konulmaması lazım gelmez ise de bazı mevâdd-ı mahsûsa-yı esâsiyede meclisin inzimâm-ı rey ve müzâkeresi hasbe'l-kâ'ide muktezî olduğuna göre müşîrlik makamının meclis-i idare kararlarını tağyir ve kabulde tahyîri olamayacağından meclis-i idarece verilen kararların müşîrlik makamının tasdikiyle icra kılınması ve tasdîk olmayan kararların beyân-ı esbâbiyesiyle icâb-ı maslahata göre icra edilmesi ve seksen birinci maddede ta'yîni gösterilen da'vâ vekillerinin muhassenatına mebni mutlaka teba'a-yı Devlet-i Aliyye'den olması sûretleri tercih olunmuş ve seksen beşinci maddede gösterilen şahidlerin tahlifî maddesi mezkûr kanunun tertibi sırasında bi'l-mütâla'a bir esasa rabt olunmak üzere layihadan çıkarılmış ve teftiş dairesinin de'âvi-i hukukiye icrâatına kemakân me'zûniyeti ve fenârsız eşhâsın temyiz-i ahvâlini mübeyyin olan yirmi üçüncü ve kırk üçüncü maddeler ahkâmı dahi bi'l-mütâla'a tashîh ve taslîh edilmiş

İdare-i Zabıta ve Mülkiye ve Mehâkim-i Nizamiyesine Dair Nizamnâme'nin muhakeme usulüne dair olan kısmının, Usul-i Muhakeme-i Cezaiye Kanunu'nun neşrine kadar muvakkat surette olmak üzere ceza davalarında kullanılmasına karar verildi. Dikkat edileceği üzere, naklettiğimiz bu irade-i seniyye tarihi ile söz konusu nizamnamenin iradesinin çıktığı tarih aynıdır. Bu da gösteriyor ki nizamnamenin bu kısmının ceza davalarında kullanılmasının ayrıca vurgulanmasına ihtiyaç duyulmuştur.

Dersaadet ve Mülhakatı İdare-i Zabıta ve Mülkiye ve Mehâkim-i Nizamiyesine Dair Nizamnâme'nin usul-i muhakemata dair hükümleri 72. ile 98. maddeler arasında düzenlenmiştir. Elbetteki bu kadar kısa bir düzenleme içinde ceza muhakemesinin kamilen düzenlendiği söylemek mümkün değildir. Burada yalnızca muhakeme esnasında dikkat edilecek hususlar ele alınmıştır. Soruşturma esnasında dikkat edilecek hususlar burada yer almamaktadır. Bu hükümler çalışmamıza konu olan talimatta yer almaktadır. Böylelikle bu muvakkat talimatname ile Dersaadet ve Mülhakatı İdare-i Zabıta ve Mülkiye ve Mehâkim-i Nizamiyesine Dair Nizamnâme'nin muhakeme usulüne dair olan kısmı bir nebze de olsa birbirini tamamlar niteliktedir. Yine de her iki metin oldukça kısadır ve ceza muhakemesinin tüm yönlerini ele almaktan uzaktır.

olduğundan zıkr olunan layihanın mehâkime müte'allik kısmı Usûl-i Muhâkeme-i Cezaiye Kanunu'nun neşrine kadar sûret-i muvakkatede olmak ve diğer maddeleri idarece düstûrül-amel tutulmak üzere icra-yı iktizasının müşîriyet-i müşarü'n-ileyhaya havalesi tezekkür olunup mütâla'ât-ı vâk'ıs icâb-ı maslahata muvafık görünmüş ise de ol bâbda her ne vechile emr û fermân-ı cenâb-ı padişahi şeref-sünûh ve sudûr buyrulur ise ana göre hareket olunacağı beyânıyla tezkire-i senâveri terkîm kılındı efendim fî 20 Zilkade sene 286."

"Ma'rûz-ı çâker-i keminelidir ki

Hâme-pirâ-yı ta'zîm olan işbu tezkire-i samiye-i asafâneleriyle evrak-ı ma'rûza manzûr-ı me'âli-mevfûr-ı hazret-i mülûkâne buyrulmuş ve tezekkür ve istizân olduğu vechile mezkûr layihanın mehâkime müte'allik kısmı zıkr olunan kanunun neşrine kadar sûret-i muvakkatede olmak ve diğer maddeleri idarece düstûrül-amel tutulmak üzere icra-yı iktizasının müşîriyet-i müşarü'n-ileyhaya havalesi şeref-sünûh ve sudûr buyrulan emr-i irade-i seniyye-i hazret-i şehinşahi mantûk-ı celilinden olarak evrak-ı merkûme yine savb-ı sami-i sadaret-penahilerine i'âde kılınmış olmağla ol bâbda emr û fermân hazret-i veliyyü'l-emrindir fî 21 Zilkade sene 86." (BOA, İ.DH., 1295-101735.)

27 Cemaziyelahir 1296 (18 Haziran 1879) tarihli Mehâkim-i Nizâmiyenin Teşkilâtı Kanun-ı Muvakkati ile nizamiye mahkemelerinin teşkilatında mühim yeniliklerin yapılmasının yanı sıra, hukuk ve ceza davaları için usul kanunları kabul edilerek mühim bir eksiklik bertaraf edilmiş oldu. Böylelikle hukuk davaları için 2 Receb 1296 tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Hukukiye Kanun-ı Muvakkati, ceza davaları için de 5 Receb 1296 tarihli Usûl-i Muhâkemât-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkati kabul edilerek yürürlüğe girdi. Her iki kanun da büyük ölçüde Fransız usul kanunlarından istifade edilerek hazırlanmıştır²².

III. DİVAN-I AHKAM-I ADLİYE'NİN CEZA DAVALARI İÇİN TANZİM ETMİŞ OLDUĞU MUVAKKAT TALİMATNAME

Muhakeme usulüne ilişkin gelişmelerden sonra Divan-ı Ahkam-ı Adliye'nin ceza davaları için hazırlanmış olduğu muvakkat talimatname-nin hukuki niteliği, ehemmiyeti ve muhtevası bilhassa ele alınacaktır.

A. Talimatnamenin Ehemmiyeti ve Hukuki Niteliği

Kanaatimizce Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu'ndan evvel hazırlanmış olan 27 Safer 1286 (8 Haziran 1869) tarihli bu talimatname oldukça mühimdir. Zira henüz hususi bir muhakeme usulünün kabul edilmediği bir zamanda soruşturma ve kovuşturmanın ne şekilde yapılacağı meselesi tam manasıyla muayyen değildi. Böylelikle kısa da olsa bu işlere dair bir metnin kabul edilip tatbikata konulması büyük bir eksikliği gidermiş olmalıdır. Bu talimatname, o dönemde ceza muhakemesinin safhaları olarak telakki edilen "taharriyat", "tahkikat", "takibat", "muhakemat" ve "icraat"²³ konularının ekseriyetine ilişkin hükümler ihtiva etmektedir.

²² Veldet, "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", s. 198-199.; CİN, Halil: "Tanzimat Dönemi'nde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usulleri", 150. Yılında Tanzimat (içinde), TTK Yayınları, Ankara, 1992, s. 28-29.

²³ Hasan Edib, bu safhaları şöyle tarif etmiştir: "Taharriyat; vukû'ı istihbâr edilen bir fi'il-i memnû'nun delâil ve emârâtını cem' etmek ve kanunen cürm teşkil edip etmediğini tedkik eylemektir. Ta'kibât; vukû'ı ve kanunen cürm teşkil eylediği ta'ayyün eden fi'ilin kim tarafından ikâ' edilmiş olduğunun keşf ve fâ'ilini ta'kib ve derdest etmek mu'âmelâtıdır. Tahkîkât; fi'il-i memnû'nun, ta'kib ve derdest edilen şahıs tarafından ikâ' edilmiş olduğunun izhârı için şühûd istimâ'ı, delâil-i cürmiyenin takdîr ve tedkiki, mahall-i vak'ayı keşf ve mu'âyene ve emsâli mu'âmelât-ı mütedâiredir. Muhâkemât; Tahkîkât neticesinde elde edil-

Muhtevasını ele alacağımız bu talimattan, Ali Şehbaz'ın *Usûl-i Cezâiye* eseri sayesinde haberdar olunmuştur²⁴. Ali Şehbaz'ın ifadesine göre Mahkeme-i Temyiz'in tesisinden sonra Ceza Dairesi namına, ceza davalarında kullanılmak üzere usuli kaideleri muhtevi muvakkat bir talimatname düzenlenmiş ve mahkemelere gönderilmişti. Müellife göre sınırlı bir talimat olan söz konusu düzenleme birçok eksiklik barındırdığı gibi, mahkemeler bu talimata muvafık hareket etmemişti²⁵.

Ceza muhakemesine ilişkin böyle bir düzenlemenin Divân-ı Ahkâm-ı Adliye tarafından hazırlanmış olması oldukça ilginçtir. Ali Şehbaz'ın verdiği malumata atıfta bulunan Seçkin, *Yargıtay Tarihçesi Kuruluş ve İşleyişi* eserini kaleme aldığı dönemde bu talimatı görmeksizin bir takım değerlendirmelerde bulunmuştu. Müellife göre Ali Şehbaz'ın bahsini ettiği bu talimat, Divan-ı Ahkam-ı Adliye'nin Mahkeme-i Temyiz'i için düzenlenmiş olmalıydı. Zira Mahkeme-i Temyiz'in müstakil bir mahkeme olduğu teşkilat kanunundan altı gün sonra ceza davaları için usul kanunu kabul edilmişti. Dolayısıyla sadece altı gün için tatbik edilmek üzere böyle bir talimatın hazırlanmış olması makul gözükmemektedir. Yine müellife göre Mahkeme-i Temyiz'in böyle bir talimat hazırlamasının hukuki dayanağı da yoktu. Zira ne Nizamname-i Esasî'de ne de Nizamname-i Dahilî'de Divân-ı Ahkâm-ı Adliye'ye verilen böyle bir yetki vardır²⁶. Divan-ı Ahkam-ı Adliye Heyet-i Umumiye-

miş olan delâilin yeniden takdîr ve tedkiki sûretiyle bir fi'il-i memnû' edilmiş olup olmadığını, olmuş ise fâ'il denilen şahıs tarafından icrâ edilip edilmediğini ta'yîn etmek ve bundan sonra da kanunen mu'ayyen olan cezayı tahdîd eylemek gibi husûsât, muhâkemât safhasını teşkil eder. İcrâat; Cürm-i vak'adan dolayı kanunen ta'yîn ve mahkemece hükm ve tahdîd edilmiş olan cezayı ve bu cezaya müte'allik ahkâmı tatbik eylemekdir ki, bu cezanın tatbikiyle nev'emâ emniyet-i umûmîye i'âde ve irtikâb-ı cerâime mütemâyil olanlara bir ders-i intibâh irâe edilmiş olur." (HASAN EDİB, Jandarmanın Vezâif-i Adliyesi, İstanbul, Necm-i İstikbâl Matbaası, 1329, s. 88-89.)

²⁴ Bu eserde söz konusu talimat kısaca zikredilmektedir. Bu muvakkat talimatın varlığını öğrendikten sonra heyecanlı bir şekilde talimat metnine ulaşmaya çalıştım. Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri çalışanlarının da yardımlarıyla metin dijital ortama aktarıldı. Bu hususta kendilerine müteşekkirim.

²⁵ ALİ ŞEHBAZ: *Usûl-i Cezâiye*, Matbaa-yı Amire, İstanbul, 1310, s. 10.; Bu ifadeleri aynı şekilde Ali Galib de nakletmektedir. Bkz.: ALİ GALİB: *Müdde'umûmî*, Mahmud Beg Matbaası, Dersaadet, 1330, s. 36.

²⁶ Seçkin, a.g.e., s. 23.

si'nce²⁷ hazırlanan bu talimatın hukuki dayanağının bulunmadığı kanaati isabetlidir. Bununla birlikte söz konusu dönemde çıkan kanun ve nizamata ya Şura-yı Devlet'çe hazırlandıktan sonra ya da başka bir müesseseden tarafından hazırlanan taslağın Şura-yı Devlet'çe tetkik edilmesinden sonra tasdik için padişaha arz edilirdi²⁸. Bu talimatın Şura-yı Devlet'in tetkikinden geçtikten sonra yürürlüğe girip girmediği hususlarına dair bir malumat yoktur. Ayrıca tetkiklerimize rağmen açık bir şekilde bu talimatnameye dayandırılan ya da bu talimatnameden bahseden herhangi bir vakaya tesadüf edilmemiştir. Divan-ı Ahkam-ı Adliye Heyet-i Umumiyesi tarafından hazırlanan bu talimatın ne zamana kadar tatbik edildiğine dair bir malumat da elde edilememiştir. Kanaatimizce, bahsi geçen talimat ve Dersaadet ve Mülhakatı İdare-i Zabita ve Mülkiye ve Mehâkim-i Nizamiyesine Dair Nizamnâme'nin muhakeme usulüne dair olan kısmı, en azından Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu'nun kabulüne kadar tatbik edilmiş olmalıdır.

Çalışmanın başında, Tanzimat dönemiyle birlikte Osmanlı Devleti'nin hızlı bir kanunlaştırma sürecine girdiğini ve birçok hukuki düzenlemenin iktibas edildiğini belirtmiştik. Bu noktada Divan-ı Ahkam-ı Adliye'ce hazırlanan muvakkat talimatnamenin menşeinin ne olduğu sorusu akla gelmektedir. Bu hususta gerek talimatnamenin muhtevasında gerekse de arşiv kayıtları ile basılı eserlerde herhangi bir malumat elde edilememiştir. Talimatnamenin, tatbikatta zamanla ortaya çıkan sorunlar, ihtiyaçlar ve edinilen tecrübeler üzerine bina edilmiş olması mümkündür. Bir diğer taraftan Tanzimat döneminde adli teşkilatın büyük ölçüde Fransız adliye teşkilatına göre teşekkül ettirilmesi²⁹ ve yine tali-

²⁷ Divan-ı Ahkam-ı Adliye Heyet-i Umumiyesi, divanda bulunan dairelerin birleşmesinden oluşan bir meclistir. Dairelerde dava hakkında yapılan müzakereler neticesinde "tesavi-yi ârâ" (oylarda eşitlik) çıktığı hallerde bu dava Heyet-i Umumiye'de görülürdü. Ayrıca ısrar (direnme) kararlarının temyiz edilmesi halinde de temyiz incelemesini Heyet-i Umumiye yapardı. Bu heyet günümüz Yargıtay Genel Kurulu'na benzetilebilir.

²⁸ GEDİKLİ, Fethi: Şura-yı Devlet: Belgeler, Biyografik Bilgiler ve Örnek Kararlarıyla, 2. Bs., İstanbul, Oniki Levha Yay., 2018, s. 427.

²⁹ CEVDET PAŞA: Ma'rûzât, Haz. Yusuf Halaçoğlu, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1980., s. 198.

matnamenin çıktığı dönemde yürürlükte bulunan 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan yararlanılarak hazırlanıp yürürlüğe girdiği³⁰ hakikati göz önünde bulundurulduğunda, talimatnamenin Fransız menşeli olması da muhtemeldir.

B. Talimatnamenin Muhtevası

Bu talimatname modern kanun tekniğiyle hazırlanmamış, hükümlerine madde numarası verilmemiştir. Fakat her paragraf başınının numaralandırılması yoluna gidilirse talimatnamenin bir mukaddime ile 39 maddeden oluştuğu söylenebilir. Mukaddimede talimatın hazırlanma gerekçesi izah edilmektedir. Buna göre emniyet-i umumiyenin muhafazası, kanun ve nizamnamelerin iyi bir şekilde tatbik edilmesine bağlıydı. Bu hususu muhafaza etme vazifesi de münhasıran hükümete aitti. Devletin bekası yalnızca kanun ve nizamnamelerin kuvvetli bir şekilde icra edilmesi ile sağlanabilirdi. Suçluların muhakeme neticesinde hak ettikleri cezaya çarptırılmaları gerekmekteydi. Bu sebeple suç işlenmesinden sonra hükümet memurlarının gerekli tahkikatı yapıp meseleyi en kısa zamanda açığa kavuşturması mühimdi. Böylelikle insanların haklarında hüküm bulunmadan tutuklu kalmaları ve hak sahiplerinin senelerce bu işlerin peşinde koşmaları engellenebilirdi. Muhakeme usulüne dair hususi düzenlemenin müzakere aşamasında bulunmaktaydı; ancak bu düzenlemenin tamamlanıp yürürlüğe girmesinin zaman gerektirmesi sebebiyle böyle bir talimat hazırlanmıştı. Dolayısıyla bu talimat, muhakeme usulüne ilişkin nizamatin hazırlanmasına kadar icra edilecekti. Böylelikle gerek suçluların gerekse de bundan zarar görenlerin haklarının muhafazası arzulanmıştı.

1. Suçun Meydana Gelmesinden Sonra Yapılacak Olan İşlemlerde Görev Alanlar

Talimatnamenin hemen başında zabtiye ve mülkiye memurlarının bir suçun meydana gelmesinin akabinde riayet edecekleri hususlar ele

³⁰ TANER, Tahir: "Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku", Tanzimat I, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940, s. 230.; Veldet, "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", s. 198.; BOZKURT, Gülnihal: Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, 2. bs., TTK Basımevi, Ankara, 2010, s. 100-101.; GÖKCEN, Ahmet: Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, 1989, s. 14.

alınmaktadır. Buna göre ashab-ı cürmün (suçlu kimselerin) aranıp derdest edilmeleri zabıta ve mülkiye memurlarının vazifesi iken, bunların işledikleri ve merkez-i sübuta getirilmiş (ispatlanmış) suçlara ilişkin kanunen ve nizamen gereken cezaya çarptırılmaları ise mahkeme ve meclis memurlarının vazifesi idi. Bu sebeple gerek arama ve yakalama işini icra eden zabıta ve mülkiye memurlarının ve gerekse de muhakeme işini icra edenlerin bi-cürm (suçsuz) ve bi-günah kimselerin sehven veya başka bir cihetle haksız yere cezalandırılmaması ve yine suçlu kimselerin de cezasız kalmamaları için vazifelerini azami bir dikkatle ifa etmeleri gerekmektedir. Adam öldürme, yaralama, gasp vesair cinayet suçları ile ızzar-ı amme (kamu zararı) ve ihlal-ı nizam-ı belediye hallerinin meydana geldiği hükümetçe haber alındığı anda derhal mütecasiri (ihlale kalkışanı) aranarak olayın ne şekilde gerçekleştiği deliller, güçlü emareler ve yapılan ihbarla birlikte tahkik edilecektir. Yine meydana gelen cinayet ve cünha suçlarından dolayı zarar görüp de herhangi bir iddiada bulunmayanlar ile olaya dair malumatı olanlar ve güvenilir kişilerden de malumat istenebilecektir.

Suçla ilişkin delil ve emarelerin zamanaşımı sebebiyle yok olması için suçlu kimseleri aramaya ve derdest etmeye ve suçla ilişkin tetkikat ve tahkikatı yapmaya memur olanlar vazifelerini süratle yapmaya itina gösterecektir. Bir suç işlendiğini görüp veya haber alıp da vazifesini ihmal eden memur kanunen mesul tutulacaktır.

2. Delillerin Elde Edilmesi ve Muhafazası

Muvakkat talimatnameye göre hükümetçe bir mahalde cinayet veya cünha suçu işlendiğinin haber alınması halinde zabıta memurları olay mahalline gelerek meseleyi keşf ve tahkike girişecektir. Burada ilk iş olarak mazlum ve mutazarrır olanların davası zabt olunduktan sonra yaralı bulunanlar var ise bunlar derhal hanesine, hanesi olmadığı ve hastane bulunmadığı takdirde de mahfuz bir yere kaldırılacaktır. Olay mahallinde veya civarında bulunan kimseler sorgulamaya tabi tutularak olay mahalli dikkatlice kontrol edilip edinilen ve müşahede olunan malumat, mesele hakkında tanzim edilecek jurnale kaydedilecektir. Katl (adam öldürme) söz konusu ise maktulün cesedi ve sadece yaralama söz konusuysa da yaranın kendisi dikkatlice muayene edilecektir. İlgili ma-

halde cerrah veya tabip varsa ceset ve yaralar onlara da gösterilerek yaraların cinsi, şekli, derinliği, bunların maktul veya yaralının neresinde yer aldığı, vücutta başka yara bere olup olmadığı ve ne çeşit alet ile yarının gerçekleştiği gibi hususlar tafsilatlı bir şekilde jurnale ilave edilecektir. Suçta kullanıldığı düşünülen gerek olay mahallinde ve gerekse de şüpheli görülen şahıslarda bulunan her türlü silah ve diğer eşya mahkemeye ibraz edilmek üzere zaptedilecektir.

Gerek meydana gelen suçtan zarar gören ve gerekse de bu suçta doğrudan doğruya parmağı olan, ona iştirak eden, suçluyu ve hükümete teslim edilmesi gereken eşyayı sakladıkları düşünülen ve suçlunun dostu ve zarar görerin düşmanı bulunduğu haber verilen şahısların hanelerinde usule uygun olarak arama yapılacak ve bahsi geçen kişiler usule uygun olarak sorguya çekilecektir.

İnkâr olunan katl, yaralama, gasp ve hırsızlık suçlarında failin gecelediği ya da yatak olarak kabul ettiği veyahut kaçıp saklandığı mahaller aranacaktır. Zira bazen buralarda üzerinde kan bulunan her türlü yaralayıcı alet, taze atılmış tüfek ve tabanca ile gasp edilmiş eşyanın tamamı ya da bir kısmı bulunabilir. Yine bu mahallerde suçla delalet eden bazı evrak dahi bulunabilir. Ayrıca bu tür olaylarda şüphelinin elbisesi üzerinde de kan lekesi olabilir. Bu sebeple bahsi geçen mahallerin aranmasında, şüphelilerin sorguya çekilmesinde, üzerlerinin muayene edilmesinde ve bulunan belgelerin tetkikinde gevşeklik ve ağırdan alma söz konusu olmamalıdır.

Zehirlenme vakalarında zehirlenen kimsenin vücudunda önceden ve sonradan müşahade olunan belirtiler tahkik edilerek gerek o esnada gerekse de hastalığı zamanında vücuttan atılan maddeler ilgili mahalde tabib veya sair ehl-i hibre (bilirkişi) bulunduğu halde onlara, bunlar bulunmadığı takdirde de en yakın yerde bulunan hekime muayene ettirilecektir. Yine zehirlenen kişiye zehrin kimin tarafından ve ne şekilde yedirilip içirildiği, kim tarafından temin edildiği tahkik edilerek zehrin ne tür eczadan ibaret bulunduğu mümkün mertebe tetkik edilecektir.

Darp, zehirlenme ve yaralama ile katl olunan kimselerin ekserisi derhal ölmeyip olaydan birkaç gün veya birkaç saat sonra kadar hayatta olduklarından o sırada komşularından ve tanıdıklarından gidip görenle-

rin katli hikaye etmeleri mümkündür. Katli ve katili görüp haber veren olmadığı takdirde vefattan evvel meseleyi maktulden dinleyenler var ise onların ifadeleri jurnale kaydedilecek ve o sözlerin söylendiği esnada maktulün akıl ve şuurunun yerinde bulunup bulunmadığının tahkik ve tetkikine azami derecede itina gösterilecektir.

Maktulun yaralıyı silahlarla veya başka bir aletle, zehirlenerek, boğularak ya da asılarak ölmesi hallerinde evvela keşif ve muayenesinin yapıp belgesinin tanzim edilmesi ve ayrıca tabip ya da cerrah tarafından hazırlanan raporun ita edilmesi gerekir. Bu işlemler yapılmadan maktulün defnedilmesi caiz görülmemiştir. Maktulün cesedenin keşif ve muayeneye tabi tutulmaksızın defni halinde imam ve muhtarın mesul tutulacağı ikaz edilmiştir. Katlin gerçekleştiği yerde hakim, tabip veya cerrah bulunmazsa ve bunların civar yerlerden getirilmeleri hususu söz konusu olursa maktulün cesedi orada bulunan hükümet memurları ile ehl-i vukuf kimseler marifetiyle muayene edildikten sonra defnedilebilecektir. Bu halde muayene işini ifa edenler gördükleri ve anladıkları hususları mühürlü ve imzalı varaka ile beyan edecektir.

Maktul boğazı sıkılarak veya asılarak katli edilmiş ise boynunda ip, tırnak ve parmak eseri (iz, işaret) gibi bulguların olup olmadığına dikkat edilmelidir. Yine 1183aktulün boğulduğu veya asıldığı yerde boğmaya ve asmaya müsait aletlerin bulunup bulunmadığı, bulunmuşsa bunların ne olduğu ve olay mahallinin insanın asılmasına müsait olup olmadığı gibi hususlar etraflıca tahkik edilecektir.

Hırsızlık suçu söz konusu olduğunda hırsızın eşya çaldığı mahalle ne şekilde, ne taraftan, gece veya gündüz hangi saatte girdiği; duvar çıkıp kapı ve sair şey kırıp kırmadığı ya da duvarı merdivenli veya merdivensiz aşip aşmadığı; girişine ve çıkışına delalet eden bir eser bırakıp bırakmadığı, bırakmış ise bunların ne olduğu ve ne şekilde bulunduğu; olayda kendisine yardımcı olanların ve silahlarının bulunup bulunmadığı; olay birkaç kişi tarafından gerçekleşmiş ise içlerinden bazılarının meskene girmeyip de sokakta kolculuk yapıp yapmadıkları ve ne şekilde hareket ettikleri hususları etraflıca tetkik edilecektir. Ayrıca çalınan eşyanın cinsi, miktarı ve kıymeti de tahkik edilmelidir.

Karine ve emareler ile bir cinayet veya cünha suçu işlediği anlaşılan suçluların suçtan evvelki ve sonraki hallerinin tetkiki de istenmiştir. Bilhassa şahsi ve ailevi maişetleri ile servet durumları ve yine suçtan evvelki ve sonraki sarfiyatları gerek kendilerinden gerekse de malumat sahibi kimselerden sorulacaktır.

Cebren ve iğfalen ırza geçme suçunun gerçekleştiği iddia edildiğinde şüpheli tarafından gerçekten de cebir, iğfal (kandırma, aldatma) ve ihafe (korkutma, tehdit etme) gibi bir muamelenin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği; cebir kullanılmasının hal ve mevki itibariyle mümkün olup olmadığı; cebre maruz kaldığını iddia edenin üzerinde kan, yırtık ve yara gibi cebir alametlerinin bulunup bulunmadığı; müddei tarafından bu fiile karşı mukavemette bulunulup bulunulmadığı ya da yardım çağırmasının mümkün olup olmadığı ve bu imkanlara müracaat etmenin mümkün olması halinde bu yollara müracaat edilip edilmediği ve bu yollara müracaat edilmemişse buna neyin sebep olduğu; fiile mukavemet edildiği halde failin müddeiye galebe çalmaya muktedir olup olmadığı; bu fiilde faile şeriklik edenin olup olmadığı hususları hızlıca ve tafsilatlı bir şekilde tahkik edilmelidir. Ayrıca tarafların yaş, ahlak, sabıka ve alışkanlıklarının da tahkik ve tetkiki yapılacaktır. Bu fiil bir kıza karşı gerçekleştirilmişse bekaretinin bozulup bozulmadığını ve bozulmuşsa ne zaman bozulduğunu ortaya çıkarmak için derhal ebe veya ehl-i hibreden olan bir kadına muayene yaptırılacaktır. Rüşt çağına gelmiş kadının kaçırılması halinde de bu işlemler yapılacaktır.

Yukarıda bahsini ettiğimiz yaralama, ölüm, zehirlenme, boğulma, asılma ve ırza geçme gibi vakalardan sonra yapılması emredilen hükümler adli tıp tarihimizi yakından alakadar etmektedir. Talimatnamenin ilanından sonra bahsini ettiğimiz vakalarda gereken raporların düzenlenmemiş ya da eksik düzenlenmiş olması, temyiz safhasında göz önünde bulundurulmuştur³¹. Talimatnamenin bu hususlarda getirmiş

³¹ Buna dair örnekler için bkz.: BİNGÖL, Sedat: "XIX. Yüzyıl Osmanlı Mahkemele-ri'nde Adli Tıp Uygulamaları", XV. Türk Tarihi Kongresi, C. 4, II. Kısım, Ankara, 11-15 Eylül 2006, s. 1359-1362.; Bingöl bu kıymetli çalışmasında, naklettiği adli tıp uygulamalarının dayandığı normatif bir düzenlemeye rastlamadığını ifade etmektedir. Kanaatimizce çalışmamıza konu olan bu muvakkat talimatname, müellifin

olduğu hükümler, 1879 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu'nda dahi bu açıklıkta ve ayrıntıda düzenlenmemiştir.

3. Sorgulama Sırasında Yapılacak İşlemler

Talimatnameye göre her neviden suçun hangi senenin hangi ayında ve gününde ve gece veya gündüz vakitlerinde gerçekleştiği tahkik edilecektir. Zabıta memurları vazifelerinin ehemmiyeti icabınca suçta dair her nevi delil ve emareyi dikkatli bir şekilde arayıp tahkik etmelidir. Suçtan evvel, suç sırasında ve suç sonrasında meydana gelen ve muhakemeyi kolaylaştıran her türlü vakanın etraflıca araştırılıp tetkik edilmesi ve bu hususların varakaya tafsilatlı bir şekilde yazılması gerekir. Tahkikat sırasında mevcut ve vakaya vakıf kimselerden icap edenlerin malumatlarına müracaat edilmek üzere bunların isim ve şöhretleri zabta geçirilecek ve bunlara imzalatılan ve mühürlenilen tahkikat varakası hükümete teslim edilecektir. Yine zabıta memurları, şübhe-i kaviyye (kuvvetli şüphe) altında bulunan şahısların tevkifine (tutuklanması) de girişeceklerdir. Zabıta tarafından usulüne muvafık olarak gerçekleşen muamelelere dair olan jurnal hükümet tarafından Meclis-i Temyiz'e havale edilecektir.

Müstantik (sorgu hakimi), istintak (sorguya çekme) vazifesini, mümeyyizlerinden birinin ve zaptiye zabitanından veya teftiş memurlarından bir zatın mevcut bulunması suretiyle icra edecektir. Bu sırada açık ve herkesin anlayabileceği ifadeler kullanılıp varakanın soru bulunan tarafının altı her defasında mümeyyiz ve zabıta veya müfettiş tarafından imzalanacak ve mühürlenecektir. Varakanın cevap hanesi ise mücrim veya diğer istintak edilen şahıslara okunduktan sonra bunlara imzalatılacak ve mühürlenecektir. İmza ve mühürden imtina edildiğinde bunun sebebi gösterilerek istintakta bulunan mümeyyizin ve zabıta veya müfettişin isimleri varakanın üst tarafına yazılacaktır.

Bir suçun müşterek failleri bulunur ise bunları sorgusu evvela münferiden yapıp icabında yüzleştirme yapılacaktır. Cinayet suçu işleyenlerin gerek tutuldukları gerekse de hükümete gönderilecekleri esna-

naklettiği adli tıp uygulamalarının hangi normatif düzenlemeye dayandığı meselesini açığa kavuşturmaktadır.

da ifadelerinin birbirleriyle birleşmesine fırsat bulmamaları gerekir. Bu hususa dikkat edilmesi, zabıta memurlarının mühim bir vazifesidir. Yine müşterek faillerin müzakere ve ittifaka fırsat bulamamaları için farklı mahallerde tutulması ve birbirleriyle görüştürülüp konuşturulmamaları gerekir. Bu hükümlere muhbirlerin istintakında da riayet edilecektir. Muhbirlerin istintakına, söyleyeceği şeyleri doğru söyleyeceklerine dair kendi mezhep ve ayinlerine göre kitapları üzerine yemin ettirildikten sonra başlanacaktır. Birden fazla muhbirin olması halinde bunlara sorulacak soruların cevapları bir günde tamamlanamayacak durumda ise içlerinden bazılarının sorulara vakıf olup verdikleri cevapları diğer muhbirlere aktarmaması için tasavvur olunan sorular bir günde cevaplanacak nitelikte hazırlanacak ve kalan kısımlar bu şekilde diğer günlere bırakılacaktır.

Zanlıların, muhbirlerin ve soruşturma esnasında dinlenen kimse-lerin yaşları ve karakterleri mazbata ve istintaknamede açıklanacaktır. Ayrıca mahpus ve tutukluların hangi tarihte ve ne surette tutuldukları, mazbataların altına ve istintaknamelerin üst tarafına yazılacaktır.

Sorgusu alınan şahıs, suç esnasında olay mahallinde bulunmadığını ya da gerçekleşen suça herhangi bir dahlinin olmadığını, ithamına yönelik delilleri bertaraf eden her türlü uygun delille ispat edebilir. Böyle bir durumda müstantik, derhal istintaknamenin altına bir fezleke hazırlayıp fezlekenin altına kendisi ve istintakta bulunan diğer görevlilerle birlikte mühürletecek ve şahsın tahliye edilmesini ilgili makamdan isteyecektir. Yine şahıs hakkında bazı şüpheler hasıl olursa, istenildiğinde anda meydana çıkılması kaydıyla kefalet ile de tahliye yoluna gidilebilecektir. Fakat kuvvetli şüphe bulunması halinde zanlının sorgusu tutuklu olarak gerçekleştirilecektir.

Sorgulama esnasında zanlının haklarının da muhafaza altına alındığı görülmektedir. Buna göre müstantikin vazifesi sorgulanan şahsın ithamdan ve hakikati ortaya çıkarmaya çalışmaktan ibarettir. Bu sebeple sorgu sırasında zanlıya baskı ve şiddet uygulanmayacağı gibi; tehdit, kandırma ve herhangi bir vaad suretiyle ithama da kalkışılmayacaktır. Zanlının ithamlara dair delil ve ifadeleri ağzından çıktığı gibi kaydedilecektir. Bu kaideler şerikler ve malumat elde edinilen diğer kimselerin

sorgusunda da caridir. Başka bir devlet tebaasından olan şahsın sorgusunda ve muhakemesinde konsolosluk tercümanı da hazır bulundurulacaktır.

Talimatnameye göre, gerek zanlılara gerekse de muhbirlere ilişkin bir kısım malumatın dikkatli ve doğru bir şekilde istintiknameye geçirilmesi gerekmektedir. Buna göre müstantik bahsi edilenlerin isim ve şöhretlerini, doğum yerlerini, ikametgahlarını, hangi mezhep ve milletten olduklarını, vatandaşlıklarını, çoluk çocuklarının olup olmadığını, hal ve mesleklerini, suçlu ve mağdur arasındaki münasebeti bu hükme uygun olarak izahlı bir şekilde kaydedecektir. Ayrıca suçlunun işlediği fiil, ele geçirildiği mahal, kendisini bu suçu işlemeye sevk eden sebepler, üzerinde mağdurla giriştiği mücadeleyi ortaya koyan bir alametin olup olmadığı, hanesinde bulunan silah, eşya ve evrakın cinsi, maddi durumu, sabikalı olup olmadığı ve sabikalı ise işlediği suçun türü, hangi tarihte gerçekleştiği ve bu suçtan dolayı ne miktarda ceza aldığı gibi hususlar da istintiknameye yazılacaktır. Zanlının lehinde veya aleyhinde beyanda bulanacak şahısların maddi durumları, zanlıyla bir münasebet veya yakınlıklarının olup olmadığı ve tahkikata konu olan mesele üzerinde menfaatlerinin ya da zararlarının bulunup bulunmadığı da kayda geçirilecektir.

Talimatname, aile içerisinde meydana gelecek öldürme ve yaralama suçlarında yapılması gereken işlere de bilhassa değinmiştir. Buna göre aile içinde gerçekleşen bu tür suçların örtbas edilmesi muhtemeldir. Böyle bir vaka komşuların ihbarı veya başka bir kuvvetli delille ortaya çıkmazsa söz konusu aile, yemin ettirildikten sonra yukarıda bahsettiğimiz usule göre sorgulanacaktır.

Daha evvel bahsi edilen kaidelere uygun olarak yapılacak istintaknamenin fezlekesinin üst tarafına suçun türü, tarafların isim ve şöhretleri, tabiiyetlikleri ve zanlının mahpus olup olmadığı yazılacaktır. Bundan sonra fezleke bent bent kaleme alınacaktır. Fezlekenin birinci bendinde varsa şikayetçinin dilekçesinin meali ve zabıta tarafından hazırlanan jurnalın hülasası, ikinci bendinde müddeinin istintak sırasındaki iddiaları, üçüncü bendinde suçlananın ikrar ya da inkarı; dördüncü bendinde suçlananın inkar ya da ikrarının tasdikini veya tezkibine dair

ihbar, ifade, tahkikat ve tenakuzlar ve beşinci bendinde de varsa muhbirlerin ihbarlarındaki zıtlıklar ve bu zıtlıkların sebepleri ve ayrıca bu ihbarın kabulü veya reddi hakkında suçlananın son sözleri yazılacaktır.

Müstantik, bu kaidelere uygun olarak hazırladığı fezlekeyi imzalayıp mühürledikten sonra dinlenen şahıslara okuyarak onlara ve hazır bulunanlara da imzalatıp mühürletecektir. Akabinde muhakemenin icrası için hazırladığı evrakı muhakemeye memur olan meclise gönderecektir.

4. Muhakemeye Memur Meclisin (Mahkemenin)

Yapacağı İşlemler

Talimatname, suça ilişkin muhakemeyi yapacak olan meclislerin yani mahkemelerin riayet etmesi gereken bazı düzenlemeler de getirmektedir. Bu hususlara geçilmeden evvel, zabıta ve istintak memurlarının yaptığı işlemlerin ehemmiyetine vurgu yapılmıştır. Buna göre, mahkeme aşamasına kadar yapılan bu işlemler muhakemeyi kolaylaştırmaktadır. Bunun yanında zanlının, varsa ona yardım edenlerin ve muhbirlerin mahkeme tarafından getirilip yeniden sorguya çekilmesi istenmektedir. Böylelikle alınan son ifade ile daha evvel verilen ifadelerin birbirlerine muvafık olup olmadığının ve eğer ifadeler arasında farklılık varsa bunun nedenlerinin ortaya çıkarılması amaçlanmaktadır. Talimatnamedeki tabirle hakikat *“lâyıkıyla ve etraflıyla zâhire ihrâc edilecektir”*; yani maddi gerçek ortaya çıkarılacaktır.

Suçun işlenmesinden sonra yapılacak olan işlemler bir silsile yoluyla gerçekleşmektedir. Bu sebeple talimatname, silsilede yer alan görevli ve mahkemelerin işlerinde dikkatli olmasına vurgu yapmıştır. Bilhassa yakalandıkları esnada suç işlediklerini ikrar eden bazı kimselerin daha sonra ifade değiştirerek fiillerini inkar etmeleri hususuna dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu hususta muhakemenin zora sokulmaması için yakalandıkları esnada ikrarda bulunan kimselerin ikrarının, bu ikrarı işiten zabıta memurları ve diğer kimseler tarafından mahkeme huzurunda suçlunun yüzüne karşı beyan edilmesi ve bu şekilde sorgulamanın tekrarlanması istenmiştir. Böylece kaza ve liva deavi meclisleri,

mahkemelerinde cereyan eden tahkikat ve soruşturma evraklarını mükemmel bir şekilde hazırlayıp vilayete gönderecektir.

Talimatnameye göre mahkemeler, zabıtalının ve teftiş memurlarının ifade ve tahkikatlarını muteber tutacaktır. Fakat zanlı tarafından bu memurların ifadelerinin yanlış ve garizli olduğu yolunda bir iddia gelip de yapılan tetkik neticesinde bu iddia doğru çıkarsa ilgili memur "*şediden mes'ûl tutulacaktır.*"

Mahkeme, soruşturma esnasında zanlının lehinde ya da aleyhinde ihbarda bulunan kimseleri yeniden getirterek tekrar dinleyeceği gibi, soruşturmada bulunmayıp muhakeme esnasında ortaya çıkan muhbirleri veya beyanda bulunması için çağrılan diğer kişileri de dinleyebilir. Yine soruşturmada ortaya konulan beyanlar ile mahkeme esnasında ortaya konulan beyanlar arasında bir farklılık varsa bunun nedeni açığa çıkartılacaktır. Bunlar arasında yalan beyanda bulunanlar kanunen mesul tutulacaktır. Suça yardım eden var ise veya müşterek faillik durumu söz konusu olursa hepsi yüzleştirilecek ve lüzumu halinde muhbirlerle de yüzleştirme sağlanacaktır. Bu şekilde şüphesiz bir şekilde masum oldukları anlaşılanlar derhal tahliye edilip, suçu sabit görülenler ise kânda öngörülen cezaya çarptırılacaktır. Ceza Kanunu'nun hangi maddesine göre hüküm tesis edildiği mazbatada tasrih edilecek ve karar hükümlünün yüzüne karşı okunacaktır.

Talimatname, mahkemenin doğru bir şekilde ceza tayininde bulunmasına ehemmiyet vermektedir. Zira o dönem yürürlükte bulunan Ceza Kanunname-i Hümayunu'na göre suçlar cinayet, cünha ve kabahat olmak üzere üç kısma ayrılmış olduğu gibi, cezalar da çeşitlilik arz etmekteydi. Bu yüzden zanlının suçta ne derecede etkili olduğu layığıyla ortaya çıkarılmalı ve bu şekilde ceza tayininde bulunulmalıydı. Kişiyi ceza tayinine götüren her türlü delil ve emareler mazbataya izahlı bir şekilde kaydedilecekti. Hekim, ebe ve diğer ehl-i hibre tarafından verilen raporlar ile imam, muhtar ve diğer kişiler tarafından verilen şehadetnameler gibi davaya dair her türlü evrakın ve nüstantik tarafından hazırlanan istintak fezlekesinin birer nüshası kaza, liva ve vilayet meclislerinin hususi ceridelerine kaydolunacaktı. Bu evrakların asılları ise hüküm mazbatasıyla birlikte mühürlü bir şekilde divana gönderilecekti.

Divan-ı Ahkam-ı Adliye, taşradan kendisine gönderilen evraklarda bazı hususların eksiksiz olmasına ehemmiyet vermiştir. Buna göre divana gönderilecek mazbata ve diğer evraklarda meselenin açıkça izah edilmesi, mahkeme kararlarının açık olması icap etmektedir. Bu şartları ihtiva etmeyen mazbata ve evraklar, eksikliklerin tamamlanması için ilgili makama iade edilecekti. Ayrıca mazbatalarda mahkeme evvelinde yapılan tahkikatın ve hükme esas teşkil eden delil ve emarelerin tafsilatlı bir şekilde izah edilmesi gerekmektedir. Mazbata, mahkeme reisi ve bütün azalar tarafından mühürlenmeli ve vali tarafından tasdik edilmeliydi. Yine muhalif oy (karşı oy) kullanan azaların, karara muhalif olma sebeplerini de mühürlerinin altına yazmaları icap ederdi.

Suçla ilişkin muhakeme tamamlandıktan ve suç işlendiği sabit olduktan sonra talep edilmesi halinde hukuk-ı şahsiyeye (özel hukuka) ve emvale ilişkin davalar lazım gelen mahkemeye icra memurları tarafından buyruldu ile havale edilebilecektir.

Talimatnamede bulunan en ilginç hükümlerden biri de cezayı gerektiren; ancak kanunda cezası açıkça yazılı bulunmayan ve kıyas da kabul etmeyen bir fiil için ceza talebinde bulunabilmedir. Böyle bir durumda ilgili fiilin işlenmiş olduğuna hükmolunarak dava evrakı mazbatayla birlikte gönderilerek ceza için izin istenilecektir. Bu hüküm, suçta ve cezada kanunilik kaidelerini ihlal eder niteliktedir.

Kalebentlik, kürek, nefy (sürgün) ve hapis cezalarında mahkumun eşgalini, yaşını, memleketini, sanatını, isim ve şöhretini, tabiiyetini, mahkum edildiği mahkemeyi, cezanın çekileceği yeri ve ceza miktarını bildiren mühürlü maktu bir pusula verilecektir.

Talimatnamenin son kısmında, düzenlenen bu hükümlerin muhakeme usulüne dair hazırlanmakta olan nizamnamenin kabulüne kadar tatbik edileceği hususu tekrardan hatırlatılmaktadır. Ayrıca talimat hükümlerinin usulüne uygun olarak hazırlanması ve gereken işlemlerin hakkıyla icra edilmesi lüzumuna temas edilmiştir. Zira aksi halde evrakların iade edilmesi durumunda lüzumsuz yazışmalar yapılacak ve vakit kaybı söz konusu olacaktır.

VI. SONUÇ

Osmanlı Devleti Tanzimat döneminde hızlı bir değişim dönemine girmiş ve bilhassa adliye teşkilatında köklü değişiklikler gerçekleşmiştir. Bu dönemde kurulan nizamiye mahkemeleri, şeriye mahkemelerinden farklı bir kaynaktan beslenmekteydi. Bu mahkemeleri teşkil eden ve yine bu mahkemelerde tatbik edilen mevzuat, ekseriyetle iktibas yoluyla oluşturulmuştu. 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesi ile oluşturulan nizamiye mahkemeleri, uzun sayılabilecek bir süre zarfında müstakil bir muhakeme kanunu olmaksızın faaliyet yürüttü. Hem hukuk hem de ceza davaları için muhakeme kanunlarının kabul edildiği 1879 tarihine kadar söz konusu mahkemeler, muhtelif düzenlemelerde yer alan muhakeme usullerini kullandı. Hukuk davaları için 1861 tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Ticaret Nizamnamesi'nin tatbik edilmesi günü kurtarabilirdi. Fakat bu kanunun hükümleri, ceza davalarında bir yere kadar tatbik edilebilirdi. Dolayısıyla müstakil bir muhakeme kanununun olmayışı, ceza davaları için daha bariz bir ihtiyaç hissettirmekteydi.

1868 tarihinde nizamiye mahkemelerinin en büyüğü olarak teşkil edilen Divân-ı Ahkâm-ı Adliye, dahili nizamnamesinin kabulünden bir kaç ay kadar sonra ceza muhakemesine dair bu eksikliği bir nebze de olsa giderebilmek amacıyla muvakkat bir talimatname hazırladı. Bu talimatname gerek hazırlandığı tarih ve gerekse de muhtevası itibarıyla oldukça mühimdir. Bu muvakkat talimatname her ne kadar eksik bir düzenleme olsa da, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında görev alan memurların dikkat edeceği hususları ana hatlarıyla düzenlemekteydi. Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu'nun bu düzenlemeden tam on sene sonra yürürlüğe girdiği düşünüldüğünde, talimatnamenin doldurmuş olduğu boşluğun ehemmiyeti daha iyi anlaşılacaktır. Yine şu hususu belirtmekte fayda var ki bu talimatnamede düzenlenen delillerin elde edilmesi, ölü ve beden muayenesi, olay yeri inceleme gibi hususlar Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu'nda dahi bu ölçekte düzenlenmemiştir. Bu cihetle de talimatnamedeki bazı hükümlerin usul kanununun kabulünden sonra dahi tatbik edilmiş olması kuvvetle muhtemeldir.

KAYNAKLAR

Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi

İrade – Meclis-i Mahsus (İ.MMS.): 14-588.

İrade – Dahiliye (İ.DH.): 1295-101735.

Satın Alınan Evrak – Ali Fuat Türkgeldi Evrakı (HSD.AFT.): 3-46.

Sürelî Yayınlar

Ceride-i Mehâkim: No:7, 7 Rebiülahir 1290 (4 Haziran 1873); No:9, 21 Rebiülahir 1290 (18 Haziran 1873).

Düstur: I. Tertib, C. I.

Takvim-i Vekayi: No:569, 29 Şaban 1275 (3 Nisan 1859); No:570, 4 Zilka-
de 1275 (5 Haziran 1859); No:571, 5 Zilhicce 1275 (6 Temmuz
1859); No:572, 13 Safer 1276 (11 Eylül 1859)

Basılı Kaynaklar

ABDURRAHMAN ÂDİL: Mahkeme-i Temyiz, Matbaa-yı Ebu'z-ziya,
Konstantiniyye, 1312.

AHMED LÜTFİ, Mir'ât-ı Adâlet yahud Tarîhçe-i Adliye-i Devlet-i Aliy-
ye, İstanbul, Matbaa-yı Nişan Berberyan, 1304.

ALİ ŞEHBAZ: Usûl-i Cezâiye, Matbaa-yı Amire, İstanbul, 1310.

ALİ GALİB: Müdde'ümûmî, Mahmud Beg Matbaası, Dersaadet, 1330.

ARİSDAKİS KASPARYAN, İ'lâmât Tûbresi Yahûd Tefsîr-i Usûl-i
Muhâkeme-i Hukukiye, Şirket-i Mürettibiye Matbaası, İstanbul,
1316.

AYDIN, M. Akif : “Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye”, DİA, C. 9, 1994.

BİNGÖL, Sedat: Tanzimat Devrinde Osmanlı'da Yargı Reformu
(Nizâmiyye Mahkemeleri'nin Kuruluşu ve İşleyişi 1840-1876),
Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yay., 2004.

BİNGÖL, Sedat: “XIX. Yüzyıl Osmanlı Mahkemeleri'nde Adli Tıp Uygula-
maları”, XV. Türk Tarihi Kongresi, C. 4, II. Kısım, Ankara, 11-
15 Eylül 2006.

- BOZKURT, Gülnihal: *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, 2. bs., TTK Basımevi, Ankara, 2010.
- CEVDET PAŞA: *Ma'rûzât*, Haz. Yusuf Halaçoğlu, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1980.
- CİN, Halil: "Tanzimat Dönemi'nde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usulleri", 150. Yılında Tanzimat (içinde), TTK Yayınları, Ankara, 1992.
- ÇADIRCI, Musa: *Tanzimat Döneminde Anadolu Kentleri'nin Sosyal ve Ekonomik Yapıları*, Ankara, TTK Yay., 1991.
- DEMİR, Abdullah: "İlk Usul Kanunu Usul-ü Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesinin Transkripsiyonu", e-akademi, Sa. 72, Şubat 2008.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra: *Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası)*, İstanbul, Arı Sanat Yay., 2004.
- Ateş İstidâsı İslâm-Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001.
- GEDİKLİ, Fethi: *Şura-yı Devlet: Belgeler, Biyografik Bilgiler ve Örnek Kararlarıyla*, 2. Bs., İstanbul, Oniki Levha Yay., 2018.
- GÖKCEN, Ahmet: *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul, 1989.
- KENANOĞLU, M. Macit, *Ticaret Kanunnâmesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*, Lotus Yay., Ankara, 2005.
- KILINÇ, Ahmet: "Bir Meclis-i Vâlâ Hükümü ve Tahlili", *Adam Akademi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 5, Sa. 1, 2015.
- MOL, Gürsel: *Türk Hukuk Tarihi Sürecinde Yargıtay*, Yargıtay Yay., Ankara, 2004.
- ÖZOĞUZ, Nejat: *Temyiz Mahkemesi*, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1944.
- SEÇKİN, A. Recai: *Yargıtay Tarihçesi Kuruluş ve İşleyişi*, Ankara Yarı Açık Cezaevi Basımevi, Ankara, 1967.
- SEYİTDANLIOĞLU, Mehmet: *Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ (1838-1868)*, 2. bs., Ankara, TTK Basımevi, 1999.

ŞENTOP, Mustafa: “Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü”, TALİD, C. 3, Sa. 5, 2005.

TANER, Tahir: “Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku”, Tanzimat I, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940.

TURAN, Ali: “Divân-ı Ahkâm-ı Adliye: Kuruluşu, Teşkilat ve İşleyişi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.

VELDET, Hıfzı: “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, Tanzimat I (içinde), Maarif Matbaası, İstanbul, 1940.

YORGAKİ: Usul-i Muhâkemât-ı Hukukiye Kanunu Şerhi, İstanbul, Matbaa-yı Hukukiye, 1329.

EK-I

Dersaadet ve Mülhakatı İdare-i Zabıta ve Mülkiye ve Mehâkim-i Nizamiyesine Dair Nizamnâme

Dördüncü Fasil: Usûl-i Muhâkemâta Dairdir

Yetmiş İkinci Madde: Meclisler her gün evkât-ı mu'ayyenede rüyet-i mesâlih ile iştigal edecek ve reisleri mevsim-i sayf ve şitâda yani altı ayda bir kere küşâd ve hitâmi saatlerini bâ-ilanname ile ta'yîn ve beyân eyleyecektir.

Yetmiş Üçüncü Madde: İşbu ilanname halkın anlayacağı bir lisan ve ibare ile bir varakaya yazılıp divanhanelere ta'lik ve gazetelere derc olunacaktır.

Yetmiş Dördüncü Madde: Meclisler ilan olunacak vakt ve saatte reis tarafından bilâ-tevakkuf küşâd olunup azadan vaktiyle gelmeyenler olur ise haklarında ber-vech-i âtî mu'âmele olunacaktır.

Yetmiş Beşinci Madde: Meclislerin küşadına azadan biri özr-i makbul beyân etmeyerek hazır olmadığı halde reis keyfiyeti zabt-ı muhâkeme defterine kayd ettirip kendisine derhal bir davet tezkeresi irsâl ve yine vaktiyle gelmez ise zabıt defterine işaret ile bir te'kîdnâme irsal eyleyecektir ve bunun da bir eseri görülemediği halde sûret-i hal kaimakamlıklardan bâ-mazbata mutasarrıflıklara ve mutasarrıflıklardan müşîriyet makamına beyân kılınacaktır.

Yetmiş Altıncı Madde: Cinayattan münbais hukuk-ı şahsiye davalarında müdde'î ve müdde'î-aleyh taraflarından vekil ta'yîn edilebilir mevad-ı cezaiye muhakemesinde müttehem bizzat hazır bulunmak şartıyla li-eclî-il-müdafaa bir vekil bulundurulabilecektir.

Yetmiş Yedinci Madde: Ta'yîn olunacak vekilin mukayyed olmak üzere sûret-i resmîyede ve asilin mühür veya imzasıyla mensub olduğu mahal-i resmiden musaddak bir vekaletname ibraz etmiş ve mutlaka teba'a-yı devlet-i aliyeden bulunması lazım gelecektir.

Yetmiş Sekizinci Madde: Meclislerde rüyet olunacak de'âvide reis ve aza ve katib ve mümeyyiz ve müstantikler ve zabıtan ve neferat-ı askeriye vekalet edemeyeceklerdir fakat mehâkim huzurunda kendi da'vâ-yı şahsiyeleri için asalet ve zevcelerine ve zevcelerinin valideynine

ve kendilerinin âbâ ve ecdâd ve evlâd ve ahfadına vekalet edebilirler ve vasisi buldukları eytamın ol makule da'vâ-yı şahsiyesini bi'l-vesâye rüyet ettirirler ve o esnada me'mûriyet-i resmiyeleri sıfatında bulunamazlar.

Yetmiş Dokuzuncu Madde: Tarafeyn veya muhbirlerden birinin öwr-i şer'îye mebni bizzat celb ve istintakı mümkün olamadığı halde bir mümeyyiz ve bir müstantik ve bir teftiş memuru birlikte hanesine giderek takririni alıp zabt eder ve zabıt pusulasını kendisine imza ettirdikten sonra bu memurlar da imza edecek ve madde-i mühim olduğu halde azadan biri dahi ta'yîn ve irsal olunacaktır.

Sekseninci Madde: Reis veyahut münavebeten anın intihabıyla azadan biri tarafeyni ve muhbirlerden iktiza edenleri tertîb üzere isticvâb edip bu esnada diğerleri müdahale etmeyecek ve isticvâb eden zat suallerini bitirdikten sonra ister ise diğerleri dahi def'i müşkil edeceklerdir.

Seksen Birinci Madde: Heyet-i meclisin sülûsanı mevcut olmadıkça müzakerata mübaşeret olunamayacaktır.

Seksen İkinci Madde: Bir da'vânın rüyetinde tarafeynin sulh edilmelerine teşebbüs olunmak caiz olmayıp nizam ve kanuna tevfikân rüyet ve hükm olunacaktır.

Seksen Üçüncü Madde: Bir da'vânın rüyet ve muhâkemesinde henüz müzakeresine şürû' olunmamış iken tarafeynden birisinin lehine veyahut aleyhine bir gûne rey beyânından ictinâb olunacaktır.

Seksen Dördüncü Madde: Esna-yı muhâkemedede reis veyahud aza hususi muhataba ve mübâhasadan ictinâb ile daima umuma hitâb eyleyeceklerdir.

Seksen Beşinci Madde: Hitâm-ı muhâkemedede tarafeyn dışarı çıkarılarak maslahat hüküm derecesine geldikde reis azanın reylerini toplayacaktır.

Seksen Altıncı Madde: Reis en sonra beyân-ı rey edecek ve reis dahil olduğu halde hukuk-ı şahsiyede tesâvi-i ârâ vukû'ında reisin bulunduğu taraf tercih olunacaktır.

Seksen Yedinci Madde: Bir maddeye aza tarafından ittifâk veya ekseriyet-i ârâ ile rey verilir ve cinayet maddelerinde mücrimin aleyhinde ekseriyet-i lâakal-ı sülûsan-ı ârânın ittifâkı itibar olunur.

Seksen Sekizinci Madde: Verilen hükümler derhal zabıt ceridesine derc olunup reis tarafından tarafeyne tebliğ kılınacaktır.

Seksen Dokuzuncu Madde: Reis hazır bulunmadığı halde azadan en kıdemlisi vekalet edecektir.

Doksanıncı Madde: Ekseriyet ile hükm olunan de'âvî hakkında kendi reyi munzam olmayan reis veyahut aza bunu haricden söylemekten memnû'dur.

Doksan Birinci Madde: Esna-yı muhâkemâtda meclislerin umûr-ı zabıtası reise muhavveldir.

Doksan İkinci Madde: Muhâkemeler aleni olacak ve istimâ'-ı muhâkeme için haricden bulunacak kesân usûl ve adaba riayetle duracak ve reis veya azadan biri tarafından isticvâb olunmadıkça sükût edecektir bunun hilâfı hareket vukû'ında reisin tenbihine itaat etmeyen olur ise reisin emriyle meclisten tard olunacaktır.

Doksan Üçüncü Madde: İcra-yı memuriyet esnasında reis ve aza ve sair meclis memurlarının namusuna dokunmak veya bunları ihâfe etmek gibi harekete cesaret edenler reisin emriyle derhal tevkif ve kanunen cezası tertîb olunacaktır.

Doksan Dördüncü Madde: Esna-yı muhâkemede reis ve aza ve katib ve memur-ini sairenin mevzubahs olan mevaddan başka umûr ile iştigali caiz olamaz.

Doksan Beşinci Madde: Esna-yı muhâkemede tarafeynin veyahud muhbirlerden birinin reise veyahut azadan birine hafiyyen bir şey söylemesi caiz olamayacaktır.

Doksan Altıncı Madde: Müzâkerât-ı vakı'anın zabtı için her mecliste bir zabıt ceridesi tutulacak ve işbu zabıt ceridelerinin her varakası numaralı ve meclis mührüyle memhûr olması lazım gelecektir.

Doksan Yedinci Madde: Her madde hakkında tahkikat ve müzâkerat ve tarafeynden ibraz olunan evrak hülasasıyla ol günün tarihi ve

tedkikata mebde olan varakanın numerosı ve mevcut azanın esamisi evvel-i emirde bir varakaya zabt ve başkatib tarafından temyiz ve tashih olunup meclisçe kıraat ve kabul olunduğu halde nihayet yirmi dört saat zarfında ceride-i mahsusuna aynıyla derc olunarak zîri reis ve esna-yı muhâkemedede hazır bulunan aza ve başkatib tarafından imza olunacaktır.

Doksan Sekizinci Madde: Bir kararın mazbatası tanzim olunduktan sonra ol karara müteallik mahkemede kalması lazım gelen evrak başkatib marifetiyle hıfz edilecektir.

Doksan Dokuzuncu Madde: Zabıt varakaları yapılacak mazbatalara esas ittihaz olunacak ve her mazbatanın metninde jurnal ve arzuhalin tarihi ve numero ve meali ve tarafeynin isim ve şöhret ve mahal-i ikamet ve tâbî'iyet ve san'at ve sıfatlarıyla tahkikât-ı vakı'anın ve da'vânın hülasası ve esbâb-ı kanuniyesiyle verilen hükm ve karar derc ve beyân kılınacaktır.

Yüzüncü Madde: Mazbata müsveddesi kaleme alındıktan sonra başkatibe ita olunacak ve başkatib meclisde kıraatle kabul olunduğu halde meclis reisiyle beraber imza ederek tebyiz olunmak üzere kaleme verecektir.

Yüz Birinci Madde: Mazbatalar tebyiz ve reis ve aza tarafından temhir olunduktan sonra mevki'-i icrâya verilecek ve müsveddeler hıfz olunmak üzere cem' olunarak her aylığı ayrıca teclid olunacaktır.

EK-II

Divân-ı Ahkâm-ı Adliye'nin Muvakkat Talimatnamesi

“Atıfetlü efendim hazretleri

Sâye-i asâyış-sermâye-i hazret-i padişahide istirâhat ve emniyet-i umûmîyenin muhâfazası nizâmât mevzû'aya hüsn-i mürâ'at ile hâsıl olduğu gibi vikâyesi hükûmetin vezâif-i mahsusa ve müstakilesinden bulunan inzibât-ı memleketin bekâsı dahi mahzâ nizâmât-ı mezkûrenin ekîden icrasıyla husûle geleceği bedîhiyyâtdan ve ale'l-umûm mücrimi- nin me'mûrin-i hükûmet tarafından bi'l-muhâkeme te'dîb kılınmaları levâzım-ı umûreden olmasıyla ve memalik-i mahrûse-i şahânedede vukû'a

gelen cinâyâtın müdde'isi zuhûruna bakılmayıp cânib-i hükûmetden îfâ-yı tahkîkâta mütecasirlerinin zâhire bi'l-ihrac icrâ-yı te'dibâta müsa-beret ve inde'l-muhâkeme isbât-ı cinâyât bütün bütün müdde'îye tahmîl olunup da mürûr-ı zaman ile tahkîk ve tebyîn madde-i müşkülâta gi-riftâr edilmeyerek ve bundan dolayı hukuk-ı îbâd ve hükm-i kanunun zâyî' olmasına ve noksan-ı tahkîkât ve istintâk üzerine iş iş'âr ve istiş'âra düşürülüp de birtakım eşhâsın bilâ-hükm mahbûs kalmasına ve sâhib-i hakkın dahi senelerce maslahatın peşi sıra dolaşmaya sebebiyet veril-meyerek her gûne tahkîkât ve taharriyâta sera'aten sarf-ı makderet ehemmi-umûr bulunmasıyla ve muhâkemât ve teferru'âtına dair nizâmât-ı mahsusa derdest-i müzâkere ise de bunun ikmâliyle mevki'-i icrâyâ vaz'ı biraz vakte muhtâc görünmesiyle şimdilik ta'lîmât-ı mu-vakkate olmak üzere Divân-ı Ahkâm-ı Adliye'nin Hey'et-i Umûmîyesi kararıyla ber-vech-i âtî bazı ta'lîmât ve vesâyâya ibtidâr olunur.

Ashâb-ı cürmün bi't-taharrî derdest olunmaları zabıta ve mülkiye me'mûrlarına aid vezâifden olacağı gibi mütecasir oldukları ceraimin merkez-i sübuta getirilenin kavanin ve nizâmâta tatbikân mücazatlari-nin tahrîr ve ta'yîni dahi mehâkim ve mecâlis me'mûrlarının vezâif-i cümlesindedir.

Ashâb-ı cürmün taharrî ve ahz ü giriftine ta'yîn olacak zabıta ve mülkiye ve muhâkemelerini icrâ edecek mecâlis ve mehâkim me'mûrları tarafından bî-cürm ve bî-günâh olan kimesnenin sehven veya cihet-i saire ile giriftâr-ı mücâzât olmaması için her nev'i takyidât ve tedkikât icrâ etmeleri umûr-ı mefrûzalarından olduğu gibi ashâb-ı ceraimin dahi müzâcâtsiz kalma(ma)sı için dikkat-ı müşkâfane îfâ eylemeleri dahi lüzûm-ı umûrdandır.

Katl ve cerh ve gasb-ı emvâl ve sair türlü cinâyât ve ızrâr-ı âmme ve ihlâl-ı nizâm-ı belediye-yi mücib hâlâtın vukû'ını hükûmet haber al-dığı anda derhal mütecasirini taharriye ve sûret-i vukû'ını delâil ve emârât-ı kaviyi ve ihbârât-ı mevsûke ile tahkike himmet edecek ve mü-cerred tedkîk-i cinâyât ve cünha zımnında ol cinâyât ve cünhanın vukû'undan dolayı mutazarrır olup da iddî'âda bulunmayan mazlûmin-den ve erbâb-ı vukuf ve vüsûkdan istis'âl ve isti'lâm-ı keyfiyet eyleye-cektir.

Bazı emârât ve edille mürûr-ı zaman ile mahv u zâil ve kâbilü'l-icra olan tahkîkât ve tedkîkâtın îfâsı gayr-ı kâbil olup sübût-ı maddeyi tas'îb edeceğinden ashâb-ı cerâimin taharri ve derdest edilmesine me'mûr bulunanlar ve emr-i tahkîk ve tedkîk vazife-i me'mûriyeti olanlar vazifelerini seriân icrâyâ ve bilâ-ifâte-i zaman tahkîkât ve tedkîkât-ı mümkün ve icâbiyeyi tamâmiyle îfâyâ itinâ ve himmet edecek ve bir şahsın kanunen cezayı mûcib fi'l-i kabîh icrâ eylemesini görüp veya işidüb de vazifesini îfâda ihmâl ve müsâmaha eyleyen me'mûr kanunen mes'ûl tutulacaktır.

Bir mahalde bir cinâyet veya cünha vukû'ı taraf-ı hükûmetden haber alındığı akîbinde zabıta me'mûrları ol mahalle azîmet ve keyfiyeti keşf ve tahkike müsâra'at idüp evvel-i emirde mazlûm ve mutazarrır olanların da'vâsı zabt olunduktan ve mecruh olan var ise derhal hânesine ve hânesi olmadığı ve hastahâne bulunmadığı takdirde mahfûz bir yere kaldırılıp o mahalde veyahûd civârında bulunan kimesneleri dahi isticvâb kıldıktan başka cürmün vukû'bulduğu mahallin mevâki' ve ahvâl-i sairesini kemâl-i dikkatle mu'âyene eyleyerek ma'lûmât ve meşhûdât-ı vâki'alarını ol bâbda tanzîm edecekleri jurnale kayd ve terkîm edecekler ve katl vukû'ında maktulün cesedini ve yalnız cerh vukû'bulduğu takdirde mecrûhın cerihalarını güzelce mu'âyene ederek orada cerrâh veya tabîb bulunursa onlara dahi göstererek cerihaların ne cins ve ne şekil ve ne derinlikde olduğu ve mecruh ve maktulün neresine ve ne tarafına doğru îkâ' kılındığı vücudunda yara ve bere olup olmadığı ve ne makûle âlet-i câriha ile olmak melhuz bulunduğu hususlarını dahi anlayup tafsilân jurnale derc ve ilâve ile bu bâbda isti'mâl olduğu me'mûl olup gerek mevki'-i cinâyetde ve gerek taht-ı şüphede olan kesânda bulunan bi'l-cümle esliha ve eşya-ı saireyi muhakemenin icrâsına me'mûr olan meclise ibrâz ve irâe etmek üzere ahz ve zabt eyleyeceklerdir.

Gerek vukû'bulan cürümden mutazarrır olan kimesnenin ve gerek bu cürümde doğrudan doğruya zî-medhal veya mu'în ve müşterek oldukları şüphe edilen veyahûd mücrimi veya hükûmete ser-rişte verilecek eşyâyı sakladıkları taht-ı zanda bulunan ve mücrimin muhibbi ve mazlumun adüvvesi buldukları haber verilen eşhâsın hânelerinde

usûl-i nizâmına tevfikân taharriyât-ı mukteziyeye teşebbüs olunacak ve eşhâs-ı merkûme usûl-i mer'îye üzere istintâk kılınacaktır.

İnkâr olunan katl ve cerh ve gasb ve sirkat-ı emvâl fî'lerinde bazen fâ'ilinin beytütet ettiği veyahûd yatak ittihâz eylediği veyahûd kaçıp ihtifâ etmiş olacağı mahaller aranıp kanı üzerinde her nev'i âlet-i câriha ve taze atılmış tüfenk ve tabanca bulunmakda ve emvâl-i mağsûbenin külli veya cüz'isi zuhûr etmekte ve bu işe delâlet eder bazı evrâk dahi zuhûr me'mûl bulunmakda idüğinden ve kâtil ve cârih veyahûd gasb ve sârikin ekserisinin üzerindeki elbisesinde kan bulunabileceğinden bâlâda beyân olunduğu veçhile usûlüne tevfikân bu makulelerin hânelerinin vakit geçirilmeksizin taharriyesinde ve kendilerinin isticvâbında ve üzerlerinin mu'âyenesinde ve bulunan kağıdların emr-i ferâset ve tedkikinde tekâsül ve temâhül olunmayacaktır.

Tesmîm vukû'ında mesmûm olan kimesnenin vücudunda evvel ve ahir müşâhede olunan alâmetler bi't-tahkîk gerek ol esnâda ve gerek hastalığı zamanında def' ve ihrâc eylediği mevâdeden mevcûd olanı o mahalde tabîb veya sair ehl-i hibre bulunduğu halde anların ve olmadığı takdirde mevâd-ı mezkûre mahfûzân en yakın yerde bulunan hekîme irsâl ile anların ma'rifetleriyle mu'âyenesi icrâ etdirilecek ve mesmûm olan kimseye sem kimin tarafından ve ne sûretle ekl û şürb etdirildiği ve kimin vâsıtasıyla tedârik kılındığı dahi tahkîk kılınacaktır ve sem-i mezkûrun ne makûle eczâdan ibâret idüğü mümkün mertebe tedkîk edilecektir.

Darb ve sem veya cerh ile katl olunanların ekserisi derhâl vefât etmeyüp biraz eyyâm veyahûd birkaç sâ'at yaşamakda olduklarından o aralık komşularından veyahûd ahıbbâsından gidip görenlere kudreti olanlar katlini hikâye etmeleri emr-i tabî'î olmağla keyfiyet-i katli ve kâtili görüp haber veren olmadığı hâlde ol veçhile kable'l-vefât maktulden işitenler var ise anlardan bi's-sual ifâdât-ı vâkî'aları jurnale kayd olunacak ve maktul anlara o sözü söylediği vakit aklı başında ve şu'ûrî yerinde olup olmadığı tahkîk ve tedkîkine pek ziyâde itinâ kılınacaktır.

Maktûlün gerek alet-i câriha ve gayr-ı câriha ile katl olunsun ve gerek mesmûm veya mahnûk veyahûd maslûb bulunsun evvel-i emirde

keşf ve mu'âyene olunup i'lâmı tanzîm ve tabîb veya cerrâh tarafından rapörtü î'tâ edilmedikçe defn etdirilmek bir veçhile caiz olamayacağından katlin vâki' olduğu yerde hâkim ve tabîb veya cerrâh var ise derhâl anlar vâsıtasıyla ve hâkim ve tabîb veya cerrâh bulunmadığı takdirde zîrde beyân olunacak veçhile maktulün cesedini keşf ve mu'âyene ettirmeyerek defn eyleyen eimme ve muhtârın mes'ûl ve mu'âteb olacakları cümlesine bildirilerek bu emr-i lâzımü'l-i'tinâyâ müsâra'at olunması zımınında dikkat-ı mütemâdiye icrâ edilecektir ve karye ve kasabada hâkim ve tabîb veya cerrâh olmayup civarından celbi vakte muhtaç ise o hâlde maktulün na'âşı orada bulunan hükûmet me'mûrları ve ashâb-ı ma'lûmât ve vukûf ma'rifetleriyle ba'del-mu'âyene defn edildikten sonra mu'âyene edenler gördüklerini ve anlayabildiklerini mahtûm ve mûmzâ varaka ile beyân eyleyeceklerdir.

Maktul mahnûkan veyahûd maslûben katl olunmuş ise boynunda ip ve tırnak ve parmak eseri ve ihnâk ve salb bulunduğu mahalde vesâit-i hank ve salb bulunup bulunmadığı ve bulunduğu takdirde ne gibi şeyler idüğü ve o mahallin irtifâ'ının insan salbına kâbiliyeti olup olmadığı etrafiyla tahkîk olunacaktır.

Sirkat maddelerinde sârikin sirkat vukû'bulduğu beyân olunan mahalle ne veçhile ve ne taraftan leylen veya nehâren sâ'at kaçda girdiği ve divarı çıkıp kapu ve saire kırdığı veyahûd divardan nerdüban ile veya nerdübansız aşup aşmadığı ve duhulüne veya hurûcune delâlet eder mahall-i sirkatda bir eser birağub bırakmadığı ve bıraktığı ne gibi eser olup ne suretle bulunduğu ve mu'înleri ve silahları olup olmadığı ve hîn-i vukû'-ı sirkatde mu'âmele-i cebr ve şiddet vukû'bulup bulmadığı ve birkaç arkadaşı olup da içlerinden bazısı meskene girmeyüp kolcu gibi zukakda durup durmadığı ve o hâlde ne hareketde bulunduğu hususları bi'l-etraf sual ve tedkîk ve eşya-yı mesrûkanın dahi cins ve mikdârı ve kıymeti tahkik olunacaktır.

Karâin ve emârât ile bir cinâyet ve cünhaya mücâseretleri anlaşılan mücrimlerin hâlleriyle vukû'ı cinâyet ve cünhadan sonraki hâlleri yani ta'ayyüş-i beytî ve zâtiyeleriyle derece-i servetleri ve hâl û zamânları ve sarfiyât ve harekât-ı sâbıkalarıyla sonraki sarfiyât ve harekâtı ve'l-hâsıl

istitâ'at-ı ahvâl-ı sâbika ve lâhıkası kendülerinden ve ashâb-ı vukuf ve ma'lûmatdan sorulacaktır.

Cebren ve iğfâlen hetk-i ırz vukû'ı iddi'â olundukda fi'l-hakîka işbu fi'li irtikâp eden şahıs tarafından cebr ve iğfâl ve ihâfe gibi bir mu'âmele vukû'bulmuş mudur ve iddi'â olduğu vechile cebren vukû'ına hâlen ve mevki'an müsâ'ade var mıdır ve bu hâlin kendüye cebren vukû'ını iddi'â eden müdde'inin üstünde başında kan ve yırtık ve yüzünde gözünde ve sairesinde yara ve bere gibi alâim-i cebriye var mıdır ve bu fi'ile cü'ret eden şahsa müdde'î canibinden mümâna'at ve mukâvemet icrâ olunması veyahûd bir taraftan istimdâd kılınması mümkün değil miydi ve fi'l-hakîka mukâvemet ve mümâna'at ve istimdâd mümkün olup da icrâ olunmamış mıdır ve böyle ise adem-i icraya sebep ne olmuştur ve mümâna'at ve mukâvemet vukû'bulduğu hâlde fa'il olan şahıs müdde'îye galebe eylemeğe muktedir miydi ve bu fa'ilin mu'îni ve refiki bulunmuş mudur şuraları dahi tahkîkât-ı amîka ve ser'â icrasıyla meydana çıkarılması ve tarafeynin sin ve ahlâk ve sevâbık-ı ahvâli ve harekât-ı me'lûfesinin tahkik ve tedkîk olunması ve böyle fi'l-i şen'î bir kız hakkında vâki' olduğu da'vâ olduğu takdirde bikri izâle olup olmadığı ve ne vakit izâle olduğu bilinmek için derhal kâbile veyahûd ehl-i hibreden olan nisâyâ mu'âyene etdirilmesi lâzıme-i hâlden ve sin-i rüşde resîde olan hatun kaçırılır ise ol bâbda bir gûne cebr vukû'bulup bulmadığının lâyıkıyla tedkîk olunarak emr-i tahkîkde noksan cihet birağılmaması emr-i mefrûzedendir.

Her nev'i cürm kangî senenin kangî ayında ve o ayın kaçında gice mi ve gündüz mü vâki' olmuştur burası dahi tahkik kılınacaktır.

Zabıta me'mûrları me'mûriyetlerinin ehemmiyeti icabınca bir cünha veya cinâyet vukû'ında bunlara dair her nev'i delil ve emâreleri kemâl-i dikkatle taharri ve tahkik ve böyle cünha ve cinâyetin hîn-i icrâsında ya kable'l-icrâ veya ba'de'l-icrâ vukû'a gelen bi'l-cümle ahvâli tefahhus ve tedkîk ederek emr-i muhakemeyi teshil edecek sûretde tedkîkât-ı vâki'ayı bir varakaya mufassalan zabt ve terkim ve hîn-i tahkîkâtta mevcûd ve vak'aya vâkıf bulunanlardan icâb edenlerin inde'l-iktizâ ma'lûmâtlarına mürâca'at olunmak üzere isimlerini şöhetleriyle zabt ile tahkîkât varakasını imzâ ve tahtûm itdirüp ol varakayı cânib-i

hükûmete îtâ edeceklerdir ve evvel-i emirde vukû'bulacak işbu taharriyât ve tahkikâtın ikmâliyle beraber zabıta me'mûrları şübhe-i kaviyye altında bulunan eşhâsın tevkifine mübâşeret edeceklerdir.

Meşrûhât-ı mezkûreye muvafık cânib-i zabıtanın yapılan jurnal esâs tahkik olacağından hükûmet tarafından meclis-i temyize havâle olunur.

Müstantik mümeyyizlerinden bir ve zabtiye zabitanından veya teftiş me'mûrlarından bir zât mevcûd olduğu hâlde mücrimin istintâkını gayet açık ve herkesin anlayacağı sûrette ta'bîrât ile icrâ eyleyecek ve varaka-yı nutkiyenin sual yazılı olan cihetinin nihâyeti her def'asında müstantik ile birlikte bulunacak mümeyyiz ve zabıta veya müfettiş imza ve tahtîm edeceği gibi cevab hânesini dahi mücrim veya sair istintâk olunan eşhâsa ba'de'l-kirâe imza ve tahtîm etdirilecek ve etmediği hâlde sebep-i imtinâ'ı gösterilerek hazır bulunan me'mûrların imza ve tasdikleriyle iktifâ edilecektir ve icrâ-yı istintâkda mevcûd bulunacak mümeyyiz ve zabıta veyahûd müfettişin esâmîsini varaka-yı nutkiyenin bâlâsına yazacaktır.

Bir cürmün müşterek fa'illeri bulunur ise emr-i isticvâbı ibtidâ münferiden icrâ ve icâbında muvâcehe dahi eyleyecektir ve erbâb-ı cinâyetin ibtidâ tutulduğu esnâda veya hükûmete gönderileceği hengâmda yekdiğeriyle sözleri birleştirilmeğe fırsat bulamamaları için dikkat-ı tâmmeye icrâsı zabıta me'mûrlarının pek mühim vazifesidir.

Bir cürmün müşterek fa'illeri müzâkere ve ittifaka fırsat bulamamaları için başka başka mahallerde tevkif ve habs etdirilerek birbirleriyle mülâkat ve ihtilât ettirilmeyip ve istintâkları dahi birer birer icrâ edilip lüzûmı hâlinde muvâceheleri icrâ olunacak ve muhbirler dahi yekdiğeriyle tevfiik etmemeleri için yegân yegân istintâk edilip kezâlik lüzûmı hâlinde muvâceheten dahi isticvâb kılınacak ve muhbirleri divân ya Meclis-i Temyiz ve da'vâ mümeyyizlerinden mevki'-i istintâkda bulunacak zât kable'l-isticvâk söyleyeceği şeyi doğru söyleyeceğine dair kendi mezheb ve âyînleri vechile kitabları üzerine tahlîf eyledikten sonra müstantik tarafından o muhbirlerin istintaklarına başlanılacaktır.

Muhbir müte'addid olup da bunlara olunacak es'ilenin ecvibesi kâmilen bir günde ahz ve kayd olunmak mümkün olamayacağı anlaşılır ise içlerinden bazıları es'ileyi kesb-i vukuf edip de verdikleri cevabları diğerlerine tefhim ve ta'lîm ederek maslahatı çözmeleri zımnında tasavvur ve tehiyye olunan es'ile bir günde isticvâb olunabilecek derecâta bi't-taksîm tasavvur cüz'üleri bu kâ'ide vechile diğer günlere ta'lîk olunacaktır.

Bi'l-cümle mücriminin ve muhbirin ile sair istintâk ve isticvâb olunan kesânın kaç yaşında buldukları ve ne makule adem oldukları bi't-tahkîk istintakname ve mazbatada tavzih olunacak ve bi'l-iktizâ habes ve tevkif olunanların ne tarihinde habes ve tevkîf olundukları dahi zîr-i mezâbita ve bâlâ-yı istintâknâmeye derc kılınacaktır.

İstintâk me'mûru tevkif olunan şahsın bâlâda bast û beyân olduğu vechile derhâl istintakına mübâşeret edeceğinden bu şahsı kendi hakkında beyân olunan cürmün vukû'bulduğu zaman mevki'-i cürmde bulunmayıp mahall-ı ahirede bulunduğunu ve medhâli olmadığını ithâmı hakkında serd olunan emârâtı cerh edecek sûrette esbâb ve delâil-i makbule isbât edebileceği takdirde müstantik derhâl istintâknâmenin zîrine fezleke istintâkı yazıp ve zirini kendisiyle hîn-i istintâkda mevcûd bulunanlara mühürletip emr-i mahsusuna beyân-ı keyfiyetle şahs-ı merkumun sebilinin tahliye olunmasını ol âmirden istizân edecektir ve eğer hakkında bazı mertebe şübhe hâsıl olur ise istenildiği anda isbât-ı vücûd etmek üzere kefâlete rabt ile salıverilmesine müsâ'ade olunabilecektir ve eğer bi'l'akis töhmeti hakkında şübhe kuvvetlenir ise tevkif ve habes olunarak tedkîkât-ı istintâkiyesine devam kılınacaktır.

Müstantikin vazifesi her kim olur ise olsun mevki'-i istintaka konulan şahsı ithâm eylemek olup hakikat-ı hâli zâhire ihrâc etmekten ibâret idüğinden şahs-ı merkumun istintâkı esnâsında hakkında bir gûne mu'amele-i şedide ve tazyîkiye icrâ etmeyeceği gibi bu şahsı bir vechile iğfâl ve tehdîd ve'l-hâsıl va'ad ve va'id ile ithâma çalışmaktan ictinâb ederek merkumun ikrâr ve ifâdâtını ve tebriye-i zimmeti için dermeyân edeceği delâil ve esbâbı bi'l-istimâ' aynıyle yani ağzından çıktığı gibi istintâknâmeye kaydetmek ve muhbir ve erbâb-ı vukuf ve

sairenin ve'l-hâsıl gerek şahs-ı müttehemin mu'în ve şerikleri olduğu hâlde onların ve gerek istihsâl-ı ma'lûmât için celbedeceği sair kesânın dahi istintâklarında bu kâ'ide-i âdileyi tamamiyle gözetmektir. Düvel-i saire teb'asından olan şahsın icrâ-yı istintâk ve muhâkemelerinde konso-latonun tercümanı bulundurulacaktır. Müstantik gerek suizan tahtında olan şahıslar ve gerek muhbirler haklarında dikkat-ı tâmme ile muhikkâne tutacağı istintâknâmede cümlesinin isim ve şöhretlerini ve mahall-i tevlidini ve ikâmetgâhını ve kangı mezheb ve milletten olduğunu ve kangı devlet teb'asından bulunduğunu ve evlâd û iyâli olup olmadığını ve hâl ve san'atlarını ve mücrim ve mazlûm beynlerinde olan ta'allukât ve münâsabât ve mu'âmelâtı derc ve îzâh edecek ve mücrimlerin irtikâb ettiği fi'ili ve ahz û girift olunduğu mahalleri ve kendisini bu cürmün icrâsına teşvik eden esbâbı ve bu işde mazlûmı olan kimse ile vukû'ı melhûz olan mukâbele ve mücâdeleyi bir delil olacak sûretde üzerinde bir gûne eser ve alâmet olup olmadığını ve hanesinde ne cins silah ve eşya ve evrak bulunduğunu ve kendisinin ne hâl ve sıfatda idüğünü ve esbâb-ı ta'ayyüşünün neden ibâret olduğunu beyân ve tasrîh eyleyecektir ve müttehem bulunan şahsın mahkûm ve ceza-dîde sâbıkali takımdan olup olmadığını ve sâbıkali ise sebkât eden cürmünün nev'i ve tarih-i vukû'ını ve o cürümden dolayı ne kadar ceza gördüğünü tahrîr edecektir.

Gerek müttehemin aleyhinde ve gerek lehinde ihbâr-ı keyfiyet eden kimselerin dahi ne hâl ve sıfatda oldukları ve harekât-ı me'lûfe ve san'atları ne olduğu ve müttehem olan şahıs ile bir gûne münâsebet ve karâbetleri ve derdest-i tedkîk olan işde bir gûne menfa'at veya mazaratları olup olmadığı ve ne veçhile geçinmekde olup hâl û vakitleri nasıl idüğü istintâkda tasrîh olunacaktır.

Katl ve cerh fi'illeri bazen familya arasında dahi vâki' olması yani bir şahıs baba veya anasını veyahûd karındaşını ve bi'l-akis baba veya ana evlâdını ve zevc veyahud zevce veyahûd akraba birbirlerini katl veya cerh etmesi ve bi-hasbe'l-karâbe da'vâya kıyâm olunmayıp fa'ilinin ketm kılınması melhûz idüğünden o makuleler ahiren ve betahsîs konı ve komşusunun ihbârı veyahûd emârât-ı kaviyye ve edille-i muknî'a ile tebeyyün edemez ise ol familya bâlâda gösterilen kâ'ide vechile ba'de't-

tahlîf istintâk olunacak ve sebep-i katl ve cürmün dahi tahkîkât-ı amîka-sına girişilerek maktul ve maktûlenin evzâ' ve etvârî ile i'tilâf ve i'tiyâdı ve servet ve sâ mânâ bi'l-vücûh tedkîk kılınacaktır.

Bu vechile yapılacak istintâknâmenin fezlekesi bâlâsına nev'-i cürmün ne olduğu ve müdde'î ve müdde'î-aleyhanın isim ve şöhreti ne idüğü ve kangı devlet teb'asından bulunduğu ve müttehem'in mahbûs olup olmadığı yazıldıktan sonra fezleke bend bend tahrîr kılınacaktır.

Fezlekenin birinci bendinde müstantikin istintâk eylemiş olduğu madde hakkında müdde'î tarafından istid'â var ise anın meâli ve zabıta tarafından yapılan jurnalın medlûli hülâsa vechile yazılacak ve ikinci bendinde müdde'inin inde'l-istintâk sûret-i iddî'âsı tahrîr ve üçüncü bendinde müttehem'in ikrâr veyahûd inkârı tezbîr kılınacaktır ve dördüncü bendinde müttehem'in vukû'bulan ikrâr ve inkârının ya tasdikini veyahûd tezkibini mübeyyin ihbârat ve ifâdât ve tahkîkât ve tenâkuzat terkîm olunacak ve beşinci bendinde muhbirlerin ihbârında mübâyenet var ise o mübâyenetin neden ibâret olduğu ve ihbârat ve ifâdât-ı vâkı'anın kabul ve adem-i kabulü hakkında müttehem'in en nihâyet sözleri tasrîh kılınacaktır.

Müstantik tahkîkât ve tecessüsât-ı mümküneyi ber-vech-i meşrûh ikmâl edip fezleke-i istintâkı kaleme alarak imza veya temhirden sonra isticvâb olunan kesâna bi-ibâretiha kıraat ederek anlara ve hazır bulunanlara dahi tahtîm veya imza ettirip icrâ-yı muhakemeye me'mûr olan meclis riyasetine verecektir.

Mecâlisin vezâif-i me'mûriyeti bahsine gelince bâlâda beyân olunduğu üzere gerek zabıta ve gerek istintâk me'mûrları tarafından tanzîm olunan evrak-ı tahkîkiye ve istintâkiye esbâb ve vesâit-i muhâkemeyi tehiyye ve teshil edeceğinden işbu muhakemenin icrâsına me'mûr olan meclis müttehem denilen şahıs ile mu'înleri olduğu hâlde anları ve muhbir bulunanları dahi celb ve bi-tekrar istintâk ederek vukû'bulacak ifâdelerini evvelki istintâkda söyledikleri sözleriyle bâ-tatbîk mübâyenet görür ise kendilerine tefhîm edip işbu mübâyenetin sebebini beyân etmeye ve doğrusunu söylemeye anları mecbur ederek hakikat-ı hâli lâyı-kıyla ve etrafıyla zâhire ihrâc edecektir.

Mücrimlerden bazıları hîn-i ahz û giriftlerinde me'mûrin-i zabita ve sair orada bulunan kesân indlerinde cürümlerini ikrâr edip kaza meclisine gelince tahvil-i lisân eylemekte ve bazıları kaza meclisinde ikrâr ederek sonra meclis-i livâda inkâr etmekte olduklarından bazı kaza meclisleri usulüne muvafık istintâknâme tanzîm etmediklerinden sübût-ı cürm kesb-i su'ûbet edip belki nâ-kabil derecesine varmağla o misillülerin hîn-i ahz û giriftlerinde mukırr-ı cürm olanların ikrârı me'mûrîn-i zabtiye ve saireden olan sâmi'în taraflarından huzur-ı meclisde mücriminin yüzüne karşı ihbâr etdirilerek istintâkı tekrar olunması ve meclis-i kazada mukırr olanların istintâknâmesi usulüne muvafık ve tafsilât-ı mebsûtayı câmi' olarak tutulup meclis-i livaya îsâl kılınması teshil-i muhâkeme ve mürâfa'yı mucib olacağı cihetle kaza meclislerinde muvafık-ı kâ'ide istintâknâmeler tutulmasına itinâ olunacak ve kaza ve liva de'âvî ve temyiz meclislerinde cereyân eden tahkîkât ve istintâkı hâvî olan evrak mükemmel olarak cânib-i vilâyete irsâl kılınacaktır.

Mücrimi tutan yahûd ifâ-yı tedkikât eyleyen zabtiye zabitanının ve me'mûrin-i teftîşiyenin ifâdât ve tahkîkâtı meclisin nazarında mu'teber tutulacaktır. Şu kadar ki mücrim zabita ve me'mûr-ı mûmâ-ileyhimin yanlış haber verdiğini ve garezli söz söylediğini beyân edip de inde'l-tedkîk tebeyyün eder ise ol hâlde hilâf-ı vâki' ve mu'allel bi'l-ağraz beyân-ı keyfiyet ve tahkîk eden zabita ve me'mûr şedîden mes'ul tutulacaktır.

Meclis mücrimin lehinde ve gerek aleyhinde olarak hîn-i istintâkda ihbâr-ı keyfiyet ve beyân-ı ma'lûmât eden kesân ile sair istintâk olunanları celb ederek ihbârât ve ifâdâtını tekrar istimâ' edeceği gibi hîn-i istintâkda ikâme olunmayıp esnâ-yı muhâkemedede ikâme olunan muhbirlerin ve meclisin beyân-ı ma'lûmât için celb eyleyeceği kesânın ihbâr ve ifâdelerini dahi istimâ' edecek ve hîn-i istintâkda başka ve muhâkemedede başka ihbâr-ı keyfiyet eden muhbirlerin sözlerinde olan mübâyetin sebep-i sahihini meydana çıkararak gerek hîn-i istintâkda ve gerek esnâ-yı muhâkemedede ihbâr-ı keyfiyet edenlerin içlerinde yalan yere muhbirlik edenler olup da inde'l-tedkîk tebeyyün eyler ise o makuleler kanunen te'dîb olunacaktır ve mücrimin mu'în ve fâ'il-i müşterekleri var ise anlar ve lüzûmı takdirinde muhbirler ile dahi muvâceheleri bi'l-icrâ

ber'üz-zimme veyahûd müttehem olduğuna yakîn hâsıl etdikde derhâl mazbatasının tanzimiyle ber'üz-zimme olanların tahliye-i sebiline ve müttehem bulunanların kanun-ı cezaya tatbikan ta'yîn-i mücâzâtlarına hükmedilecek ve Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun kaçınıcı maddesine tatbik edilir ise o maddeyi mazbatada tasrîh eyleyecektir ve ashâb-ı cerâimin muvâcehelerinde hükm ve karar-ı meclis kendilerine kırât olunacaktır.

Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda bir tafsil gösterildiği vechile mücâzâtı müstelzim olan ahvâl cinâyet ve cünha ve kabahat itibariyle üç nev'e ve cezaları dahi envâ'i adideye münkasım olmasıyla mücriminin derece-i töhmetleri lâyıkiyla ta'ayyün etmedikçe tahdîd-i ceza kâbil olamayacağından her mücrimin bir fi'ilinde ne derece zî-medhal olduğunun gereği gibi meydana çıkarılması lâzımeden bulunmağla icrâ-yı tahkikât ve muhâkemâtta ashâb-ı cerâimin ta'yîn-i derece-i medhallerine pek ziyâde dikkat edilecek ve her birinin derce-i medhalleri delâil ve emârât ile mazbatalara îzâhen derc olunacaktır ve tutulacak istintâknâmeler ve hekîm veya cerrâh ve kâbile tarafından ve ehl-i hibre ve vukûf canibinden verilen raportlar ve mahalle imâm ve muhtârlarıyla ahâd canibinden i'tâ kılınan şehâdetnâmeler ve'l-hâsıl istintâk olunan maddeye müte'allik olan bi'l-cümle evrakın ve müstantik tarafından yapılacak istintâk fezlekesinin birer nüshalarının mecâlis-i kaza ve livâ ve vilâyet cerîde-i mahsûsalarına kayd olunarak asılları aynen mazbatalarıyla beraber gönderilecektir ve mazbataların kaydı meclis mümeyizânı tarafından zât mührü ve evrak-ı müteferri'asının kuyûdâtı mecâlis-i mahsûs mührü ile mühürlenecektir.

Gönderilecek mezabıt ve evrak-ı müteferri'a-yı mezkûresi meşrûhât-ı mebhûseyi hâvî ve hükm ve karar-ı meclisi sarâhaten muhtevi olmaz ise Divân-ı Ahkâm-ı Adliye'ce şâyân-ı kabul olamayacağından meşrûhât-ı mezbûreye muvafık tanzîm olunmak üzere i'âde kılınacaktır ve bu mazbatalarda tedkikât-ı istintâkiyenin tafsilâtı fezleke yolunda zikr ve tavzih ve medâr-ı hükm olan delâil ve emârât ta'rîf ve tasrîh olup reis-i meclis ve kâffe-i a'zâ taraflarından tahtîm ve vali-yi vilâyet canibinden bâ-inhâ tasdik kılınacaktır ve muhâlif re'yde bulunan a'zâ ve

reis sebab-i muhâlefetini ve re'yini mazbatada zirinde mührü hizasına münharifen yazacaktır.

İşte böylece muhâkeme ikmâl olunduktan ve cürm sübût bulunduktan sonra ashâb-ı matlubun talebi üzerine hukuk-ı şahsiye ve isbât-ı emvâle dair olan da'vâları lâzım gelen mehâkime me'mûrin-i icrâiye tarafından buyruldu ile havale olunur.

Te'dîbi mûcib bir fi'ilin kanunda sarâhaten cezası muharrer olmayıp tevfiğ ve kıyâs dahi kabul etmediği hâlde fi'il-i mezkûrun vukû'bulduğunun sâbit olduğuna hükm olunarak evrak-ı tedkîkiye ve müteferri'asının ber-minvâl-i muharrer bâ-mazbata ve inhâ irsâliyle istizân-ı ceza olunacaktır.

Kalebendlik ve kürek ve nefy ve habs cezalarına müstehak olan mücrim-i mahkûmun eşgâlini ve sinini ve memleket ve san'at ve isim ve şöhretini ve tab'iiyyetini mübeyyin ve kangî meclisin mazbatasıyla mahkûm olduğunu ve mahall-i mücâzâtını nâtik ve ne kadar müddet ceza göreceğini hâvî mahkûm yedine numunesi leffen irsâl kılınan koçandan maktû' ve meclis-i temyiz ve de'âvi mührüyle mahtûm bir pusula verilecek ve bu pusulada muharrer olan şeyler aynıyla koçana dahi yazılacaktır.

Bâlâda beyân olduğu üzere bi-mennihi te'âlâ usûl-i muhâkeme ve teferru'âtına dair derdest-i tanzîm bulunan nizâmnâmenin hitamına kadar tafsilât-ı mebsûte dahilinde îfâ-yı vazifeye himmet ve itînâ mültezim ve işbu serd olunan usûl ve kâ'ideye gayr-ı muvafık gönderilecek mezabıt ve inhâ ve istintâknâme ve evrak-ı sairenin Divân-ı Ahkâm-ı Adliye'ce kabul olunmayıp red kılınacağı mukarrer bulunmağa ve tedkîkât ve tahkîkât-ı lâzıme bu yolda icrâ edilmeyip de zât-ı maslahatın iş'âr ve isti'âdeme düşürülmesi ve beyhûde düçâr-ı te'hirât edilerek işin üzerinden zamanlar geçirilmesi hilâf-ı merzî ve zıll-ı ma'delet zalîl-i hazret-i padişahide bi'l-cümle memalik-i mahrûse-i şâhânedede usûl-i mehâsin şümul-ı vilâyet ta'mîm buyrularak her kazada bile müte'addid mecâlis teşkîl ve her mecâlisin vezâifi tefrik kılınmış olduğuna göre vesâyâ-yı mesrûde dahilinde hüsn-i îfâ-yı vazifeye lâzım gelen esbâb ve vesâil daha evvelden hazırlanıp yalnız şimdi bu vesâil ve vesâitin kemâhiye hakkuhâ isti'mâliyle ber-vech-i matlûb-ı âli işin hüsn-i rü'yetine

kaldığı emr-i celî olmağla vesâyâ-yı mebhûse vechile harekete mezîd-i i'tinâ ve işbu şukka-i muhîbbinin tarih-i vusulünün inhâ buyrulması bi'l-hâssa himmet-i mahsûsa ve hamiiyyet-i zâtîyelerine havale kılındı efendim.

Fî 27 Saferü'l-hayr sene 1286 ve fî 27 Mayıs sene 1285.



ULUSLARARASI HUKUKTA KÜRESEL SIĞINMA SÖZLEŞMESİ İHTİYACI: SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Dr. Gökçe KONYALI*

Öz

Sığınmacı sayısındaki artış, küresel bir sığınma sözleşmesine olan ihtiyacı daha net şekilde ortaya koymaktadır. Sığınmacılara kapıları kapatmak ve yükümlülükleri sığınmacı akınına yoğun olarak maruz kalan bölgelerdeki devletlere bırakmak, sorunun daha da büyümesine sebep olmaktadır. Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan mülteci statüsüne ilişkin düzenlemeler, modern uluslararası toplumda ortaya çıkan yeni sığınmacı tiplerini koruma dışında bırakmaktadır. Dolayısıyla kapsamlı bir sığınma sözleşmesine olan ihtiyaç günden güne artmaktadır. Hem devletlerin çıkarlarının muhafaza edilmesine yardımcı olacak hem de sığınmacıların koruma elde etmesine imkân tanıyacak bir sözleşme, sığınmacı sorununu kesin çözüme ulaştıracak en önemli vasıta olacaktır.

Çalışmada, etkili bir sığınma sözleşmesinde yer alması gereken temel hususlar incelenecektir. Bu bağlamda, sığınma hakkından faydalanacak kişilerin tespit edilmesi, geçici koruma ve geri dönüş mekanizmalarının oluşturulması, yükümlülük paylaşımı, denetim mekanizma ve yaptırımlar ile sözleşmenin güncelliğine yönelik gerçekleştirilecek forumlar, kritik önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler

Sığınma Sözleşmesi • Yükümlülük Paylaşımı • Sığınmacılar • Zulüm

- Küresel Mülteci Mutabakatı

* Araştırma Görevlisi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Antalya, Türkiye | Research Assistant, Akdeniz University Faculty of Law, Department of Public International Law, Antalya, Turkey.

✉ gokcekonyali@gmail.com • ORCID 0000-0003-1760-2262

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: KONYALI, Gökçe, "Uluslararası Hukukta Küresel Sığınma Sözleşmesi İhtiyacı: Sorunlar Ve Çözüm Önerileri", *SÜHFD.*, C. 29, 2021, ss. XXX-XXX.

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

THE NEED OF A GLOBAL ASYLUM CONVENTION IN INTERNATIONAL LAW: ISSUES AND PROPOSED SOLUTIONS

Abstract

The increase of the number of asylum seekers illustrates the need for a global asylum convention more clearly. Closing the borders to asylum seekers and leaving the obligations to states in regions that are heavily exposed to the influx of asylum seekers, further aggravates the problem. The regulations regarding the refugee status included in the Geneva Convention exclude the new types of asylum seekers emerging in the modern international community. Hence, the need for a comprehensive asylum agreement is increasing day by day. A contract, which will both help the protection of the interests of states and allow asylum seekers to obtain protection, will be the key to resolve the refugee problem.

The study will examine the main issues that should be included in an effective asylum agreement. In this context, it is critical to identify people who will benefit from the right to asylum, temporary protection and repatriation mechanisms, burden sharing between states, supervising mechanisms and sanctions, as well as forums to be held for the up-to-dateness of the contract.

Key Words

Asylum Convention • Burden Sharing • Asylum Seekers • Persecution
• Global Compact on Refugees

I. GİRİŞ

Uluslararası hukukta bireylere sığınma hakkı tanıyan küresel bir sözleşme bulunmamaktadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 14. maddesi, zulüm altında bulunanların sığınma arama hakkı olduğunu düzenlemekle birlikte, bu düzenleme devletlere bir yükümlülük getirme konusunda yetersizdir. Vatandaşı olduğu veya ikamet ettiği ülkeden ayrılanların korunmasına ilişkin küresel nitelikte en kapsamlı düzenleme, Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi¹'dir. Ancak bu sözleşme, sığınma hakkını tam anlamıyla koruyamamaktadır. Zira sadece ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri sebebiyle zulme uğrama tehlikesi altında bulunanlar sığınma hakkı

¹ Çalışmanın devamında Cenevre Sözleşmesi olarak anılacaktır.

elde edebilmektedir. Zulüm tehlikesinin sebebe bağlanmış olması, bu sebepler dışında zulüm altında sığınmacıların², mülteci statüsü elde etmesine engel olmaktadır.

Bölgesel düzenlemelerin, sığınma hakkı tanınacak kişiler konusunda Cenevre Sözleşmesi'ne oranla daha fazla esneklik getirdiği görülmektedir. Avrupa Birliği mevzuatı içerisinde yer alan Temel Haklar Şartı, sığınma hakkının Cenevre Sözleşmesi ve ek protokollerine uygun olarak teminat altına alınacağını hükme bağlamaktadır.³ Amerikan Devletleri Örgütü nezdinde ve daha ziyade Latin Amerika devletleri önderliğinde ilan edilen Cartagena Mülteciler Bildirisi ve Afrika Birliği nezdinde akdedilen Mülteci Sorunlarının Özel Yönlerini Düzenleyen Sözleşme uyarınca mülteci statüsü tanınabilecek kişilerin kapsamı genişletilmiştir. Böylelikle Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan mülteci statüsü koşullarına ek olarak, yaygın şiddet olayları, dış saldırılar, iç çatışmalar, yaygın insan hakları ihlalleri ve kamu düzenini ciddi oranda bozan durumlarda da mülteci statüsü elde edilebilmesi mümkün hale getirilmiştir.⁴ Arap Birliği kapsamında gerçekleştirilen çalışmalar ise mülteci tanımının daha da genişletilmesine imkân vermiştir. Arap Devletlerinde Mültecilerin Durumunu Düzenleyen Sözleşme uyarınca doğal afetler ve yıkıcı olaylar da mülteci statüsü tanınabilecek koşullar içerisine dahil edilmiştir.⁵

² Çalışmada sığınmacı kavramı, temel haklarının ihlal edilmesi veya edilme tehlikesi bulunması sebebiyle bulunduğu yeri terk ederek sığınma arayan herkesi kapsayacak şekilde, bir üst kavram olarak kullanılacaktır. Zira her mülteci, başlangıçta bir sığınmacıdır.

³ Bkz. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (European Union Charter of Fundamental Rights), https://sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/Avrupa_Birligi_Temel_Haklar_Sarti%E2%80%8B.pdf (Erişim tarihi: 28.04.2021), m. 18.

⁴ Bkz. Cartagena Mülteciler Bildirisi (Cartagena Declaration on Refugees), https://www.oas.org/dil/1984_cartagena_declaration_on_refugees.pdf (Erişim tarihi: 28.04.2021), m. III(3); Mülteci Sorunlarının Özel Yönlerini Düzenleyen Sözleşme (Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa), <https://www.unhcr.org/about-us/background/45dc1a682/oau-convention-governing-specific-aspects-refugee-problems-africa-adopted.html> (Erişim tarihi: 28.04.2021), m. 1(2).

⁵ Bkz. Arap Devletlerinde Mültecilerin Durumunu Düzenleyen Sözleşme (Arab Convention on Regulating Status of Refugees in the Arab Countries), <https://www.refworld.org/docid/4dd5123f2.html> (Erişim tarihi: 28.04.2021), m. 1.

Küresel sözleşmelerin akdedilebilmesi için, bölgesel düzeyde yapılan çalışmalar da önem arz etmektedir. Ancak sığınma konusunda AB ülkeleri ve A.B.D., yükümlülük almak konusunda isteksiz davranmaktadır. AB hukukunda geçerli olan ilk giriş ülkesi prensibi, geçiş yolu üzerinde bulunan ülkelere ağır yük bindirdiğinden, bu ülkeler kısıtlayıcı birtakım uygulamalar geliştirmekte ve sığınma hakkı korunamamaktadır. Benzer şekilde A.B.D. de katı politikalar izlemekte ve Amerikan Devletleri Örgütü nezdindeki sığınma sözleşmelerine taraf olmamaktadır. Göç yolları üzerinde bulunan veya daha esnek kabul politikaları izleyen devletler aşırı yük altında kalmakta, diğer ülkelerin sığınmacıları kabul etmek konusunda sorumluluk almamaları sığınmacıları ciddi tehlike altında bırakmaktadır.

Çalışmanın temel amacı, geniş kapsamda uygulanabilme kabiliyeti olan bir sığınma sözleşmesinin, sahip olması gereken temel hususları belirlemektir. Bu bağlamda devletlerin sığınma sözleşmesine taraf olmalarının önündeki engellerin tespiti yapılacak ve çözüm önerileri sunulacaktır. Çalışma, sığınma konusundaki tüm sorunların ve muhtemel çözüm önerilerinin incelenmesinden ziyade; devletlerin sığınma hakkı tanımalarının önünde duran kritik engellerin aşılması bağlamında faydalı olabilecek bazı önerileri ortaya koymaya yöneliktir.

II. NEDEN KÜRESEL BİR SİĞINMA SÖZLEŞMESİNE İHTİYAÇ VAR?

Devletlerin temel görevi, ülkesinde bulunan her insanın temel hak ve özgürlüklerini koruma altına almaktadır. Bu kişilerin vatandaş, yabancı, vatansız, sığınmacı veya göçmen olmasının bir önemi yoktur.⁶ Ancak özellikle II. Dünya Savaşı ile ortaya çıkan tabloda ve sonrasında görülmektedir ki, devletler bu görevlerini yerine getirmeyebilir, hatta insan hakları ihlallerini bizzat gerçekleştiren otoriteler haline gelebilirler. Günümüzde de pek çok insan, buldukları ülkede maruz kaldıkları tehli-

⁶ GUILD, Elspeth/BASARAN, Tugba/ALLINSON, Kathryn, "From Zero to Hero? An Analysis of the Human Rights Protections within the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (GCM)", *International Migration*, C. 57, S. 6, 2019, s. 43.

keler nedeniyle bu bölgeleri terk etmektedir. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK)'nin verileri uyarınca, halihazırda Dünya üzerinde en az 4.2 milyon insanın sığınma aradığı bilinmektedir.⁷ Peki kendi yaşadıkları ülkede tehlike altında olan bu insanları, uluslararası toplum nasıl koruyacaktır?

Devletlerin doğrudan veya dolaylı olarak insan hakları ihlallerine sebep olması neticesinde, insanlar başka devletlerde koruma aramaktadır. Genel çerçevede, zulüm tehlikesi altında bulunan kişilerin, bir başka devletten koruma elde etme hakları, “sığınma hakkı” olarak nitelendirilebilir. Elbette burada kişinin sığınma hakkı elde edebilmesi için, bulunduğu ülke topraklarını terk etmiş olması gerekmektedir. Bu durumun ülkesini terk etme imkânı bulamayan insanlar için haksız bir durum oluşturduğunun söylenmesi mümkündür. Bu noktada, söz konusu kişiler için insani yardım uygulamalarının gerçekleştirilmesi gerekir.⁸ Ülkesini terk ederek bir başka devlet toprağına ulaşan kişi, artık bu devletin egemenlik yetkisi altındır ve temel hakları bu devlet tarafından korunmalıdır. Uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olan geri göndermeme ilkesi uyarınca, kişinin zulüm tehlikesi altında bulunacağı yerlere gönderilmesi mümkün olmayacaktır.

Uluslararası hukukta Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan mülteci statüsü ve bir yapılageliş kuralı olarak uygulanan geri göndermeme ilkesi, sığınma hakkının korunmasına katkıda bulunan düzenlemelerdir. Ancak, bu düzenlemeler hakkın tam olarak korunması konusunda yetersiz kalabilmektedir. Sığınma sorunu, sadece sığınmacıları ülkesine kabul eden devletlerin ilgilenmesi gereken bir sorun değildir. Bu sorun, tüm devletler tarafından ortak şekilde çözülmesi gereken küresel bir sorundur.⁹ Mevcut düzenlemeler ve uygulamalar, uluslararası toplumun çıkar-

⁷ Bkz. UNHCR Refugee Data Finder, <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/> (Erişim tarihi: 11.01.2021).

⁸ Örneğin iç çatışma, savaş, hastalık veya aşırı yoksulluk gibi sebeplerle hayatları tehlike altında bulunan ve bulunduğu yeri terk etme olanağı bulamayan kişilere, BM çeşitli kuruluşları vasıtasıyla yardım programları hazırlamaktadır. Bkz. United Nations, Deliver Humanitarian Aid, <https://www.un.org/en/sections/what-we-do/deliver-humanitarian-aid/> (Erişim tarihi: 11.01.2021).

⁹ BOED, Roman, “A Journey to Asylum”, Human Rights, C.22, S.1, 1995, s. 27.

larına, insan haklarının korunmasına ve barış ortamının sürekliliğine hizmet etmemektedir.¹⁰ Devletler sığınmacıların ülkelerine girişlerine engel olmakta, ülkelerine giriş yapan sığınmacıları yıldırma üzerine politikalar izlemekte ve sorumlulukları başka devletlerin üstüne yıkmaya çalışmaktadır. Bu eylemler, sorunu çözmekten ziyade, sorunun büyümesine neden olmaktadır. Sığınma hakkının engellenmesi, sığınmacı sayısını azaltmamaktadır. Dolayısıyla uluslararası toplumun bir bütün olarak çözüm sürecine dahil olması gerekmektedir.

Sığınmacı sorunu esasen siyasi nitelikte bir sorundur. Devletlerin soruna ilişkin politika ve tutumlarının değiştirilmesinin sağlanması gerekmektedir. Zira sorunun çözülmesi sığınma hakkının teminat alınmasıyla birlikte, uluslararası toplum düzenine ve refahına önemli katkılar sağlayacaktır. Devletlerin ortak katılım sağladığı küresel bir sığınma sözleşmesi, ihtiyaca ve devletlerin kapasitelerine göre, sığınmacıların daimî veya geçici olarak korunma altına alınmasını sağlayacak, devletlerin üzerindeki yükün adil şekilde paylaştırılmasına imkân verecek ve öngörülebilir bir sistem kurulmasına olanak sağlayacaktır. Mevcut Cenevre Sözleşmesi, değişen koşullara uyum sağlayamamaktadır. Yükümlülük paylaşımının öngörülmemesi ve denetim mekanizmalarının yetersizliği, devletleri, Sözleşmeyi genişletme girişiminde bulunma veya esnek yorumlama konusunda motive etmemektedir. Sorunun çözülmesi için somut ve öngörülebilir çözüm önerileri getiren ve aynı zamanda insani bakış açısını muhafaza eden düzenlemelerin geliştirilmesi faydalı olacaktır. Zira sığınma hakkının korunabilmesi için öncelikle devletlerin istekli olması gerekmektedir. Böyle bir düzenleme ile sığınma hakkının ve devlet çıkarlarının korunması bağlamında denge kurulması mümkün olacaktır.¹¹

III. ETKİLİ BİR KÜRESEL SİĞINMA SÖZLEŞMESİ'NDE YER ALMASI GEREKEN TEMEL DÜZENLEMELER

Hem sığınma hakkının gereği gibi korunabilmesi hem de devletlerin sözleşmeye taraf olma konusunda istekli olmalarının sağlanabilmesi

¹⁰ GOODWIN-GILL, Guy S., "Asylum 2001 – A Convention and a Purpose", *International Journal of Refugee Law*, C.13, S.1/2, 2001, s. 2.

¹¹ BOED, s. 27.

için, sözleşmede yer alması gereken bazı temel düzenlemeler bulunmaktadır. İlk olarak, sığınma hakkından yararlanabilecek kişilerin tespiti bakımından, koşulların çerçevesini çizen ancak bu çerçeveyi sığınmacıların aleyhine olacak şekilde daraltmayan düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır. İkinci olarak, geçici koruma ve geri dönüş mekanizmalarının düzenlenmesi gerekmektedir. Zira devletlerin her koşulda daimî koruma sağlaması mümkün olmayabilir. Üçüncü olarak, sığınmacıların ülkeye kabulünden dolayı ortaya çıkacak yükümlülüklerin devletler arasında adil şekilde paylaşılmasını sağlayacak bir sistemin oluşturulması gerekmektedir. Dördüncü olarak, sözleşmenin gereği gibi uygulanıp uygulanmadığını denetleyen bir denetim mekanizmasının kurulmalı ve sözleşmeyi ihlal eden devletlere uygulanabilecek yaptırımlar belirlenmelidir. Beşinci ve son olarak, değişen koşullara uyum sağlanması ve devletlerin görüş ve önerilerinin değerlendirilebilmesi için, belirli aralıklarla düzenlenecek forumların oluşturulması gerekmektedir.

A. Sığınma Hakkından Yararlanacak Kişilerin Tespiti

Sözleşmede sığınma hakkından faydalanacak kişilerin tespitinde bazı kritik hususların mutlaka hükme bağlanması gerekmektedir. Zulüm tehlikesinin belirlenmesi, istisna hükümlerinin oluşturulması, güvenli ülke uygulamaları neticesinde ortaya çıkan farklı prosedürlerin engellenmesi ve başvuruların değerlendirilme yöntemleri, özellikle hassasiyet gösterilmesi gereken hususlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

1. Özel Bir Sebebe Bağlanmayan “Zulüm” Kavramının Tanımlanması ve Kapsamının Belirlenmesi

Küresel bir Sığınma Sözleşmesi’nde yer alması gereken temel düzenleme, sığınma hakkından yararlanacak kişilerin belirlenmesine ilişkindir. Her bireyin sığınma olanaklarından faydalanma hakkı bulunmakla birlikte, koşulları taşıyan her bireyin diğer devletlere sığınma hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Devletler, koşulları sağlayan herkese sığınma vermekle yükümlü olmalıdır. Genel bir çerçeve çizmek gerekirse, ülkelerinde zulüm gören veya görme tehlikesi bulunan ve bu sebeple temel hakları ihlal edilen veya ihlal edilme riski bulunan herkes, sığınma

hakkından faydalanmalıdır. Dolayısıyla ihlal veya ihlal riski, sebebe bağlanmamalıdır. Böylelikle, Cenevre Sözleşmesi’deki düzenlemenin aksine, yaşadıkları zulüm; ırk, din, milliyet, belirli bir toplumsal gruba mensubiyet veya siyasi görüş sebebine bağlanamayanların da sığınma hakkından faydalanması mümkün olacaktır.

Sığınma hakkından faydalanacak kişilerin tespitinde “zulüm” kavramı öne çıkmaktadır. Cenevre Sözleşmesi’nde de yer alan bu ifadenin, tüm devletlerce benimsenmiş ortak bir tanımı olmasa da sığınma kurumu için önem arz eden bir kavramdır. Sığınma ihtiyacı, devlette maruz kalınan zulüm neticesinde ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Ancak Cenevre Sözleşmesi’nde zulüm kavramının tanımı yapılmamıştır. Zulüm kavramını dar yorumlamak sığınmacıların hak kayıplarına uğramasına sebep olabilir; kavramı geniş yorumlamak ise temel haklarına yönelik ciddi, yakın veya öngörülebilir bir tehlike bulunmayan herkesi sığınma hakkından faydalanacak kişiler arasına sokabilir. Bu sebeple akdedilecek bir sığınma sözleşmesinde kavramın çerçevesinin çizilmesi şarttır.

Türk Dili Kurumu Sözlüğü’nde zulüm: “*Güçlü bir kimsenin yasaya veya vicdana aykırı olarak başkasını uğrattığı kötü durum, kıyğı, eziyet, cefa*” olarak tanımlanmaktadır.¹² Burada “güçlü bir kimse” ifadesi ile, karşısındaki kişiye eziyet çektirme kabiliyeti olan bir kişi kastedilmektedir. Uluslararası hukuk bakımından bu kişi bir devlet olabileceği gibi, devlet dışı aktörler de olabilir. Zira, üçüncü kişilerin gerçekleştirdiği eylemlere karşı koruma görevini yerine getiremeyen devlet, sorumlu kabul edilmelidir. Hathaway’in tanımına göre; “*devlet korumasının başarısızlığını gösteren temel insan haklarının sürekli veya sistematik ihlali*” zulüm teşkil eder.¹³ Bu tanım, sığınma hakkının uygulanması bakımından son derece basit ve net bir tanımdır. Özellikle süreklilik unsuru üzerinde durulması, hakkın çerçevesinin çizilmesinde son derece faydalı olmaktadır. Devletin herhangi bir temel hakkı bir defa ihlal etmiş olması, devletin sorumluluğunu ortaya koymakla birlikte, sığınma hakkına vücut vermeyecektir. Zira hakkın

¹² Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 27.05.2021).

¹³ HATHAWAY, James C., The Law of Refugee Status, Cambridge, 1991, s. 112.

kullanılabilmesi için öngörülebilir bir temel hak ihlali ihtimali bulunmalıdır. Bu da devletin eylemlerinin sürekli veya sistematik şekilde ihlallere yol açması ile ortaya çıkar.

Sürekli ve sistematik ihlal kavramı, zulmün ağırlığını belirlemede de bir ölçüt olarak kullanılabilir. İnsan haklarının her ihlali, zulüm niteliğinde olmayabilir. Bir kişinin sığınma hakkından faydalanabilmesi için, maruz kaldığı zulmün belirli bir ağırlıkta olması gerekir. Aksi durum Dünya üzerindeki nüfusun çok büyük bir kısmını sığınmacı statüsüne sokabilir. Bu bağlamda Rempell'in "süreklilik arz eden eziyet modeli"¹⁴ uygulamada faydalı olabilecek standartların oluşturulmasına yardımcı olacaktır. Bu modele göre, sürekli ve sistematik şekilde gerçekleştirilen eziyetler zulüm niteliği taşımaktadır. Buna ek olarak söz konusu model, eziyetlerin kümülatif olarak ele alınmasına da imkân vermektedir. Keza tek başına zulüm olarak adlandırılmayacak bazı ihlaller, bir araya geldiklerinde ciddi bir zulüm oluşmasına sebep olabilirler. Böylelikle, birden fazla temel hakkın ihlalinin değerlendirilerek karar verilmesi mümkün olacaktır.¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararlarında, tek başına temel hakların ihlaline ilişkin risk oluşturmayan birden fazla koşulun, birlikte mevcut olduğunda risk oluşturabileceğini belirtmektedir.¹⁶

Mevcut uluslararası hukuk belgelerine bakıldığında, Avrupa Birliği Vasıflandırma Yönergesinin (VY)¹⁷ zulüm eylemlerinin neyi kapsadığına ilişkin bir liste içerdiği görülmektedir. İlgili yönergenin 9. maddesi uyarınca doğası veya tekrar etmesi sebebiyle ciddi insan hakları ihlali oluşturacak düzeyde veya çeşitli önlemlerin bir araya gelmesi ile oluşan ağır eylemler, zulüm olarak kabul edilecektir. İlgili tanım esasen kapsamlı olmakla birlikte, zulüm eylemlerinin Cenevre Sözleşmesi'nde yer aldığı şe-

¹⁴ Özgün metinde "continuous suffering model" olarak ifade edilmiştir. Bkz. REMPELL, Scott, "Defining Persecution", Utah Law Review, S.1, 2013, s. 316.

¹⁵ REMPELL, s. 321-322.

¹⁶ Bazı örnek kararlar için bkz. Case of M.A. and Others v. Bulgaria, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-201351%22%7D> (Erişim tarihi: 11.01.2021); Case of NA. V. United Kingdom, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-87458%22%7D> (Erişim tarihi: 11.01.2021).

¹⁷ Qualifications Directive, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0095&from=EN>, (Erişim tarihi: 11.01.2021).

kilde VY'de de sebebe bağlanmış olması, hakkı kısıtlayan önemli bir unsurdur. VY'de düzenlenen zulüm tanımının, sebebe bağlanmayacak şekilde akdedilecek bir sığınma sözleşmesinde şablon olarak kullanılması faydalı olacaktır.¹⁸

Zulüm tanımı kapsamında, geleceğe yönelik gerçek bir risk bulunup bulunmadığı tespit edilmesi gerekmektedir. Buradaki "gelecek" kavramı, öngörülebilir ve makul bir zamanda gerçekleşebilecek riskleri kapsamaktadır.¹⁹ Dolayısıyla geçmişte zulme uğramamış kişilerin de zulüm tehlikesi altında bulunması mümkündür. Bu bağlamda Cenevre Sözleşmesi kapsamında "haklı korku" kıstası yer almaktadır. Geçmişte zulme uğramış bir kişinin gelecekte de bu zulme uğrayacağından korku duyduğu ispat etmesi, henüz böyle bir zulme maruz kalmamış ancak gelecekte maruz kalacağına dair korkusu olan bir kişinin haklı korkusunu ispat etmesinden daha kolay olacaktır. Ancak sığınma hakkının tanınabilmesi için zulme uğramış olmak gerekmez.²⁰ Bu bağlamda sığınmacının korku duymasına sebebiyet verecek tüm unsurları göstermesi gerekmektedir. Zira korku kişinin ruh haline ilişkin sübjektif bir durum olsa da, objektif sebeplere dayanmalıdır. Bu bağlamda geleceğe ilişkin olarak bir zulüm tehlikesinin bulunduğu her durumda, sığınma hakkının tanınması gerekmektedir.

Zaman içerisinde yeni zulüm şekillerinin ortaya çıktığı görülmektedir. Günümüzde özellikle toplumsal cinsiyet veya iklim değişikliği kaynaklı koşullar temelinde zulüm tehlikesi altında bulunanların, sığınma olanaklarından faydalanamadıkları görülmektedir. Halbuki, bu kişilerin buldukları ülkede hayatlarını devam ettirmeleri zorlaşmış veya imkânsız hale gelmiş olabilir. Söz konusu kişi gruplarının son dönemde sayıları artma eğiliminde olduğundan, üzerinde durulması faydalı olacaktır.

¹⁸ STOREY, Hugo, "What Constitutes Persecution? Towards a Working Definition", *International Journal of Refugee Law*, C.26, S.2, 2014, s. 282.

¹⁹ Detaylı bilgi için bkz. ANDERSON, Adrienne/FOSTER, Michelle/LAMBERT, Helene/McADAM, Jane, " A Well-Founded Fear of Being Persecuted...But When?", *Sydney Law Review*, C.42, S.2, s. 158 vd.

²⁰ ÖZCAN, Hüseyin, *Anayasa Hukuku Açısından Sığınma Hakkı*, Filiz Kitabevi, 2017, s. 234.

Dünya’da yaşayan herkes, toplumsal cinsiyet algısından kaynaklanan zulmün mağduru olabilir. Günümüzde en çok kadınların ve LGBTİ²¹ bireylerin toplumsal cinsiyet temelli zulüm mağduru olduğu görülmektedir.²² Bu kişiler, yaşadıkları şiddetin boyutlarının ciddi bir hal alması sebebiyle, yaşadıkları ülkeyi terk etme yoluna başvurabilmektedir. Ancak toplumsal cinsiyet algısı temelinde zulüm görenlerin Cenevre Sözleşmesi vasıtasıyla mülteci statüsü kazanmaları son derece zordur. Bu gibi durumlarda çoğunlukla toplumsal gruba aidiyet sebebiyle zulüm koşuluna dayanılarak mülteci statüsü elde edilmeye çalışılmaktadır. BMMYK’ya göre, toplumsal gruba mensubiyet; benzer geçmişe, alışkanlıklara veya sosyal statüye sahip kişilerden oluşur ve sadece böyle bir gruba mensubiyet Cenevre Sözleşmesi kapsamında mülteci statüsü elde edebilmek için yeterli değildir.²³ Ancak toplumsal cinsiyet algısı temelinde şiddete uğrayan ve cinayete kurban giden insan sayısı günden güne daha endişe verici bir seviyeye ulaşmaktadır. BM tarafından, Dünya üzerindeki tüm kadınların %35’inin cinsiyet temelli şiddete uğradığı rapor edilmiştir.²⁴ Bunun haricinde LGBTİ bireyler de ciddi oranlarda şiddet mağduru olmaktadır.²⁵ BMMYK, toplumsal cinsiyet algısı sebebiyle bireylerin ayrımcılığa uğramasının önlenmesi ve mülteci statüsü elde edebilmesi için önemli çalışmalar yürütmektedir. BMMYK’ya göre, cinsiyet temelli zulüm, Cenevre Sözleşmesi’ndeki zulüm sebeplerine nedensellik açısından

²¹ Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans ve İnterseks.

²² KALLINOSIS, Joanna J., “Refugee Roulette: A Comparative Analysis of Gender-Related Persecution in Asylum Law”, DePaul Journal of Women, Gender and Law, C.6, S.1, 2017, s. 56.

²³ Bkz. UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines On International Protection, February 2019, <https://www.unhcr.org/publications/legal/5ddfcdc47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html> (Erişim tarihi: 28.04.2021), s. 25; ÖZKAN, Işıl, Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2017, s. 100.

²⁴ Bkz. UN Women, “Facts and figures: Ending violence against women”, <https://www.unwomen.org/en/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures> (Erişim tarihi: 11.02.2021).

²⁵ İstatistikler için bkz. Human Rights Campaign, “Sexual Assault and the LGBTQ Community”, <https://www.hrc.org/resources/sexual-assault-and-the-lgbt-community> (Erişim tarihi: 11.01.2021).

bağlanabilir bulunmaktadır.²⁶ Buradaki esas tartışma konusu, söz konusu kişilerin cinsiyet temelinde bir toplumsal gruba mensup olup olmadıklarına ilişkin yorum meselesidir. Her ne kadar BMMYK'nın yol gösterici ilkeleri ve raporları bulunsa da, bu koşulun Cenevre Sözleşmesi'nde açıkça düzenlenmeyişi, devletler bakımından uygulama farklılıklarının oluşmasına neden olmaktadır. Devletler zaman zaman toplumsal cinsiyet temelinde zulüm gören kişilerin, belirli bir toplumsal gruba mensubiyet kistasını karşılamadığı kanaatine varmaktadır ve bu kişilere mülteci statüsü tanımamaktadır.²⁷ Bu kişiler gördükleri zulüm veya maruz kaldıkları hayati riskler sebebiyle ülkelerini terk etmek zorunda kalabilmektedir. Elbette her devletin bu konudaki uzun vadeli hedefi, şiddete uğrayan tüm bireyleri korumak ve şiddeti önlemek için her türlü politikayı geliştirmek olmalıdır. Bununla birlikte toplumsal cinsiyet temelli şiddetin, insanların yaşadıkları ülkeyi terk etmesinde önemli bir sebep teşkil ettiği görülmektedir.

Benzer bir tablo, iklim değişikliği mağdurlarında da görülmektedir. Dünya çapında salınan karbondioksit oranının artması, hava sıcaklıklarının artış göstermesine sebep olmaktadır. Bu durum, küresel çaptaki iklim koşullarının değişmesi ile sonuçlanmaktadır. İklim değişikliği neticesinde sel, kuraklık, tsunami, hortum ve deniz seviyesinin yükselmesi gibi olaylar meydana gelmektedir. Bu sebeplerle yaşadıkları yerleri terk etmek zorunda kalanlar, iklim mültecileri olarak tanımlanmaktadır.²⁸ İklim

²⁶ Bkz. UNHCR, Guidelines on International Protection No. 1: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (HCR/GIP/02/01), 7 May 2002, <https://www.unhcr.org/publications/legal/3d58ddef4/guidelines-international-protection-1-gender-related-persecution-context.html> (Erişim tarihi: 28.04.2021), par. 20 vd.

²⁷ Örneğin eşi tarafından ciddi derecede şiddet gördüğü için Guatemala'dan A.B.D.'ye kaçarak buradan sığınma talep eden Rodi isimli kadının başvurusu, olayda mülteci koşullarının gerçekleşmemiş olması sebebiyle reddedilmiştir. Bkz. Amerika Birleşik Devletleri Göçmenlik Temyiz Kurulu Kararı, Matter of Rodi Adali Alvarado-Pena, https://www.refworld.org/cases,USA_BIA,3f8fb4774.html (Erişim tarihi: 11.01.2021).

²⁸ BIERMAN, Frank ve BOAS, Ingrid, "Preparing for a Warmer World: Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees", C.10, S.1, 2010, s. 67; EKŞİ, Nurray, "İklim Mültecileri", Göç Araştırmaları Dergisi, C.2, S.2, 2016, s.17. İklim mültecileri de, iklim değişikliği sebebiyle yaşadıkları yeri terk ederek başka ülkelerde sığınma aradıklarından, birer sığınmacıdır.

değişikliği, yaşamı devam etmeyi güçleştiren veya neredeyse olanaksız hale getiren doğa olaylarının ortaya çıkmasına sebep olabilir. Bu doğa olaylarının sonucunda temiz su ve yiyecek kıtlığı ortaya çıkmaktadır. Buna ek olarak iklim değişikliği, ekonomik düzeni de etkilemektedir. Değişen şartlar tarım endüstrisine zarar vermekte, tek geçim kaynağı bu endüstri olan kişiler buldukları ülkeleri terk etmek zorunda kalabilmektedir. Ekonomik zorluklar, kişilerin hayatta kalmalarının önüne geçebilecek ciddiyete ulaşabilir. Dolayısıyla, gerçekten sığınma ihtiyacında olan kişilerin tespit edilmesinde adil bir sonuca ulaşılabilmesi için, ekonomik sebepler de dâhil olmak üzere tüm koşulların birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira ekonomik göçmenler ve sığınmacılar arasında kesin sınırların çizilmesi her zaman mümkün olmayabilir.²⁹ İklim değişikliği nedeniyle ortaya çıkan ekonomik zorluklar ve diğer olumsuz koşullar bir araya geldiğinde, insanların yaşam haklarının ihlal edilmesi veya tehlike altına girmesi son derece mümkündür.³⁰ Bu insanların zulüm yaşadığı aşikârdır, ancak mevcut uluslararası hukuk düzenlemeleri kapsamında, devletlere, bu kişilere sığınma hakkı tanıma yükümlülüğü getiren bir sözleşmenin olmayışı, insan haklarının ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.

Yukarıda incelenen iki örnekte de olduğu gibi, çevresel, toplumsal, ekonomik ve siyasi koşulların değişimi, farklı tipte sığınmacıların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Sığınma kurumu, yaşayan bir kurum olarak ele alınmalı ve düzenlemeler de bu bakış açısıyla yapılmalıdır. Dolayısıyla, sığınma hakkından faydalanacak kişilerin kapsamı belirlenirken, farklı sebeplerle ortaya çıkan insan hakları ihlallerinin kapsama dahil edilebilmesini sağlayan kriterler ortaya konulmalıdır. Böylelikle yeni bir sığınma sözleşmesinin modern dünyadaki sığınma gerçeklikleriyle baş etmesi mümkün olacaktır.³¹

²⁹ RICHMOND, Anthony H., *Global Apartheid: Refugees, Racism and the New World Order*, Oxford University Press, Oxford, 1994, s. 61.

³⁰ Sığınma sebeplerinin bir bütün olarak ele alınmasının gerekliliği konusunda detaylı bilgi için bkz. ZIMMERMANN, Susan E., "Reconsidering the Problem of 'Bogus' Refugees with 'Socioeconomic Motivations' for Seeking Asylum", *Mobilities*, C.6, S.3, 2011.

³¹ KOSER, Khalid, *International Migration: A Very Short Introduction*, New York, 2007, s. 71.

2. İstisna Hükümü

Sığınma kurumuna ilişkin devletlerin en büyük endişelerinden biri ulusal güvenliğe ilişkindir. Sığınma kurumunun, bir uluslararası sözleşme vasıtasıyla öngörülebilir hale getirilmesi ve kapsamlı düzenlemelerle çerçevesinin çizilmesi, ulusal güvenlik ve kamu düzeninin muhafazasına da katkı sağlayacaktır. Hakkın kimlere tanınacağı, koşulları ve denetimi gibi konuların düzenlenmesi ve devletlerce kabul edilmesi, ulusal güvenliğe yönelik tehlikelerin ve kötüye kullanımların engellenmesini sağlayacaktır. Sığınmacılara, sığınmaya erişim imkânı verilmesi ve hukuki prosedürlerin gereği gibi uygulanması, ulusal güvenlik yönünden asıl tehlikeyi oluşturan ve terörist gruplarla da ilişki içerisinde bulunan insan kaçakçılarının faaliyetlerinin önüne geçmiş olacaktır.³²

Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan 1(F) hükmü düzenlemesine benzer bir istisna hükmünün sözleşmede yer alması mümkündür. Böylelikle, adi suçlara ilişkin hukuka uygun olarak yürütülen kovuşturmalardan veya uygulanacak yaptırımlardan kaçmak amacıyla ülkesini terk edenlerin sözleşmeden yararlanmasının önüne geçilecektir. Bu kapsamda ulusal güvenlik için tehlike oluşturabilecek faaliyetler içerisinde olanlar da sığınma hakkından faydalanamayacaktır. Bu bağlamda terör eylemleri gerçekleştirenler ve barışa ve insanlığa karşı suç işleyenler bu kapsama dahil edilebilir. Elbette bu gibi suçları işlemiş olsalar da, işkence yasağının mutlak yapısı gereğince, geri göndermeme ilkesinden faydalanmaya devam edeceklerdir.

3. Güvenli Ülke Uygulamalarının Kaldırılması

Güvenli ülke uygulamaları, sığınma hakkına erişilmesinin önünde engel oluşturabilecek uygulamalardır. Bu uygulamalar kapsamında "güvenli ülke" topraklarından gelen kişilerin sığınma başvuruları, sürelerin kısıtlanmış olduğu hızlandırılmış prosedürlere tabi tutulmaktadır. Hızlandırılmış prosedürde genellikle başvurular gözaltı merkezinde

³² KERWIN, Donald, "How Robust Refugee Protection Policies Can Strengthen Human and National Security", *Journal on Migration and National Security*, C.4, S.3, 2016, s. 119.

alınmakta ve mülakatlar burada kısa süreler içerisinde gerçekleştirilmektedir. Temyiz süreleri ve temyiz talebinin reddi halinde ülkeyi terk için sığınmacıya tanınan süreler kısaltılabilmektedir. Örneğin Belçika’da olağan prosedürde temyiz süresi ve temyiz reddi halinde ülkeyi terk için tanınan süre 30 gün iken, hızlandırılmış prosedürde temyiz süresi 10 güne, ülkeyi terk için tanınan süre ise azami 7 güne düşürülmüştür.³³ Hollanda’da olağan prosedürde temyiz başvuru süresi 4 hafta iken, hızlandırılmış prosedürde 1 haftaya düşürülmüştür ve temyiz başvurusu sınır dışı işlemini durdurmamaktadır.³⁴ Hızlandırılmış prosedür, ortak standartlara bağlanmayan “güvenli ülke” kuralına istinaden uygulanmaktadır. Hangi ülkelerin neye göre “güvenli” sayılacağına ilişkin uluslararası hukukta kabul edilmiş küresel bir metin yoktur. Her devlet güvenli ülke listesini kendisi belirlemektedir. Bu da çoğu zaman keyfi uygulamaların önünü açmaktadır. Devletler sığınmacıların ülkeye kabulünü engellemek için, sığınmacılara kaynaklık eden ülkeleri “güvenli” olarak niteleyebilmektedir.³⁵ Sığınma hakkına erişimin engellenmemesi için sığınma prosedürlerinin sığınmacıların aleyhine olacak şekilde farklılaştırılmaması gerekmektedir. Özellikle sadece belirli ülkelere geldikleri gerekçesiyle kişilerin sığınma başvurularını bu kişilerin aleyhine olacak şekilde farklı bir prosedüre tabi tutmak, ayrımcılık yasağına aykırı bir uygulamadır.

³³ Bkz. Asylum Information Database (AIDA), <https://asylumineurope.org/reports/country/Belgium/asylum-procedure/procedures/regular-procedure/> (Erişim tarihi: 11.02.2021).

³⁴ Bkz. Asylum Information Database (AIDA), <https://asylumineurope.org/reports/country/netherlands/asylum-procedure/procedures/accelerated-procedure/> (Erişim tarihi: 11.02.2021).

³⁵ Örnek olarak Fransa, en sık sığınma başvurusu aldığı ülkelere olan Arnavutluk ve Gürcistan’ı güvenli ülke olarak kabul etse de, bu ülkelere ciddi insan hakları ihlallerinin yaşandığına ilişkin raporlar bulunmaktadır. Benzer şekilde İngiltere’nin güvenli ülke listesinde yer alan Brezilya, Ukrayna, Ekvador gibi ülkelere ilişkin de benzer sıkıntılar bulunmaktadır ve bu ülkelere İngiltere’ye yoğun başvurular bulunmaktadır. Tüm veriler için bkz. Asylum Information Database (AIDA), <https://asylumineurope.org/> (Erişim tarihi: 11.01.2021). Ayrıca bkz. PRICE, Matthew E., Rethinking Asylum: History, Purpose and Limits, New York, 2009, s. 210.

4. Başvuruların Değerlendirilmesi

Sığınma başvurusu yapan kişilerin, sığınma hakkında faydalana-
bilecek kişiler arasında olup olmadığının tespiti, yine devletlerce yapıla-
bilir. İlgili başvuruların, devletlerce ortak şekilde oluşturulacak birim-
lerce de incelenmesi mümkün olabilir. Ancak bu uygulamanın zor ve
maddi açıdan külfetli olacağı düşünülürse, başvuruların devlet organları
tarafından karara bağlanması daha hızlı ve ekonomik olacaktır. Keza dev-
letlere, sığınmacıları kabul etme yetkisi bulunan bağımsız bir organı ka-
bul ettirmek yakın gelecekte pek mümkün görünmemektedir. Sözleşme-
nin geniş kapsamda uygulanabilmesi için, bu yetkinin devletlere bırakıl-
ması daha akıllıca olacaktır. Bu noktada devletlerin keyfi uygulamalara
gidebileceği endişesi ortaya çıkabilir. Zira mevcut uygulamalara bakıldı-
ğında, sığınmacılar gittikleri ülkelere göre farklı muamelelere tabi tutul-
dukları görülmektedir. Özellikle Avrupa Birliği sığınma sisteminde uy-
gulanmakta olan ilk giriş ülkesi prensibi, sığınmacılara sadece AB toprak-
larına giriş yaptıkları ülkeden başvuru imkânı vermektedir. Bu durumda
sığınmacılar bir başka ülkeden başvuru yapsalar bile, AB sınırlarına giriş
yaptıkları ülkeye transfer edilmektedirler.³⁶ Ünelere göre de sığınma pro-
sedürleri farklılık göstermektedir. Örneğin, aynı veya benzer koşullara
sahip kişilerden bazıları bir AB ülkesinde mülteci statüsü elde edebilir-
ken, bir başka AB ülkesinde başvuruları reddedilebilmektedir. Bu se-
beple, sığınma başvurularının değerlendirilme kriterleri, usulü ve başvu-
ruların reddi halinde işletilebilecek olan itiraz mekanizmalarının süreleri
ve inceleme koşulları da sözleşmede mutlaka düzenlenmelidir. Kitlemel
akın durumlarındaki toplu değerlendirmeler de dahil olmak üzere baş-
vuru ve inceleme süresi, ret sebepleri, temyiz süresi ve temyiz sınır dışı
işlemini durdurucu niteliği her devlet bakımından aynı olmalıdır. Böyle-
likle farklı ülkelerde farklı uygulamalara gidilmesinin ve devletlerin sı-
ğınma prosedürlerini zorlaştırarak sığınmacıları caydırmasının önüne ge-

³⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AB mevzuatı uyarınca sığınmacıların doğrudan
ilk giriş ülkesine transfer edilmesinin, geri göndermeme ilkesini ihlal edebileceğini
belirtmektedir. Bkz. Case of M.S.S. v. Belgium and Greece, [http://hu-
doc.echr.coe.int/tur?i=001-103050](http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-103050) (Erişim tarihi: 11.01.2021). Dolayısıyla ilk giriş ül-
kesinin her koşulda güvenli olduğunu kabul etmek ve sığınmacının kişisel duru-
munu dikkate almamak, AİHS'ye aykırılık teşkil edebilecektir.

çilmiştir olacaktır. İlerleyen kısımlarda değinilecek olan denetim mekanizması da, yeknesak uygulamanın ve yorum birliğinin oluşması bakımından devletlere yardımcı olacaktır.

Sığınma hakkından faydalanacak kişiler tespit edilirken, kötüye kullanımların da önüne geçilmesi gerekecektir. Zira, sığınma hakkının kötüye kullanımı, gerçekten sığınmaya ihtiyaç duyan kişilere, sığınma kurumuna olan inanca ve devlet ekonomisine zarar verecektir. Bu sebeple, hakkın kötüye kullanımının engellenmesi bakımından, ilki normatif düzenlemelere; ikincisi ise uygulamaya ilişkin olarak iki hususun üzerinde durulması gerekmektedir. Normatif anlamda, sığınma hakkından faydalanacak kişilerin çerçevesi net şekilde çizilmeli ve koşulları belirtilmelidir. Burada anahtar kavramın “zulüm” olacaktır. Ülkesinde zulüm gören veya görme tehlikesi bulunanların tespiti bakımından, net bir zulüm tanımına muhakkak yer verilmelidir. Buna ek olarak, uygulamada başvuruları inceleyen birimler, hem sığınmacıların sağladığı hem de kendi araştırmaları sonucunda elde ettikleri delil ve belgeler üzerinden başvuruları neticelendirmelidir. Burada bağımsız kuruluşların ve uluslararası örgütlerin sığınmacıların geldikleri ülkedeki koşullara ilişkin raporları karar sürecini kolaylaştıracaktır. Keza Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, sığınma başvurularının reddine ve geri gönderme işlemlerine ilişkin olarak işkence yasağına bağlamında yaptığı incelemelerde, bu gibi kuruluşların raporlarına dayanmaktadır.³⁷

Sığınma başvurularının, başvuru bazında teker teker değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira her sığınmacının durumu kendine özgü koşullar ihtiva edebilir. Tüm başvuranların sığınma taleplerinin toplu olarak reddedilmesi ve sınır dışı edilmeleri hukuka aykırıdır. Keza yabancıların toplu şekilde sınır dışı edilmeleri, AİHS'ne ekli 4 No'lu Protokol'ün 4. maddesi uyarınca da yasaklanmıştır. Dolayısıyla her başvuranın duru-

³⁷ AİHM, Uluslararası Af Örgütü, BMMYK ve göç ve mülteci konularına ilişkin konularda çalışmalar yürüten sivil toplum kuruluşlarının değerlendirme ve raporlarını dikkate almaktadır. Örnek olarak; Case of Mamatkulov and Askarov v. Turkey, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-68183> (Erişim tarihi: 11.01.2021); Case of Gebremedhin v. France, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-80333> (Erişim tarihi: 11.01.2021).

munun ayrı ayrı değerlendirilip, sınır dışı kararının da bu şekilde alınması gerekir.³⁸ Bununla birlikte, belirli bir grubun sığınma başvuruları toplu halde kabul edilebilir. Özellikle kitlesel akın durumlarında belirli bir bölgeden gelen sığınmacıların toplu halde ülkeye kabul edilmesini ve bu kişilere geçici veya daimî koruma verilmesini sağlayabilmek için, ilgili başvuruların toplu halde incelenmesi hukuka uygun ve pratik olacaktır.

39

B. Geçici Koruma ve Geri Dönüş Mekanizmaları

Sığınma hakkının tanınmasıyla sığınmacılara daimî veya geçici koruma tanınması mümkündür. Arzu edilen, sığınmacılara daimî ikamet hakkının tanınması olsa da, her zaman ve her koşulda bu mümkün olmayabilir. Özellikle yeni bir sığınma sözleşmesine devletlerin ikna edilebilmesi için geçici koruma mekanizmalarının getirilmesi gerekecektir. Geçici koruma, uzun süreli veya kalıcı bir çözüm bulunana kadar sığınmacılara fiziksel koruma sağlayacaktır.⁴⁰ Böylelikle devletlerin üzerindeki yükler de azaltılmış olacaktır.

Genellikle kitlesel akın durumlarına hızlı çözüm getirebilmek için uygulanan geçici koruma mekanizmasının, kitlesel akın durumları haricinde de uygulanması mümkündür. Özellikle insan hakları ihlallerinin yoğun olarak yaşandığı bilinen veya silahlı çatışma içerisinde olan riskli devletlerden gelen sığınmacılara hızlı ve etkili koruma sağlayabilmek için uygulanabilecektir. Bu ve benzeri durumlarda uygulanan geçici koruma mekanizması ile sığınmacılara sağlanan haklar, daimî koruma sağlanarlardan daha az olmamalıdır.⁴¹ Burada sadece süre yönünden bir farklılık olacaktır. Sığınmacılar ülkelerine geri dönüş güvenli hale gelene kadar veya bir başka güvenli ülkede daimî koruma elde edene kadar söz konusu devlette sığınma hakkına sahip olmalıdır. Buna ek olarak geçici koruma

³⁸ Bkz. Case of Henning Becker v. Denmark (Application No. 7011/75), <https://www.refworld.org/cases/COECOMMHR,3ae6b7058.html> (Erişim tarihi: 11.01.2021)

³⁹ GOODWIN-GILL, S. 11.

⁴⁰ FITZPATRICK, Joan, "Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime", *The American Journal of International Law*, C.94, S.2, 2000, s. 280.

⁴¹ GOODWIN-GILL, s. 12.

elde etmek, sığınmacıların buldukları devletteki diğer koruma mekanizmalara başvuru yollarının da önünü kapatmamalıdır.

Sözleşmede geçici koruma elde eden sığınmacılara geri dönüş imkânı sağlanması ve koşullarının belirlenmesi de uygun olacaktır. Ön-görülebilir bir gelecekte zulüm görme riskinin tamamen ortadan kalktığı durumlarda, sığınmacılar menşe ülkelerine yerleştirilebilecektir. Bu uygulama devletlerin yükünü azaltmakla birlikte, yeni sığınmacıların kabul olanaklarını genişletecektir. Zira, devletlerin her sığınmacıyı daimî olarak kabul etmesi ve geri dönüş düzenlemelerinin de bulunmaması halinde, orantısız bir yer değiştirme hareketinin gerçekleşeceği açıktır. Bu şekilde bir uygulama, bir noktada azami kabul kapasitesine ulaşılmasına sebep olacaktır. Bu da sığınma hakkının muhafaza edilmesini güçleştirecektir. Buna ek olarak, devletler böyle bir yükümlülük altına girmek konusunda isteksiz davranacaktır. Tüm sığınmacıların sığınma hakkına erişebilmesi ve yükümlülüklerin adil şekilde paylaşımının sağlanabilmesi için, düzenlemelerin ihtiyaçlar doğrultusunda gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

C. Devletler Arasında Yükümlülük Paylaşımı

Etkili ve sürdürülebilir bir sistemin kurulabilmesi için, sığınmacıların kabulünden doğacak yükümlülüklerin paylaşılması şarttır. 2019 yılı sonu verileri itibariyle Dünya üzerinde en çok sığınmacıya ev sahipliği yapan ilk beş ülke sırasıyla; Türkiye, Kolombiya, Pakistan, Uganda ve Almanya olmuştur. Türkiye 3.6 milyon sığınmacıyı kabul ederek önemli yükümlülüklerin altına girmiş bulunmaktadır.⁴² Verilere bakıldığında, sığınmacıların kabulünün belirli ülkelerin üzerine yıkıldığı görülmektedir. Halihazırda uygulanmakta olan Cenevre Sözleşmesi'nde ve bölgesel düzenlemelerde yükümlülük paylaşımına ilişkin somut bir sistem bulunmamaktadır. Ancak geçmişte, yükümlülük paylaşımına ilişkin bazı çalışmalar yapıldığı görülmektedir. 1989 yılında Çinhindi (Indochinese) Mültecilerine Yönelik Kapsamlı Eylem Planı⁴³ ile bir yükümlülük paylaşımı sistemi oluşturulmuştur. Vietnam Savaşı'nın ardından ortaya çıkan yoğun

⁴² BMMYK tarafından yıllık olarak yayınlanan istatistiksel veriler için bkz. <https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5ee200e37/unhcr-global-trends-2019.html> (Erişim tarihi 11.01.2021).

⁴³ Comprehensive Plan of Action for Indo-Chinese Refugees

sığınma hareketlilikleri, bölgede bulunan ülkeleri zorlayacak seviyeye gelmiştir. Bu sebeple söz konusu eylem planı ile bölge dışında bulunan devletlerin de sığınmacıların yerleştirilmesi konusunda yükümlülüklerinin olduğu belirtilerek, sığınmacılara geçici koruma sağlanmıştır.⁴⁴ Benzer bir başka örnek ise Yugoslavya sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin dağılmasının ardından görülmüştür. 1998-1999 yıllarında yaşanan Kosova Savaşı sebebiyle evlerini terk eden 65.000 Kosovalı, Makedonya sınır kapılarına dayanmıştır.⁴⁵ BMMYK önderliğinde gerçekleştirilen Konferanslar sonucu, Kosovalı sığınmacıların korunması için programlar oluşturulmuş ve yaklaşık 92.000 Kosovalı 29 farklı devlete yerleştirilmiştir.⁴⁶ Sözü edilen programlar, yoğun sığınmacı akınlarının yaşandığı dönemlerde belirli sığınmacılara özgülenmiş olsa da, devletler arasında yükümlülük paylaşımının ilk örneklerini oluşturmaktadır.⁴⁷

Yükümlülüklerin paylaşılmasına ilişkin son dönem çalışmalarından biri, BM tarafından hazırlanan ve 2019 yılında kabul edilen Küresel Mülteci Mutabakatı'dır.⁴⁸ Mutabakatın hedefleri 7. maddede; *"ev sahibi ülkeler üzerindeki baskının azaltılması, mültecilerin kendi kendine yeterliliklerinin güçlendirilmesi, üçüncü ülke çözümlerine erişimin genişletilmesi ve güvenli ve insan onuruna yakışır bir şekilde dönüşe yönelik olarak kaynak ülkelerdeki koşulların desteklenmesi"* olarak belirtilmiştir. Görüldüğü üzere mutabakat, mültecilerin üçüncü ülkelere yerleştirilebilmesi ve geri dönüşlerinin sağlanması için destekte bulunmak ve sığınmacıları kabul eden devletlerin ağır yük altında kalmasını engellemek doğrultusunda bir yükümlülük

⁴⁴ SCHUCK, Peter H., "Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal", Yale Journal of International Law, C.22, S.2, 1997, s. 255.

⁴⁵ Amnesty International, Former Yugoslav Republic of Macedonia: The Protection Of Kosovo Albanian Refugees, <https://www.amnesty.org/download/Documents/148000/eur650031999en.pdf> (Erişim tarihi 11.01.2021), s. 5.

⁴⁶ BARUTCISKI, Micheal/SUHRKE, Astri, "Lessons from the Kosovo Refugee Crisis: Innovations in Protection and Burden-Sharing", Journal of Refugee Studies, 14(2), 2001, s. 101.

⁴⁷ İlgili programlar hakkında detaylı bilgi için bkz. INELI-CIGER, Meltem, "Why Do States Share The Burden During Refugee Emergencies?", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2015, s. 78-89.

⁴⁸ Global Compact On Refugees, https://www.unhcr.org/Gcr/Gcr_English.Pdf (Erişim tarihi: 11.01.2021). Mutabakatın İGAM tarafından yayınlanan gayri resmi Türkçe çevirisi için bkz. https://igamder.org/uploads/belgeler/GCR_Turkish.pdf (Erişim tarihi: 11.01.2021).

paylaşımı yapılması gerekliliğini açıkça ortaya koymaktadır. Mutabakat, ilgili paylaşımın ülkelerin kabul kapasitesi, kalkınma düzeyleri ve demografik durumları hesaba katılarak yapılacağını belirtmektedir. Ancak, somut bir paylaşım sistemi ortaya koymamaktadır. Uygulanacak tedbirler ve hangi ülkenin sığınmacı kabulüne ne kadar katkıda bulunacağına ilişkin sistem net olarak ortaya konulmamıştır, dolayısıyla kabul edilecek sığınmacılar bir noktada yine devletlerin keyfiyetine kalmış olmaktadır.⁴⁹ Mutabakat genel olarak, kitlesel akınlara ilişkin ayrı bir düzenleme içermemesi, sığınma hakkı sağlamak bakımından devletlere yükümlülük getirmemesi ve Avrupa'daki engelleyici uygulamalara yönelik tedbir öngörmemesi nedeniyle de eleştirilmiştir.⁵⁰ Tüm bu eleştirilerle birlikte, yükümlülük paylaşımına yönelik bir sistem oluşturulabilmesi için bir başlangıç olarak kabul edilebilir. Mutabakat bağlayıcı bir uluslararası hukuk belgesi olmamakla birlikte, yeni ve bağlayıcı çözümlerin oluşturulabilmesi için bir temel oluşturabilir ve Cenevre Sözleşmesi'nin tarafı olmayan ülkelerle bağlantı kurulmasının önünü açabilir.⁵¹

Devletlerin sığınmacıları kabul etme yükümlülüğü altına girecekleri bir sözleşmeye imza atmalarının sağlanabilmesi için, yükümlülük paylaşımının somut olarak ortaya konması gerekmektedir. Özellikle dünya üzerindeki sığınmacı sayısının, sığınmacıların ihtiyaç duydukları koruma şeklinin (geçici veya daimî) ve ülkelerin kabul kapasitelerinin istatistiksel olarak tespit edilmesi ve paylaşım usullerinin ortaya konması, öngörülebilir bir sistem oluşturulması için belirlenmesi gereken temel verilerdir. Söz konusu verilerin işlenmesi bakımından BMMYK çalışmalarından ve BM bünyesindeki ilgili uzman kuruluşlardan yardım alınabilir. Oluşturulacak bir uzman komitenin, orantılı dağılım temelinde yapacağı bir çalışma ile, ülkelerin sığınmacı kabul oranlarının ortaya konması mümkündür. Böylelikle devletler ne kadar sığınmacıyı kabul etme yükümlülüğü altına gireceklerine dair sayısal bir öngöründe bulunabilirler. Bu durum, devletlerin katılıma ikna edilmesini kolaylaştıracaktır. Anlamı

⁴⁹ CHIMNI, B.S., "Global Compact on Refugees: One Step Forward, Two Steps Back", *International Journal of Refugee Law*, C. 30, s. 4, 2018, s. 632.

⁵⁰ ALEINIKOFF, Alexander T., "The Unfinished Work of the Global Compact on Refugees", *International Journal of Refugee Law*, C. 30, s. 4, 2018, s. 611.

⁵¹ GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas, "The Normative Impact of the Global Compact on Refugees", *International Journal of Refugee Law*, C. 30, s. 4, 2018, s. 607.

ve sonucu meçhul temennilerde bulunulmasından ziyade, yükümlülüklerin net şekilde ortaya konması, sığınmacıların haklarının korunması bakımından son derece önemlidir. Aksi durumlarda belirli bölgelerde yoğunlaşan sığınmacılar, kötü muameleye maruz kalabilmekte, insani koşulları sağlamayan merkezlerde tutulabilmekte, günlerce havalimanlarında veya sınır kapılarında bekletilebilmektedir. Yüksek katılımlı bir yükümlülük paylaşımı sistemi, sığınmacıların mağduriyetlerinin giderilmesinde pay sahibi olacaktır.

Özellikle yoğun sığınmacı girişine maruz kalmayan devletlerin, ilk aşamada böyle bir sözleşmeye taraf olmak istemeyecekleri düşünülebilir. Ancak buradaki temel değer insan hakları olduğu unutulmamalıdır. Dünya üzerindeki her devlet, temel insan haklarının muhafazasından sorumludur. Hakları ihlal edilen, işkence veya ölüm tehlikesi altında olan her birey, risk altında bulunduğu yeri bir şekilde terk etmeye çalışacaktır. Ancak devletlerin sığınmacıları kabul kapasitesi sonsuz değildir. Yakın bölgelerde kabul edilmeyen sığınmacılar, daha uzaktaki ülkelere yolculuk etmeye başlayacaklardır. Dolayısıyla her devlet için neticede aynı sorunlar ortaya çıkmaktadır ve çözüme ulaştırılmaması halinde bu sorunlar artarak devam edecektir. Buna ek olarak, sadece sığınmacı üreten ülkelere yakın olması sebebiyle, buradaki devletlerin sorumluluk sahibi olduğunu kabul etmek adil olmayan bir yaklaşımdır. Sığınmacı sorunu uluslararası toplumun genel bir sorunudur. Toplumun sorunu, tüm toplum tarafından çözülmeli, yük toplumun belirli kişilerine bırakılmamalıdır. Aksi takdirde, sığınmacılar korunamayacak, uluslararası toplumda ciddi dengesizlikler oluşacak ve en önemlisi de çok sayıda sığınmacı, insan kaçakçılarının elinde veya denizdeki küçük botlarda hayatlarını kaybedecektir.

D. Denetim Mekanizması ve Yaptırımlar

Sürdürülebilir ve etkili bir sistemin oluşturulabilmesi için sağlanması gereken diğer bir unsur, denetim mekanizmasıdır. Bağımsız bir denetim mekanizmasının bulunması, uygulamaların yeknesak hale gelmesine, sığınma hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesine ve devlet-

lerin yükümlülüklerine riayet etmesinin sağlanmasına katkıda bulunacaktır. Günümüzde sığınmacılara ilişkin en kapsamlı denetim mekanizması BMMYK'dir. BMMYK'nın esas amacı, mülteci hukukunun ne olduğunu, nasıl olması gerektiğini ve ne şekilde uygulanacağını ortaya koymaktır.⁵² Komite, sığınmacıların haklarının korunması ve Cenevre Sözleşmesi'nin etkili şekilde uygulanması için zaman zaman görüşler ve yönlendirici ilkeler yayınlamaktadır. Ancak bu belgeler soft-law niteliğinde olduğundan, her devlet tarafından kesin şekilde uygulanmamaktadır. Benzer şekilde BMMYK'nın bir danışma organı olarak çalışan Yürütme Komitesi⁵³ kararları da bağlayıcı nitelikte değildir. Kimi devletler uygulamalarında bu kararları dikkate almakta, kimi devletler dikkate almamaktadır.⁵⁴ Bu gibi durumların önüne geçebilmek açısından koşulların net olarak ortaya konulmasının yanı sıra, sözleşmenin bütünlük içerisinde ve aynı şekilde uygulanmasına yardımcı olacak bağımsız bir denetim mekanizmasının bulunması gerekmektedir. Bu denetim mekanizması bir yargı kuruluşu olarak tasarlanmasa dahi, yargısal kuruluşların sahip olduğu bağımsızlık ve tarafsızlık niteliklerine haiz olmalı ve hukuk alanında uzmanlığı olan kişilerden oluşmalıdır.⁵⁵

Sığınma hakkı tanınacak kişiler, nihayetinde devletler tarafından tespit edileceği için, yorum farklılıklarının gelişmesi mümkündür. Bu gibi ihtimallerin ve hak kayıplarının önüne geçilebilmesi adına, yeknesak bir uygulamanın yerleşebilmesi için, denetim mekanizmasına önemli görevler düşmektedir. Bu noktada BMMYK'nin uygulamalarına benzer şekilde rehber ilkelerin hazırlanması faydalı olacaktır. Sözleşmede yer alan koşulların kapsamına ilişkin tereddütlerin yaşanması halinde, denetim mekanizması bu koşulların anlam ve kapsamını ortaya koyacaktır. Denetim mekanizmasının bu konuda alacağı kararların bağlayıcı nitelikte olması

⁵² KINCHIN, Niamh H., "UNHCR as a Subsidiary Organ of the UN: Plurality, Complexity and Accountability", IRPA Working Paper – GAL Series No. 4/2013, <https://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=3038&context=lhapapers> (Erişim tarihi: 11.01.2021), s. 13.

⁵³ Executive Committee.

⁵⁴ Bkz. JOYCE, Chia/NORTH, Anthony M., "Towards Convergence in the Interpretation of the Refugee Convention", SIMEON, James C. (Ed.) *The UNHCR and the Supervision of International Refugee Law*, Cambridge, 2013, s. 226-228.

⁵⁵ NORTH/CHIA, s. 235.

gerekmektedir. Aksi takdirde uygulama farklılıklarının devam etmesi mümkündür. Burada denetim mekanizması, yeni bir koşul veya statü yaratacak nitelikte olmayacak şekilde anlam ve kapsam belirlemesine gitmelidir.

Sığınma hakkı, gerçekten sığınma ihtiyacında olmayan kişilerce kötüye kullanılabilir. Bu değerlendirmeyi ilk olarak devlet yapacak ve başvuruya ilişkin kararını verecektir. Ancak oluşturulacak denetim mekanizması, bu durumların tespit edilmesine ve engellenmesine katkı sağlayacaktır. Sığınma başvurularının ve başvurulara ilişkin ilgili devlet kuruluşlarının değerlendirmelerinin düzenli şekilde denetim mekanizmasına iletilmesi gerekecektir. Böylelikle gerçek sığınmacıların haklarının ihlal edilip edilmediği kontrol edilebilecek ve kötüye kullanım girişimleri tespit edilebilecektir. Böylelikle zamanla ortaya çıkan kötüye kullanım durumlarına ilişkin yeni tedbirlerin oluşturulması mümkün olacaktır.

Sığınma hakkının gerçekleştirilebilmesi için, sözleşmenin devletlerce gerektiği gibi uygulanması şarttır. Denetim mekanizmasının bir görevi de, devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini tespit etmek olmalıdır. Devletlerin oluşturulan fonlara yaptıkları katkılar, kabul ettikleri sığınmacı sayısı, sığınma prosedürlerinin gereği gibi işletilip işletilmediği, geri göndermeme ilkesine riayet edilip edilmediği ve sözleşme koşulları bağlamında sığınma hakkının ve sığınmacılara tanınan hakların gözetilip gözetilmediği gibi hususlar, denetim mekanizmasıyla tespit edilecektir. Bu tespitlerin, ülkelere ilişkin verileri içeren yıllık raporlarla yapılması mümkündür. Bu raporlar erişime açık olmalı ve ilgili denetim kuruluşu tarafından düzenli olarak yayınlanmalıdır. Böylelikle devletlerin yükümlülüklerine uyup uymadıklarına ilişkin bilgilere herkes erişebilecek ve şeffaflık artacaktır.

Uluslararası hukukta devletlerin sözleşmelere veya uluslararası yargı kuruluşlarının kararlarına uymamaları halinde, uymaları için zorlayabilecek bir mekanizma yoktur. Ancak birtakım yaptırımlar öngörülerek devletlerin sözleşmelere riayet etmesi sağlanabilir. Akdedilecek sığınma sözleşmesinde de yükümlülüklerine uymayan devletlere uygulanabilecek tedbirler mutlaka yer almalıdır. Devletlerin sözleşme ile elde ettikleri avantajlardan mahrum bırakılmaları, bir yaptırım olarak uygula-

nabilir. İlk olarak finansal yaptırımların uygulanması mümkündür. Sözleşmeye uymayan devletin, oluşturulan fonlardan faydalanması durdurulabilir. Keza bu fonlar sığınmacıların kabulünden kaynaklanan finansal giderlere destek olması için oluşturulacağından, sığınmacıları sözleşmeye aykırı olarak geri çeviren veya sözleşmede tanınan haklarını ihlal eden devletler, fondaki paylarını alamayacaklardır. Ödenmeyen payların, fondan yararlanan devletler arasında tekrar dağıtılması mümkündür. Böylelikle sözleşmeye riayet eden devletler daha fazla finansal destek almış olacaklardır. İkinci olarak hukuki bazı yaptırımlar söz konusu olabilir. Akdedilecek sözleşme bünyesinde, sözleşmenin uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla karar alma kapasitesine sahip kurumların oluşturulması söz konusu olabilir. Sözleşmeye uymayan devletlerin bu kurumlardaki oy haklarının veya temsilciliklerinin askıya alınması mümkündür. Sözleşmenin detaylı şekilde hazırlanmasının ardından, devletlerin sözleşmeden kaynaklanan bu gibi hakları net bir şekilde ortaya konmuş olacaktır. Yaptırım şekilleri devletlere tanınan haklar üzerinden genişletilebilir.

E. Süreklilik Arz Eden Forumların Oluşturulması

Sığınma ihtiyacı ve buna bağlı olarak oluşan sığınmacı tipleri, günden güne değişim göstermektedir. Çevresel koşullar, teknolojik gelişmeler ve iklim değişiklikleri insanların hayatlarını doğrudan etkilemektedir. Bu etki her zaman olumlu yönde olmamaktadır. Dolayısıyla farklı sebeplere bağlı sığınma başvuruları olması mümkündür. Tüm bu sebeplerin önceden öngörülerek sözleşmeye eklenmesi pratik olarak mümkün olmadığı gibi, çok genel bir tanıma yer vererek sığınma hakkının kapsamını fazlaca genişletmek de kötüye kullanımlara sebep olabilir. Bu sebeple kapsamı ve koşulları belirlenen sığınma hakkının, değişmelere ve gelişmelere uygun şekilde düzenlenebilmesi için, sözleşme tarafı devletlerin katılımıyla forumların düzenlenmesi faydalı olacaktır. Bu forumlar, aynı zamanda devletlerin yükümlülüklerine ilişkin sistemin güncellenmesine, fonların ve sığınmacı kabul kotalarının belirli aralıklarla görüşülmesine ve sözleşmede öngörülemeyen durumlarda uygulanacak kuralların tespit edilmesine imkân tanıyacaktır.

Küresel Mülteci Mutabakatı, sözü edilen uygulamaya ilişkin bazı düzenlemeler getirmiştir. Buna göre her dört yılda bir, BM üyesi devletlerin ve ilgili tüm tarafların katılıma açık forumlar düzenlenecektir. Forumların temel amacı yükümlülüklerin paylaşılmasına ilişkin sorunları ve önerileri değerlendirmek olarak belirtilmiştir.⁵⁶ İlk Global Mülteci Forumu, 17-18 Aralık 2019 tarihlerinde Cenevre’de düzenlenmiştir. BMMYK ve İsviçre’nin ev sahipliğinde gerçekleştirilen Forum’un düzenlenmesine, Türkiye, Kosta Rika, Etiyopya, Almanya ve Pakistan katkıda bulunmuştur.⁵⁷ Forumda devletlerin sığınmacı sorununun çözülmesine yapabilecekleri katkılar tespit edilmiş ve 3 yıllık bir stratejik plan öngörülmüştür. Forumda devletler daha ziyade prosedürel işlemlere ve finansal giderlere destek olma taahhüdünde bulunmuşlardır.⁵⁸ Dolayısıyla sığınmacıların ülkeye kabul edilmesi konusunda hala sıkıntıların yaşandığı görülmektedir. Bununla birlikte devletlerin forumlarda bir araya gelerek sorunun detaylı şekilde incelenmesine ve çözülmesine katkıda bulunması, ileride gerçekleşecek kapsamlı sığınma sözleşmeleri için basamak oluşturacaktır. Bu forumlar sayesinde öngörülebilir ve doğrudan uygulamaya yönelik tedbirlerin yerleşmesi sağlanacaktır.⁵⁹

SONUÇ

Uluslararası hukukta sığınma hakkı tanıyan küresel bir sözleşmenin olmayışı, pek çok insan hakkının ihlal edilmesine sebep olmaktadır. Geniş kapsamda uygulanan tek küresel sözleşme, kısıtlı bir mülteci statüsü tanınmasına olanak veren Cenevre Sözleşmesi’dir. Yaşadıkları ülkede zulüm gören pek çok kişi, Sözleşme kapsamı dışında kalabilmektedir. Cenevre Sözleşmesi değişen koşullara uyum sağlayacak bir yapıda tasarlanmamıştır. Bu sebeple sığınma kurumunun yaşayan yapısına

⁵⁶ Global Compact on Refugees, par. 17.

⁵⁷ Outcomes of the Global Refugee Forum 2019, <https://www.unhcr.org/events/conferences/5ecd458c4/outcomes-global-refugee-forum-2019.html> (Erişim tarihi: 11.01.2021), s. 6.

⁵⁸ Outcomes of the Global Refugee Forum 2019, s. 23 vd.

⁵⁹ TÜRK, Volker, “The Promise and Potential of the Global Compact on Refugees”, *International Journal of Refugee Law*, C. 30, S. 4, 2018, s. 580.

uyum sağlayacak küresel bir sığınma sözleşmesinin akdedilmesi gerekmektedir.

Küresel bir sözleşmenin akdedilebilmesi, devletlerin iş birliği halinde çalışması ile gerçekleştirilecek bir husustur. Özellikle devletlerin sığınmacı kabulüne ilişkin endişelerine çözüm getirecek yaklaşımlar getirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde devletler sözleşmeye olumlu yaklaşmayacaklardır. Bu bağlamda sığınmacıların ülkeye kabulünün yanı sıra farklı koruma statülerinin de oluşturulması faydalı olacaktır. Sığınmacıları ülkeye kabul etmek her bakımdan masraflı bir süreçtir. Geçici koruma mekanizmaları ülkelerin üzerindeki yükün hafifletilmesine fayda sağlayacaktır. Benzer şekilde, koşulların uygun olması halinde sığınmacıların menşe ülkelerine geri gönderilmesi çalışmalarının yapılması ve hatta menşe ülkelere bu konuda destek sağlanması, sığınmacı hareketliliklerinin ve yığılmaların önüne geçecektir.

Her devletin sığınma sistemine hem sığınmacı kabulü hem de maddi bakımdan destek sağlaması şarttır. Sığınma hakkı tanımaksızın sadece maddi destek sağlamak, halihazırdaki sorunları çözmek için yetersizdir. Bununla birlikte her devletin sağlayacağı katkı, kendi imkanları ölçüsünde olacaktır. Adil bir yükümlülük dağılımı için, orantılı katılıma dayanan bir sistem getirilmelidir.

Sığınma sözleşmesinden alınacak verim, sözleşmeyi uygulayan devlet sayısı ile orantılı olacaktır. Bu sebeple mümkün olduğunca fazla devletin sözleşmeye katılımı sağlanmalıdır. Özellikle geçmişte yapılan çalışmalardan edinilen tecrübelerin de dikkate alınarak, en geniş kapsamlı katılımın sağlanabileceği bir metnin oluşturulması gerekecektir. İlk etapta devletlerin sözleşmeye ihtiyatlı yaklaşması son derece olasıdır. Bu sebeple, ilgili sistemin öncelikle bölgesel nitelikte uygulamaya başlanması mümkün olabilir. Sistemin olumlu sonuçları ortaya çıktıkça ve sistem geliştirildikçe, katılım da artacaktır. Zaman içerisinde, sisteme katılmamış devletler üzerinde uluslararası toplum baskısı meydana gelmesi de muhtemeldir. Bu da sözleşmeye yeni devletlerin taraf olmasının önünü açacaktır. Bu bakımdan düzenlenecek olan uluslararası forumların önemi büyüktür. Söz konusu forumlara, sözleşmeye taraf olmayan dev-

letlerin katılması, bu devletlerin sisteme daha vakıf hale gelmesine ve endişe duydukları konulara ilişkin çözüm oluşturulmasına katkı sağlayacaktır.

KAYNAKLAR**Kitaplar ve Makaleler**

- ALEINIKOFF, Alexander T., "The Unfinished Work of the Global Compact on Refugees", *International Journal of Refugee Law*, C. 30, s. 4, 2018, s. 611-617.
- ANDERSON, Adrienne/FOSTER, Michelle/LAMBERT, Helene/McADAM, Jane, "A Well-Founded Fear of Being Persecuted...But When?", *Sydney Law Review*, C.42, S.2, s. 155-181.
- BARUTCISKI, Micheal/SHURKE, Astri, "Lessons from the Kosovo Refugee Crisis: Innovations in Protection and Burden-Sharing", *Journal of Refugee Studies*, 14(2), 2001, s. 95-115.
- BIERMAN, Frank ve BOAS, Ingrid, "Preparing for a Warmer World: Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees", *C.10, S.1*, 2010, s. 60-83.
- BOED, Roman, "A Journey to Asylum", *Human Rights*, C.22, S.1, 1995, s. 26-50.
- CHIMNI, B.S., "Global Compact on Refugees: One Step Forward, Two Steps Back", *International Journal of Refugee Law*, C. 30, S. 4, s. 630-634.
- EKŞİ, Nuray, "İklim Mültecileri", *Göç Araştırmaları Dergisi*, C.2, S.2, 2016, s. 10-58.
- FITZPATRICK, Joan, "Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime", *The American Journal of International Law*, C.94, S.2, 2000, s. 279-306.
- GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas, "The Normative Impact of the Global Compact on Refugees", *International Journal of Refugee Law*, C. 30, s. 4, 2018, s. 605-610.
- GOODWIN-GILL, Guy S., "Asylum 2001 – A Convention and a Purpose", *International Journal of Refugee Law*, C.13, S.1/2, 2001, s. 651-666.
- GUILD, Elspeth/BASARAN, Tugba/ALLINSON, Kathryn, "From Zero to Hero? An Analysis of the Human Rights Protections within the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (GCM)", *International Migration*, C. 57, S. 6, 2019, s. 43-56.
- HATHAWAY, James C., *The Law of Refugee Status*, Cambridge, 1991.

- INELI-CIGER, Meltem, "Why Do States Share The Burden During Refugee Emergencies?", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 2, 2015, s. 65-110.
- JOYCE, Chia/NORTH, Anthony M., "Towards Convergence in the Interpretation of the Refugee Convention", SIMEON, James C. (Ed.) *The UNHCR and the Supervision of International Refugee Law*, Cambridge, 2013.
- KALLINOSIS, Joanna J., "Refugee Roulette: A Comparative Analysis of Gender-Related Persecution in Asylum Law", *DePaul Journal of Women, Gender and Law*, C.6, S.1, 2017, s. 55-93.
- KERWIN, Donald, "How Robust Refugee Protection Policies Can Strengthen Human and National Security", *Journal on Migration and National Security*, C.4, S.3, 2016, s. 83-140.
- KOSER, Khalid, *International Migration: A Very Short Introduction*, New York, 2007.
- ÖZCAN, Hüseyin, *Anayasa Hukuku Açısından Sığınma Hakkı*, Filiz Kitabevi, 2017.
- ÖZKAN, Işıl, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 2017.
- PRICE, Matthew E., *Rethinking Asylum: History, Purpose and Limits*, New York, 2009.
- REMPELL, Scott, "Defining Persecution", *Utah Law Review*, S.1, 2013, s. 283-344.
- RICHMOND, Anthony H., *Global Apartheid: Refugees, Racism and the New World Order*, Oxford University Press, Oxford, 1994.
- SCHUCK, Peter H., "Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal", *Yale Journal of International Law*, C.22, S.2, 1997, s. 243-297.
- STOREY, Hugo, "What Constitutes Persecution? Towards a Working Definition", *International Journal of Refugee Law*, C.26, S.2, 2014, s. 272-285.
- TÜRK, Volker, "The Promise and Potential of the Global Compact on Refugees", *International Journal of Refugee Law*, C. 30, S. 4, 2018, s. 575-583.
- ZIMMERMANN, Susan E., "Reconsidering the Problem of 'Bogus' Refugees with 'Socioeconomic Motivations' for Seeking Asylum", *Mobilities*, C.6, S.3, 2011, s. 334-352.

İnternet Kaynakları

- Amerika Birleşik Devletleri Göçmenlik Temyiz Kurulu Kararı, Matter of Rodi Adali Alvarado-Pena, https://www.refworld.org/cases,USA_BIA,3f8fb4774.html (Erişim tarihi: 11.01.2021).
- Amnesty International, Former Yugoslav Republic of Macedonia: The Protection Of Kosovo Albanian Refugees, <https://www.amnesty.org/download/Documents/148000/eur650031999en.pdf> (Erişim tarihi 11.01.2021),
- Arap Devletlerinde Mültecilerin Durumunu Düzenleyen Sözleşme (Arab Convention on Regulating Status of Refugees in the Arab Countries), <https://www.refworld.org/docid/4dd5123f2.html> (Erişim tarihi: 28.04.2021).
- Asylum Information Database (AIDA), <https://asylumineurope.org/> (Erişim tarihi: 11.01.2021).
- Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (European Union Charter of Fundamental Rights), https://sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/Avrupa_Birligi_Temel_Haklar_Sarti%E2%80%8B.pdf (Erişim tarihi: 28.04.2021).
- Cartagena Mülteciler Bildirisi (Cartagena Declaration on Refugees), https://www.oas.org/dil/1984_cartagena_declaration_on_refugees.pdf (Erişim tarihi: 28.04.2021).
- Case of Gebremedhin v. France, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-80333> (Erişim tarihi: 11.01.2021).
- Case of Henning Becker v. Denmark, <https://www.refworld.org/cases,COECOMMHR,3ae6b7058.html> (Erişim tarihi: 11.01.2021)
- Case of M.A. and Others v. Bulgaria, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:%22001-201351%22> (Erişim tarihi: 11.01.2021).
- Case of M.S.S. v. Belgium and Greece, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-103050> (Erişim tarihi: 11.01.2021).
- Case of Mamatkulov and Askarov v. Turkey, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-68183> (Erişim tarihi: 11.01.2021).
- Case of NA. V. United Kingdom, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-87458%22> (Erişim tarihi: 11.01.2021).

Global Compact On Refugees, https://www.unhcr.org/Gcr/Gcr_English.Pdf (Erişim tarihi: 11.01.2021).

Human Rights Campaign, "Sexual Assault and the LGBTQ Community", <https://www.hrc.org/resources/sexual-assault-and-the-lgbt-community> (Erişim tarihi: 11.01.2021).

KINCHIN, Niamh H., "UNHCR as a Subsidiary Organ of the UN: Plurality, Complexity and Accountability", IRPA Working Paper – GAL Series No. 4/2013, <https://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=3038&context=lhapapers> (Erişim tarihi: 11.01.2021).

Mülteci Sorunlarının Özel Yönlerini Düzenleyen Sözleşme (Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa), <https://www.unhcr.org/about-us/background/45dc1a682/oau-convention-governing-specific-aspects-refugee-problems-africa-adopted.html> (Erişim tarihi: 28.04.2021).

Outcomes of the Global Refugee Forum 2019, <https://www.unhcr.org/events/conferences/5ecd458c4/outcomes-global-refugee-forum-2019.html> (Erişim tarihi: 11.01.2021).

Qualifications Directive, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0095&from=EN>, (Erişim tarihi: 11.01.2021).

Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 27.05.2021).

UN Women, "Facts and figures: Ending violence against women", <https://www.unwomen.org/en/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures> (Erişim tarihi: 11.02.2021).

UNHCR Guidelines on International Protection No. 1: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (HCR/GIP/02/01), 7 May 2002, <https://www.unhcr.org/publications/legal/3d58ddef4/guidelines-international-protection-1-gender-related-persecution-context.html> (Erişim tarihi: 28.04.2021).

UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines On International Protection, February

2019, <https://www.unhcr.org/publications/legal/5ddfcdc47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html> (Erişim tarihi: 28.04.2021).

UNHCR Refugee Data Finder, <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/> (Erişim tarihi: 11.01.2021).

United Nations, Deliver Humanitarian Aid, <https://www.un.org/en/sections/what-we-do/deliver-humanitarian-aid/> (Erişim tarihi: 11.01.2021).



NİTELİKLİ SATIŞ SÖZLEŞMESİ

Prof. Dr. Hasan AYRANCI*

Dr. Sabure PAKET**

Öz

Satış sözleşmesinin konusunu çoğunlukla sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olan bir malvarlığı değeri oluşturmakta ve satıcı sözleşmenin kurulduğu anda satılanın bulunduğu şekliyle devrini taahhüt etmektedir. Nitelikli satış sözleşmesinde ise sözleşmenin kurulduğu zaman diliminde henüz mevcut olmayan bir malvarlığı değerinin alıcının siparişi üzerine üretilerek devri üstlenilmektedir. Bu bakış açısından konu değerlendirildiğinde sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde önemli olan sözleşmenin kurulmasından sonra üretilecek bir şeyin sözleşmeye konu olmasıdır. Taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça satılan bizzat satıcı tarafından üretilebileceği gibi üçüncü bir kişi tarafından da üretilir. Sözleşmenin konusunun satıcı tarafından üretileceğinin kararlaştırıldığı yahut satıcının dürüstlük kuralı gereği sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığı değerini üretmekle yükümlü olduğu durumlarda, üretim yükümlülüğü satıcı bakımından bir yan yükümlülük niteliğindedir.

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Prof., Ankara University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Ankara, Turkey.

✉ hasan.ayranci@ankara.edu.tr • ORCID 0000-0002-9972-373X

** Arş. Gör., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Yalova, Türkiye | Res. Asst., Yalova University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Yalova, Turkey.

✉ sabure.paket@yalova.edu.tr • ORCID 0000-0003-3197-0897

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: AYRANCI Hasan / PAKET Sabure, "Nitelikli Satış Sözleşmesi", SÜHFD., C. 29, S. 2, 2021, s. 1247-1274.

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

Anahtar Kelimeler

Satış Sözleşmesi • Üretim Yükümlülüğü • Yan Yükümlülük • Kamu İhale Sözleşmesi • Mal Alım Sözleşmesi

QUALIFIED SALES CONTRACT

Abstract

The subject of the sale contract is mostly an asset which existed at the time of forming the contract. The seller undertakes to transfer the sold product as is at the time of the formation of the contract. In the qualified sales contract, an asset that did not exist at the time of forming the contract is produced on the order of the buyer and the transfer is undertaken. From this point of view, the important thing in determining the nature of the contract is that something is to be produced after the formation of the contract is the subject of the contract. Unless otherwise agreed by the parties, the sold product can be produced by the seller or by a third party. In cases where it is decided that the subject of the contract will be produced by the seller or the seller is responsible for producing the subject of the contract due to the rule of honesty, the obligation of producing is a secondary obligation for the seller.

Key Words

Sale Contract • Obligation of Producing • Secondary Obligation • Public Procurement Contract • Goods Purchase Contract

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nun 207 ile 281. maddeleri arasında düzenlenen satış sözleşmesi, satıcının satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise bedel ödeme borcu altına girdiği bir sözleşmedir. Satış sözleşmesinin konusunu, maddi bir varlığı bulunan ya da bulunmayan taşınır ve taşınmaz mallar oluşturabileceği gibi, satıcının malvarlığının aktifinde yer alan ve başkasına bir bedel karşılığında devredilebilen her türlü eşya, hak veya diğer hukuki varlıklar da oluşturabilir¹. Diğer

¹ BECKER, Hermann, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, VI. Bd., II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184 – 551, Bern 1934, Art. 184, N. 9; BUCHER, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1988, s. 61; SCHÖNLE, Herbert, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2a, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, 3. Aufl., Zürich 2005, Art. 184, N. 42; BÖGLI, Roman, Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung

tarafтан satış sözleşmesinin konusunu sözleşmenin kurulduğu anda hali hazırda mevcut olan bir şey oluşturabileceği gibi sözleşmenin kurulmasından sonra üretilecek bir malın teslimi de oluşturabilir². Sözleşmenin kurulduğu sırada henüz mevcut olmayan bir malvarlığı değerinin satışını konu edinen sipariş üzerine satış sözleşmeleri, yargı uygulamasında nitelikli satış sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir³. Bu tür satış sözleşmeleri

beim Werkvertrag – Zeitpunkt und Voraussetzungen, Bern- Stuttgart- Wien 1996, N. 59; HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. überarbeitete Auflage, Bern 2017, s. 40; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basımdan Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul 2008, s. 78, 79; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 13. Baskı, Ankara 2020. s. 79-82; YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 15. Baskı, İstanbul 2018. s. 25; ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Bası, İstanbul 2020. s. 36; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 31; NOMER, Haluk Nami/ENGİN, Baki İlkey, Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt I: Satış Sözleşmesi, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 53, 54.

² BECKER, Art. 184, N. 10; BUCHER, s. 62; SCHÖNLE, Art. 184, N. 57; BÖGLI, N. 59; HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184- 318 OR, Schulthess Juristische Medien AG, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 184, N. 25, 57; SCHMID, Jörg/STÖCKLI, Hubert, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich – Basel 2010, N. 1669; KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. überarbeitete Auflage, Zürich 2016, Art. 184, N. 3; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basımdan Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul 2008, s. 79; ARAL/AYRANCI, s. 82; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 37; EREN, Borçlar Özel, s. 33; NOMER/ENGİN, s. 57; Y. 3. HD., 17.9.2013, E. 2013/10595, K. 2013/12801: "...satım sözleşmelerinde satış konusu olan malın, sözleşmenin yapıldığı anda mevcut olmasına (...) gerek yoktur. Bu itibarla ilerde yapılacak veya üretilecek yahut hâsil olacak şeyler de satışa konu teşkil edebilirler." (Kazancı İçtihat-Bilgi Bankası). Doktrinde teslim alan kişi eşyanın sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olmadığını bilmiyorsa veya sözleşmenin kurulması anında eşyanın mevcut olup olmaması onun için önemli değilse satış sözleşmesinin söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Bkz. HUGUENIN, Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/ Basel/ Genf 2014, N. 3130.

³ Y. 19. HD., 8.12.2016, E. 2016/2613, K. 2016/15523: "Taraflar arasındaki akdi ilişki nitelikli ticari satış olup, davalı tarafa özel olarak üretilmiş bir mal satılmamıştır. Bu durumda uyumsuzluğun BK'nın tacirler arasında uygulanan satışa ilişkin hükümlerine göre çözümlenmesi gerekirken somut olayda uygulama yeri bulunmayan eser sözleşmesi hükümlerine göre yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." (Lexpera – Hukuk Bilgi Sistemi). Ayrıca bkz. Y. 19. HD., 13.11.2014, E. 2014/12567, K. 2014/16191 (yargitay.karararama.gov.tr)

İsviçre Hukuku'nda ise sipariş üzerine satış (*Kauf auf Bestellung*)⁴, teslimat satışı (*Lieferungskauf*)⁵ ve müstakbel bir şeyin satışı (*Kauf einer künftigen Sache*)⁶ kavramları ile ifade edilmektedir.

Çalışmamızda nitelikli satış sözleşmesi kavramı, nitelikli satış sözleşmesinin özellikleri, muhtevası ve diğer satış türleri ve sözleşmelerden, özellikle eser teslim sözleşmesinden farkları ele alınmıştır. Nitelikli satış sözleşmesinin niteliğinin tespiti bakımından Türk/İsviçre Hukuk doktrin ve uygulamasında ileri sürülen çeşitli kriterler ayrıntılı bir şekilde incelenmiş ve söz konusu kriterlere ilişkin olarak değerlendirmelerde bulunulmuştur. Ayrıca çalışmamızda Kamu İhale Kanunu'na tabi mal alımı ihaleleri, özellikle özel imalat süreci gerektiren mal alımı ihaleleri sonucunda kurulan ve "*mal alım sözleşmesi*" olarak nitelendirilen kamu ihale sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin açıklamalara da yer verilmiştir.

I. NİTELİKLİ SATIŞ SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

Nitelikli satış sözleşmesi, sözleşmenin kurulduğu anda henüz mevcut olmayan bir malvarlığı değerinin satışını konu edinen bir satış sözleşmesi türüdür⁷. Nitelikli satış sözleşmesinde satıcı, sözleşmenin

(Erişim Tarihi: 16.10.2020); Y. 19. HD., 19.01.2016, E. 2015/3581, K. 2016/365 (yargıtay.karararama.gov.tr) (Erişim Tarihi: 16.10.2020); Y. 15. HD., 12.10.2017, E. 2017/1257, K. 2017/3420 (Lexpera – Hukuk Bilgi Sistemi); Y. 19. HD., 16.10.2018, E. 2017/1687, K. 2018/4978 (yargıtay.karararama.gov.tr) (Erişim Tarihi: 16.10.2020); Y. 15. HD., 18.4.2019, E. 2018/4725, K. 2019/1899 (Lexpera – Hukuk Bilgi Sistemi).

⁴ HRUBESCH-MILLAUER, Art. 184, N. 25, 57.

⁵ KOLLER, Alfred, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI., 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag Art. 363-379 OR, Bern 1998, Art. 363, N. 105.

⁶ SCHÖNLE, Art. 184, N. 134; ZINDEL, Gaudenz/PULVER, Urs/SCHOTT, Betrand, Der Werkvertrag, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR (Honsell-Vogt-Wiegand (Hrsg.)), 6. Aufl., Basel 2015. Art. 363, N. 23; GAUCH, Peter, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, N. 126.

⁷ BECKER, Art. 184, N. 10; SCHÖNLE, Art. 184, N. 57, N. 118, N. 132; GAUCH, Werkvertrag, N. 126; KOLLER, Art. 363, N. 105; HRUBESCH-MILLAUER, Art. 184, N. 25, N. 57; MÜLLER-CHEN, Markus/GIRSBERGER, Daniel/ DROESE, Lorenz, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2017, s. 220, N. 14; OKUR, Sinan, "Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda Eser ve Eser Teslim Sözleşmeleri: Tarihsel Gelişim, Kavram, Unsurlar ve Benzer Sözleşme Tiplerinden Ayırt Edilmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 175-176, Mart-Nisan 2019, s. 684.

kurulmasından sonra üretilecek bir malın zilyetlik ve mülkiyetini devretme borcu altına girmektedir. Burada sözleşmenin konusunu oluşturan malın kim tarafından üretilmiş olduğu yapılan nitelendirme bakımından önem arz etmemektedir⁸. Sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde önemli olan husus, sözleşmenin kurulmasından sonra (ilk defa ya da seri üretimin bir parçası olarak ilk defa) üretilecek bir şeyin devri taahhüdünde bulunulmasıdır⁹.

Nitelikli satış sözleşmesinde eşyanın üretilmesi unsuru sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüğünün kapsamına dahil değildir¹⁰. Satıcı sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olmayan bir şeyin teslimini taahhüt etmiş olmakla birlikte kural olarak sözleşmenin konusunu oluşturan malı üretme yükümlülüğü bulunmamaktadır¹¹. Zira nitelikli satış sözleşmesinde önemli olan teslimi taahhüt edilen şeyin zilyetlik ve mülkiyetinin alıcıya geçirilmesidir. Diğer satış sözleşmelerinde olduğu gibi nitelikli satış sözleşmesinde de satıcının asli edim yükümlülüğü satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin devredilmesidir¹². Satıcı teslim edeceği malı bizzat kendisi üretebileceği gibi üçüncü kişi tarafından üretilen bir malı teslim etmek suretiyle de edimini ifa edebilir¹³.

⁸ BECKER, Art. 184, N. 10; SCHÖNLE, Art. 184, N. 118, N. 132; HRUBESCH-MILLAUER, Art. 184, N. 25, 57; GAUCH, Werkvertrag, N. 127.

⁹ HRUBESCH-MILLAUER, Art. 184, N. 25; KOLLER, Art. 363, N. 105; GAUCH, Werkvertrag, N. 126.

¹⁰ KOLLER, Art. 363, N. 104.

¹¹ GAUTSCHI, Vor. Art. 363-379, N. 17; BÜHLER, Art. 365, N. 12; GAUCH, Werkvertrag, N. 127; KOLLER, Art. 363, N. 104.

¹² SCHÖNLE, Art. 184, N. 133; HRUBESCH-MILLAUER, Art. 184, N. 58; SCHMID/STÖCKLI, N. 1669; HUGUENIN, N. 3132; GAUTSCHI, Georg, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI Das Obligationenrecht: Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband: Der Werkvertrag Artikel 363-379 OR, Bern 1967, Vorb. Art. 363-379, N. 17; GAUCH, Werkvertrag, N. 127.

¹³ BECKER, Art. 184, N. 10; SCHÖNLE, Art. 184, N. 118, N. 132; HRUBESCH-MILLAUER, Art. 184, N. 25; GAUCH, Werkvertrag, N. 127; OKUR, s. 685-686. Y. 15. HD., 21.3.2013, E. 2013/1484, K. 2013/1961: "Taraflar arasında eser sözleşmesi ilişkisi bulunmamaktadır. Sözleşmenin 5. maddesinde, sözleşmenin konusunun 450.000 adet cam elyaf takviyeli CTP yol kenar dikmesinin ihale dökümanı, şartname ve sözleşmede belirlenen şartlar dahilinde davacı şirket tarafından sağlanması işi olduğu açıklanmıştır. Sözleşme nitelikli malzeme satımına ilişkindir. Davacı şirket yurt dışından temin ettiği anlaşılan sözleşme konusu malzemeleri davalı idareye satma işini yükümlenmiştir." (Lexpera – Hukuk Bilgi Sistemi).

Nitelikli satış sözleşmesinde satılan sözleşmenin kurulmasından sonra üretilecek olmakla birlikte kural olarak borçlanılan şeyin edim yükümlüsü olan satıcı tarafından mı üretildiği yoksa üçüncü bir kişiden mi temin edildiği önem arz etmemektedir. Bununla birlikte taraflar arasındaki sözleşmede satıcının satılanı üretmekle yükümlü olduğu kararlaştırılabilir¹⁴. Üretim yükümlülüğünün satıcı tarafın borcu olarak sözleşme ile kararlaştırıldığı hallerde satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devretme yükümlülüğünden farklı olarak söz konusu yükümlülük eser sözleşmesine vücut vermemekte olup sadece bir yan yükümlülük (*Nebenpflicht*) niteliği taşımaktadır^{15/16}. Diğer taraftan satıcının satılanı üretme yükümlülüğü, dürüstlük kuralından (TMK m. 2) doğan bir kanuni yükümlülük şeklinde de olabilir. Nitekim sözleşmenin kurulduğu sırada satılanın mevcut olmaması durumunda satılan malın temin edilip hazır bulundurulması, asli edime bağlı bir yan yükümlülüktür¹⁷. Alıcının sözleşmenin konusunu oluşturan malın sözleşmenin kurulduğu sırada halihazırda mevcut olmadığını bilmediği durumlarda, satıcının devretmeyi taahhüt ettiği malı bizzat üreterek teslim etmesi dürüstlük kuralının bir gereğidir¹⁸.

¹⁴ KOLLER, Art. 363, N. 104, 105.

¹⁵ ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 363, N. 9; KOLLER, Art. 363, N. 107; OKUR, s. 676. Borç ilişkisinde edim yükümlülüğünün yanı sıra yan yükümlülükler de bulunmaktadır. Yan yükümlülükler, asli edimin tam ve doğru olarak ifa edilmesine yardım eden yan yükümlülükler şeklinde olabileceği gibi alacaklının edim menfaati dışında kalan diğer mal ve şahıs varlığı değerlerinin muhtemel bir zarardan korunmasına ilişkin yan yükümlülükler şeklinde de olabilir.

¹⁶ Nitekim malın üretilmesi sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüğünün konusunu oluşturuyor ise eser teslim sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Bkz. GAUCH, Werkvertrag, N. 127; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 363, N. 23; KOLLER, Art. 363, N. 107.

¹⁷ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, s. 38-39. Satılanın temin edilip hazır bulundurulması, hukuki niteliği itibariyle ifaya yardımcı yan yükümlülükleri arasında yer alan hazırlama ve sağlama yükümlülüğü niteliğindedir. Bkz. EREN, Borçlar Genel, s. 38.

¹⁸ KOLLER, katalogdan beğendiği bir yüzüğü satın almak isteyen kimsenin yüzüğün halihazırda mevcut olmadığını bilmemesi durumunda, yüzüğün imal edilmesinin dürüstlük kuralından (TMK m. 2) doğan bir yükümlülük olduğunu ifade etmektedir. Bkz. KOLLER, Art. 363, N. 106.

Nitelikli satış sözleşmesinde sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunması ile kurulmakta ve kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Sözleşmenin konusunu oluşturan malın üretilerek teslim edilmesi ifa ile ilgili bir husustur. Taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığı değerinin sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olmaması sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının doğmasına engel teşkil etmemekte, bu bakımdan bir tamamlayıcı olgu niteliği taşımamaktadır. Bununla birlikte bazı durumlarda nitelikli satış sözleşmesi sözleşmeye konu malvarlığı değerinin üretilmesi koşuluna bağlı olarak da kurulabilir¹⁹. Bu durumda sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığı değerinin üretilmesi TBK m. 170 anlamında geciktirici koşul niteliğindedir²⁰. Dolayısıyla bu durumda sözleşme satılanın meydana gelmesi ile birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamaktadır.

II. NİTELİKLİ SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

A. Genel Olarak

Taraflar arasındaki sözleşmenin nitelikli satış sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için birtakım unsurların bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda olmak üzere, öncelikle taraflar arasındaki sözleşmenin kurulduğu anda sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığı değeri henüz mevcut olmamalıdır. Bir satış sözleşmesinin nitelikli satış olarak nitelendirilebilmesi bakımından önem arz eden husus, sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığı değerinin sonradan üretilmesidir²¹. Satılanın kim tarafından üretileceği, daha önce ifade edildiği gibi, sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi bakımından önem arz etmemektedir. Satılan bizzat satıcı tarafından üretilebileceği gibi üçüncü bir kişiden de temin edilebilir²². Burada önemli olan satılanın üçüncü bir kişiden temin edilerek veya bizzat satıcı tarafından üretilerek alıcıya teslim edilecek olmasıdır.

¹⁹ SCHÖNLE, Art. 184, N. 57, N. 158; BUCHER, s. 62; ARAL/AYRANCI, s. 82; EREN, Borçlar Özel, s. 34; NOMER/ENGİN, s. 51-52.

²⁰ SCHÖNLE, Art. 184, N. 57, N. 158; NOMER/ENGİN, s. 58.

²¹ HRUBESCH-MILLAUER, Art. 184, N. 25.

²² BECKER, Art. 184, N. 10; SCHÖNLE, Art. 184, N. 118, N. 132; HRUBESCH-MILLAUER, Art. 184, N. 25, 57; GAUCH, Werkvertrag, N. 127.

Satılanın üçüncü bir kişiden temin edilerek alıcıya teslim edildiği sözleşmelerde sözleşmenin niteliğinin tespiti somut olayda bir güçlük arz etmez. Buna karşılık sözleşmenin kurulduğu anda henüz mevcut olmayan bir malın, edim yükümlüsü satıcı tarafından üretilerek alıcıya teslim edilmesinin kararlaştırıldığı sözleşmelerin nitelikli satış sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığı değerinin sözleşmenin kurulmasından sonra üretilmesi yeterli değildir. Sözleşmenin bu tür bir nitelendirmeye tabi tutulması için bunun dışında başka bazı unsurları taşınması da gerekmektedir. Doktrinde satıcının satılanı üretim yükümlülüğünün söz konusu olduğu bir nitelikli satış sözleşmesinden söz edebilmek için gerekli unsurlara ilişkin olarak çeşitli kriterler ileri sürülmüştür. Bu kapsamda ilk olarak üretim yükümlülüğünün bir asli edim yükümlülüğü teşkil etmemesi değerlendirilmektedir. Sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığı değerinin sipariş eden kişi için özel olarak üretilmemiş olması, sipariş eden kişiye üretim sürecine etki etme hakkının tanınmamış olması da başka bir belirleyici olarak ortaya çıkmaktadır. Satış bedelinin sadece sözleşmenin konusunu oluşturan mala ilişkin olması nitelikli satış sözleşmesinin niteliğinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken diğer bir kriter olarak ifade edilmektedir. Diğer taraftan doktrinde nitelikli satış sözleşmesinin niteliğinin belirlenmesi bakımından sözleşmenin konusunu oluşturan malın misli mal veya gayri misli mal olmasının da bir dayanak noktası olabileceği ifade edilmektedir²³. Ancak kanaatimizce yerinde olan diğer bir görüşe göre misli mal ile gayri misli mal ayrımı sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi bakımından uygun bir kriter değildir²⁴. Satış sözleşmesi çoğunlukla misli malları konu edinmekle birlikte gelecekte üretilecek gayri misli mallar da satış sözleşmesinin konusunu oluşturabilir²⁵. Misli mal ve

²³ HUGUENIN, N. 3132. Farklı görüşte: ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Vor. Art. 363-379, N. 9, Art. 363, N. 23.

²⁴ SCHÖNLE, Art. 184, N. 134; BÜHLER, Art. 365, N. 11; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Vor. Art. 363-379, N. 9, Art. 363, N. 23; GAUCH, Werkvertrag, N. 129.

²⁵ Buna karşılık seri halde ve sadece makine ile üretilen misli mallar ise sipariş eden kişi için özel olarak üretilmesi durumunda eser teslim sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Bkz. ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Vor. Art. 363-379, N. 9, Art. 363, N. 23; KOLLER, Art. 363, N. 108.

gayri misli mal ayrımı sözleşmenin niteliğinin tespiti bakımından yapılacak yorumda ancak bir yardımcı araç olarak kullanılabilir²⁶.

Taraflar arasındaki sözleşmenin nitelikli satış sözleşmesi olup olmadığı değerlendirilirken güven teorisi uyarınca yapılacak yorum vasıtasıyla sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi gerekmektedir. Sözleşmenin içeriğinin ortaya çıkarılması sözleşmede taraflarca kararlaştırılan edimlerin tespit edilmesini gerektirmektedir. Nitekim borç doğuran sözleşmelerde sözleşmenin tipi, kararlaştırılan edimlere göre belirlenmektedir. Diğer bir ifadeyle sözleşmede kararlaştırılan edim ya da edimler, sözleşmenin tipini belirlemektedir.

B. Satılanın Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Üretilmesi

a. Genel Olarak

Nitelikli satış sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için öncelikle sözleşmenin konusunu sözleşmenin kurulduğu anda henüz mevcut olmayan, sözleşmenin kurulmasından sonra üretilecek bir malın teşkil etmesi gerekmektedir²⁷. Satılanın sözleşmenin kurulmasından sonra üretilcek olması sözleşmeye özelliğini veren unsurlardan biridir ve söz konusu sözleşmeyi diğer satış türlerinden ayırmaktadır. Doktrinde sipariş eden kişinin sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığı değerinin sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olup olmadığını bilmediği veya sözleşmenin kurulduğu sırada söz konusu malvarlığı değerinin mevcut olup olmamasının sipariş eden kişi bakımından önemli olmadığı durumlarda da nitelikli satış sözleşmesinin söz konusu olduğu ifade edilmektedir²⁸.

Nitelikli satış sözleşmesinde satıcı kural olarak sözleşmenin konusunu oluşturan şeyi üretmekle yükümlü değildir. Üçüncü kişi tarafından üretilen bir malı alıcıya teslim etmek suretiyle de edimini ifa edebilir. Sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin imalatı işini yapmayan bir kişiye

²⁶ GAUCH, Werkvertrag, N. 129; BÜHLER, Art. 365, N. 11.

²⁷ MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, s. 220, N. 14; GAUCH, Werkvertrag, N. 126.

²⁸ GAUCH, Werkvertrag, N. 128; HUGUENIN, N. 3132. Sipariş eden kişinin sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığı değerinin sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olmadığını bilmediği durumlarda, üretim yükümlülüğünün dürüstlük kuralından doğan bir yan yükümlülük niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Bkz. KOLLER, Art. 363, N. 106, 107.

siparişte bulunması durumunda akdedilen sözleşmeler bu kapsamdadır²⁹. Bununla birlikte taraflar satılanın bizzat satıcı tarafından üretileceğini kararlaştırabilir³⁰. Bazı durumlarda ise satıcının üretim yükümlülüğü dürüstlük kuralından doğmaktadır³¹.

Üretim yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlarda nitelikli satış sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için somut olayda birtakım unsurların varlığı aranmaktadır. Bu kapsamda ilk olarak üretilecek malın sipariş eden kişi için özel olarak üretilmemiş olması gerekmektedir. Zira sözleşmenin konusunu sipariş eden için özel olarak üretilecek bir malın oluşturduğu durumlarda nitelikli satış sözleşmesinden söz edilemez. Nitekim nitelikli satış sözleşmesi alıcının kişisel ihtiyaçları için özel olarak üretilmemiş bir şeyin devrini amaçlamaktadır³². Nitelikli satış sözleşmesi satıcının alıcı ile arasında bir sözleşme bulunmasa dahi kendi üretim planı dahilinde üreteceği malların satışını konu edinmektedir³³. Bu durum pek çok olayda belirli bir üretim bandı bulunan satıcının, malın üretilip satılmasını beklemek yerine istek üzerine üretim bandının işletilmesi suretiyle elde edilen şeyin satış sözleşmesine konu edilmesinde görülmektedir. Buna karşılık sipariş eden kişinin istekleri doğrultusunda bir eşya üretilmesi durumunda ise nitelikli satış sözleşmesi değil, eser sözleşmesi söz konusu olabilmektedir³⁴.

Diğer taraftan satıcının satılanı üretmeyi üstlendiği sözleşmelerde malzemenin de satıcı tarafından temin edilmesi gerekmektedir³⁵. Malzemenin sipariş eden kişi tarafından sağlandığı durumlarda nitelikli satış sözleşmesinden söz edilemez. Somut olayın koşullarına göre eser sözleşmesinin bulunduğu sonucuna varılabilir.

²⁹ Sözleşmenin konusunu imalatçı olmayan birine sipariş edilen bir şeyin oluşturduğu durumlarda, satıcı sipariş edilen şeyi üçüncü kişiden temin etmek suretiyle alıcıya teslim edecektir.

³⁰ KOLLER, Art. 363, N. 105.

³¹ KOLLER, Art. 363, N. 105.

³² HRUBESCH-MILLAUER, Art. 184, N. 58; BGE 124 III 456 E 4b/aa.

³³ HUGUENIN, N. 3132; GAUCH, Werkvertrag, N. 128.

³⁴ BÜHLER, Art. 363, N. 134; MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, s. 45; HONSELL, s. 302.

³⁵ NOMER/ENGİN, N.16.

b. Satıcının Kural Olarak Satılanı Üretim Yükümlülüğünün Bulunmaması

Nitelikli satış sözleşmesinde satıcı kural olarak satılanı üretmekle yükümlü değildir. Satıcı sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığı değerini devretme borcu altındadır. Bununla beraber taraflar satılanın bizzat satıcı tarafından üretileceğini kararlaştırabilir. Bu durumda şeyin üretilmesi satıcı bakımından bir yan yükümlülük teşkil etmektedir. Diğer bir ifadeyle satıcının satılanı üretmekle yükümlü olduğu nitelikli satış sözleşmelerinde üretim yükümlülüğü asli edim yükümlülüğüne dahil değildir³⁶. Bu itibarla söz konusu yükümlülüğün ihlali durumunda alıcı satıcıdan satılanın üretilmesine ilişkin bir talepte bulunamaz.

Sözleşmenin konusunu oluşturan malın bizzat edim yükümlüsü tarafından üretilmesinin kararlaştırıldığı durumlarda üretim yükümlülüğünün asli edim yükümlülüğü mü yoksa bir yan yükümlülük mü teşkil ettiğinin belirlenmesi taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğinin tespiti bakımından önem taşımaktadır. Üretim yükümlülüğünün niteliği çeşitli kriterlerden hareketle tespit edilebilir. Sipariş eden kişinin üretim sürecine etki edebildiği durumlarda söz konusu yükümlülüğün bir asli edim yükümlülüğü niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Sipariş eden kişinin talimat verme ve kontrol etme hakkının bulunduğu durumlar bu kapsamdadır. Buna karşılık sipariş eden kişiye satılanın üretilmesine ilişkin, özellikle üretimin türünü ve niteliğini belirleme konusunda bir talepte bulunma hakkı tanınmamışsa bu durumda sözleşmenin karşı tarafı aleyhine kararlaştırılan üretim yükümlülüğünün bir asli edim yükümlülüğü teşkil ettiğinden söz edilemez.

c. Sözleşmenin Konusunu Oluşturan Malvarlığı Değerinin Sipariş Eden İçin Özel Olarak Üretilmemiş Olması

Nitelikli satış sözleşmesi, sipariş edenin kişinin bireysel ihtiyaçları için özel olarak üretilmeyen bir malvarlığı değerinin devrini konu edinmektedir³⁷. Nitelikli satış sözleşmesinin konusunu çoğunlukla bir

³⁶ Zira satış sözleşmesinde satıcının asli edim yükümlülüğü satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin devredilmesidir.

³⁷ HRUBESCH-MILLAUEER, Art. 184, N. 58; SCHÖNLE, Art. 184, N. 133; HUGUENIN, N. 3132; HONSELL, s. 302; BGE 124 III 456 E 4b/aa; Y. 19. HD. T. 8.12.2016, E. 2016/2613, K. 2016/15523: "Taraflar arasındaki akdi ilişki nitelikli ticari satış olup, davalı

kataloga veya satıcı tarafından gösterilen bir örneğe göre sipariş edilen bir malvarlığı değeri oluşturmaktadır. Alıcı kendisine sunulan katalog üzerinden özelliklerini belirlediği bir ürünü sipariş etmektedir. Söz gelimi katalogdan belirli özellikleri seçilmek suretiyle gelecek yıla ait belirli marka ve model bir aracın sipariş edilmesi durumunda nitelikli satış sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Diğer taraftan nitelikli satış sözleşmesinin söz konusu olduğu hallerde satıcı, alıcı ile arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmasa dahi kendi üretim planı dahilinde üreteceği bir malı sözleşmenin kurulmasından sonra üreterek alıcıya teslim etmeyi taahhüt etmektedir³⁸. Bu nedenle sipariş eden kişinin istekleri doğrultusunda üretilen bir malın sözleşmeye konu olması halinde nitelikli satış sözleşmesinin varlığından söz edilemez³⁹. Öte yandan üretime konu şeyin alıcı dışında başka bir kişiye sözleşme edimi olarak verilip verilmeyeceği de sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu bağlamda sadece sözleşmenin diğer tarafına ifa olarak arz edilebilecek bir üretim söz konusu ise eser sözleşmesinden, buna karşılık başka kişilere de aynı üretimin ifa olarak arz edilebilmesi imkanının bulunması halinde nitelikli satış sözleşmesinden söz edilebilir.

İleride seri halinde üretilecek malların devrini konu edinen sözleşmeler genellikle nitelikli satış sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir⁴⁰. Ancak ifade edilmelidir ki, nitelikli satış sözleşmesi, satıcı tarafından üretilecek çok sayıda malı konu edinebileceği gibi alıcının siparişi üzerine üretilecek tek bir malı da konu edinebilir. Bir sözleşmenin nitelikli satış sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi bakımından önemli olan husus, sözleşmenin konusunu çok sayıda malvarlığı değerinin oluşturması değildir. Birden fazla malın üretilmesi eser sözleşmesi çerçevesinde de üstlenilebilir. Somut olayda taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde belirleyici olan üretilecek malların sipariş eden kişi için özel

tarafa özel olarak üretilmiş bir mal satılmamıştır. Bu durumda uyumsuzluğun BK'nın tacirler arasında uygulanan satışa ilişkin hükümlerine göre çözümlenmesi gerekirken somut olayda uygulama yeri bulunmayan eser sözleşmesi hükümlerine göre yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." (yargıtay.karararama.gov.tr) (Erişim Tarihi: 16.10.2020).

³⁸ HUGUENIN, N. 3132; GAUCH, Werkvertrag, N. 128.

³⁹ SCHÖNLE, Art. 184, N. 133; BÜHLER, Art. 363, N. 134; HUGUENIN, N. 3132. Bu durumda eser sözleşmesinin bulunduğu kabulü gerekmektedir.

⁴⁰ HONSELL, s. 34, 302; MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, s. 21, 220.

olarak üretilmiş olup olmamasıdır. Eser sözleşmesinden farklı olarak nitelikli satış sözleşmesinde alıcı, özelliklerini bizzat kendi bireysel istek ve ihtiyaçları doğrultusunda belirlediği bir mal üzerinde hak sahibi değildir. Nitelikli satış sözleşmesinde alıcı, özellikleri satıcı tarafından standart olarak belirlenmiş bir malvarlığı değerine ilişkin olarak veya sadece satıcı tarafından katalog veya broşürde önceden belirlenmiş özellikler arasından tercihlerini belirlemek suretiyle bir siparişte bulunabilir⁴¹. Örneğin, katalogdan belirli özellikleri seçilmek suretiyle çapları ve uzunlukları belirli pimapen boruların sipariş edilmesi halinde nitelikli satış sözleşmesi söz konusu olmaktadır.

d. Sipariş Eden Kişiyi Üretim Sürecine Etki Etme Hakkı Tanınmamış Olması

Nitelikli satış sözleşmesinin niteliğinin tespiti bakımından önem arz eden diğer bir husus, somut olayda sipariş eden kişiye üretim sürecine etki etme hakkının tanınmış olup olmamasıdır. Taraflar arasındaki sözleşmede sipariş eden kişiye talimat verme ve kontrol etme hakkının tanındığı durumlarda nitelikli satış sözleşmesinin varlığından söz edilemez⁴². Söz gelimi sipariş eden kişiye planları onaylama yetkisinin tanınması durumunda taraflar arasındaki sözleşme nitelikli satış sözleşmesi olarak nitelendirilemez.

Sipariş eden kişi sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığı değerinin üretim sürecine müdahale edebiliyor ve üretimin kendi bireysel istek ve ihtiyaçlarına uygun olarak gerçekleşmesi noktasında yönlendirme ve taleplerde bulunabiliyor ise bu durumda taraflar arasındaki sözleşme eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında bu hususa ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Nitekim TBK m. 473/II hükmünde iş sahibine eserin meydana getirilmesi sürecine müdahale etme imkânı tanınmaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca, *“Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği*

⁴¹ HONSELL, s. 34.

⁴² SCHÖNLE, Art. 184, N. 133; BÜHLER, Art. 365, N. 12; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 363, N. 23; TANDOĞAN, Haluk, “İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırdedilmesi”, İmren Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 330; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 509; EREN, Borçlar Özel, s. 611.

açıkça görülüyorsa, işsahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.” Bu suretle iş sahibi kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmesi durumunda, hasar ve masrafları yükleniciye ait olmak üzere, meydana getirilen eserdeki sözleşmeye aykırılığın giderilmesini sağlayabilir.

B. Kararlaştırılan Bedelin Satılana İlişkin Olması

Nitelikli satış sözleşmesinde alıcı kendisine devredilmesi üstlenilen malvarlığı değeri karşılığında satıcıya bedel ödemekle yükümlüdür. Ödenmesi taahhüt edilen satış bedeli, satıcının teslim edeceği malın karşılığını oluşturmaktadır. Bu itibarla sözleşmede kararlaştırılan bedelin sadece teslim edilecek mala ilişkin olması gerekmektedir⁴³. Satış bedelinin malın üretilmesine ilişkin iş görme ediminin de karşılığını teşkil edecek şekilde belirlenmiş olduğu durumlarda nitelikli satış sözleşmesinin varlığından söz edilemez⁴⁴. Nitekim malın üretilmesinin satıcı tarafından üstlenildiği yahut üretim yükümlülüğünün dürüstlük kuralının bir gereği olarak söz konusu olduğu nitelikli satış sözleşmelerinde, söz konusu yükümlülük sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüğünün kapsamına dahil değildir. Nitelikli satış sözleşmesinde de diğer satış türlerinde olduğu gibi karşılıklı ilişki satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin devri borcu ile satış bedelinin ödenmesi borcu arasındadır. Diğer bir ifadeyle nitelikli satış sözleşmesinde üretim yükümlülüğü edimler arası karşılıklı ilişki sine dahil değildir.

III. BAZI SATIŞ TÜRLERİ VE BENZER SÖZLEŞMELERDEN AYIRT EDİLMESİ

A. Montaj Kaydıyla Satış Sözleşmesi

Satış sözleşmesi bazı durumlarda satılanı montaj yükümlülüğünü de içermektedir. Sözleşmenin konusunu oluşturan malı montaj etme yükümlülüğünü içeren satış sözleşmeleri, Türk/İsviçre Hukuku doktrin ve uygulamasında montaj kaydıyla satış sözleşmesi olarak ifade

⁴³ KOSTKIEWICZ, Art. 184, N. 2.

⁴⁴ KOSTKIEWICZ, Art. 184, N. 2.

edilmektedir⁴⁵. Montaj kaydıyla satış sözleşmesinde satıcı satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin devrinin yanı sıra satılanın montajını da üstlenmektedir⁴⁶. Satın alınan mutfak dolabının mutfağa monte edilmesi, satılan brülör cihazının sisteme bağlanması montaj kaydıyla satış sözleşmesine örnek olarak gösterilebilir.

Montaj yükümlülüğü içeren bir sözleşmenin satış sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için sözleşmeye konu malvarlığı değerinin devrine ilişkin maddi edimin satılanın montajına ilişkin iş görme edimine nazaran ön planda olması gerekmektedir⁴⁷. Montaj kaydıyla satış sözleşmesinde, alıcının sözleşme ile elde etmek istediği menfaat, sözleşmenin konusunu teşkil eden malvarlığı değerinin elde edilmesidir. Montaj kaydıyla satış sözleşmesinde diğer satış türlerinde olduğu gibi satıcının asli edim yükümlülüğü, sözleşmenin konusunu teşkil eden malvarlığı değerinin zilyetlik ve mülkiyetinin devredilmesidir. Sözleşmenin içeriğinde yer alan montaj edimi ise sözleşmenin konusunu teşkil eden malvarlığı değerinin gereği gibi kullanımını sağlayan ve satıcının asli edim yükümlülüğünü tamamlayan bir yan yükümlülüktür⁴⁸. Nitelikli satış sözleşmesinden farklı olarak montaj kaydıyla satış sözleşmesinde, satıcının üstlendiği iş görme edimi sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığı değerinin üretilmesine ilişkin olmayıp, sözleşmeye konu malvarlığı değerinin gereği gibi kullanımını sağlamaya yönelik bir yan yükümlülüktür.

Diğer taraftan sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığı değerinin devrine ilişkin maddi edimin değerinin de -iş görme edimin değeri ile karşılaştırıldığında- taraflar arasındaki sözleşmenin montaj yükümlülüğü içeren bir satış sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi bakımından

⁴⁵ BÜHLER, Art. 363, N. 125; GAUCH, Werkvertrag, N. 130; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 363, N. 22; KOLLER, Art. 363, N. 118; MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, s. 220, N. 16.

⁴⁶ GAUCH, Werkvertrag, N. 130.

⁴⁷ BÜHLER, Art. 363, N. 126; GAUCH, Werkvertrag, N. 132, 133; HUGUENIN, N. 3132.

⁴⁸ BÜHLER, Art. 363, N. 126; GAUCH, Werkvertrag, N. 131, 133; HONSELL, s. 303; MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, s. 220, N. 16. HUGUENIN, N. 3132. Ayrıca doktrinde montaj kaydıyla satışta, montaj ediminin sözleşmenin ifasına dahil olup sözleşmenin sona ermesine bağlı bir yükümlülük olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. KOLLER, Art. 363, N. 124.

önem arz ettiği ifade edilmektedir⁴⁹. Buna göre sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığı değerinin montajı çok az bir masraf gerektiriyor ve monte edilen şey çok fazla bir masraf gerekmeksizin tekrar demonte edilebiliyorsa montaj kaydıyla satış sözleşmesi söz konusu olmaktadır⁵⁰.

B. Örnek Üzerine Satış Sözleşmesi

Örnek üzerine satış sözleşmesinde satıcı, teslim edilecek malın örnek olarak bırakılan malda bildirilen niteliklere uygun olacağını üstlenmektedir.

Örnek üzerine satış sözleşmesinde, örnek olarak bırakılacak malın sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç sözleşme kurulduğu sırada alıcıya verilmesi gerekmektedir⁵¹. Sözleşme kurulduktan sonra üretime ilişkin bir fikir vermesi amacıyla alıcıya bir örnek verilmesi halinde örnek üzerine satış söz konusu olmamaktadır.

Örnek üzerine satış sözleşmesi, koşula bağlı bir satış sözleşmesi değildir⁵². Zira sözleşmenin konusunu teşkil eden malın örneğe uygun olması, taraflar arasındaki sözleşmenin hükümlerinin bağlı kılındığı bir koşul değildir. Örnek üzerine satışta sözleşme, kurulduğu anda hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Nitelikli satış sözleşmesinde de aksi kararlaştırılmış olmadıkça sözleşme kurulduğu anda hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Ancak taraflar sözleşmeyi, sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığı değerinin üretilmesi koşuluna bağlı olarak kurabilir. Bu durumda sözleşmenin konusunu teşkil eden malın üretilmesi geciktirici koşul niteliğindedir⁵³.

C. Eser Teslim Sözleşmesi

Yüklenicinin eseri tamamen veya kısmen kendi temin edeceği malzeme ile meydana getirdiği eser sözleşmeleri Türk/İsviçre Hukuku doktrin ve uygulamasında eser teslim sözleşmesi olarak

⁴⁹ MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, s. 220, N. 18; KOLLER, Art. 363, N. 121; HUGUENIN, N. 3132.

⁵⁰ MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, s. 220, N. 18; KOLLER, Art. 363, N. 122.

⁵¹ TANDOĞAN, C. 1/I, s. 293; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 141.

⁵² TANDOĞAN, C. 1/I, s. 292; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 141.

⁵³ SCHÖNLE/HIGI, Art. 184, N. 57, N. 158; NOMER/ENGİN, s. 58.

nitelendirilmektedir⁵⁴. Eser teslim sözleşmesinde yüklenici taahhüt edilen eserin meydana getirilmesi bakımından sadece iş görme edimini değil, eserin meydana getirilmesinde kullanılacak olan malzemeyi temin etmeyi de üstlenmektedir⁵⁵. Eser teslim sözleşmesinde eseri kendi malzemesi ile meydana getirecek olan yüklenici eseri tamamladıktan sonra iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür⁵⁶.

Nitelikli satış sözleşmesinde de satıcı alıcıya sözleşmenin kurulması anında henüz mevcut olmayan bir şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretme yükümlülüğü altına girmektedir⁵⁷. Bu tür satış sözleşmesinde eser teslim sözleşmesinden farklı olarak sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığı değerinin üretilmesi sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüğünün konusunu oluşturmamaktadır⁵⁸. Nitelikli satış sözleşmesinde sözleşmenin kurulmasından sonra üretilecek bir eşyanın satışı söz konusu olmakla birlikte borçlanılan şeyin fiilen edim yükümlüsü tarafından mı üretildiği yoksa üçüncü bir kişiden mi elde edildiği önem arz etmektedir⁵⁹. Diğer taraftan eser sözleşmesinde üstlenilen iş görme sonucunun karşılığında bir bedel ödenmektedir. Nitelikli satış sözleşmesinde ise alıcı tarafından ödenmesi taahhüt edilen bedel, devredilecek malvarlığı değerinin karşılığını oluşturmaktadır.

Nitelikli satış sözleşmesi ile satıcı alıcının bireysel ihtiyaçları için özel olarak üretilmeyen bir şeyin devredilmesi yükümlülüğü altına girmektedir. Bu itibarla nitelikli satış sözleşmesinin konusunu oluşturan

⁵⁴ GAUTSCHI, Vor. Art. 363-379, N. 14a, Art. 365, N. 1b; GAUCH, Werkvertrag, N. 82, 121; BÜHLER, Art. 363, N. 139; KOLLER, Art. 365, N. 2; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 363, N. 21; BGE 117 II 273; ŞENOCAK, s. 24; KURT, s. 63-64; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 543; PAKET, s. 62.

⁵⁵ GAUCH, Werkvertrag, N. 82, 123, 327; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 363, N. 21. KOLLER, Art. 365, N. 2; ŞENOCAK, s. 24; KURT, s. 63-64; PAKET, s. 62.

⁵⁶ GAUTSCHI, Art. 367, N. 9; GAUCH, Werkvertrag, N. 88; ÖZ, Dönme, s. 166; ŞENOCAK, s. 82; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 548; KURT, s. 80; PAKET, s. 91.

⁵⁷ GAUTSCHI, Vor. Art. 363-379, N. 17; BÜHLER, Art. 365, N. 12; GAUCH, Werkvertrag, N. 126; GAUCH, Unternehmer, N. 33; MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, s. 220, N. 14.

⁵⁸ GAUCH, Werkvertrag, N. 127; GAUCH, Unternehmer, N. 33; KOLLER, Art. 363, N. 107.

⁵⁹ BECKER, Art. 184, N. 10; GAUCH, Werkvertrag, N. 127; HRUBESCH-MILLAUER, Art. 184, N. 25, N. 57.

mal, sipariş eden kişiye özgü bir şekilde üretilmemektedir⁶⁰. Buna karşılık eser teslim sözleşmesinde ise eser iş sahibinin özel istek ve talimatları nedeniyle veya yüklenici tarafından gösterilen örnek veya verilen tavsiye üzerine iş sahibince yapılan bireysel tercih neticesinde kişisel bir özellik kazanmaktadır⁶¹.

Doktrinde nitelikli satış sözleşmesi ile eser teslim sözleşmesi arasındaki farkın belirlenmesi bakımından ileri sürülen diğer bir kriter ise sözleşmenin konusunu teşkil eden malın zilyetlik ve mülkiyetini devretme yükümlülüğüdür⁶². Söz konusu yükümlülüğün satış sözleşmesinde ön planda iken, eser sözleşmesinde arka planda olduğu ifade edilmektedir. Kanaatimizce bu ifade şekli yanıltıcı olabilir. Nitekim eser sözleşmesinde yüklenici eserin sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirilerek teslimi borcu altındadır⁶³. Sözleşmenin konusunu oluşturan eserin niteliğine göre teslim, bazı durumlarda eserin zilyetlik ve/ veya mülkiyetinin devri

⁶⁰ BECKER, Art. 184, N. 10; BÜHLER, Art. 363, N. 134; BUCHER, s. 202; TANDOĞAN, İstisna, s. 330; EREN, Borçlar Özel, s. 611.

⁶¹ SCHÖNLE, Art. 184, N. 133; PEDRAZZINI, Mario M., Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, SPR VII/1, Basel- Stuttgart 1977, s. 510; GAUCH, Werkvertrag, N. 128; MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, s. 21; HONSELL, s. 34, 302; BGE 42 II 622 ff; BGE 72 II 347 ff; TANDOĞAN, Cilt II, s. 43, dn. 131d; EREN, Borçlar Özel, s. 610-611.

⁶² SCHÖNLE, Art. 184, N. 133.

⁶³ GAUCH, Werkvertrag, N. 8; KOLLER, Art. 363, N. 253; BÜHLER, Art. 367, N. 10; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 363, N. 2.

Diğer taraftan iş sahibinin sözleşme ile elde etmek istediği menfaat, kural olarak meydana getirilen eserin teslimi ile gerçekleşmektedir. Meğerki sözleşmenin konusunu iş görme sonucunun eserin tamamlanmasıyla kendiliğinden elde edildiği bir eser oluştursun. Bkz. KOLLER, Art. 363, N. 253, Art. 366, N. 24; ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 165; ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Aybın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s. 27; KURT, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012, s. 56; PAKET, Sabure, Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul, Ankara 2020, s. 66. İş görme sonucunun maddi bir cisim üzerinde somutlaşmadığı fikri eserlerde durum farklıdır. Bu tür eserlerde yüklenici tarafından iş görme sonucunun tamamlanmasıyla birlikte iş sahibi edim sonucunu elde eder. Bu nedenle iş görme faaliyetinden ayrı bir teslim fiilinden söz edilemez. ZIMMERMANN, Peter, Der Geist-Werkvertrag, Basel und Frankfurt am Main 1984, s. 2; KOLLER, Art. 363, N. 312; ÖZ, Dönme, s. 165; ŞENOCAK, s. 27; KURT, s. 84.

ile gerçekleşmektedir. Dolayısıyla eser sözleşmesinde zilyetlik ve mülkiyetin devrinin arka planda olduğu ifadesi doğru değildir.

Diğer taraftan doktrinde eser teslim sözleşmesi ile nitelikli satış sözleşmesi arasındaki ayırım bakımından sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığı değerinin misli mal yahut gayri misli mal olmasının da bir dayanak noktası olarak dikkate alınabileceği ifade edilmektedir⁶⁴. Buna göre sözleşmenin konusunu misli bir mal oluşturuyorsa daha ziyade satış sözleşmesi söz konusu olurken, gayri misli bir mal oluşturuyorsa eser teslim sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte doktrinde haklı olarak misli mal ile gayri misli mal arasındaki ayırımın nitelikli satış sözleşmesi ile eser teslim sözleşmesi arasındaki farkın belirlenmesi bakımından kesin bir kriter olarak kabul edilemeyeceği, söz konusu ayırımın sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi için yapılacak yorum bakımından sadece yardımcı bir araç olarak dikkate alınabileceği belirtilmektedir⁶⁵. Zira seri halinde üretilen mobilya ve makine gibi misli mallar eser teslim sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği gibi gelecekte üretilecek gayri misli mallar da nitelikli satış sözleşmesine konu edilebilir. Satış sözleşmesi çoğunlukla misli malları konu edinmekle birlikte gelecekte üretilecek gayri misli mallar da satış sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Diğer taraftan eser teslim sözleşmesinin konusunu çoğunlukla iş sahibinin istekleri doğrultusunda özel olarak üretilen gayri misli bir mal teşkil etmekle birlikte özel sebeplerden dolayı teslim edilecek misli malın özel olarak sipariş eden için üretildiği istisnai durumlarda misli bir mal da eser teslim sözleşmesine konu olabilir. Bir malın misli mal veya gayri misli mal niteliğinde olduğu iş hayatındaki objektif anlayışa göre belirlenmektedir. Alışverişte sayma, ölçme ve tartma ile nev'en belirlenen eşya misli mal iken, ferden belirlenen ve benzerlerinden farklı özellikler taşıyan eşya gayri misli maldır⁶⁶. Misli eşya – gayri misli mal ayırımında iş hayatının anlayışı

⁶⁴ HUGUENIN, N. 3132. Farklı görüşte: ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Vor. Art. 363-379, N. 9, Art. 363, N. 23.

⁶⁵ GAUCH, Werkvertrag, N. 129; BÜHLER, Art. 365, N. 11.

⁶⁶ OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer, OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 22. Baskı, İstanbul 2020, s. 16, 17; ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2020, s. 78; NOMER, Haluk Nami/ERGÜNE, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş Sekizinci Bası, İstanbul 2020, s. 13.

rol oynamaktadır. Taraflar arasındaki sözleşmenin eser teslim sözleşmesi veya nitelikli satış sözleşmesi olarak nitelendirilmesi hususunda da genel olarak iş sahibinin veya alıcının menfaat durumlarının gelecekte üretilen eşyanın iş hayatındaki genel anlayışla örtüştüğü kabul edilmektedir⁶⁷. Bu bağlamda sözleşmenin konusunu misli bir malın teşkil etmesi durumunda çoğunlukla eser teslim sözleşmesi değil, satış sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Somut olayda menfaat durumunun iş hayatındaki anlayışla örtüşmediğinin iddia edilmesi durumunda ise iddia eden kişinin ilgili durumun varlığını ispat etmesi gerekmektedir⁶⁸.

IV. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NA TABİ MAL ALIM SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kamu ihale sözleşmelerinin konusunu mal alımları, hizmet alımları veya yapım işleri oluşturmaktadır. Mal alımlarına ilişkin kamu ihale sözleşmeleri doktrinde mal alımı sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir⁶⁹.

Kamu İhale Kanunu'nun⁷⁰ "*Tanımlar*" başlığını taşıyan 4. maddesinde mal kavramı, "*satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve haklar*" olarak tanımlanmıştır. Bu doğrultuda mal alım sözleşmeleri, Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesinde yer alan mal tanımı kapsamına girebilen malvarlığı değerlerinin satışını konu edinen sözleşmelerdir.

Hukuki niteliği itibariyle bir özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen mal alım sözleşmeleri, sözleşmenin içeriğine ve taahhüt edilen edime göre farklı bir nitelik arz edebilir. Bu itibarla mal alım sözleşmelerinin hukuki niteliğinin her bir sözleşme bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Mal alımı sözleşmelerinin hukuki niteliği, sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin sözleşmenin kurulması anında mevcut olup olmasına ve tarafların üstlendikleri edim yükümlülüklerinin içeriği ve kapsamına

⁶⁷ KOLLER, Art. 363, N. 110.

⁶⁸ KOLLER, Art. 363, N. 110.

⁶⁹ DEMİRBOĞA, Dursun Ali, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2013, s. 46; PINAR, Yunus Akşin, Kamu İhale Sözleşmeleri ve İhalenin Yargı Yoluyla İptalinde Sözleşmelerin Akıbeti, Ankara 2019, s. 40.

⁷⁰ Bkz. RG. T. 22.01.2002, S. 24648.

göre belirlenmektedir. Bu bağlamda mal alım sözleşmesinin şartnamede belirtilen nitelikleri taşıyan taşınır veya taşınmaz bir malın devrini konu edinmesi durumunda, sözleşme konusu mal idarenin talimatları doğrultusunda ve idarenin ihtiyaçlarına uygun olarak hazırlanacağından eser teslim sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Buna karşılık edim yükümlüsü tarafından sunulan bir katalog üzerinden belirli özellikleri seçilmek suretiyle sipariş edilen sınavi ürün ya da ürünleri konu edinen mal alım sözleşmelerinin ise nitelikli satış sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan özel imalat sürecini gerektiren mal alım sözleşmeleri Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde⁷¹ ayrıca düzenlenmiştir. Söz konusu Yönetmeliğin "Tanımlar" başlığını taşıyan 3. maddesinin g bendinde özel imalat, "*piyasada hazır halde alınıp satılmayan, projelendirme veya bir talep üzerine üretimi yapılacak olan, özel ihtisas ve üretim tekniği gerektiren işler*" şeklinde tanımlanmıştır. Özel imalat sürecini gerektiren mal alımı ihaleleri sonucunda gerçekleştirilen mal alım sözleşmeleri de hukuki niteliği itibariyle farklı görünüm arz edebilmektedir. Zira idareye mal temin edilmesine yönelik olarak yapılan söz konusu sözleşmeler, tarafların iradesine ve sözleşmenin konusu oluşturan malvarlığı değeri ile kararlaştırılan edim yükümlülüklerinin içeriğine göre satış sözleşmesi veya eser teslim sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Bu kapsamda sözleşmenin konusunu oluşturan mal sözleşmenin tarafı kamu kurum veya kuruluşunun istekleri doğrultusunda ve onun belirlediği özelliklere/niteliklere uygun olarak özel olarak üretilmekte ise bu durumda eser sözleşmesinin söz konusu olduğunun kabulü gerekmektedir.

SONUÇ

Satış sözleşmesi çoğunlukla sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan bir malvarlığı değerinin devrini konu edinmekle birlikte bazı durumlarda sipariş üzerine sözleşmenin kurulduğu anda henüz mevcut olmayan ve bizzat satıcı veya üçüncü bir kişi tarafından üretilecek malların satışını da konu edinebilir. Sözleşmenin kurulduğu anda henüz mevcut olmayan malların satışını konu edinen bu tür satış sözleşmeleri yargı uygulamasında nitelikli satış sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir.

⁷¹ Bkz. RG. T. 04.03.2009, S. 27159.

Nitelikli satış sözleşmesinde satıcı sipariş üzerine ilk defa bizzat kendisi veya üçüncü bir kişi tarafından üretilecek malların devrini üstlenmektedir. Taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin bizzat satıcı tarafından üretilmesi veya üçüncü bir kişiden temin edilmesi satıcının ediminin ifası bakımından önem arz etmemektedir. Önemli olan sözleşmenin konusunu oluşturan malvarlığı değerinin sözleşmeye uygun olarak alıcıya devredilmesidir. Nitelikli satış sözleşmesinde de diğer satış sözleşmesi türlerinde olduğu gibi satıcının asli edim yükümlülüğü satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin devredilmesidir. Bununla birlikte taraflar sözleşmede malın satıcı tarafından üretilerek teslim edileceğini kararlaştırabilir. Keza üretim yükümlülüğü belirli durumlarda dürüstlük kuralının bir gereği olarak satıcı tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olarak karşımıza çıkabilir. Ancak ifade edilmelidir ki üretim yükümlülüğünün gerek taraflarca kararlaştırılmış olduğu durumlarda gerek dürüstlük kuralının bir gereği olarak söz konusu olduğu durumlarda söz konusu yükümlülük satıcı bakımından bir yan yükümlülük niteliğindedir. Yan yükümlülükler ise asli edimin tam ve doğru olarak ifa edilmesine yardım eden veya alacaklının edim menfaati dışında kalan diğer mal ve şahıs varlığı değerlerinin muhtemel bir zarardan korunmasına ilişkin yükümlülüklerdir. Üretimin asli edim yükümlülüğü olarak kararlaştırıldığı durumlarda nitelikli satış sözleşmesinin varlığından söz edilemez.

Satıcının üretim yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda nitelikli satış sözleşmesinden söz edebilmek için üretimin özel olarak sipariş eden için yapılmamış olması gerekmektedir. Nitekim üretim yükümlülüğünün bulunduğu hallerde üretilen mal, alıcı için özel olarak üretilen bir mal niteliğinde değildir. Satıcı alıcıya teslim etmesi söz konusu olmasa dahi üretim planı dahilinde üretecek olduğu bir malı üreterek alıcıya teslim etmektedir. Alıcı için onun istekleri doğrultusunda ve alıcının hususiyetlerini taşıyan bir mal üretilmesi söz konusu değildir. Diğer taraftan nitelikli satış sözleşmesinde alıcının üretim sürecine dahil olması söz konusu değildir. Alıcının bu süreci kontrol etme ve müdahale etme hakkı bulunmamaktadır.

Alıcının siparişi üzerine yapılan seri üretimler çoğunlukla nitelikli satış sözleşmesine konu olmaktadır. İmalatçının kendi standart

programına göre seri halde üretilecek malların teslimi bu kapsamda değerlendirilmektedir. Ancak satıcının alıcı ile arasında bir sözleşme bulunmasa dahi kendi üretim planı dahilinde seri halinde üretilecek malların devri nitelikli satış sözleşmesine konu olmakla birlikte seri üretimin gerçekleştiği bazı durumlarda seri halde ve sadece mekanik yolla üretilen mallar da TBK m. 470 anlamında eser niteliğinde olabilir. Nitekim seri üretimlerde olduğu gibi yapılan üretimin çok sayıda mala ilişkin olması, yapılan nitelendirme bakımından tek başına belirleyici bir rol oynamamaktadır. Önemli olan husus, sipariş eden için özel olarak onun istekleri ve talimatları doğrultusunda üretilen bir malvarlığı değerinin mi yoksa satıcı tarafından kendi üretim planı dahilinde üretilen ve sözleşmede kararlaştırılan miktarda devri taahhüt edilen bir malvarlığı değerinin mi oluşturduğudur. Bu bağlamda seri halde üretimin söz konusu olduğu hallerde taraflar arasındaki sözleşmenin nitelikli satış sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için üretimin sipariş eden kişiye özel olarak ve onun istekleri doğrultusunda gerçekleştirilmemiş olması gerekmektedir. Sözleşmenin konusunu özel olarak sipariş eden için üretilecek malların oluşturulması durumunda, seri üretim söz konusu olsa dahi söz konusu sözleşme nitelikli satış sözleşmesi olarak nitelendirilemez.

Taraflar arasındaki sözleşmesinin nitelikli satış sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için bulunması gereken diğer bir unsur, alıcı tarafından ödenmesi taahhüt edilen bedelin satılana ilişkin olmasıdır. Burada önem arz eden husus, alıcı tarafından ödenecek bedelin satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin devredilmesi borcunun karşılığını oluşturmasıdır. Diğer bir ifadeyle üretim yükümlülüğünün karşılıklılık ilişkisi içerisinde alıcının yükümlülüğü olan bedel ödeme borcuna karşılık gelmemesidir. Yoksa malın üretilmesi satıcı tarafından üstlenilebilir veyahut somut olayda üretim yükümlülüğü dürüstlük kuralının bir gereği olarak bulunabilir. Burada önemli olan üretim yükümlülüğünün edimler arası karşılıklılık ilişkisine dahil edilmemiş olmasıdır.

Taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğinin belirlenmesine ilişkin uyuşmazlık halinde taraflar arasındaki sözleşmenin yorumlanması suretiyle sonuca varılması gerekmektedir. Bu bağlamda sözleşmenin içeriği de göz önünde bulundurulmak suretiyle güven teorisi ışığında yapılacak yorum çerçevesinde sözleşmenin niteliği belirlenmelidir.

KAYNAKLAR

- ARAL, Fahrettin/
AYRANCI, Hasan : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 13. Baskı, Ankara 2020.
- BECKER, Hermann : Berner Kommentar zum Schweizerisch Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, VI. Bd., II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184 – 551, Bern 1934.
- BUCHER, Eugen : Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1988.
- BÜHLER, Theodor : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2d, der Werkvertrag, Art. 363 – 379 OR, Zürich 1998.
- DEMİRBOĞA, Dursun Ali : Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2013.
- EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, (EREN, Genel Hükümler).
- : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019, (EREN, Özel Hükümler).
- GAUCH, Peter : Der Unternehmer im Werkvertrag, Ein Systematischer Grundriss, 2. Aufl., Zürich 1977 (GAUCH, Unternehmer).
- : Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011 (GAUCH, Werkvertrag).
- GAUTSCHI, Georg : Berner Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Band VI Das Obligationenrecht: Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Das Obligationenecht

2. Abteilung: Die Einzelnen Vertragsverhältnisse 3. Teilband: Der Werkvertrag Artikel 363-379 OR, Bern 1967.
- HONSELL, Heinrich : Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. überarbeitete Auflage, Bern 2017.
- HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie : CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184- 318 OR, Schulthess Juristische Medien AG, 3. Aufl., Zürich 2016.
- HUGUENIN, Claire : Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/ Basel/ Genf 2014.
- KOLLER, Alfred : Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI., 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag Art. 363-379 OR, Bern 1998.
- KOSTKIĞWICZ, Jolanta Kren : OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. überarbeitete Auflage, Zürich 2016.
- KURT, Leyla Müjde : Yüklencinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012.
- MÜLLER-CHEN, Markus/
GIRSBERGER, Daniel/
DROESE, Lorenz : Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2017.

- NOMER, Haluk Nami/
ENGİN, Baki İlkey : Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri
Cilt I: Satış Sözleşmesi, 4. Baskı, Ankara
2018.
- OĞUZMAN, M. Kemal/
SELİÇİ, Özer/
OKTAY ÖZDEMİR, Saibe : Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş Genişle-
tilmiş 22. Baskı, İstanbul 2020.
- OKUR, Sinan : “Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda Eser
ve Eser Teslim Sözleşmeleri: Tarihsel Geli-
şim, Kavram, Unsurlar ve Benzer Sözleşme
Tiplerinden Ayırt Edilmesi”, Bahçeşehir
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:
14, Sayı: 175-176, Mart-Nisan 2019, s. 625-
739.
- NOMER, Haluk Nami/
ERGÜNE, Mehmet Serkan : Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişle-
tilmiş Sekizinci Bası, İstanbul 2020.
- ÖZ, Turgut : İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dön-
mesi, İstanbul 1989.
- PAKET, Sabure : Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul, An-
kara 2020.
- PEDRAZZINI, Mario M. : Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvert-
rag, SPR VII/1, Basel- Stuttgart 1977, s. 495-
646.
- PINAR, Yunus Akşin : Kamu İhale Sözleşmeleri ve İhalenin Yargı
Yoluyla İptalinde Sözleşmelerin Akıbeti,
Ankara 2019.
- SCHMID, Jörg/
STÖCKLI, Hubert : Schweizerisches Obligationenrecht, Be-
sonderer Teil, Zürich – Basel 2010.
- SCHÖNLE, Herbert : Kommentar zum Schweizerischen Zivilge-
setzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2a,

- Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, 3. Aufl., Zürich 2005.
- ŞENOCAK, Zarife : Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.
- TANDOĞAN, Haluk : “İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırdedilmesi”, İmren Öktem’e Armağan, Ankara 1970, s. 315 vd.
- : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basımdan Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul 2008.
- : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul 2010.
- ÜNAL, Mehmet/
BAŞPINAR, Veysel : Şeklî Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2012.
- YAVUZ, Cevdet/
ACAR, Faruk/
ÖZEN, Burak : Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 15. Baskı, İstanbul 2018.
- ZEVKLİLER, Aydın/
GÖKYAYLA, Emre : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Bası, İstanbul 2020.
- ZIMMERMANN, Peter : Der Geist-Werkvertrag, Basel und Frankfurt am Main 1984.
- ZINDEL, Gaudenz/
PULVER, Urs/
SCHOTT, Betrand : Der Werkvertrag, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR (Honsell-Vogt-Wiegand (Hrsg.)), 6. Aufl., Basel 2015.

META DEĞİŞİMİ VE PARANIN SİYASAL İKTİDARIN KURULMA VE KURUMSALLAŞMA SÜRECİNDEKİ ROLÜ

Dr. Öğr. Üyesi Seydi ÇELİK*

Öz

Avcı-toplayıcı toplumların yerleşik hayata geçmeleri ardından gerçekleşen tarım devriminin, bu toplumların eşitlikçi yapısını bozduğu ve sınıflı/hiyerarşik yapıların ortaya çıktığı ve giderek devletli toplumu meydana getirdiği söylenir. Neolitik dönem olarak adlandırılan bu dönemde, üretim fazlasına ihtiyaç duymayan dolayısıyla sadece kendine yeten yüzlerce küçük köy yerleşimi kurulmuştur. Bunlardan bazıları kurulduğu gibi küçük köy yerleşimleri olarak kalırken bazıları belirli bir eşiğin üzerine çıkmayı başarmış, giderek o dönemin en gelişmiş sosyal/siyasal örgütlenmelerini hayata geçirebilmiştir. O halde bu nasıl olmuştur? Tarım devrimi neden her köy için aynı sonucu doğurmamıştır? Devletli topluma geçişle ilgili pek çok teori olmakla birlikte makalede asıl dönüşümün değiş-tokuş ve pazaryeri ekonomisiyle başladığının altı çizilecektir. Makalede, malın başka bir malla değiştirildiği takas ekonomisinden para ekonomisine, muazzam bir gelişme gösteren ticaret ağının gereksindiği kurumların, giderek nasıl ilk devlet biçimi olan “Kent Devleti” haline geldiği gösterilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Meta Değişimi • Para • Kent Devleti • Devlet Teorisi • Siyasal İktidar

* Dr. Öğr. Üyesi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kocaeli, Türkiye | Asst. Prof., Kocaeli University, Faculty of Law, Department of General Public Law, Kocaeli, Turkey.

✉seydi.celik@kocaeli.edu.tr • ORCID 0000-0003-1224-9877

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ÇELİK, Seydi “Meta Değişimi ve Paranın Siyasal İktidarın Kurulma ve Kurumsallaşma Sürecindeki Rolü”, *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 1275-1304.

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

THE EXCHANGE OF COMMODITIES AND INVENTION OF THE MONEY; ITS ROLE ON THE ESTABLISHMENT OF POLITICAL POWER AND IN THE INSTITUTIONALIZATION PROCESS

Abstract

The agricultural revolution, which took place after hunter-gatherer indigenous peoples had begun to live a settled life, adversely affected equality in such communities and led to the emergence of hierarchy (ranking) and class based system as well as the transformation into state societies. During this period, known as Neolithic and where there was noneed for any over-supply, hundreds of small, close-knitand self-sufficient villages were established. Over time, some of those villages remained the same, whereas some others managed to expand to a certain size and turned increasingly into larger forms of social and political organisations.

Why did not the agricultural revolution have the same effect for each village? On this footing, while there exist many theories centring on the transformation into state societies, this Article claims and underlines that such evolution commenced indeed due to direct exchanges of goods/commodities (barter) and market place economics.

Key Words

Exchanges of Goods/Commodities (Barter) • Money (Currency) • City-State (Polis) • Theory of State • Political Power

GİRİŞ

Modern devlet, Avrupa'da gerçekleşen sanayi devrimi sonrasında örgütlenmiş karmaşık modern toplumda ortaya çıkmıştır; daha önceki toplumlarda bugünkü anlamıyla modern devletten söz edilemez. Modern devlet, insanların gündelik hayatını bütün yönleriyle belirleyen, doğrudan veya dolaylı olarak bireyin yapıp-ettiği her şeyle ilgilenmekte olan devlettir. Oluşturulmuş organlar aracılığıyla çıkardığı yasalar ve yaptığı düzenlemeler, bütün davranış ve düşüncelerimizi kuşatmaktadır. Modern devlet organizasyonunun bütün bu kuşatıcılığına rağmen tarihin büyük bir diliminde insanlar devletsiz yaşamışlardır: İnsanlar milyonlarca yıllık tarihinin son 5300 yılı içinde devletli bir toplum haline gelebildiler.¹

¹ UYGUN, Oktay, Devlet Teorisi, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2014. s.1.

İlk insanlar, bitkiler, meyveler, leşler ve av hayvanlarının etleriyle besleniyor, bu hayvanların kürklerini soğuktan korunmak için giysi olarak kullanıyorlar, vahşi hayvanlardan korunabilmek için ağaç tepelerinde, kaya oyuklarında veya çalı çırpıdan yaptıkları sığınaklarda, özellikle mağaralarda konaklıyorlardı. Mağaraların çevresindeki sınırlı kaynaklar tükendikçe yer değiştiriyorlardı. Göçebe yaşamın, hayatta kalmanın ve avlanmanın zorluk ve tehditleri, insanları küçük topluluklar halinde yaşamak mecburiyetinde bırakıyor ve bu durum dayanışma duygusunun gelişmesine neden oluyordu. Elbette bu ilk insanlar modern anlamda yasalardan, yargıçlardan ve siyasi örgütlenmelerden yoksundu.² Buna karşın saha çalışmalarından elde edilen bulguları değerlendiren antropologlar, ilk insanların, hayatın olağan akışını düzenleyen, bir yaşam standardını sürdürülebilir kılan eşitlikçi bir sosyal yapıyı oluşturabildiklerini göstermişlerdir.

İlk insanların alet kullanmaya başlamaları, evrimsel süreçte önemliydi çünkü bundan önce, birkaç milyon yıl boyunca insanlar günlük yaşamlarını doğanın sunduklarına göre düzenlemekteydi. Alet teknolojisindeki gelişmeler ve bazı hayvanların evcilleştirilmesiyle birlikte yerleşik hayat dönemi başlamış, taş temelli, kerpiç duvarlı evlerden oluşan ilk köylerde tarımsal faaliyete geçilmişti. “Neolitik” olarak adlandırılan bu dönemde, insanların günlük yaşamları radikal bir değişime uğramış, daha büyük gruplar halinde yaşam alanları oluşturmuş, ortak sosyal davranış kalıpları ve inanç sistemleri geliştirmiş, bunun için tapınaklar ve savunma için surlar inşa etmişlerdi. Kendi kendine yeten, dolayısıyla üretim fazlasına ihtiyaç duymayan köy ekonomisi yaygınlaşmıştı. Ancak binlerce köy yerleşimi arasından sadece bazı köyler kent devleti haline gelmeyi başaracaktır. Örneğin Sümer olarak adlandırılan bölgede, anıtsal mimarisi, ileri tarımsal sistemleri ve sanatsal faaliyetleriyle, Uruk kenti, insanlık tarihinin ilk kent devleti olmayı nasıl başarmıştı. Nasıl oldu da bazı köyler devletli bir yapıya dönüşürken diğerleri devlet öncesi yapılarda kaldı?

Tarım ve hayvan evcilleştirmeleri, basit toplumsal işbölümü gibi yerleşik hayata dair çok önemli gelişmelerin, tek başına, dönemin karmaşık sosyal/siyasal organizasyonu olan Kent Devletini kurmaya yetmediği ortadadır. Günümüzde dahi kendi kendine yeten köylerin var

² KAYA, Mehmet Ali, İlk Çağ Tarihi ve Uygarlığı, Pegem Akademi, Ankara, 2016, s.8-9.

olduğu gerçeğinden yola çıkarak sadece bazılarının Kent Devletine ulaşmayı başarmasının başka bir nedeni olması gerekir. Köyün bulunduğu coğrafya, suya yakınlık, tarıma elverişli toprakların varlığı ve savunmaya elverişli konum gibi asgari koşullara sahip olsa bile, yine de her bir köyün Kent Devletine ulaşamadığı görülmektedir. Üretim fazlasına ihtiyaç duyulmayan ilk çağların köy yapılanmaları için farkı yaratan şey, kendilerinde az olan veya hiç olmayan çeşitli ihtiyaç mallarını temin için ticari manada bir değiş-tokuş ekonomisini oluşturabilmeleridir.

Burada daha verimli arazilere sahip olduğu için artık ürünü daha fazla elde eden köyler, bir değişim malına sahip oldukları için, bir adım öne geçtiler. Arazisi verimli olmadığı halde coğrafi olarak sahip olduğu (kerestelik ağaç, maden yatakları, kürk hayvanları, ipek, tuz, balık v.b.) emtialar nedeniyle bu ticaretin bir tarafı olan köyler de aynı farkı yaratma potansiyeline sahip olmuşlardı. Hatta hiçbir meta ürüne sahip olmadığı halde sadece ticaret yolları üzerinde olması ve tüccarlara verdiği hizmet sayesinde gelişen kentler ortaya çıkmıştı. Ticaret insanlığın uzun yıllar boyunca aşamadığı eşğin aşılmasını sağlayan, kurumsallaşmış bir örgütlü toplum için dinamo görevini üstlendi. Ticaretin dönüştürücü gücünü en iyi tahkim eden unsur ise para olmuştu. İlk dönemler deniz kabuğundan tuza, arpadan kürke pek çok “mal”, para yerine kullanılmış fakat ancak Lidyalıların sikkeyi bulmasıyla yepyeni bir aşamaya geçilmiştir. Üzerine bir iktidar sembolü darp edilen bu küçük madeni sikkeler, insanlığın ilkel değiş tokuş ile bir yere kadar getirdiği ve fakat uzun yıllar boyunca aşamadığı eşğin aşılmasını sağlayan, kurumsallaşmış devletli toplumu bütün Akdeniz kıyılarına yayarak küreselleştiren bir işleve sahipti.

Devletli topluma geçişle ilgili pek çok teori olmakla birlikte, bu çalışmada söz konusu dönüşümün, en azından Kent Devleti için, değiş tokuş ve pazaryeri ekonomisiyle başladığının savunusu yapılacaktır. Armağan/potlaç ekonomisinde kalan toplumlarla, kara ve deniz üzerinde ticaret ağları oluşturmayı başaran toplumların hangi farklı yaşam örüntülerini, nasıl oluşturdukları irdelenecektir. Paranın, ilkel değiş tokuştan sikkenin icadına kadar yaşanan evrimi içerisinde sadece ekonomik alanda değil, sosyal ve siyasal dönüşümlerde nasıl belirleyici olduğunu, giderek nasıl “Kent Devleti”ni örgütlemeyi başardığı gösterilmeye çalışılacaktır.

I. KOMÜNAL YAPIDAN DEĞİŞ TOKUŞ EKONOMİSİNE

A. Eşitlikçi Komünal Toplumlarda Üretim-Dağıtım İlişkisi

Polanyi'ye göre, hiçbir toplum malların üretimi ve dağıtımını sağlayan bir sistem olmadan yaşayamaz. "Kazanç amacının yokluğu, ücret karşılığında çalışma ilkesinin yokluğu, çalışırken sarf edilen çabanın olabildiğince azaltma gayretinin yokluğu ve özellikle ekonomik amaçlar üzerine kurulu ayrı ve belirgin bir kurumun yokluğu"na rağmen eşitlikçi komünal toplumlarda da bir üretim-dağıtım/alış-veriş ilişkisi mevcuttur. Söz konusu üretim ve dağıtım, sosyal ilişkiler örüntüsü içerisinde gerçekleştirildiği için, bu toplumlarda, kendisinden ayrı ekonomik kurumların varlığına gereksinim duyulmaz. Çünkü ekonomik yapı, adeta sosyal yapının ve sosyal ilişkilerin içine gömülü durumdadır ve bu nedenle ilkel toplumdaki bireyin ekonomisi sosyal yapıdan bağımsız değildir.³

Mübadale sistemleri pazara dayanmayan ilkel komünal yapıdaki avcı toplayıcı toplulukta, avlanan ve toplanan mallar ve daha birçok şey ortak olduğundan takas değil ama dayanışma kuralları geçerlidir. Eşitlikçi olma özellikleriyle tanımlanan bu topluluklarda, sahip olunan malların genel bir değişim aracı olarak ortaya çıkıp meta haline gelmediğini biliyoruz. Örneğin deri giysisi olmayan topluluk üyesine bu elbisenin sağlanması veya topluluk üyelerinin beslenmesi işi topluluğun bizatihi görevi olmaktadır. Aşırılığa kaçmadan elde edilen ihtiyaç fazlası ürünler, kişisel olarak elde edilmişse kabile içinde, kolektif olarak kazanılmışsa komşu kabilelerle paylaşılırdı. Ancak yine de bu dayanışma ve paylaşma saikiyle yapılan bu "vermeler", karşılığında bireyden toplumsal yapıya uyum gösterme, kurallara uyma ve toplumun diğer eksiklerini giderme gibi zımni bir karşılıklılık sözleşmesini hayata geçirir. Ekonomik alanda değerlendireceğimiz her ilişki biçimi, aynı zamanda toplumun ortak norm ve standartlarla sürdürülmesini de yönlendirir. Her türlü mübadale biçimi, toplumsal normları kendi doğrultusunda şekillendirir ve bireylerin hak ve yükümlülüklerini belirler.⁴

³ POLANYI, Karl, Büyük Dönüşüm (Çağımızın Siyasal ve Ekonomik Kökenleri), Çev. BUĞRA, Ayşe, İletişim Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.118.

⁴ ÖZCAN, Mehmet Tevfik, İkel Topumlarda Toplumsal Kontrol, Özne Yayınları, 1998, s.228.

Tarım toplumlarında statü sahibi olmanın tek kaynağı olarak görünen mal biriktirme teşebbüsü, avcı toplayıcılarda görülmez. Hatta tam tersi bu toplumlarda zenginlik istenen bir özellik olarak değil sapma ve anomali olarak görülür.⁵ Bunun nedeni bu toplulukların yaşadıkları yerlerdeki yiyecek rejimlerinin dengeli ve yeter derecede bol ve çeşitli olmasıdır. Bu insanlar sefalet bir yana, tüm ihtiyaçlarını karşılamak için günde 3-4 saat çalışıp geri kalan zamanlarını sosyalleşme, dinlenme, eğlenme ve oyun aktivitelerine ayıran⁶ bolluk toplumlarıdır.⁷ Bilinenin aksine tarıma geçmiş topluluklara göre daha az açlık ve kıtlıkla karşılaşmışlardır.⁸

Tarım toplumuna geçtikten sonra da mülkiyet uzun bir süre sadece kişinin ekip biçtiği, topladığı ve çürümeden önce kullanabildiği şeylerle sınırlı kalmış olmalıydı.⁹ Uluslararası ticaretin büyüttüğü pazaryeriyle birlikte ortaya çıkacak olan ve eşitsizliğin kaynağı olarak görülen mülkiyet kavramı,¹⁰ bu çağ insanına yabancı bir kavramdır. Avcı-toplayıcı toplumun bireyleri eşitsizliğin ortaya çıkmaması için azami özen gösterir. Bunun için üretim araçları üzerinde mülkiyet yasağı konmuş ve anlamsız bir faaliyet olarak görünen ihtiyaç fazlası mal biriktirmek, ayıplanan bir davranış olarak damgalanmak suretiyle izin verilmemiştir.¹¹ İhtiyaç fazlası üretim yapılmadığı için bir pazar ekonomisi de oluşmaz. Zaten bu çağın insanı için anlamsız olan “piyasa” kurumu bir eksiklik hali değil bir gereksizlik halidir.¹² Eşitlikçi

⁵ HAVILAND, William A., Kültürel Antropoloji, Çev. Hüsamettin İnanç, Kaknüs Yayınları, İstanbul, 2002, s.215.

⁶ HARRIS, Marvin, Yamyamlar ve Krallar: Kültürlerin Kökenleri, Çev. M. Fatih Gümüş, İmge Yayınevi, Ankara, 1994, s.23.

⁷ SAHLINS, Marshall, Taş Devri Ekonomisi, Çev. Doğan T.-Özgün Ş., BGST Yayınları, İstanbul, 2010, s.13-24.

⁸ HAVILAND, s.209.

⁹ LOCKE, John, Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Çev. BAKIRCI Fahri, Ebabil Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2012, s.30.

¹⁰ Bkz. ROUSSEAU, J. J., İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine, Çev. ZENGİN Hakan, Morpa Yayınları, İstanbul, 2003.

¹¹ UYGUN, s.24.

¹² CLASTRES, Pierre, Devlete Karşı Toplum, Çev. Mehmet Sert-Nedim Demirtaş, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1991, s.152.

topluluklarda ekonomi, tekele alınmaz.¹³ Topluluk üyelerinin kişisel özellikleri, yaşları bir hiyerarşinin varlığına işaret ediyor gibi görünse de bu hiyerarşinin kurumsallaşmasına/devletin ortaya çıkmasına izin verilmez. Yüksek konumdaymış gibi görünenler, kolektif iktidar kaynaklarını kullanamazlar.¹⁴ İlkel toplumlarda şeflik sadece prestij ve saygınlık dışında bir yaptırım, otorite, iktidar içermez. Bu toplumlarda iktidar, toplumun uhdesindedir.¹⁵

Pazar ekonomisinin oluşmadığı bu toplumlarda meta değişimi, armağanlar biçiminde görülür. Polanyi, farklı kültürlerde farklı adlarla adlandırılan (örneğin potlaç ve kula) armağan değiş-tokuşuna sahip olan toplumların "karşılıklılık" ve "yeniden dağıtım" ilkesi çerçevesinde işlediğini ifade eder.¹⁶ "Karşılıklılık" ilkesi, merkezi otoritenin bulunmadığı küçük ölçekli toplumlarda çalışır ve armağanı kabul eden kişi/aile/kabile geç de olsa mutlaka karşılığında altında ezilmeyecek bir armağanla karşılık verir. Antropolog Marcel Mauss, hiçbir yazılı hukuk kuralına ve icrai bir kuruma sahip olunmamasına rağmen, aldığı armağanın karşılığının verilmesi mekanizmasının "karşılıklılık" çerçevesinde nasıl işlediğine açıklık getirmiştir. Buna göre toplumda adeta zımnî bir toplumsal sözleşme varmışçasına uygulanagelen bu ilkenin işlemlerini sağlayan en temel unsur "mana"dır, yani onur ve sosyal saygınlığın kişilere kattığıdır. Kişi/aile/kabile olarak bu "mana"yı kaybetmemek adına alınan armağanın karşılığı verilmek zorundadır.¹⁷ Gerçekten de armağanı kabul etmemek mümkün olmadığı gibi, karşılığını verme yükümlülüğünden kaçınma, tam bir teslim oluş anlamına gelir ve armağan verene hakaret sayılır. Bu da birlik ve dostluğun bozulması, bazen de savaş demektir.¹⁸ Bu paylaşım

¹³ SCHNEIDER, Harold K., *Livestock and Equality in East Africa*, Indiana University Press, Bloomington, Indiana, 1979, s.219'dan aktaran Harold Barclay, *Efendisiz Halklar*, Çev. BİLİZ, Zarife, Versus Yayınları, İstanbul, 2010, s.113.

¹⁴ MANN, Michael, *İktidarın Tarihi: Başlangıcından 1760'a Kadar Toplumsal İktidarın Kaynakları*, Çev. SARAÇOĞLU, E. vd., C.1, Phoenix Yayınları, Ankara, 2012, s.52.

¹⁵ CLASTRES, s.17. Ayrıca bkz. CLASTRES, Pierre, *Vahşi Savaşçının Mutsuzluğu*, Çev. TÜRKER, Alev- SERT, Mehmet, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1992.

¹⁶ POLANYI, s.118.

¹⁷ MAUSS, Marcel, *Armağan Üzerine Deneme -Arkaik Toplumlarda Değiş Tokuşun Biçimi ve Nedeni*, Çev. ÖZYILDIRIM, Nihan, Alfa Yayınları, İstanbul, 2016, s.83.

¹⁸ SEDILLOT, Rene, *Değiş Tokuştan Süpermarkete*, Çev. ERENDOR, Esat Nermi, Dost Yayınları, Ankara, 2005, s.16.

saygınlık dışında, siyasi ve iktisadi olarak bir kazanç elde edilmesi söz konusu olamazdı.

Şeflikler ve erken devletler gibi merkezi otoritenin olduğu toplumlarda ise “yeniden dağıtım” ilkesi devreye girerek, üretilen mal ve hizmetlerin depo edilmesi suretiyle, herhangi bir kıtlık, kriz, savaş veya şölen durumlarında topluma geri verilir. Böylelikle potlaç denilen armağan alıp verme modeli, mal ve hizmetlerin bolluk zamanlarında yukarıya, kıtlık zamanlarında ise aşağıya doğru akmasını sağlayarak adeta toplumdaki gelir adaletini sağlayan bir kamu fonu rolünü oynar, sürdürülebilir bir toplumsal geçim pratiği oluşturur.¹⁹

B. Armağan Değiş tokuşu

Bütün bu potlaç/armağan modelinin ardından biraz farklı ancak ticaretin ilk nüvelerini içinde barındıran başka bir modelle karşılaşmaktayız: Armağan kisvesi altında işleyen bir takas ekonomisi. “Armağan değiş tokuşu” adı verilen bu modelin ortaya çıkışını antropologlar şöyle kurgulamışlardır. Savaşıma cesaret edilemeyecek kadar güçlü olan veya başka bir dil konuşan veyahut yabancılara karşı son derece saldırgan olduğu bilinen bir kabileyle barışçıl bir ilişki kurmak isteyen öteki kabile, tarafsız bir bölgede özel bir yere çeşitli armağanlar koyar ve bu bölgeye dikkat çekmek için gürültü çıkarır. Kuşularını yeneren olay yerine gelen diğer kabile armağanları görür. O andan sonra kabilenin armağanları kabul edip etmeyecekleri ve bu armağanlara karşılık başka bir armağanla cevap verip vermeyecekleri üzerine sabırlı ve sessiz bir bekleyiş başlar. Bırakılan armağanların alınıp ardından başka armağanlarla karşılık verilmesi halinde alışveriş başlamış olacak ve davranış kalıpları, kuralları ve gelenekleriyle “armağan değiş tokuşu” modeli ortaya çıkacaktır; ilkel pazarın ortaya çıkışı böyle gerçekleşmiştir.²⁰ Bu kurgu gerçeğe yakın durmaktadır. Nitekim bu sessiz ticareti uygulayan bir başka avcı-toplayıcı grup olan Pigmeler, değiştirmek istedikleri ürünleri Bantu köyüne getirip uygun bir yere sergi yayarlar ve giderlerdi. Bantular, sergiyi gezer, çeşit ve miktar olarak uygun gördükleri kendilerine ait tarım ürünlerini bu orman ürünlerinin yanına koyarlardı. “Pigmeler geri dönerek önerileri gözden geçirir, beğenirlerse tarım ürünlerini alıp giderler. Az bulurlarsa

¹⁹ ÖZBUDUN, Sibel, UYSAL Gülfem, 50 Soruda Antropoloji, Bilim ve Gelecek Kitaplığı, İstanbul, 2012, s.116.

²⁰ SEDILLOT, s.16

yeniden uzaklaşırlar. Bu sessiz pazarlık, anlaşma oluncaya veya tümünden vazgeçilinceye kadar devam ederdi".²¹ Daha sonraları deniz aşırı ticaret yapan Fenikeli denizcilerin de benzer bir yöntemi uyguladıkları bilinmektedir. Gerek mola vermek gerekse koloni kurmak niyetiyle bilmedikleri bir kıyıya yanaşan denizciler, yerli halk tarafından her zaman hoş karşılanmadıklarını tecrübe etmişlerdi. Bu yüzden önce kıyıya bir keşif grubu gönderilerek armağan olarak sunulacak mallar kıyıya bırakılır ve dikkat çekmesi için büyük bir ateş yakılırdı. Dumanı gören yerli halk, ihtiyatla da olsa kıyıdaaki armağanları alır, hoşlarına gitmesi halinde memnuniyet ifadesi olarak bu defa kendi armağanlarını bırakırlardı. Böylece taraflar birbirini görmeden hem güven tesis ederler hem de ticari faaliyette bulunmuş olurlardı.²²

Tarih öncesi devirlerde "armağan değiş tokuşu" olarak ortaya çıkan bu ilkel ticaret, tarım devrimi sonrasında "doğrudan değiş tokuş" (takas) halini alacaktır.

C. Doğrudan Değiş tokuş (Takas) Ekonomisinin Önemi

Dünyanın farklı bölgelerinde üretim ve değişim ilişkisini belirleyen ekonomi biçimi olarak armağan değiş tokuşu uygulaması sürdürülmeye devam ederken, özellikle yerleşik hayata geçen bazı toplulukların takas ekonomisine geçtiklerini görmekteyiz. Mezopotamya, yerleşik hayata geçişin ardından insanın tarım faaliyetlerinde önemli atılımlar yaptığı, tecrübe ve bilgi birikimini artırmak suretiyle uygarlık geliştirdiği önemli yaşam merkezi olarak öne çıkmaktadır. İnsanlık tarihinin ilk kenti olan Uruk kentinin bu bölgede ortaya çıkması tesadüf değildir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Mezopotamya'da böylesi kentlerin ortaya çıkmasında en temel etmen, bölgedeki ekolojik çeşitliliktir. Bu ekolojik çeşitlilik nüfus artışını da beraberinde getirmiş olmalıdır. Ortaya çıkan yeni işgücü, bölgenin sunduğu farklı ürün yelpazesi içerisinde dağılarak yeni üreticiler olarak konumlanmışlar ve bunun sonucu olarak da üreticiler arasında bir uzmanlaşmaya neden olmuşlardır. Her bir farklı gıda kaynağının üretiminde uzmanlaşmış olan insanların, kendi alanlarıyla ilgili olarak ortaya çıkardıkları kimi

²¹ DOĞAN, İ. Banu, Tarih Öncesinde Ticaret ve Değiş Tokuş, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul, 2008, s.9.

²² TOK, Gökhan, "Antik Çağın Tüccarları: Fenikeliler", Tübitak Bilim ve Teknik, Subat 2001, s.92.

teknolojik buluşlar, bu uzmanlaşma hatlarını daha belirgin hale getirmiş olabilir. Doğal olarak, bir konuda uzmanlaşan insanlar diğer konularda bir diğer uzmana bağımlı kaldıklarından ihtiyaçlarını giderebilmek için takas sistemine yönelmiş olabilirler.²³

Elbette meta değişiminin takas usulüyle yapılmaya başlanması kendi içindeki sınırlılıklarına rağmen, kendi kendine yeten bir sosyo-ekonomik gelişme yaratmıştı ama henüz kent devletini oluşturacak dinamiklerden yoksundu; çünkü buna gerek yoktu. Toplum içerisinde kimin, neye, ne kadar ihtiyacı olduğu aşağı yukarı tahmin edilebilir olduğu için her bir mal/ürün üreticisi üretimlerini bu ihtiyaca binaen yapıyor, dolayısıyla oluşan pazaryeri küçük ve yerel kalıyordu. Dolayısıyla Kent Devletinde görülen karmaşık siyasal iktidar biçimi yerine örgütlü ahlak, yönetim, yasa ve adaletin en ilkel hali olarak köyün ihtiyar heyeti yeterli olmaktadır. Süreç içerisinde oluşup örf ve adetlerle biçimlenen bu yaşlı-bilge heyetler yönetmek, yeni kararlar almaktan ziyade, o güne kadar toplumun bekasını idame ettirmede başarılı olmuş kadim kuralları ve gelenekleri sürdürmenin gerekliliği konusunda toplumsal uzlaşının bir ifadesi olarak ortaya çıkmıştı.²⁴

Dolayısıyla verimli arazilere sahip olmak ve ekolojik çeşitlilik Kent Devletine götüren kurumların ortaya çıkması için gerek-şart olabilir ama yeter-şart değildi. Araştırmacılar Mezopotamya'da, kent devletini oluşturacak olan merkezi kurumların ortaya çıkmasını, genellikle tarımsal verimliliği artırmak için ihtiyaç haline gelen büyük sulama kanallarının yapım ve kullanım organizasyonuna bağlama eğilimindedirler.²⁵ Oysa sulama kanallarının yapılması, kendinden menkul bir unsur olmayıp, doğrudan takas ekonomisiyle bağlantılı bir tercihtir. Nitekim iki nehir arasındaki verimli bölgede kendi kendine yeten ve nüfusunu rahatça besleyebilen bir köy yerleşiminin, daha fazlasına ihtiyacı olmadığı halde muazzam bir organizasyon gerektiren bu tür kanalların yapımına kalkışması açıklanmaya muhtaçtır. Eğer ekonominin amacı gereksinimlerin karşılanması ise -özellikle ilkel ekonomiler için- gereksinimlerden daha fazlasını üretmek sadece israftır. Sombart'ın zanaatkar örneği çarpıcıdır: "İcra ettiği meslek

²³ MIEROOP, Marc Van De, Antik Yakındoğu'nun Tarihi, Çev. Sinem Gül, Dost Yayınları, Ankara, 2006, s.44.

²⁴ MUMFORD, Lewis, Tarih Boyunca Kent, Çev. KOCA Gürol -TOSUN Tamer, Ayrıntı Yayınları, 2007, s.32-33.

²⁵ KRAMER, Samuel Noah, Sümerler, Çev. BUZE Özcan, Kabalcı Yayınları, 2002, s.15.

karnını doyuruyorsa zanaatkar için tatmin edicidir ve o kendi geçimini sağlayacak kadar çalışmak istemektedir".²⁶ Smith'in toplumların gelişmesinin anahtarı olarak söylediği "bolluk arzusu" ilkesi²⁷ burada çalışmayacaktır; çünkü böylesi büyük bir üretimden elde edilecek artı-ürünün çürümeden saklanabilmesi bile önemli bir sorun teşkil edecektir.

Ancak diğer taraftan ortada bu elde edilecek artı ürünü talep eden bir dış pazar varsa, o halde bu tür bir sulama organizasyonuna girişmek rasyonel hale gelebilir. Tarım ürünleri karşılığında kendi bölgelerinde olmayan malların tedarik edilebilir olması, böylesi bir büyük organizasyona girişmek konusunda toplumu ikna edebilir. Dolayısıyla kent devletinin oluşmasında asıl belirleyici olan, Mezopotamya bölgesinde büyük bir bölgesel "pazaryeri"nin ve takas ekonomisinin ortaya çıkmasıdır. Fakat yine de söylenebilir ki, tarım devrimi, saban ve sulama teknolojisi, tohum ıslahı ve hayvan evcilleştirmeleri gibi önemli gelişmeler Kent Devletinin ortaya çıkmasını sağlamaya yetmediyse bile, altyapısını kurdu, kurulmasına destek oldu..

Neolitik sözcüğüne toplumsal bir içerik kazandıran Gordon Childe İnsanlık tarihinde bir "devrim" olarak tanımladığı tarım toplumu aşamasını, insanların son buzul çağının ardından artık elverişli iklim koşullarının hâkim olduğu yerlerde yerleşmeye ve tarım yapmaya başlamasıyla ortaya çıkan yeni bir uygarlık düzeyi olarak görmüştür.²⁸ Yerleşik hayata geçişle birlikte ortaya çıkan köy yerleşimlerinde önceleri kendine yeten bir ekonomi mevcuttu. İçinde evinin de olduğu tarla/bahçesinde ekip biçmek, evcil hayvanlara bakmak, evin çatısını onarmak gibi bütün ekonomik faaliyetleri ev halkının emeğiyle sürdürmek mümkün olduğundan toplumsal işbölümüne büyük ihtiyaç yoktu. İmece gibi işbirliğine yönelik toplumsal kurumlar ev halkının tek başlarına üstesinden gelemeyeceği işlerin köyün diğer bireylerinin yardımıyla çözülebilmesine olanak sağlıyordu. Gerçek işbölümünün ortaya çıkması, bir ürünün ortaya çıkmasını sağlayan bütün aşamaların her birinin bir başka kişi tarafından emek verilerek yapılmasına bağlıydı. Uzmanlaşmış

²⁶ SOMBART, Werner, Burjuva, Çev. ADANIR Oğuz, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2017, s.28.

²⁷ MEDA, Dominique, Emek: Kaybolma Yolunda Bir Değer mi?, İletişim Yayınları, 1995, s.88.

²⁸ Bkz. CHILDE, Gordon, Tarihte Neler Oldu, Çev. M. Tunçay-A Şenel, Alan Yayınları, İstanbul, (tarihsiz).

işbölümünün ortaya çıkabilmesi, çifti-çubuğu bırakıp uzmanlık gerektiren o işe yoğunlaşmayı gerektiriyordu. Bu durum takas ekonomisiyle aşılacaktır. Önce basit takas ekonomisiyle başlayan mal değişimleri, uzmanlıkların rafine hale gelmesiyle yerini daha karmaşık değişim araçlarına ve bu araçların standardını belirleyecek kurallara; bu kuralları koyacak kişi ve/veya kurumlara ulaşan yolu açmıştır. Durkheim'ın deyişiyle ilk zamanlar işbölümünün amacı işgücünün verimini ve becerisini artırmak gibi tamamen işlevsel amaçlardı; asla bir uygarlık yaratmak değildi.²⁹ Ama basit mübadele ekonomisini başlatması, uygarlığın da altyapısını hazırlamış oldu. Nitekim Adam Smith işbölümünü tanımlarken, “işbölümü, öyle geniş bir fayda gözetmeyen, insan tabiatındaki belirli bir eğilimin, yani alıp vermek, bir şeyi bir başka şeyle trampa ve değiş-tokuş eğiliminin pek yavaş, kademeli, fakat kaçınılması imkânsız olan sonucudur” der.³⁰

Sonuç olarak takas sisteminin işleyişinin düzenlenmesi, ölçü ve tartım aletlerinin standardize edilmesi ve bunların denetimi işleri, belli bir organizasyona ihtiyaç duyar. Ticaretin büyük çapta yapılmaya başlanması, gelir gider, alacak verecek gibi temel ekonomik faaliyetlerin kaydının tutulmasını zorunlu hale getirmiştir. Bütün bu kayıtları tutma ihtiyacı çivi yazısının bulunmasına ve bununla ilgili uzmanlaşmış bir seçkin sınıfın ortaya çıkmasına neden olmuştur.³¹

D. Değişim ve Ödeme Aracı Olarak “Mal-Para”

M.Ö. 4000’lerde başlayan bu ilkel değiş-tokuşa konu olan malların değerinin saptanabilmesine yönelik bir mihenk taşından yoksunluk, ticaretin getirdiği açılımların sınırlı kalmasına neden olmaktadır. Lidyalıların M.Ö. 700’lü yıllarda sikkeyi icat etmelerine kadar insanlar “hesaplama birimi” olarak kullanılmak üzere başka takas araçları bularak bu sorunu çözmeye çalışmışlardır. Balık, kumaş, tütün, deniz kabuğu, sığır, kürk, tahıl gibi kendisi de bir değer taşıyan maddeler ve mallar, “mal-para” olarak değişim ve ödeme aracı yapılmıştır.³² Para

²⁹ DURKHEIM, Emile, Toplumsal İşbölümü, Çev. OZANKAYA Özer, Cem Yayınevi, 2018, s.76.

³⁰ SMITH, Adam, Milletlerin Zenginliği, Çev. DERİN Haldun, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2006, s.14.

³¹ BATTERA, Jean, Mezopotamya Yazı, Akıl ve Tanrılar, Çev. ÖZCAN Mehmet Emin - ER Ayten, Dost Yayınları, Ankara, 2012, s.192.

³² CARRADICE, Ian-PRICE, Martin, Hellen Dünyasında Sikke, Çev. TEKİN Oğuz, Homer Kitabevi, İstanbul, 2001, s.14.

olarak kullanılmasa dahi tek başına bir değeri olan nesnelere değişim aracı olarak kullanılmasına mal para sistemi denmektedir.³³ Pek çok başka yerde olduğu gibi örneğin antik Yunanda değişim değeri olarak sığır kullanılmaktaydı. Homeros'un aktardığına göre, iyi bir köle 4 sığır fiyatındaydı.³⁴ Bazı antik kent yönetimleri önceleri küçük suçlar için 2 koyun, daha büyük suçlar için 30 sığır ceza ödenmesi ilkesini koymuş, sonraları sikkenin icadının ardından para cezalarını sikke veya sığırla ödeme tercihi tanımıştı. Nihayet zaman geçtikçe sikke kullanımının yaygınlaşması ve hayvancılığın korunması adına yeni ayarlamalar yapıldı ve örneğin 10 bronz sikke 1 koyun, 100 bronz sikke bir sığırın karşılığı olarak kesin belirlemeler yapıldı.³⁵ İşte aşağıda ayrıntılı değineceğimiz gibi ticaretin sıçrama yapmasını sağlayan tarihteki bu en eski para ayarlama girişimi, insanların, hayatı daha karmaşık yöntemlerle biçimlendirebilmesinin önünü açmıştır. İleriye yönelik sıçrama gerçekleştirecek olan toplumlar bu değişim ve ödeme araçlarını standartlaştırabilen ve denetleyebilen toplumlar olacaktır.

Ezcümle, kendiliğinden ortaya çıkan ilkçağın "pazar" ekonomisi, kapitalist ekonomistlerin "piyasa" dedikleri terimin içeriğinden henüz oldukça uzaktır. Çünkü ilkçağın pazarı sosyal yapıdan ayrı bir ekonomik düzen olarak örgütlenmemiştir.³⁶ Muhtemelen aralarında çıkan ticari anlaşmazlıklar pazaryerindeki güvendikleri bir hakem, daha büyük anlaşmazlıklar ise alışveriş yapılan diğer toplulukların da üye verdiği müşterek meclisler tarafından çözüme kavuşturuluyordu. Ancak ortada hala, geniş aileden daha büyük siyasal kurumlar yoktu.³⁷ Ancak bu küçük pazarların hakemleri, pazarların uluslararası hale geldiği bazı yerlerde yetkilerini artırarak gelişen ticaretin ihtiyaç duyduğu kuralları koyan ve yürüten yerel yöneticilere dönüşmüş olmalıdır. Değişim aracı olarak kullanılan mal-paraların -ve daha sonra sikkelerin- standart ölçülerinin ve saflıklarının belirlenmesinden, ortaya çıkan hukuki uyumsuzlukların çözümüne kadar yetkiyle donanan bu yöneticiler, uzun

³³ ÇALIŞKAN, Zehra Doğan, İktisada Giriş II, Editör: DİLEK, Serkan, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s.81.

³⁴ WEATHERFORD, Jack, Para, Çev. KORKMAZ, İnönü, Maya Kitap, İstanbul, 2019, s.35; SEDILLOT, s.31.

³⁵ SEDILLOT, s.31-32.

³⁶ POLANYİ, s.118

³⁷ GRAEBER, David, Anarşist Bir Antropolojiden Parçalar, Çev. KURTEGE-SEFER, Bengü, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2012, s.30.

zamandır aynı yetkileri kullanmakta olan tanrıların himayesindeki tapınak rahipleriyle birlikte ticari hakemliklerini sürdürmüşlerdir. Bunun için gerekli yasal düzenlemeleri kararlaştıran ve mağduriyetin giderilmesi için gereken cezaları, faiz oranlarını ve benzerlerini belirleyen çözüm mercileri olarak kral ve tapınakların işlevi ve otoritesi giderek artmıştır.³⁸

Siyasal kurumlara duyulan ihtiyaç, diğer topluluklarla mal değiş tokuşu yapabilmek için tanrılardan ve büyücülerden izin ve yardım isteme zorunluluğunu duymadan kendi topraklarından çok uzaklara gitmeyi başaran tüccarların başlatacağı büyük ölçekli ticaretle çok daha belirgin hale geldi. Denize kıyısı olan halklar ulaşım ve taşıma kolaylığı açısından bu konuda daha avantajlı durumdaydılar. Sümer coğrafyasına yakın yaşayan Fenike halkının deniz taşımacılığına uygun gemileri inşa etmesiyle birlikte Akdeniz, Ege, Karadeniz ve bu denizlerin hinterlandı olan tüm Avrasya coğrafyasında önemli dönüşümleri başlatacak küresel ölçekli ticaret de başlamıştır.

II. DEVLETLİ TOPLUMUN ORTAYA ÇIKMASINDAKİ ETKİN SINIF: TÜCCARLAR

A. Ticaret Ruhu ve Tüccarın Rolü

Tüm dünyayı tek bir pazar, tüm insanları da potansiyel birer müşteri olarak gören tüccarlar, her yerde herkes için geçerli olabilecek bir düzen tesis etme düşünceleriyle öne çıkarlar.³⁹ Ticaretin özünü oluşturan “müzakere” anlayışını ilke edinen tüccarların, “öteki” kavramının ötesine geçebilen ilk insanlar olarak tarih öncesinden itibaren uygarlık tarihinde önemli rolleri olacaktır. Takas ekonomisinin başlamasıyla birlikte “öteki”nin sosyo-kültürel farklılıklarına rağmen müzakere edilebilir görülmesi, yeni bir “uygar-insan” formatını ortaya çıkarması bakımından önemlidir.

Sıradan yerleşimler ile ticarete özgü yerleşimlerin yer seçiminde baz alınacak kıstaslar farklıdır. Paleolitik ve Neolitik dönemlerde insanların yaşamlarını sürdürebilmeleri neredeyse tamamen doğal çevre şartlarına bağlı olduğundan sıradan yerleşmelerin seçiminde suya yakınlık, tarım ve/veya avcılığa elverişlilik, güvenlik gibi pek çok

³⁸ EAGLETON, Catherine-WILLIAMS, Jonathan, Paranın Tarihi, Çev. KAHYA, Fadime, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2008, s.6-7.

³⁹ HARARİ, Yuval Noah, Hayvanlardan Tanrılara: Sapiens İnsanın Türünün Kısa Bir Tarihi, Çev. GENÇ, Ertuğrul, Kolektif Kitap, İstanbul, 2015, s.177.

morfolojik ve demografik etken rol oynamıştır. Bu yerleşimler arasında kent olabilmeyi başaranlar mutlaka kuruldukları alanın ekonomik anlamda gelişme potansiyeli taşıması sayesinde bunu başarmışlardır. Eğer belli bir yerde sıradan bir köy değil de sıfırdan bir kent kurulması planlanıyorsa ticarete uygunluk en ön plandadır. Elbette bu yerlerin seçiminde askeri stratejiye uygunluk da önemlidir ancak bu yine ticari ulaşımda kullanılan yolların ve doğal geçitlerin savunulmasını temin için olup ticarete içkindir. Ticaret kolonilerinin kurulduğu yerler ise zaten adından da anlaşılacağı gibi ticarete matuf olarak planlanması icap eder. Bazen de yapıldığı yerlerdeki askeri ve ticari geçişleri kontrol etmek üzere akropol olarak planlanan karakol yerleşmeler, kuruldukları alanın taşıdığı fiziki, ulaşım ve ekonomik potansiyeline göre, zamanla yerel kaynakların toplanma alanlarına dönüşebilmekte ve kent haline gelebilmektedir.⁴⁰ Kendine yeten üretim tarzından, fazla veren üretim tarzına geçebilen ve bu fazlayı meta haline dönüştürmeyi beceren kentler daha fazla gelişecektir.⁴¹

Tarım devrimini gerçekleştiren yerleşmeler yakın çevrelerindeki kırsal köyler için cazibe merkezi olmuş ve nüfus artışına yol açacak olan göç hareketi başlamıştır. Bunun sonucu olarak sosyal tabakalaşma ve yerleşimdeki tüketim miktarı artmıştır. İhtiyaç duyulan malların temini için ticaret yapılması gerekmiş ve bunun için pazar yerleri oluşturulmuştur.⁴² Eski köy yapısının toprak sahipleri tüccarlarla iş birliği yapmak suretiyle sosyal, ekonomik ve siyasal iktidarın belirleyicisi olmuşlar ve giderek -antik çağın ilk devletleri olan- kentin yönetimini ele almış olmalıdır. Bu nedenle de toprak sahiplerinin önemli bir figür olduğu tarım devrimi toplumlarının siyasal sistemi monarşi olarak kuruldu ve tarihin bazı dönemlerinde monarşiler parçalansa da toprak soylu unsurlara dayanan siyasal yapılar varlığını sürdürdü. İktidar ilişkileri oluşmaya başlayınca yerleşim artık köy sosyolojisinden çıkmaya ve kent haline gelmeye başlamıştır. Zenginlikle beraber artan nüfusu beslemek ve artan ticari mal talebini karşılamak üzere özgür çiftçiler yeterli olmayınca köleci sistem ortaya çıkmıştır. Bir süre sonra

⁴⁰ WILKINSON, T. J, *Archaeological Land Scapes of The Near East*, The University of Arizona Press, Tucson, 2003, s.60.

⁴¹ BRAUDEL, Fernand, *Uygurlıkların Grameri*, Çev. KILIÇBAY M. Ali, 2. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, 2001, s.10-107.

⁴² ALPARSLAN, M., *Eski Anadolu'da Ticaret (M.Ö. II. Binyıl)*, Türk Eskiçağ Bilimleri Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 2010, s.9.

yapılan savaşların niteliği değişmiş, dönemin üretim araçları olan köle, toprak ve madenler üzerinden yapılır olmuştur. Ticari faaliyetlerin sürdürülebilir kalması o kadar önemlidir ki kervan yollarını açık tutmak veya kendi tüccarlarını engelleyen veya alıkoyan devletlere karşı, sefere çıkıldığını biliyoruz.⁴³

Sümerler, günümüzde uygarlığın olmazsa olmazı olan yazıyı ilk olarak ticari işlerin hesabını ve kaydını tutmak için geliştirmişti. MÖ 3400'lere dayanan çivi yazısı, kendi coğrafyalarında olmayan odun, taş ve maden gibi malları Anadolu, Umman, Lübnan ve hatta Mısır ve Afganistan gibi başka uzak bölgelerden getirebilmek için hem deniz hem de kara üzerinde tarihin ilk küresel ticaret ağını kuran Sümerler için hayati önem taşımaktaydı. Ticarete vasatı oluşturabilmek kayıt tutmak ve hesap yapmakla mümkün olabilirdi. Bu zamandan önce sayılama yöntemi olarak ağaç parçaları, kemik gibi nesnelere üzerine "kertik" ya da mağara duvarlarına, kaya yüzeyine "çizik" atılırdı. Önce sayılacak şeylerin her biri için bir sicime düğüm atılır veya her biri için bir kâseye çakıl taşı atılır; kontrol edilirken bu düğümler ve veya çakıl taşları üzerinden karşılaştırması yapılırdı. Ticaretin gelişmesiyle birlikte sayılama dizgelerinin oluşumu, bunların çeşitli işaret ve sayı nesnelere kayıtlar altına alınması süreci başlamış, aynı zamanda ağırlık ve ölçü standartları ortaya çıkmıştı.⁴⁴

B. Deniz Ticaretinin Önemi

Ticarete denizin kullanılmaya başlanılmasının da uygarlığın kurulmasında belirgin bir rolü bulunmaktadır. Önceleri karada kurulan ticaret kolonileri gemicilik tekniklerinin gelişmesinin ardından gelişen deniz ticaretine paralel olarak deniz kıyılarına kaymıştır. Denizcilikte ve deniz ticaretinin de bu teknikleri en iyi hale getirenler Fenikeliler olmuştu. Akdeniz'i bir ticaret yoluna çeviren bu ulus, Sümerlerin icat ettiği çivi yazısını da geliştirmiş ve ilk alfabe sistemini oluşturmuşlardır. Öncelikle Fenike ve arkasından Mısır gibi uygarlıklar özellikle Akdeniz kıyılarında irili ufaklı pek çok koloni kurmuşlardır. Elbette, bu kolonilerden birer kent devletine dönüşenler, fiziki, ulaşım ve ekonomik manada gelişme potansiyeli taşıyanlar arasından çıkmıştır. Hatta

⁴³ GÜNBATTI, Cahit, Kültepe-Kaniş Anadolu'da İlk Yazı, İlk Belgeler, Kayseri Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, No: 89, Kayseri, 2017, s.30.

⁴⁴ ILDIZ, Erkan, Eski Çağ'da Bankacılık ve Bankerlik, Türkiye Bankalar Birliği Yayın No:297, İstanbul, 2013, s.2.

sonrasında bazıları anakentten bağımsızlıklarını kazanacak kadar zenginleşmiş, yerel halkların kültür ve gelenekleriyle de karışarak yeni bir yaşam kültürü geliştirebilmiş, monarşiden demokrasiye farklı yönetim biçimlerine yönelebilmişlerdir. Deniz ticaretini daha verimli ve etkin bir hale getiren unsur altın ve gümüş gibi değerli metallerin para yerine kullanılması olmuştur. Bir değişim aracı olarak arpa, buğday gibi gemide yer kaplayan materyallerin kullanımı yerine çürüyüp bozulmayan, arzlarının kıtlık gibi yıllık dalgalanmalardan etkilenmediği ve diğer mallar karşısında kolayca değer biçilip değiştirilebilen değerli metallerin kullanımı, deniz ticaretinin küresel ölçekli büyümesine neden olmuştur.⁴⁵

Ayrıca maliyet ve hız avantajı yüzünden deniz ticaretinin ayrı bir önemi bulunmaktadır. Deniz ticaretinin ortaya çıkardığı limanlar bile kent devletinin kurumsallaşmasında derin etkileri olan bir unsur haline geleceklerdir. Deniz ticaretinin merkezi olan Akdeniz’de limanlar, ticaretin olmazsa olmazıdır. Deniz rotalarının belirlenmesi veya ticari yolculuğun başarısı gemilerin olduğu kadar limanların teknik kapasitelerinin gelişmişliği ile de doğru orantılıdır. Gemi yapımı için gerekli sedir ağacının bulunup getirilmesinden, hava koşullarına karşı koyacak biçimde yapım tekniklerinin geliştirilip ustaların bulunmasına kadar ilk elden ihtiyaç duyulan bütün unsurları bir araya getirmek için kurulan organizasyonların, kent devletinin kurumsallaşmasında kuşkusuz rolü olacaktır. Ticaret, ihtirashlı yöneticilerin insafına ve keyfiliğine bırakılmayacak aşamaya geldiğinde, özellikle yazının icadı ile –ki yazının icat edilme motivasyonlarının en önemlisi buydu- yazılı kurallara bağlanacaktır. Yazılı yasaların ortaya çıkması kurumsallaşmanın en üst aşamasıdır ki yasa koyucunun ve yürütücünün ve dolayısıyla bu yasaları gözetecek bir yargı sisteminin varlığına ihtiyaç duyar. Nitekim, Sümer Yasaları’na ve MÖ 1700’lü yıllara tarihlendirilen Hammurabi Kanunları’na⁴⁶ dâhil edilen denizcilik hukuku maddeleri söz konusu bu ihtiyacın karşılanmasına yönelik yapılmış ilk düzenlemelerdendir.

⁴⁵ EAGLETON- WILLIAMS, s.14.

⁴⁶ Bkz: AYDIN, Nafiz, Hammurabi Yasaları, Alfa Yayınları, İstanbul, 2017.; M. E. J. Richardson, Hammurabi’s Laws: Text, Translation and Glossary, 2000; MIEROOP, Marc Van De, Babil Kralı Hammurabi, Çev. DOĞAN, Bülent O., Türkiye İş Bankası Yayınları, 2. Bası, İstanbul, 2017.

Ticaret aynı zamanda güvenlik ve buna hizmet edecek olan kurallar ister. Bu nedenle mülkiyetle beraber bu pazar yerlerinin güvenliği ve yukarıda işaret ettiğimiz düzenlemelerin varlığı tüccarlar için önem arz etmişti. Arkeolojik olarak elde edilen yazıtlar, kent yaşamını düzenleyen yazılı yasalara uygun olarak, agoralardaki düzenin ve ticari faaliyetlerin denetlenmesini sağlayan “agoranomos” olarak bilinen memurlardan söz etmektedir.⁴⁷ Sayıları kentlere göre değişiklik gösterse de agoradaki esnafı teftiş etmek, ticari faaliyetteki tartı, ölçü, kalite, fiyat, temizlik gibi kontrolleri yaparak gerektiğinde hukuki yaptırım uygulamak, anlaşmazlıkları çözmekle görevli olan agoranomos, bir pazar müfettişiydi.⁴⁸ Önceleri kurayla belirlenen bu memur zamanla evrime uğrayarak, örneğin Bizans’ta aynı zamanda şehir idaresinden de sorumlu hale gelmiş ya devletçe atanmış veya şehir tarafından seçilmiştir.⁴⁹ Bu nedenle, ilk siyasal organizasyonların, agoraya sahip olan ve ticareti yasalarla düzenleyerek, ağırlık ve ölçü standartlarını oluşturabilen kentlerde şekillenmesi tesadüf olmadı.

C. Akropol, Agora, Tapınak

Uluslararası ticaret, sadece pazaryerlerini kurmamış, aynı zamanda ekonominin merkezi kurumlarını oluşturmuş ve sosyal, dinsel, siyasal ve askeri tüm ilişkilere ait organizasyonların onun etrafında gruplaşmasını da tetiklemiştir.⁵⁰ Kent devletinin çekirdeğini oluşturan akropol, agora ve tapınakların aynı zamanda meta değişimini sağlayan kurumlar olması anlamlıdır.

Asurca “karum”, Yunanca “agora” adı verilen pazaryerlerini oluşturup çeşitli kurallara bağlayarak belli bir istikrar kazandıran yerleşimlerin süreç içerisinde kent devletleri haline geldiğini görüyoruz. Sadece ticari merkez olarak değil, aslında siyasal katılım merkezi olarak dahi düşünülebilecek olan agorada oluşan sosyo-kültürel zemin, demokrasinin de içinde olduğu birçok yönetme biçiminin ortaya çıkmasına imkân sağlayacaktır. Bu pazaryerlerinin kent içindeki

⁴⁷ ÖZÜDOĞRU, Ş, Antik Çağ Kentlerinde Siyasi, Sosyal, Kültürel ve Ticari İşlevli Bir Mimari Form: AGORA, Ayrıntı Dergisi, C.3, Sayı 22, 2015, s.19.

⁴⁸ KALKAVAN, Hakan, Medine Pazarı Perspektifinde Muhtesib ve Agoranomos Karşılaştırması, Ekonomi İşletme ve Maliye Araştırmaları Dergisi, 2018, C.1, S.11, ss.56-63, s.61.

⁴⁹ FOSTER, B. R., Agoranomos and Muhtesib, Journal of the Economic and Social History of the Orient, 1970, 13(1), ss.128-144, s.134-135.

⁵⁰ WEATHERFORD, s.25.

merkezi konumu ve kentin yönetim binalarını içermesi dikkat çekicidir. Agora, kent devletinin ve dolayısıyla yeni bir uygarlığın çekirdeği olarak işlev görecektir. Aslında özellikle ticaret kolonisi olarak kurulan kentlerde malların ve yolların güvenliği için kurulan ve “akropol” adı verilen kaleyi, kent devletinin ilk çekirdeği saymak eğilimi vardır. Sadece ilk kurulan yapı olduğu için değil güvenliğin ticaretin yapılabilmesi için en önde gelen unsur olmasından dolayı da bu böyledir. Nitekim akropol, koloni için seçilen yerin en tepe noktasına inşa edilen bir kale olup kentin ilk çekirdeğini oluşturacak olan yönetim birimleri de bu kalenin içinde konumlanmıştır. Ticari faaliyetlerin gereksindiği nüfusun artması ve yeni yerleşmelerle birlikte, ‘kent’, bu kalenin eteklerinde hayat bulacaktır. Karum ya da agora da önceleri bu kalenin hemen eteğinde ve onun güvenlik şemsiyesi altında faaliyet yürüten bir yerdi. Ancak unutulmamalıdır ki bu kolonilerin ana gayesi ticaret olduğu için her ne kadar akropolün önemi ortadaysa da akropol, pazarın oluşması için sadece bir araçtır. Nihai gayesi pazarın korunmasıdır. Siyasi birlik ve askeri güce dayanan önceki tüm büyük medeniyetlerden farklı olarak, pazaryeri üzerine yükselen yeni bir ticaret medeniyeti ortaya çıkmıştı.⁵¹

Öncelikli işlevi kenti kutsamak ve tanrılar tarafından korunan kentin sonsuza dek yaşayacağına yönelik insanlar üzerinde bir algı yaratmak olan tapınakların eski çağ ekonomileri üzerindeki etkileri belirgindir. Tapınaklar, agoralar ortaya çıkıp bağımsızlaşmadan önce insanlığın ilk pazar yerleri olarak da işlev görmüşlerdir. Tapınaklar aynı zamanda ürün depolama alanlarıdır.⁵² Bu dönemin tüccarlarının, sadece tapınağa ait eşeklerle yerleşim yerlerini dolaşarak tapınak yararına işleri halleden hizmetkârlar olduğunu biliyoruz.⁵³ Göbekli Tepe’de bulunan tapınağın avcı-toplayıcılar tarafından kurulmuş ilk pazar yeri olması mümkündür. İlk zamanlarda, avın verimli geçmesine yönelik ayin ve ritüellerin yapıldığı ve avdan sonra malların depo edilip üleştirildiği bir toplanma merkezi olarak işlev görüp sonrasında kutsal bir tapınağa dönüşmüş olması muhtemeldir. Nitekim daha çağdaş bir tapınak olan ve Ziggurat adı verilen Sümer tapınaklarının da aynı zamanda ekonomik yapılar olduğunu biliyoruz. Bunun yanı sıra Zigguratların

⁵¹ WEATHERFORD, s.52.

⁵² ERGİN, Feridun, Para Politikası, İ.Ü. İktisat Fakültesi Yayını, İstanbul, 1975, s.17.

⁵³ ALEXIOU, Stylianos, Minos Uygarlığı, Çev. TULUNAY, Elif Tül, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul, 1991, s.158.

inde üretim yapan işliklerin ve zanaatkârların olması da kayda değerdir.⁵⁴ Toprak sahibi olarak üretimin içinde yer almaları yanında, emanetçilik, adak ve önemli miktardaki bağışlarla zenginleşen tapınaklar, Tanrılar tarafından korunma ayrıcalığını kullanarak uluslarüstü bir konuma sahip olmuşlardı. Edindikleri büyük serveti saraya ve kişilere faiz karşılığında borç olarak vermiş, günümüzün bankaları gibi, ödemeyenlerin ipoteklerine el koymuş ve mallarına haciz uygulamış, elindeki malları nakde çevirmiş;⁵⁵ alacağı karşılayacak bir malı yoksa kişi köle yapılmış ve ticari bir mal olarak satılmıştır. MÖ 7. yüzyılda sikkenin bulunmasıyla birlikte tapınakların özel bankacılık faaliyetleri çok büyük oranda artmıştır. İlk zamanlar bir güven kurumu olarak tartı ve ölçü aletlerinin standardizasyonunu ellerinde tutan tapınaklar, sikke ekonomisine de adapte olarak sikke ayar kontrolü, farklı sikkeler arasındaki pariteyi bilme gibi alanlarda da uzmanlaşarak, diğer nedenlerle birlikte sikkelerin toplandığı bir merkez haline gelmişlerdir. Hatta Delphoi'li rahipler yanan tapınaklarını yeniden yaptırırlarken kendi sikkelerini dahi darp ettirmiş ve bu sikkeyi Attika bölgesinin ortak sikkesi haline getirebilmişlerdir.⁵⁶ Tapınak bankacılığı sayesinde gayet mütevazi ve hatta mekânsız bir konumdan gösterişli ve kurumsallaşmış tapınaklara geçilmiştir. Tapınaklar ne kadar görkemli ve büyük olursa kentin ticari itibarı da o kadar güçlü oluyordu. İkinci olarak güçlü tanrılara sahip tapınaklar, kendisine sunulan adak kurbanlar ve bağışlar yanında, daha çok kazanç elde etmek için kutsanmak ve aynı zamanda ticari faaliyetlerinin akıbetlerini kâhinlerden öğrenmek isteyen tüccarları kente çekmekte, kente bir din turizmi geliri de kazandırmaktaydı.

D. Ticaretin Güvenliği İçin Askeri Bürokrasinin Kurumlaşması

Yukarıda bahsettiğimiz gibi, antik dönemin önemli savaşlarına baktığımızda çoğunun ticaret savaşları olduğunu görmekteyiz. Birçok değerli mal ve köle taşıyan ticaret kervanlarının yol güvenliğinin sağlanması önem arz etmekteydi. Giderek artan ticaretin güvenliğinin

⁵⁴ AKTÜRE, Sevgi, Anadolu'da Demir Çağı Kentleri, Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 2003, s.9.

⁵⁵ FINLEY, M.I., Antik Çağ Ekonomisi, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul, 2007, s.137.

⁵⁶ ILDIZ, Erkan, "Tarihte Tapınak Bankacılığı", Bilim ve Gelecek, Sayı 72, Şubat 2010, s.52-57; HEREDOTOS, Tarih, Çev. ÖKMEN, Müntekim, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2006, s.180.

sağlanması için askeri güç gerekmekteydi. Aynı durum Akdeniz'de ticaret yapan gemilerin deniz korsanlarınca yağmalanmasının önlenmesi için de geçerliydi. Bunun için, güçlü bir donanmanın varlığının yanında, dönemin deniz ticaretine ihtiyacı olan tüm kentleriyle eşgüdüm içinde çalışacak bir ticaret organizasyonuna ihtiyaç bulunmaktaydı. Üstelik ticaret mesafesi ile ticareti yapılan malların miktarı ve değeri artıkça daha büyük bir organizasyon gereksinimi ortaya çıkmaktaydı.⁵⁷ Diğer yandan kendi topraklarında bulunan ticarete konu mallara (maden, kereste vb.) sahip olduğu için olsun veya önemli ticaret yollarının üzerinde olduğu için olsun, zenginleşen kentler iştah kabartıyordu.

Saldırmak veya savunmak için ordulara, ordu için ise eğitilmiş askerlere ihtiyaç duyuluyordu. Tüm bu savaş organizasyonunu başarabilmek için gerekli kurumları yaratmak, asker beslemek önemliydi. Küresel ticaret organizasyonunu başarmış tüccar sınıfı için savaş organizasyonunu finanse edebilmek hayati önemdedir. En azından sahip oldukları zenginlikleri koruma adına savunma duvarlarının inşa edilmesi, savaş gerci üretecek zanaatkarlar yetiştirilmesi ve en önemlisi üretimde bulunmadığı halde üretimden pay alacak olan profesyonel bir askeri bürokrasinin oluşturulması devletli bir toplumun nüvelerini oluşturması bakımından önemlidir.

Kent devletlerinin ortaya çıkmasından sonra bazı kıyı kentlerinin bir araya gelerek federe devlet halinde örgütlenmelere gittikleri de görülmüştür. Deniz ticaretinin güvenliği için güçlü bir donanma kurabilmek ve Akdeniz ticaretinin yukarıda bahsettiğimiz sorunlarını aşabilmek için daha güçlü ticaret birlikleri oluşturmak ihtiyacı, federe bir meclisin şemsiyesi altında toplanmaya neden olmuştu. Örneğin Likya Birliği bu tür bir birliktir ve bu birliğe dâhil olan tüm kent devletlerinin temsilci gönderdiği bir parlamento binasına sahiptir.⁵⁸

Bütün bu unsurlar, ister bir koloni olarak kurulsun, isterse ticaret yollarında eskiden beri varlığını sürdüren bir köy yerleşimi olsun, küresel pazaryerlerini oluşturabilen bütün yerleşimlerin, diğer

⁵⁷ KOPCKE, G., "The Cretan Palaces and Trade", The Function of the Minoan Palaces, R. Hagg ve N. Marinatos, (Eds), Stockholm, 1987, ss.255-259, s.257 vd.

⁵⁸ Günümüzde her şehirden seçilmiş vekillerin ülkenin sorunlarını çözüme kavuşturmak üzere bir 'meclis'te toplanmasının kökenini oluşturan antik çağ Likya Birliği Parlamentosu, Antalya Patara'da faaliyet göstermiştir. Bkz. DİNÇ, Senem, Hellenistik ve Roma Çağlarında Likya'da Kent Birlikleri, Arkeoloji Sanat Yayınları, İstanbul, 2010.

yerleşimlerden farklı olarak, bir biçimde merkezi yapılar oluşturarak kent devleti haline gelmelerini açıklıyor görünmektedir.

III. SİKKENİN İCADI

Yukarıda bahsettiğimiz ve uygarlığın nüvelerini oluşturan bütün dönüştürücü ilkel ticaret biçimleri insanlığı belli bir seviyeye ulaştırmış olsa da yine de uygulamadaki sınırlılıkları nedeniyle görünmez bir bariyeri aşamamıştı. Neydi o sınırlılıklar? Tarım teknolojisindeki gelişmeler, örneğin demir sabanın toprağı kolayca ve daha derinden kazılabilmesine imkân vermesi ve dolayısıyla verimin artmasıyla birlikte artık-ürün elde edilebilmişti. Bu sayede hem mübadele gelişmiş hem de çiftçilik dışında yeni meslekler ortaya çıkmış, aynı zamanda, uzmanlaşabilmesi için üretim aşamalarına katılmayan askeri bürokrasi - ve hemen ardından ortaya çıkacak olan siyasi bürokrasi- beslenebilmişti. Zaten zor yürüyen mal takası sistemi, uzmanlaşmanın ortaya çıkmasıyla birlikte iyice zorlaşmıştı. Sadece mimarların, mühendislerin, askerlerin ve diğer bürokrasinin maaşlarının mal ile karşılanması değil sıradan insanların gündelik hayatında da mal takası sınırlı imkanlar sunmaktaydı. Örneğin elinde av eti olan bir avcının, ihtiyaç duyduğu üzümle takas edebilmesi için öncelikle elinde üzüm bulunan birisini bulması gerekiyordu. Bulduktan sonra karşılaşılan ikinci zorluk ise av eti karşılığında ne kadar üzüm alınacağı hususunda önceden belirlenmiş bir konsensüsün olmamasıydı. Üstelik üzüme ulaşmak için kat edilecek mesafe uzadıkça av etinin bozulma ihtimalinin artması da takas ekonomisinin açmazlarından biriydi. Aynı şekilde şarap sevmeyen bir doktordan sağlık hizmeti alan bir şarap üreticisinin bu hizmet karşılığında verebileceği başka bir şeye gereksinmesi vardı. Ortaya çıkan kent devleti ve merkezi kurumların bile bu sorunu takas sisteminin sınırlılığı içinde çözebilmesi zordu. Bu tıkanıklık tam olarak insani bir kurgu olan sikkenin icadı ile aşılmış ve uygarlık tarihi bir sıçramaya daha tanıklık etmiştir.⁵⁹

Sikke yukarıda belirttiğimiz diğer mal-paralar gibi bir değişim aracı olarak ortaya çıktı. Burada para ve sikkenin ayrımını yapmak yerinde olacaktır çünkü sikke de bir paradır, fakat her para sikke değildir. Bildiğimiz gibi sikke bulunmazdan önce alışveriş ve ticarete, deniz kabukları, tarım ürünleri, tuz, çeşitli aletler, baltalar, ignotlar gibi 'para' olarak kullanılan ödeme ve değişim araçları bulunmaktaydı. Altın

⁵⁹ Bkz. HARARİ, s.183.

ve gümüş gibi değerli metaller de MÖ 24. Yüzyıldan beri Mezopotamya bölgesinde 'para' olarak kullanılmaktaydı. MÖ 7. Yüzyılda icat edilen sikke ise; ağırlığı ve içerdiği maden oranı ayarlanmış, üzerinde darp edilmiş bir arma veya işaret bulunan ufak bir metal parçasıydı. Sikke, değişim aracı olarak diğer paraların yaşadığı tüm zorlukları ve sınırlılığı aşmış, karmaşaya ve bu çeşitliliğe son verip ödeme aracını standart hale getirmiştir. Bu haliyle sikke, paranın en kullanışlı şeklidir.

Bu ufak metal parçasını değişim aracı niteliği kazandıran şey, kendisini darp ederek piyasaya süren tarafından kendisine atfedilen bir değerinin olması ve talep halinde taahhüt edilen değer üzerinden tekrar geri almanın garanti edilmesiydi. Atfedilen değer ya yapıldığı kıymetli madenin cins ve miktarıyla ya da üzerinde yazan miktar kadar bir karşılığın, bir kurumca/devletçe garanti/taahhüt edilmesiyle belirlenebilirdi. Sikke, ona sahip olanın ne kadarlık bir değere sahip olduğunu gösteren bir nevi borç senedi idi. Ancak verilen garantiye diğer insanlar tarafından güven duyulması halinde sikke piyasada çalışmaya başlayabilirdi.

İlk amacı ticareti ve alışverişi kolaylaştırmak olsa da sikke bir kez ortaya çıktıktan sonra, içinden çıktığı sosyo-kültürel ortamı hızla şekillendirmeye ve dönüştürmeye başlamıştır. Yavaş ilerleyen insanlık evrimi boyunca insanlığın oluşturduğu binlerce yıllık gelenekler ve yaşam biçimindeki değişim hızı artmış, sosyo-politik sonuçların da olduğu yeni bir döneme geçmiştir. Sikke kullanımına geçiş, politik anlamda devlet-para ilişkisinde, iktidar ve egemenlik göstergesi olarak da kullanılmasını beraberinde getirmiştir.

Uygarlığın gelişmesi için önce insanların güvenliğinin sağlanmasının önemi ortadadır. Sikkenin icadıyla birlikte uzmanlaşmaya başlayan devlet bürokrasisinin istihdamının kolaylaşması yanında, savaş döneminde ganimetten pay alan güvenlik bürokrasisine, barış zamanında da ücret ödenmesi mümkün olabilmıştır. Sikke kullanımı krala vergileri toplamada ve maaşları ödemede arpa ve buğday kullanımında çok daha büyük bir imkân sunmakta ve güç kazandırmaktaydı.⁶⁰ Bunun yanında devlet tarafından ve/veya devlete yapılan standart ödemelerin yapılabilmesine tanıdığı olanak bakımından da işlevi devrimseldir. Hatırlanacağı gibi deniz ticaretinin kentte yarattığı zenginlik, arazi mühendislerinin, mimarların

⁶⁰ HARARİ, s.188.

ve şairlerin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştı. Sikkenin yaygınlaşması toplumsal bir dönüşüm yaratmış ve hizmetler dahil tüm sektörlerde uzmanlaşmanın itici gücü olmuştu. Zanaatkarların başka bir mal karşılığında üretim yapma dönemi sona ermiş standart bir değişim aracının itkisiyle verimleri artmıştır. Başta tiyatro olmak üzere bütün sanat dallarıyla uğraşan sanatçılar sanatları için rahatça değer belirleyebilmiş olmalıydı. Öğretmenlik bu sayede önem kazanmış bilgi üretimi hızlanmıştı. Nitekim bu andan sonra bugünkü İzmir bölgesinde kurulmuş bulunan İonya'da, o zamana kadar insanın kendini ve dünyayı anlamlandırırken kullandığı mitolojik dünya görüşünün yerine, akla dayalı, bilgiyi temel alan ve soru sormayı, sorgulamayı öne çıkaran doğa felsefecilerinin ortaya çıkması tesadüf olmamalı. Gerçekten de: Anadolu coğrafyasının ürettiği bu filozofların ortaya koyduğu felsefe ile antik Yunan dahil tüm coğrafyada binlerce yıldır donmuş gelenek-görenek-inançlardan beslenen mitolojik dünya görüşü altüst olmuş ve temelden bir değişimin yolu açılmıştır.

Sikkeyle beraber Anadolu'da gerçekleşen bu dönüşümler nüfus artışına yol açmış, artan maden ve besin ihtiyacının da tetiklediği kolonileşme hareketlerini hızlandırmıştı. Fenike ve Anadolu tüccarların Akdeniz boyunca Afrika ve Avrupa kıyılarında kurdukları koloniler canlanmış, uygarlık buralara da yayılarak uluslararasılaşmaya başlamıştı. İnsanlar farklı dillerde konuşmayı, farklı hükümdarların tebaası olmayı, farklı tanrılara tapmayı sürdürseler de sikkeye olan ortak inanç zamanla tüm küreyi tek bir ekonomik ve kültürel bölge haline dönüştürdü.⁶¹ Sikke, akrabalık ilişkileriyle yürüyen küçük topluluk dinamiğinin üstüne çıkarak, çok daha büyük ve çok daha karmaşık bir toplumun örgütlenebilmesine olanak sağlamıştır. İyi bir kayıt tutma sistemi ve iyi örgütlenmiş bir bürokrasiyle birçok kent ve yüzbinlerce kişinin vergiye dayalı bir sistem altında yüz yüze gelmeden yaşayabilmesi mümkün hale gelmiştir. Lidya'nın elektron sikkelerinin ardından sikke basımının, kısa zamanda Ege ve Akdeniz dünyasına yayılmasıyla "polis" in bir *devolet* haline evrilmesi arasındaki korelasyon anlamlıdır.⁶² Siyasi yapılar ve gücün dağılımı noktasında etkili olan bu gelişmeler, -antik Yunanı etkilemesi oldukça yavaş seyretse de- M.Ö. 600'den sonra Atina'da Solon'un yasalarına da kaynaklık etmiştir.

⁶¹ HARARİ, s.189.

⁶² HOWGEGO, Christopher, Sikkelerin Işığında Eskiçağ Tarihi, Çev. TEKİN, Oğuz, Homer Kitabevi, İstanbul, 1998, s.3-4.

Tiranlık yönetimleri altındaki Atina'da devlet memuriyetinde bulunma imtiyazını elinde tutan soylu erkeklerin bu hakları ellerinden alınmış, miras yoluyla geçen haklar ve diğer feodal ilişki ve makamlara yaslanan aristokrasi gücünü büyük oranda yitirmişti.⁶³

SONUÇ

Makalenin amacı genelde devletli toplumların özelde antikçağ kent devletinin ortaya çıkmasında ticaretin ve paranın oynadığı belirleyici rolü ortaya koymaktır. Devletin ortaya çıkışıyla ilgili pek çok teori olmakla birlikte, bu makalemizde söz konusu dönüşümün değiş tokuş ve pazaryeri ekonomisiyle başladığının altı çizilmiştir. İlkel armağandan ilkel değiş tokuşa ve ardından takastan sikkeye sürüp giden ticari ilişkilerin toplumları geliştirici ve dönüştürücü bir tarafı olduğu görülmektedir.

Avcı toplayıcı toplulukların arasındaki eşitlikçi yapının, yerleşik hayata geçilmesiyle birlikte otomatik bir biçimde değiştiği, toplumun içinde oluşan yeni sosyal ortamın kendiliğinden derin yarıklara dönüşüp toplumsal katmanları oluşturduğu söylenemez. Nitekim günümüzde dahi yerleşik hayata geçmiş ve tarım ekonomisini yürüten ilkel toplulukların varlığı ve halen devletli bir toplum yapısına geç(e)memiş olmaları bize bu değişimi sağlayan dinamiği başka bir yerde aramamız gerektiğini düşündürüyor. Üretim fazlasına ihtiyaç duyulmayan ilk çağların köy yapılanmalarının bazılarının armağan/potlaç ekonomisinde kalırken bazılarının kent devleti haline gelebilmelerinin nedeni "pazaryerini" oluşturabilmeleri ve fakat daha önemlisi bu pazarları uluslararası ticarete açmayı başarmış olmalarıdır. "Pazar ekonomisinin" ortaya çıkması ve ardından "para ekonomisinin" yerleşmesi, üretilen tarım ürünlerinin "ticarileşmesi"ne imkân vermiştir.

İlkel değiş tokuşun başlamasının kurumlaşmış siyasal iktidarlara ortaya çıkarmada etkisinin sınırlı kaldığı görülüyor. Ancak basit yerel pazaryerinden karmaşık uluslararası pazaryerlerine geçişle birlikte kurumsal yapılara duyulan ihtiyacın devletli topluma geçişe giden yolun taşlarını döşediğini belirtmek gerekir. Sonuç olarak devletli yapıya geçiş, ilk uluslararası pazaryerlerinin kurulmasıyla başlamıştır. Makalede kara ve özellikle deniz üzerinde ticaret ağları oluşturmayı başaran toplumların yeni sosyo-politik yaşam örüntüleri oluşturarak,

⁶³ WEATHERFORD, s.51.

nasıl devletli toplumlar haline geldikleri gösterilmeye çalışılmıştır. Bu süreç, 'tüccar' sınıfının fark yaratan katkıları sayesinde bir taraftan kültürlerarası diyalogu ve etkileşimi başlatmış, diğer taraftan ticaret ekonomisinin sürdürülebilir kılınabilmesi için gerekli siyasal yapıları oluşturmuş ve devletsiz ve eşitlikçi ilkel komünal bir toplumdaki devletli topluma geçişin dinamosu olmuştur. Zenginlik yaratan ticaretin sürdürülebilirliğini sağlamak adına ihtiyaç duyulan güvenlik tedbirlerinin organizasyonu ve pazarın denetimine yönelik kuralların saptanması ihtiyacı, kurumların ve bürokrasinin varlığını meşru hale getirmiştir. Nasıl ki 1640 İngiliz ve 1789 Fransız burjuva devrimleri milli pazarı oluşturmak için feodaliteye son verdiyse, benzer durum antik dönem içinde geçerlidir; Kent devletlerinin oluşumunda tüccarların rolü de budur.

İlk dönemler deniz kabuğundan tuza, arpadan kürke pek çok mal, para yerine kullanılmış, ancak takas sisteminin sınırlılıkları içinde yürüyen ticaretin önü Lidyalıların sikkeyi bulmasıyla aşılmıştır. Değişime konu olan ve para yerine kullanılan mal ve değerli metallerin ağırlık standartlarının belirlenmesi işi toplumsal bazı kurumların varlığını zorunlu kılmıştır. Yerel otoritenin ve tapınakların bu konuda öne çıktığını görmekteyiz. Bu dini ve dünyevi otorite odaklarının vergi, haraç, hediye ve ganimet olarak biriktirdikleri servetler onlara mal-pananın standartlarını belirleme olanağını vermiş ve giderek merkezi bir güç haline gelmelerini sağlamıştır. Özellikle değerli metallerin tartım yoluyla saflığının tespiti noktasında ticari hakemlik görevleri giderek yaşanan hukuki uyuşmazlıklara da teşmil edilmiş ve bu durum otoritelerini kurumlaştırmıştır.

KAYNAKLAR

- AKTÜRE, Sevgi, Anadolu'da Demir Çağı Kentleri, Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 2003.
- ALEXIOU, Stylianos, Minos Uygarlığı, Çev: Elif Tül Tulunay, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul, 1991.
- ALPARSLAN, M., Eski Anadolu'da Ticaret (M.Ö. II. Binyıl), Türk Eskiçağ Bilimleri Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 2010.
- AYDIN, Nafiz, Hammurabi Yasaları, Alfa Yayınları, İstanbul, 2017.
- BARCLAY, Harold, Efendisiz Halklar, Çev. Zarife Biliz, Versus Yayınları, İstanbul, 2010.
- BATTERA, Jean, Mezopotamya Yazı Akıl ve Tanrılar, Çev: Mehmet Emin Özcan, Ayten Er, Dost Yayınları, Ankara, 2012.
- BRAUDEL, Fernand, Uygarlıkların Grameri, Çev. M. Ali Kılıçbay, 2. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, 2001.
- CARRADICE, Ian -Price, Martin, Hellen Dünyasında Sikke, Çev. Oğuz Tekin, Homer Kitabevi, İstanbul, 2001.
- CHILDE, Gordon, Tarihte Neler Oldu, Çev. M. Tunçay-A Şenel, Alan Yayınları, İstanbul, (tarihsiz).
- CLASTRES, Pierre, Devlete Karşı Toplum, Çev. Mehmet Sert – Nedim Demirtaş, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1991.
- CLASTRES, Pierre, Vahşi Savaşçının Mutsuzluğu, Çev. Alev Türker – Mehmet Sert, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1992.
- CLASTRES, Pierre ile söyleşi, <http://www.art-izan.org/artizan-arsivi/pierre-clastres-ile-soylesi/2008>, Er:22.10.2020.
- ÇALIŞKAN, Zehra Doğan, İktisada Giriş II, Editör: Serkan DİLEK, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- DİNÇ, Senem, Hellenistik ve Roma Çağlarında Likya'da Kent Birlikleri, Arkeoloji Sanat Yayınları, İstanbul, 2010.
- DOĞAN, İ. Banu, Tarih Öncesinde Ticaret ve Değiş Tokuş, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul, 2008.
- DURKHEIM, Emile, Toplumsal İşbölümü, Çev. Özer Ozankaya, Cem Yayınevi, 2018.
- EAGLETON, Catherine ve Jonathan Williams, Paranın Tarihi, Çev. Fadime Kahya, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2008.

- ERGİN, Feridun, Para Politikası, İ.Ü. İktisat Fakültesi Yayını, İstanbul, 1975.
- FINLEY, M.I., Antik Çağ Ekonomisi, Çev. Hatice Palaz Erdemir, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul, 2007.
- FOSTER, B. R., Agoranomos and Muhtasib, Journal of the Economic and Social History of the Orient, 13(1), ss.128-144, 1970.
- GRAEBER, David, Anarşist Bir Antropolojiden Parçalar, Çev. Bengü Kurtege-Sefer, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2012.
- GÜNBATTI, Cahit, Kültepe-Kaniş Anadolu'da İlk Yazı, İlk Belgeler, Kayseri Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları No: 89, Kayseri, 2017.
- HARARİ, Yuval Noah, Hayvanlardan Tanrılara: Sapiens İnsan Türünün Kısa Bir Tarihi, Çev. Ertuğrul Genç, Kolektif Kitap, İstanbul, 2015.
- HARRIS, Marvin, Yamyamlar ve Krallar: Kültürlerin Kökenleri, Çev. M. Fatih Gümüş, İmge Yayınevi, Ankara, 1994.
- HAVILAND, William A., Kültürel Antropoloji, Çev. Hüsamettin İnanç, Kaknüs Yayınları, İstanbul, 2002.
- HEREDOTOS, Tarih, Çev. Müntekim Ökmen, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2006.
- HOWGEGO, Christopher, Sikkelerin Işığında Eskiçağ Tarihi, Çev. Oğuz Tekin, Homer Kitabevi, İstanbul, 1998.
- ILDIZ, Erkan, "Tarihte Tapınak Bankacılığı", Bilim ve Gelecek, Sayı 72, ss.52-57, Şubat 2010.
- ILDIZ, Erkan, Eski Çağ'da Bankacılık ve Bankerlik, Türkiye Bankalar Birliği Yayın No: 297, İstanbul, 2013.
- KALKAVAN, Hakan, Medine Pazarı Perspektifinde Muhtesib ve Agoranomos Karşılaştırması, Ekonomi İşletme ve Maliye Araştırmaları Dergisi, C.1, S.11, ss.56-63, 2018.
- KAYA, Mehmet Ali, İlk Çağ Tarihi ve Uygarlığı, Pegem Akademi, Ankara, 2016.
- KOPCKE, G., "The Cretan Palaces and Trade", The Function of the Minoan Palaces, R. Hagg ve N. Marinatos, (Eds), Stockholm, ss.255-259, 1987.
- KRAMER, Samuel Noah, Sümerler, Çev. Özcan Buze, Kabalcı Yayınları, 2002.

- LOCKE, John, Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Çev. Fahri Bakırcı, Ebabil Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2012.
- MANN, Michael, İktidarın Tarihi: Başlangıcından 1760'a Kadar Toplumsal İktidarın Kaynakları, Çev. E. Saraçoğlu vd., C.1, Phoenix Yayınları, Ankara, 2012.
- MAUSS, Marcel, Armağan Üzerine Deneme -Arkaik Toplumlarda Değiş Tokuşun Biçimi ve Nedeni, Çev. Nihan Özyıldırım, Alfa Yayınları, İstanbul, 2016.
- MEDA, Dominique, Emek: Kaybolma Yolunda Bir Değer mi?, İletişim Yayınları, 1995.
- MIEROOP, Marc Van De, Antik Yakındoğu'nun Tarihi, Çev. Sinem Gül, Dost Yayınları, Ankara, 2006.
- MIEROOP, Marc Van De, Babil Kralı Hammurabi, Çev. Bülent O. Doğan, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2. Bası, İstanbul, 2017.
- MUMFORD, Lewis, Tarih Boyunca Kent, Çev. Gürol Koca-Tamer Tosun, Ayrıntı Yayınları, 2007.
- ÖZBUDUN, Sibel-Uysal, Gülfem, 50 Soruda Antropoloji, Bilim ve Gelecek Kitaplığı, İstanbul, 2012.
- ÖZCAN, Mehmet Tefik, İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol, Özne Yayınları, 1998.
- ÖZÜDOĞRU, Ş. Antik Çağ Kentlerinde Siyasi, Sosyal, Kültürel ve Ticari İşlevli Bir Mimari Form: Agora, Ayrıntı Dergisi, C.3, Sayı 22. 2015.
- POLANYİ, K., Büyük Dönüşüm (Çağımızın Siyasal ve Ekonomik Kökenleri), Çev. Ayşe Buğra İletişim Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- RICHARDSON, M. E. J., Hammurabi's Laws: Text, Translation and Glossary, 2000.
- ROUSSEAU, J. J., İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine, Çev. Hakan Zengin, Morpa Yayınları, İstanbul, 2003.
- SAHLINS, Marshall, Taş Devri Ekonomisi, Çev. T. Doğan- Ş. Özgün, BGST Yayınları, İstanbul, 2010.
- SCHNEIDER, Harold K., Livestock and Equality in East Africa, Indiana University Press, Bloomington, Indiana, 1979.

- SEDILLOT, Rene, Değiş Tokuştan Süpermarkete, Çev. Esat Mermi Erendor, Dost Yayınları, Ankara, 2005.
- SMITH, Adam, Milletlerin Zenginliği, Çev. Haldun Derin, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2006.
- SOMBART, Werner, Burjuva, Çev. Oğuz Adanır, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2017.
- UYGUN, Oktay, Devlet Teorisi, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- WEATHERFORD, Jack, Para, Çev. İnönü Korkmaz, Maya Kitap, İstanbul, 2019.
- WILKINSON, T. J., Archaeological Land scapes of The Near East. The University of Arizona Press, Tucson, 2003.
- WYCHERLEY, R. E., Antik Çağda Kentler Nasıl Kuruldu?, Çev. Nezih Başgelen, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul, 2011.
- TOK, Gökhan, "Antik Çağın Tüccarları: Fenikeliler" Tübitak Bilim ve Teknik, Subat 2001.

BİLGİ VERMEME SUÇU (TCK m. 166)

Arş. Gör. Burak TAŞ*

Öz

Bilgi vermeme suçu, malvarlığına karşı bir suç olarak Türk Ceza Kanunu'nun 166. maddesinde düzenlenmiştir. Bir hukuki ilişkiye dayalı olarak elde ettiği eşyanın, esasında suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edildiğini öğrenmesine rağmen, suçu takibe yetkili makamlara vakit geçirmeksizin bildirimde bulunmayan kişinin, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Bu suç ile korunan hukuki değer incelendiğinde adliyenin güvenilirliğini ve saygınlığının da korunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Suç genel teorisi bağlamında bu suçun unsurları incelenmiş; ardından failin kusurluluğu, suçun özel görünüş biçimleri, suça ve cezaya etki eden nedenler ve muhakemesi izah edilmiştir. Söz konusu suçun bir ön koşul taşıması nedeniyle önceki suçla ilgili eşyanın suç konusu olduğu vakasının kesinleşmesi gerektiği ve ön suça ve bilgi vermeme suçuna ilişkin muhakemelerin bağlantı nedeniyle birleştirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Malvarlığına Karşı Suçlar • Adliyeye Karşı Suçlar • Bildirim Yükümlülüğü • Ön Koşullar • Bağlantı

* Arş. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Ress. Asist., Social Sciences University of Ankara, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Ankara, Turkey.

✉ burak.tas@asbu.edu.tr • ORCID 0000-0001-6481-1580

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: TAŞ, Burak, "Bilgi Vermeme Suçu (TCK M. 166)", *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 1305-1342.

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

CRIME OF FAILURE TO SUBMIT THE DATA (ARTICLE 166 of TURKISH PENAL CODE)

Abstract

Crime of failure to submit the data is regulated in Article 166 of the Turkish Penal Code as a crime against property. It is stipulated that the person who fails to notify the authorities of the crime without delay, although he finds out that the goods he obtained on the basis of a legal relationship were actually obtained by committing a crime or as a result of committing a crime, shall be sentenced to imprisonment of up to six months or a judicial fine. When the legal value protected by this crime is examined, it was concluded that the reliability and dignity of the judiciary was also protected. The elements of this crime were examined in the context of the general theory of crime; then the faultiness of the perpetrator, the special appearance forms of the crime, the reasons affecting the crime and the punishment, and the proceeding phase of this crime are explained. It was concluded that since the crime in question carries a precondition, the fact that the article related to the previous crime is the subject of a crime should be finalized and the proceedings regarding the previous crime and the crime of failure to submit the data should be liaisoned by the court due to the connection.

Key Words

Crimes Against Property • Crimes Against Judiciary • Obligation to Notify • Prerequisites • Liaison

GİRİŞ

Hukuk düzeninde yer alan normlar, yasaklayıcı ve emredici normlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.¹ Yasaklayıcı normlar, yasaklanan hareketin yapılması suretiyle ihlal edilen normlardır. Emredici normlar ise toplum tarafından gerçekleşmemesi amaçlanan, toplumsal düzenin devamı için zorunlu olarak kolektif irade tarafından öngörülen normlardır. Kanun koyucu yasaklayıcı normlar vasıtasıyla kişilerin belirli davranışlarda bulunmamasını, emredici normlar vasıtasıyla ise bazı davranışları gerçekleştirmesini beklemektedir. Kişiler kanunun emrettiği bazı yükümlülükleri gerçekleştirme noktasında hareketsiz kaldıklarında ise cezalandırılmaktadır. Bilgi vermeme suçunda da elde edilen eşyanın suç konusu olduğunun bildirilmesi yükümlülüğü öngörülmüş-

¹ HAFIZOĞULLARI, Zeki, Ceza Normu (Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni), US-A Yayınları, Ankara, 1996, s. 90.

tür. Kanun koyucu bu yükümlülüğü yerine getirmekte ihmal gösteren kişileri cezalandıracağını düzenleme altına almıştır.

Bu çalışmada öncelikle bu suçla korunan hukuki değerın kapsamı belirlenmiş ve çok boyutlu yapısı izaha kavuşturulmuştur. Ardından suç genel teorisi bağlamında suçun unsurları incelenmiş; tipikliğin maddi unsuru olarak sırasıyla fail, mağdur, fiil ve suça ilişkin ön koşullar ile suçun konusu incelenmiştir. Tipikliğin manevi unsuru bakımından ise failin kastı, taksiri ve olası kastının araştırılması yapılmış ardından hukuka aykırılık unsuru ve devamında kusurluluk ayrıntılı olarak izaha kavuşturulmuştur. Suçun unsurları çerçeveye oturtulduktan sonra suçun özel görünüş biçimleri olarak teşebbüs, iştirak ve içtima incelenmiş ve ardından suça ve cezaya etki eden nedenler bağlamında değerlendirilmelerde bulunulmuştur. Devamında suçun muhakemesi ayrıntılı olarak incelenmiş ve olması gerekene yönelik değerlendirmelerde bulunulmuştur.

A. BİLGİ VERMEME SUÇU İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

Bilgi vermeme suçunu düzenleyen TCK m. 166 hükmüne göre: *“Bir hukuki ilişkiye dayalı olarak elde ettiği eşyanın, esasında suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edildiğini öğrenmesine rağmen, suçu takibe yetkili makamlara vakit geçirmeksizin bildirimde bulunmayan kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”*

İlgili maddenin gerekçesi ise şu şekildedir: *“Bir hukukî ilişkiye dayalı olarak, örneğin satın alınan veya bağış olarak kabul edilen eşyanın bir suçtan elde edildiğinin daha sonra öğrenilmesi durumunda, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu oluşmaz. Zira, kast, fiilin işlendiği sırada mevcut olmalıdır. Ancak, eşyanın, örneğin satın alındıktan veya bağış olarak kabul edildikten sonra, bir suçun işlenmesi suretiyle veya işlenmesi dolayısıyla elde edildiğinin anlaşılması durumunda; satın alan veya örneğin bağış olarak kabul eden kişi açısından bildirim yükümlülüğü mevcuttur. Bu yükümlülüğe aykırı davranış, madde metninde bağımsız bir suç olarak tanımlanmış bulunmaktadır.”*

TCK m. 166’de düzenlenen bilgi vermeme suçu, 765 sayılı mülga TCK’da bağımsız bir suç (cürüm) olarak düzenlenmemiş olup 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte yeni bir suç tipi olarak hukuki

varlık kazanmıştır.² Bu suç, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun kapsama alanına almadığı daha dar bir alanı düzenlemektedir. Bir bakıma ise bu suç, suç eşyasının satın alınması ya da kabul edilmesi suçunun tamamlayıcısı niteliğindedir.³

Belirtmek gerekir ki bilgi vermeme suçu, 765 sayılı Kanunun 580. maddesinde bir kabahat olarak düzenlenmişti. İlgili düzenleme ise şu şekildeydi: *“Bir kimse bir parayı aldıktan ve eşyayı iştiradan veya herhangi bir suretle ele geçirdikten sonra menşei gayri meşru olduğuna vakıf olupta derhal merciine malümat vermekte ihmâl ederse otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkûm olur ve buna yirmi güne kadar hafif hapis cezası da ilave olunabilir.”* Bakıldığında unsur yönünden bu hüküm ile TCK m. 166 arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Burada kanun koyucu bu fiili kabahat olarak değil bağımsız bir suç tipi olarak düzenleme kararı almıştır.

Suç eşyasının satın alınması ya da kabul edilmesi suçunda fail suç konusu eşyanın niteliğini bilmektedir.⁴ Fakat bazı hallerde suç eşyasının satın alınması veya kabul edilişi anında bu eşyanın suç eşyası niteliğinde olduğu hususu bilinmeyebilir. Bu eşya kabul edildikten sonra eşyanın bu niteliğinin öğrenilmesi neticesinde kanun koyucu bu kişiden suçu yetkili makamlara bildirmesini beklemektedir.⁵ Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen faile ise hapis cezası ile adlî para cezası seçimlik olarak öngörülmüştür. Bu şekliyle bu iki suç tipi iki bağımsız suç tipi olmakla birlikte birbirini tamamlamaktadır. Ancak uygulamada bu iki

² BAKICI, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 917; AKYÜREK, Güçlü, Bilgi Vermeme Suçu (Özel Ceza Hukuku Cilt IV), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 449; ESEN, Sinan, Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 423; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Ceza Hukuku Özel Hükümler- Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 392; PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu – 3. Cilt, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2010, s. 2706.

³ DURSUN, Selman, "Malvarlığına Karşı Suçlar", Hukuki Perspektifler Dergisi, S:2, Y:2004, s. 196.

⁴ GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi Cilt IV, Kazancı Hukuk Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 1989, s. 796.

⁵ BAKICI, s. 917; DURSUN, s. 196; KOLCU, Selahattin, TCK'da Suçu Bildirmeme Suçları, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s. 55.

suçun kapsamının karıştırıldığı durumlara rastlanmaktadır.⁶ Bu sebeple iki suçun kapsamının ayrıştırılması önem arz etmektedir. Biz bu çalışmamızda her iki suç tipi arasındaki benzerlik ve farklılıkları ayrı bir başlık altında değerlendirme yolunu seçmeyip genel olarak çalışma içinde değerlendirme yolunu seçtik.

B. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçuyla benzer olarak bilgi vermeme suçunda korunan hukuki değer çift yönlüdür. İlk yönü olarak bu suçta korunan hukuki değer, malvarlığına karşı suçlar bölümünde yer alması sebebiyle ve sistematik yorum yapılarak elde edilen sonuca göre malvarlığı değeridir. Bu yönüyle bu suçun işlenmesinin cezalandırılmasıyla malvarlığı değerlerinde mülkiyet hakkı ve zilyetlik değeri korunmaktadır. Böylece suç konusu eşyadan failin yaralanması engellenmekte, *suç konusu eşyanın tedavüle konulmasının önüne geçilmekte* ve kişilerin hakları koruma altına alınmaktadır.⁷ İkinci yönü ise suça konu eşyayla ilgili olarak *suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edildiğini öğrenmesine rağmen* failin durumu yetkili resmî mercilere bildirmemesi dolayısıyla korunan hukuki değer *adliyedir*.⁸ Bu yönüyle ise bu suçun cezalandırılmasıyla suç konusu eşyanın satın

⁶ Bkz. “Sanık ... hakkında bilgi vermeme suçundan verilen mahkûmiyet hükmü Özel Dairece onanarak kesinleşmiş, eylemin bütün olarak bilgi vermeme suçunu oluşturup ayrıca suç eşyasını kabul etme suçunu oluşturmayacağına dair Özel Dairece verilen bozma kararına uyularak yapılan yargılama sonucu suç eşyasını kabul etme suçundan ayrıca ceza verilmesine yer olmadığına dair verilen karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiş olup”. YCGK, 2014/707E., 2015/504K., 8.12.2015T.

⁷ DÖNMEZER, Sulhi, Ceza Hukuku Özel Kısım – Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Filiz Kitabevi, 12. Baskı, İstanbul, 1997, s. 454; ESEN, s. 422; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 465; PALLAR/HATİPOĞLU, s. 2707.

⁸ BAKICI, s. 917-918; YAŞAR, Osman/GÖKCAN, H. Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Yeni Türk Ceza Kanunu – 4. Cilt, Adalet Yayınevi, 2. Basım, Ankara, 2014, s. 5350; *Dönmezer*'e göre 765 sayılı TCK döneminde “eşyayı cürmiyeyi satın almak ve saklamak suçu” olarak düzenlenen suç konusu eşyanın satın alınması veya kabul edilmesi suçu mal aleyhine işlenen suçlardan olmakla birlikte suç işlemeye tahrik ve kamu düzeni aleyhinde işlenen cürümler kategorisinde de değerlendirilmelidir. Bizce de bu suçun bilgi vermeme suçuyla olan yakın münasebeti gereği bilgi vermeme suçunun adliyeye karşı bir suç olarak da değerlendirilmesi gerekmektedir.

alınması ya da kabul edilmesi suçunun cezalandırılabilirliği sağlanmakla suçun neden olduğu zarar giderilmektedir.⁹ Nitekim suç konusu eşyanın sahibine iade edilmesinin engellenmesiyle, malvarlığı değerlerine yönelik mülkiyet hakkı ihlal edilmektedir. İşlenen önceki suçun yetkili mercilere bildirilmemesiyle de adliyenin güvenirliliği değeri ihlal edilmekte ve saygınlığı halel görmektedir.¹⁰ Nitekim delillerin ortaya çıkması engellenmekle suçun cezalandırılabilirliğinin ortadan kaldırılmasına dolaylı bir katkı sağlanmakta ve böylece adil yargılanma hakkı mağdur yönünden bertaraf edilmektedir.¹¹

Özel hukukta zilyedinin iradesi dışında elden çıkmış olan eşyanın iyiniyetli olursa dahi iktisap olunmaması kuraldır. Bu sebeple kişinin hukuki bir ilişkiye dayalı olarak elde ettiği eşyanın suç konusu olduğunu öğrenmesi neticesinde, öğrenme olgusuna rağmen eşyayı elinde tutmaya karar vermesi, artık o kişinin iyiniyetli olmadığı anlamına gelecektir. Kişi zilyetliğindeki eşyanın suç konusu olduğunu öğrendikten sonra bu hususu derhal yetkili makamlara bildirdiğinde iyiniyetli olduğundan bahsedilebilecektir. İyiniyet karanesi bağlamında kanun, bildirim yükümlülüğünün zamanında yerine getirilmemesi fiilini cezalandırmaktadır. Malvarlığına karşı bir suç olması sebebiyle bu suçta korunan hukuki değerlerden birisi de hukuki ilişkilerinde kişilerin haklarını kötüye kullanmalarının önlenmesine, bu yolla suçların işlenmesinin özendirilmesinin sağlanmasına ilişkin kamusal yarardır.¹² Bu yönüyle bu suçun koruduğu hukuki değer kamusal boyutu daha ağır basmaktadır. Kanaatimizce bu suçun, suçluluğun ve cezasızlığın önlenmesi yönüyle malvarlığına karşı suçlar arasında değil, adliyeye karşı suçlar arasında düzenlenmesi daha yerinde olacaktır.¹³

⁹ ESEN, s. 422.

¹⁰ SOYASLAN, s. 465.

¹¹ ÖZEK, Çetin, "Adliyeye Karşı İşlenen Suçların Hukuksal Konusu", İHFM, C:LV, S:3, Y:1997, s. 33; Genel olarak bildirim yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklanan suçlarda korunan hukuki değerle ilgili geniş bilgi için bkz. BAHİRİYELİ, Kemal, "Türk Ceza Kanunu'nda Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK. M. 279)", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 16-20.

¹² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 393.

¹³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 393.

C. SUÇUN UNSURLARI

I. TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURU

1. Fail

Suçun ilgili maddede düzenlenişi itibariyle bu suçun faili özellik arz etmemektedir. Bu suçun faili herkes olabilir. Bu açıdan bilgi verme suçu özgü faillik niteliği taşımamaktadır.¹⁴ Bu suçta fail, önceki suçun işlenişine *fail*, *azmettiren* yahut *yardım eden* olarak katılmayıp o suçtan habersiz olup malın sonradan suç eşyası olduğunu öğrenen; ancak öğrenme olgusuna rağmen şuçu takibe yetkili makamlara vakit geçirmeksizin bildirmekte ihmal eden kişidir.¹⁵

Kişinin fail olarak nitelendirilebilmesi için en önemli husus, bu eşyayı elde ettiği anda eşyanın suç konusu olduğunu bilmemesi gerektiğidir. Bu gereklilik kendisini, eşyanın suç işlemek suretiyle veya dolayısıyla elde edildiğinin sonradan öğrenilmesinde göstermektedir. Bu açıdan *önceki suçun işlenişine iştirak eden kişi* fail olarak değerlendirilemez. Nitekim *eşyanın suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edildiğinin bilinmemesi* ihtimal dahilinde değildir. İlaveten eşyanın suç eşyası niteliğinde olduğunu bilen kişi de suçun ilgili maddede düzenlenen lafzı sebebiyle fail olarak nitelenemez. Ancak bu durumda suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunda faillik gündeme gelecektir.¹⁶ TCK m. 165'in söz konusu olmaması için failin önceki suçun işlenişine herhangi bir şekilde iştirak etmemiş, hukuki ilişkisinin öncesinde veya sonra-

¹⁴ Aksi yönde bkz. "Suçun faili, suç eşyasını, suç eşyası olduğunu bilmeden satın alan veya kabul eden, ancak daha sonra, satın aldığı veya kabul ettiği eşyanın, suç eşyası olduğunu öğrenen kimsedir. O halde, suç, özgü (mahsus) suçtur." (HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 393.). Özgü faillikten bahsedebilmek için ilgili suç failinin belirli hukuki ve maddi özelliklere sahip olması şart koşulmaktadır. Burada failin ilgili suçu işleyebilmek bakımından bir statü içinde olması gerekmektedir (ZAFER, s. 189.). Failin içinde bulunduğu statü gereği aktif süje niteliği, ceza doğurmaya elverişli olması gerekmektedir (HEINRICH, s. 98.). Bilgi vermeme suçunda failin bir hukuki ilişkiden eşya elde etmesi ve bunu öğrenmesi neticesinde gerekli bildirimde bulunmadığı görülür. Burada fail herhangi bir hukuki ilişkinin tarafı olma bakımından belirli bir statü altında değildir. Herhangi bir kişi eşyanın suçtan elde edildiğini öğrenmesine rağmen bildirimde bulunmamaktadır. Bu açıdan belli bir hukuki ilişkinin tarafı olmak, failin süje niteliğinde özgüllük taşıyan bir kriter değildir.

¹⁵ PARLAR/HATIPOĞLU, (C.3), s. 2708.

¹⁶ AKYÜREK, s. 450; BAKICI, s. 918; PARLAR/HATIPOĞLU, (C.3), s. 2707.

sında eşyanın suç konusu olduğunu bilmiyor veya bilebilecek durumda olmaması gerekmektedir.

Doktrinde kabul edilen genel kanı, tüzel kişilerin suç faili olamayacakları yönündedir.¹⁷ Tüzel kişiler hakkında şartları mevcutsa bunlara özel güvenlik tedbirlerine hükümlenabilecektir. Tüzel kişilerin gerçek kişi temsilcisi, organ veya üyeleri, bu suçun faili olabilecektir.¹⁸

2. Mağdur

Bilgi vermeme suçunun mağduru herkes olabilir. Bu suç kapsamında suç konusu eşyanın *maliki* veya *zilyedi* mağdur sıfatını haiz olacaktır.¹⁹ Uygulamada genellikle bilgi vermeme suçunun failinin, işlendiğini sonradan öğrendiği önceki suçun mağdurudur.²⁰ Ancak “korunan hukuki değer” başlığı altında savunduğumuz üzere bu suçla korunan hukuki değerın kamusal yönünün ağır basması sebebiyle bu suçta mağdurun aynı zamanda adliye olarak da değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.²¹

¹⁷ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 12. Baskı, Ankara, 2019, s. 112.

¹⁸ PARLAR/HATİPOĞLU, (C.3), s. 2707; ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara, 2019, s. 205.

¹⁹ PARLAR/HATİPOĞLU, (C.3), s. 2707; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5351.

²⁰ BAKICI, s. 918.

²¹ Doktrinde *Hafizoğulları/Özen* bu suçun mağdurunun adliye yanında “görevi suçla mücadele etmek olan kolluk olduğu” kanaatindedir. (HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 393.). Ancak kolluk, adliye teşkilatının ayrılmaz bir parçasıdır. Bu sebeple bu suçun mağdurunun kolluk olarak nitelendirilmesinin adliyenin yapısına uygun düşmediği kanaatindeyiz.

3. Fiil (Hareket), Netice ve Suça İlişkin Ön Koşullar²²

Bir hukuki ilişkiye dayanılarak elde edilen eşyanın esasında suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edildiğinin öğrenilmesine rağmen suçun yetkili makamlara vakit geçirmeksizin bildirimde bulunulmaması, bilgi vermeme suçunun fiil unsurunu oluşturmaktadır.²³ Bu özelliğini bilmeden suç eşyasını satın alan veya kabul eden kişinin eşyanın bu niteliğini öğrendiği andan itibaren gecikmeksizin yetkili makamlara suçu bildirmemesi ile bilgi vermeme suçunu işlediği söylenebilecektir. Bu yönüyle bilgi vermeme suçu sırf hareket suçudur. Nitekim suçun kanuni tanımında öngörülen hareketsizliğe yönelik fiilin gerçekleştirilmesi yeterli görülmüş ve herhangi bir neticenin doğması aranmamıştır.²⁴ Bu nedenle bu suç bakımından nedensellik ve objektif isnadiyet araştırması yapılamamaktadır. İlaveten suçun kanuni tanımında tek bir hareket öngörülmesi sebebiyle bu suç tek hareketli; hareketin de belli bir koşula bağlı olarak gerçekleşmesi aranmadığından serbest hareketli bir suçtur.

²² Baştan belirtmek gerekir ki “objektif cezalandırılabilme koşulları” ile suçun ön koşulları” kavramı iki farklı kavramdır. Suçun ön koşulu, hareketin öncesinde yer alan, varlığı veya yokluğu suçun varlığını ya da yokluğunu belirleyen, suça etki eden bir koşuldur. Ön koşulların yokluğu, suçun da yokluğu anlamında gelecektir. Objektif cezalandırılabilme koşulu ise adı üstünde suça değil cezaya etki eden bir koşuldur. Hareketi veya hareketsizliği cezalandıran fiillerin dışında hareketle aynı zamanda veya hareketi takip eden bir zamanda mevcut olmazsa fiilin cezalandırılmasını engelleyen koşullara objektif cezalandırılabilme koşulu denilmektedir. Bu koşulların varlığı ya da yokluğu failin cezalandırılabilirliğini etkileyecektir. EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt I, Sevinç Matbaası, 11. Baskı, Ankara, 1976, s. 312-313.

²³ PARLAR/HATIPOĞLU, s. 2706; “1-)Sanık ...'ın müştekiye ait telefonu beraat eden sanık ...'tan kimlik fotokopisi karşılığında ve 600 TL gibi çok düşük olmayan bir bedelle satın aldığı belgelemesi ve bu durumu da ...'ın inkar etmemesi karşısında; sanığın üzerine atılı suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçundan beraati yerine, yetersiz gerekçe ile mahkûmiyetine karar verilmesi, Kabule göre de; 2)Telefonu çalındıktan sonra ilk kullanan tanık ...'e telefonun kapatılacağına dair gelen mesaj üzerine telefonu yeniden alarak yetkili mercilere bildirmeksizin 3. kişiye satan sanık ... hakkında, TCK'nın 166. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı'nın tartışılmaması”. Y17.CD, 2016/8917E., 2018/10882K., 20.9.2018T.

²⁴ HEINRICH, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım – I, (Ed. ÜNVER, Yener) Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 91-92; EREM, (Ümanist), s. 282.

Bu suçta fiil unsuru bakımından önem arz eden husus, bildirim yükümlülüğü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bildirim süresi ise kanun koyucu tarafında somutlaştırılmamıştır. Bu suçun yargılmasında hâkim, somut olaya göre mevcut koşulları göz önünde bulundurarak “vakit gecikmeksizin” koşulunu somutlaştıracak ve makul bir zaman dilimini takdir edecektir.²⁵ Bu zaman dilimi olabilecek en kısa süreyi ihtiva etmelidir. Ancak bu suç gerçek anlamda bir ihmalî suç olarak değerlendirilmesinden ötürü, bu tür suçların maddi yapısına da uygun olarak, bildirim yapılma zamanının failden beklenebilmesi ve olanaklı olması; yani bildirimde bulunmanın da fail bakımından mümkün bir zaman dilimini ihtiva etmesi gerekmektedir.²⁶ Eğer kabule şayan bir mücbir sebep söz konusuysa bu imkânsızlığın ortadan kalkmasından itibaren derhal bildirimde bulunulmalıdır.

Suçun oluşmaması için gereken *bildirme* şartının ne şekilde gerçekleştiği özellik arz etmemektedir.²⁷ Bildirim bir üçüncü kişi aracı kılınarak dahi gerçekleştirilebilir. Bu bildirme eyleminin yazılı veya sözlü olması, bilgi vermeme suçu için fark yaratmamaktadır. Ancak sözlü bildirimlerin tutanağa geçirilmesi gerekmektedir. İlâveten bildirme ile birlikte eşyanın teslim edilmesi şartı Kanunda düzenlenmemiştir. Bu açıdan suç eşyasını elde eden kişinin bu eşyayı bildirimde bulunurken teslim etmemiş olması ceza hukukunu değil borçlar hukukunu ve eşya hukukunu ilgilendirmektedir.

Bilgi vermeme suçunda söz konusu eşyanın bir hukuki ilişkiye dayanmak suretiyle elde edilmesi gerekmektedir. Maddenin gerekçesinde örneklendiği üzere bu hukuki ilişkiler bir satış veya bağışlama sözleşmesi olabilir. Hukuki ilişki kavramı geniş bir alanı kapsadığından her türlü sözleşme tipi bu suç bakımından örnek verilebilecektir. Ancak hukuki ilişkinin mutlaka bir sözleşme olması gerekmemektedir. Mirasçılık ilişkisi dahi hukuki ilişki kapsamında mütalaa edilebilecektir.²⁸ İlâveten bu suç bakımından dikkat edilmesi gereken husus, suç konusu eşya-

²⁵ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5353.

²⁶ ERDEM, Mustafa Ruhan, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)”, TBB, C:21, S:80, Y:2009, s. 116; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 258.

²⁷ AKYÜREK, s. 452.

²⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 393.

nın hukuka aykırı bir şekilde elde edilmemesi gerektiğidir. Nitekim suç konusu eşyanın hukuka aykırı biçimde elde edilmesi durumunda somut olaya göre *dolandırıcılık* ya da *hırsızlık* suçu gündeme gelebilecektir.²⁹ İlaveten karşı tarafın rızası olmadan malın elde edilmiş olması durumu ilk bakışta hukuka aykırı yolla eşyanın elde edileceği izlenimini verir; ancak icra kanalıyla karşı tarafın rızasının olmamasına rağmen suç konusu eşya haciz yoluyla elde edilebilir. Bu durum hukuka uygun olduğu için bilgi vermeme suçu söz konusu olabilecektir.

Elde etmek fiili, eşya üzerinde bir hâkimiyetin varlığını gerektirir. Bu açıdan bakıldığında failin bilgi vermeme suçunun faili olabilmesi için mutlak suretle malik olması aranmaz. Örneğin fail suç konusu eşyayı kiralaması sebebiyle ferî dolaysız zilyet olabilir. Bu açıdan suç konusu eşyayı elde etmek bakımından zilyetlik dahi yeterlidir.³⁰ Korunan hukuki değer *adliyyeyi* de kapsadığı göz önünde bulundurulduğunda bu sonuca varmak gerekecektir.³¹

Hareket açısından değerlendirildiğinde bu suç bir ihmal suçudur. Failin hukuki bir ilişkiye dayalı olarak elde ettiği eşyanın, esasında suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edildiğini öğrenmesine rağmen, suçu takibe yetkili makamlara vakit geçirmeksizin bildirimde bulunmaması, bir ihmalî davranış teşkil etmektedir. Suçun tamamlanması için eşyanın suç konusu oluşturduğunu öğrenen fail bu hususu vakit geçirmeksizin suçu yetkili makamlara bildirmede ihmalde bulunması gerekmektedir.

Bu suçun kanundaki tanımına bakıldığında bu suçta herhangi bir zararın doğmasının aranmadığı dikkat çekmektedir.³² Kanun koyucu bu suçta bildirim yapılmamasına yönelik hareketsizliği tehlikeli görmüş, ayrıca somut bir tehlikenin varlığını da aramamıştır.³³ Bu sebeple bilgi vermeme suçu bir zarar suçu değil *soyut tehlike suçu* oluşturmaktadır.³⁴

²⁹ AKYÜREK, s. 451.

³⁰ AKYÜREK, s. 451.

³¹ AKYÜREK, s. 451.

³² ESEN, s. 424.

³³ HEINRICH, s. 94.

³⁴ AKYÜREK, s. 452.

Suçun vuku bulması için zarar aranmamakla birlikte somut bir tehlike de aranmamaktadır.

Failin hukuki bir ilişkiye dayalı olarak elde ettiği eşyanın suç konusu teşkil ettiğini nasıl ve ne şekilde öğrendiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Öğrenme olgusu tesadüfen dahi gerçekleşebilir. Fiil unsuru bakımından önem arz eden husus, failin eşyayı elde ettiği anda eşyanın suç konusu olduğunu bilmemesi gereğidir. Önceki suçu bildirme hususunda failin hareketsiz kalmasından başka netice aranmamaktadır.³⁵ Bu kapsamda bu suç *ani suç* niteliğindedir.

Bildirimde bulunulacak makamların niteliği TCK m. 166'da belirtilmemiştir. Yetkili makamlarda anlaşılması gereken bildirim üzerine soruşturma başlatma yetkisi bulunan makam (Cumhuriyet savcılığı) ya da bu bildirim soruşturma yapmaya yetkili makama bildirmekle yükümlü olan makamdır (örneğin kolluk makamları). Bu hususta yetkili makamın belirlenmesi noktasında CMK m. 158 yol gösterici niteliktedir.³⁶ İlgili hükme göre: "(1) Suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. (2) Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. (3) Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikâyette bulunulabilir. (4) Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. (5) İhbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir." Bu hükümden hareketle suç konusu eşyanın niteliği öğrenildikten sonra Cumhuriyet savcılıklarına ek kolluğa, valiliklere, kaymakamlıklara, mahkemelere, büyükelçilikler ile konsolosluklara yapılan bildirim de bilgi verme suçunun oluşmasını engelleyecektir. Belirtilen makamlar ise aldıkları ihbarları ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmek mecburiyetindedir (CMK m. 158/2). Ancak kişi yetkili makamın yetkisi konusunda hataya düşebilir. Bu durumda suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları üzerinde bir hata söz konusu olduğu için TCK. m. 30/1 uygulanma imkânı

³⁵ AKYÜREK, s. 452.

³⁶ PARLAR/ÖZTÜRK, Uygulamada Adliye Karşı Suçlar, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 288; AKYÜREK, s. 452.

bulabilir. Nitekim Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir.³⁷ İlâveten belirtmek gerekir ki, bildirim alan yetkili makamların suçun soruşturulması için gerekli işlemleri yapmaması, bilgi vermeme suçunun vücut bulmasını engellemeyecektir.

Bilgi vermeme suçuyla ilgili olarak karşımıza çıkan ön koşullardan birisi de eşyanın suçtan elde edildiğine yönelik kesinleşmiş bir hükmün gerekliliğidir.³⁸ Eşyanın “menşei” kanıtlanamadığında ilke olarak şüpheden sanık yararlanacaktır.³⁹ Örneğin bilgi vermeme suçunun faili, suç konusu eşyayı bir hırsızdan satın almışsa bu durumda önceki suç olan hırsızlık suçunun vuku bulduğu ile ilgili kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü gerekmektedir.⁴⁰ Nitekim suç konusu eşyanın gerçekten de bir suçla ilgili ya da suç dolayısıyla elde edildiğini ancak mahkeme tespit edebilecektir. Mahkeme bu hususta sübûta varmışsa artık bilgi vermeme suçundan hüküm kurulabilecektir. Fakat önceki suçtan dolayı fail hakkında beraat hükmü verilmesi durumunda ortada yine de suç konusu bir eşya bulunmaktadır. Bu durumda bilgi vermeme suçundan yargılama yapılması mümkün olmaktadır. Burada aslolan eşyanın suça konu olup olmadığına dair kesinleşmiş bir tespit hükmünün gerekliliğidir. Örneğimizde fail beraat etse bile mahkeme ortada hırsızlık suçunun varlığını tespit etmiş ancak suçu failin işlemediğini sabit görmüş ya da fiilin fail tarafından işlendiği sabit görülmemiş olsa bile bilgi vermeme suçu varlığını koruyacaktır. Başka bir seçenek olarak fail hakkında zorunluluk hali, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, geçici sebepler gibi sebeplerle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmişse; fail ölmüşse, şikâyet, zamanaşımı, af gibi durumlarda davanın düşmesine karar verilmişse burada fiilin varlığı sabit olduğundan bilgi vermeme suçu incelenmeye değer olacaktır.

³⁷ Y4.CD, 2002/29326E., 2003/8564K., 30.9.2003T. (BAHRİYELİ, s.74.)

³⁸ Bu suçla tamamlayıcı suç ilişkisi içinde bulunan suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu bakımından Yargıtay, bu eşyanın meydana geldiği suçun nerede ve ne zaman işlendiğinin ve failin kim olduğunun önemli olmadığına, önemli olan hususun sanığın satın aldığı eşyanın suç ürünü olduğunu bildiğinin hükümde kesin delilleriyle açıklanmış olduğuna hükmetmiştir (Y4.CD, 1943/5883E., 1943/5081K., 8.10.1943T.). DÖNMEZER, s. 459.

³⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 393.

⁴⁰ BAKICI, s. 917.

4. Konu

Bilgi vermeme suçunun konusu “bir hukuki ilişkiye dayalı olarak elde edilen eşya”dır. Para da taşınır eşya kategorisinde değerlendirildiğinden suçun konusu kavramı dahilindedir.⁴¹ Kripto paralar ve dijital ortamdaki kaydı değerler de bu suçun konusunu temsil edebilme kabiliyetindedirler. Toparlayacak olursak *ön suçun işlenilmesini teşvik veya işlenilmesinden dolayı ödüllendirilmesi maksadıyla ön suçun fail veya şerikine verilen maddi bir bünyeye sahip olan eşya (senet, çek, döviz, para veya diğer taşınır mal)*, “suç işlemek dolayısıyla elde edilen eşya” niteliğinde *suçun maddi konusunu* oluşturmaktadır.⁴² Suç konusu eşyanın ekonomik bir değeri bulunmalıdır. Bu suçun düzenlenmesi ile amaçlananlardan biri, suç konusu eşyanın tedavüle sokulmasının engellenmesidir. Bu açıdan ön suçun konusunu oluşturan eşyayla bir hukuki ilişki sonucu elde edilen eşya arasında maddi bir birlik aramak yersizdir.⁴³ Bu eşyalar daha sonrasında nitelik değiştirebilir, değeri azalabilir ya da artabilir. Bu suçta önem arz eden husus, eşyanın suç konusu olduğunun bildirilmesidir.

Suç konusu olan eşyanın failin katılmadığı ve malı elde ederken bilmediği daha öncesinde işlenen bir suçtan elde edilmesi gerekmektedir.⁴⁴ Bu suçtan önceki maddede düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun konusu “*bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşya veya diğer malvarlığı değeri*” olmakla birlikte bilgi vermeme suçunun konusu sadece eşyadır. 26/6/2009 tarihinde 5918 sayılı Kanun m. 3 ile TCK m. 165’te bir değişikliğe gidilmiştir. Yapılan değişiklikle suç eşyasının satın alınması ve kabul edilmesi suçu yeniden incelenip ilgili maddede “diğer malvarlığı değeri” ifadesi eklenmiştir. Ancak TCK m. 166 bu suçun tamamlayıcısı olmasına rağmen burada bir değişikliğe gidilmemiştir. Bu sebeple bilgi vermeme suçunun konusunu yalnızca eşya oluşturmaktadır. Burada kanun koyucu sadece eşyayı bu suçun konusu olarak belirlemiş, diğer malvarlığı değerlerini bu suçun kapsamına dahil etmemiştir. Bu sebeple kanunun lafzı gereği ve kıyasa yol açabilecek

⁴¹ GÖZÜBÜYÜK, s. 796.

⁴² PARLAR/HATİPOĞLU, s. 2708.

⁴³ PARLAR/HATİPOĞLU, (C.3), s. 2708.

⁴⁴ BAKICI, s. 917.

genişletici yorum yasağı gereği, *eşya dışında maddi varlığı olmayan talepler ve haklar* eşya kapsamı içinde mütalaa edilemeyip bu suçun konusunu oluşturmayacaktır.⁴⁵

Suç konusu eşyanın değerini azlığı ya da çokluğu, bu suç bakımından cezada artırım ya da indirim sebebi teşkil etmemektedir. Nitekim bilgi vermeme suçunda cezalandırılan davranış suç konusu eşyanın elde edilmesi değil, eşyanın suç konusu teşkil ettiğinin sonradan öğrenilmesine rağmen vakit geçirmeksizin yetkili makamlara bildirimde bulunulmamasıdır. Kanunumuzda yerinde olarak, malvarlığına karşı suçlar arasında yer alsa bile değer azlığı ya da çokluğu cezada indirim veya artırım sebebi olarak öngörülmemiştir. Ancak *değerin azlığı suçun işlenmesine engel teşkil etmeyecek, fazlalığı ise TCK.nun 61/1-e maddesi uyarınca temel cezanın tayininde gözetilecektir.*⁴⁶

İlgili maddede eşyanın suçtan elde edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Suç konusu eşyanın satın alınması veya kabul edilmesi suçuyla benzer olarak suç konusu eşya eğer *kabahat veya disiplin soruşturmasını gerektiren bir fiil sonucu elde edilmişse*, bilgi vermeme suçunun uygulanma kabiliyetini haiz olamayacaktır.⁴⁷ Öncül suçun adlî bir suç olması gerekmektedir. İlâveten önceki suçun niteliğinden kanun maddesinde bahsedilmemiş olması sebebiyle önceki suçun malvarlığına karşı işlenen suçlardan olması şart değildir. *Zimmet, rüşvet, tefecilik, ihaleye fesat karıştırma, banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması, irtikap, uyuşturucu madde ticareti veya kaçakçılık* gibi suçlardan elde edilmesi mümkün gözükmektedir.⁴⁸ İlâveten ön suçun TCK'da ya da suç ve ceza öngören özel kanunlarda yer alması, Türkiye'nin sınırları içinde ya da dışında işlenmiş olması, kast veya taksire dayalı olarak işlenip işlenmemesi, cezalandırılabilir veya kovuşturulabilir nitelikte olup olmaması önem arz etmemektedir.⁴⁹ Fail hakkında yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, zorunluluk

⁴⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 791-792; YAŞAR GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5351-5352; ÖZBEK, s. 1329.

⁴⁶ BAKICI, s. 918.

⁴⁷ SOYASLAN, s. 465; GÖZÜBÜYÜK, s. 796.

⁴⁸ BAKICI, s. 917; ESEN, s. ?; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 394; PARLAR/HATİPOĞLU, (C.3), s. 2708.

⁴⁹ PARLAR/HATİPOĞLU, (C.3), s. 2708; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5352.

halinin varlığı gibi sebeplerle cezaya hükmolunmayıp hakkında CMK m. 223/1-b uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmişse dahi bilgi verme suçunun varlığından bahsedilebilecektir. Önceki suç bakımından failinin bir cezaya mahkûm olması gerekmemektedir. Nitekim suç oluşturan fiilin sübûtu, bilgi vermeme suçu için yeterli olmaktadır.

II. TİPİKLİĞİN MANEVİ UNSURU

1. Kast

İhmalî davranış, kişilere belirli bir icraî davranışta bulunma yükümlülüğünü yüklemekle birlikte bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi savsaklanmasıdır.⁵⁰ İcraî suçlarda gördüğümüz gibi ihmalî suçlarda da kastın suçun kanunda tanımlı maddi unsurlarını kapsaması gerekmektedir.⁵¹

Bilgi vermeme suçu sırf ihmalî bir suçtur. Bu suçta bilgilendirme (bildirim) yükümlülüğü bağlamında icraî bir davranışta bulunmak aranmaktadır. Bu yükümlülük altındaki failin kastı, yükümlülüğün gereği olan icraî davranışta bulunmayıp hareketsiz kalma kararında somutlaşmaktadır. Bu durumlarda kast unsuru bakımından *failin objektif unsurları bilmesi* yeterli olmaktadır.⁵²

Bilgi vermeme suçu *doğrudan kastla* işlenebilir.⁵³ Failin suç işlemek suretiyle veya dolayısıyla elde edilen eşyayı elde ettiğini öğrenmesine rağmen bu hususu bilerek ve isteyerek susması ve yetkili mercilere bildirimde bulunmaması kastın varlığı için yeterli olacaktır. Failin taşıdığı *amaç veya saik* bu bakımdan önem arz etmemektedir.⁵⁴

Kişinin malvarlığı değerlerini elde ettiği anda, bu malvarlığı değerlerinin suçtan kaynaklandığını bilmemesi halinde bilgi vermeme suçundan cezalandırılabilmesi mümkün değildir. Nitekim kişinin kasıtlı davrandığı savunulamayacaktır.

⁵⁰ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 257; ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ ALŞAHİN, M. Emin/ ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2020, s. 320.

⁵¹ PARLAR/HATİPOĞLU, (C. 1), s. 331.

⁵² PARLAR/HATİPOĞLU, (C.3), s. 2709.

⁵³ ESEN, s. 424.

⁵⁴ AKYÜREK, s. 452-453.

Kişinin aslında eşyanın suç konusu olmamasına rağmen hataya düşüp suç eşyası olarak tasavvur etmesi durumunda *işlenemez suç (muhal suç)* söz konusu olacaktır.⁵⁵ Failin bildirim yükümlülüğünün olmadığını tasavvur etmesi durumunda, haksızlık yanılığında söz edilir. Ancak TCK m. 30/4 hükmünün uygulanabilmesi için yanılığın kaçınılmaz olması ve failin “hukuka aykırı davrandığı bilincinde olmaması” gerekmektedir.⁵⁶

*Hukuki ilişkinin tarafları üzerinde hataya düşmek esaslı hata sayılamayacaktır.*⁵⁷ Ancak bildirim zamanında hataya düşmek esaslı hata sayılabilecektir. Şöyle ki kişi bildirim yükümlülüğü olduğunu bilmekte ancak bunun için daha önce hukuki ilişkide bulunduğu kişi hakkındaki davanın sonuçlanıp kesinleşmesi gerektiği hususunda hataya düşebilir. Bildirimin vakit geçirmeksizin olması bu suçun fiil unsuruna dahil olduğu için bu yanılma hali fiili yanılmaya vücut verecektir. Nitekim kişi suçun kanunda tanımlı maddi unsurlarında hataya düşmüştür (TCK m. 30/1).

Failin bildirimde bulunması; karşı koyamayacağı cebir, şiddet, tehdit veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit altında engellendiğinde de fail ihmalinden sorumlu olmayacaktır (TCK m. 28). Nitekim fail bildirim yapma konusunda kendi iradesiyle hareketsiz kalmaktadır. Bu gibi hallerde TCK m. 28’e göre cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılacaktır.⁵⁸

Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu ile bilgi vermeme suçunun en büyük ayrımı, kastın sonradanlığı üzerinedir. Hukuki bir ilişki sebebiyle elde edilen suç eşyası olduğunun elde etme anında bilinmesi durumunda TCK m. 165⁵⁹, elde etme anında bilinmemesi durumunda ise TCK m. 166 gündeme gelecektir. Kişinin öğrendiği

⁵⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 394; Fail, önceki suçun varlığı hususunda hataya düşüp eşyanın suç konusu olduğu zannındadır. Burada fail, hareketsizliğinin, var olan bir suç tipine uyduğunu tasavvur etmektedir. HEINRICH, s. 447-448; EREM, (Ümanist), s. 329.

⁵⁶ PARLAR/HATİPOĞLU, (C.1), s. 571.

⁵⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 394.

⁵⁸ Cebir, şiddet, korkutma ve tehdit fiillerinin kapsamıyla ilgili geniş bilgi için bkz. PARLAR/HATİPOĞLU, (C.1), s. 502-505.

⁵⁹ GÖZÜBÜYÜK, s. 796.

önceki suçtu yetkili makamlara bildirmeyi ihmal etmeye yönelik bilinci ve isteği, bu suçun kast unsurunu oluşturmaktadır.

Bu suçtu TCK m. 165'ten ayıran diğerk önemli fark, eşyanın suç eşyası olduğunun bilinme zamanı bakımından kendisini gösterir.⁶⁰ Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunda failin satın aldığı veya kabul ettiği eşyanın suç konusu olduğunu önceden bilmesi veya bilebilecek durumda olması aranır.⁶¹ Önceden bilme hususu, en geç satın alma veya kabul etme sırasında gerçekleşmelidir.⁶² TCK m. 166 ise kast bakımından eşyanın suç konusu olduğunun hukuki ilişkiden sonra öğrenilmesini şart koşmaktadır.

2. Taksir

Bu suçun taksirli hali Kanunda düzenlenmediğinden bu suçun taksirli hali cezalandırılmamaktadır. Bu sebeple hem suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunda hem de bilgi vermeme suçunda taksirin varlığı önem arz etmemektedir.

3. Olası Kast

Bilgi vermeme suçunun olası kastla işlenip işlenemeyeceğinin araştırılması gerekmektedir. Doktrinde *“failin, eşyayı elde ettiği kişinin daha sonradan malvarlığına karşı işlenen bir suçtan yakalandığını öğrenmesine karşın bu durumu önemsememesi/kabullenmesi nedeniyle bildirimde bulunmaması”* örneğinden hareketle bilgi vermeme suçunun olası kastla işlenebileceği savunulmaktadır.⁶³ Ancak bu suçun olası kastla işlenip işleneme-

⁶⁰ PARLAR/HATİPOĞLU, (C.3), s. 2706; DÖNMEZER, s. 458.

⁶¹ ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 440-441.

⁶² PARLAR/HATİPOĞLU, (C.3), s. 2706.

⁶³ AKYÜREK, s. 453; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5354; Nitekim benzer bir olay bir Yargıtay kararına da konu olmuştur. Şöyle ki: *“Bilgi vermeme suçundan sanığın mahkûmiyetine ilişkin hüküm sanık tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünöldü:*

Sanığın, suç eşyası olduğunu bilmeksizin temyiz dışı sanık ...'tan bilgisayar satın aldığı ancak ertesi gün gazetede ...'in hırsızlık suçundan yakalandığını okuyarak satın aldığı bilgisayarın hırsızlık konusu eşya olduğunu öğrendiği, ancak buna rağmen yetkili makamlara bildirimde bulunmamak suretiyle bilgi vermeme suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda; Sanığın ifadesinde, ...'in kendisine 400 TL karşılığında bilgisayar satmak istediğini, kendisinin ise 200 TL'ye alabileceğini söylemesi üzerine ...'in bu teklifi kabul ettiğini ve bilgisayarını 200 TL karşılığında aldığı beyan etmesi karşısında, değerinin altındaki fiyata bilgisa-

yeceği hususunun ortaya konabilmesi için kastın bu türünün kapsamı belirlenmelidir.

Failin, gerçekleşmesini kendi davranışının sonucu olarak öngördüğü sonuç doğrudan kast kapsamındadır. Fail bu sonuç haricinde, *gerçekleşme riskini kabul ettiği ya da davranışı gerçekleştirirken önlemeyi düşünmediği fakat gerçekleşmesi muhtemel sonuçlardan sorumluluğu* ise olası kast (*dolaylı kast*) olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁴ Nitekim TCK m. 21/1 hükmünde “kişinin suçun tanımındaki kanuni unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine karşın, fiili işlemi durumunda olası kast vardır.” şeklinde olası kastın kapsamı belirtilmiştir. Kanun maddesinde yer alan “öngörmesine karşın” ifadesiyle failin gerçekleştirdiği davranışın doğuracağı olası ve mümkün sonuçları kabul etmesi ifade edilmektedir. Failin bu psikik durumunda sonucun gerçekleşmesine razı olduğu ve sonucun gerçekleşmesini önlemek amacıyla müdahalede bulunma yolunu seçmediği görülmektedir. Bilgi vermeme suçunun fiil unsurunu incelediğimizde ise failin herhangi bir hukuki ilişkiden elde ettiği eşyanın suç konusu olduğunu öğrenmesi olgusunun arandığı görülmektedir. Öğrenme olgusunun ise ister yakalama, ister gözaltı isterse de mahkûmiyet olsun ne şekilde gerçekleştiğinin önemi bulunmamaktadır. Çünkü Kanun, öğrenmenin kesin bir olguya dayanmasını aramamaktadır. Bu suçun olası kastla işlenebileceğini savunan yazarlar da öğrenme olgusunun ne şekilde gerçekleştiğinin önem arz etmediğini belirtmişlerdir.⁶⁵ Nitekim Yargıtay da benzer bir olayda, kast-olası kast tartışması yapmamakla birlikte önceki suç failinin yakalanmasının öğrenme niteliğinde olduğunu göstermiş, öğrenmenin şekli ile ilgilenmemiştir.⁶⁶ Fiil unsu-

yar satın alan ve aynı mahiyetteki ürünlerin alım satımı üzerine esnaflık yapan sanığın, bu eşyanın suç eşyası olduğunu bilmesi gerektiği anlaşılmalı, eyleminin TCK'nın 165. maddesi kapsamında suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılarak sanığın hukuki durumun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması... Y15.CD, 2015/11789E., 2018/6143K., 1.10.2018T.

⁶⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 373; PARLAR/HATİPOĞLU, (C.1), s. 333.

⁶⁵ Bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5352, AKYÜREK, s. 451.

⁶⁶ Bkz. “Bilgi vermeme suçundan sanığın mahkûmiyetine ilişkin hüküm sanık tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü: Sanığın, suç eşyası olduğunu bilmeksizin temyiz dışı sanık ...'tan bilgisayar satın aldığı ancak ertesi gün gazetede ...'in hırsızlık suçundan yakalandığını okuyarak sa-

runda ikinci olarak karşımıza öğrenme olgusunun yetkili makamlara vakit geçirmeksizin bildirilmemesi çıkmaktadır. Bakıldığında bu suç ani hareketli, sonuçsuz ve salt ihmalî bir suçtur. Bu sebeple bu suç bakımından failin olası ve mümkün sonucu öngörmesi hali hazırda failin hareketsiz kalmasını gerektirecektir. Bu hareketsizlik ise ihmal oluşturduğundan suç doğrudan kastla işlenmiş olacaktır. Tüm bu açıklanan sebeplerle bilgi vermeme suçunun olası kastla işlenmesinin ihtimal dahilinde olmadığı kanaatindeyiz.

III. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Bu suç özelinde bildirimde bulunmamak fiilinin suç teşkil edebilmesi için bu hareketsizliğin hukuka uygun olmaması gerekmektedir. Bilgi vermeme suçu hukuka aykırılık unsuru bağlamında incelendiğinde bu suçta hukuka uygunluk nedenlerinin özellik arz etmediği görülmektedir.⁶⁷ Ancak yine de bilgi vermeme suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edip edemeyeceği noktasında sır saklama yükümlülüğünün varlığı veya yokluğu hususu araştırılmalıdır. Burada sır saklama yükümlülüğü bulunan kişilerin, elde ettikleri eşyanın suç konusu olduğunu öğrenmeleri ancak bildirimde bulunmamaları durumunda bu durumun hukuka uygunluk nedeni teşkil edip etmediği hususu tartışılabilir.

Alman Ceza Kanununa baktığımızda § 139 III c.2'de suçu bildirmeme suçu özelinde sır saklama yükümlülüğü altında bulunan bazı kişilerin bildirim yükümlülüğünden istisna tutulduğu görülmektedir.⁶⁸

tın aldığı bilgisayarın hırsızlık konusu eşya olduğunu öğrendiği, ancak buna rağmen yetkili makamlara bildirimde bulunmamak suretiyle bilgi vermeme suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda; Sanığın ifadesinde, ...'ın kendisine 400 TL karşılığında bilgisayar satmak istediğini, kendisinin ise 200 TL'ye alabileceğini söylemesi üzerine ...'ın bu teklifi kabul ettiğini ve bilgisayarı 200 TL karşılığında aldığını beyan etmesi karşısında, değerinin altındaki fiyata bilgisayar satın alan ve aynı mahiyetteki ürünlerin alım satımı üzerine esnafılık yapan sanığın, bu eşyanın suç eşyası olduğunu bilmesi gerektiği anlaşıl-makla, eyleminin TCK'nın 165. maddesi kapsamında suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılarak sanığın hukuki durumun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması..." Y15.CD, 2015/11789E., 2018/6143K., 1.10.2018T.

⁶⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 394.

⁶⁸ ERDEM, s. 116.

Erdem de “suçu bildirmeme suçu özelide sır saklama yükümlülüğü altında olan kişilerin, TCK m. 278’de açık bir düzenleme olmamasına rağmen, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden yararlanabileceği” kanaatindedir.⁶⁹ Bilgi vermeme suçu bakımından ise ne CMK’da ne de Alman Ceza Muhakemesi Kanununda böyle bir hüküm bulunmaktadır.

“Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme” başlıklı CMK m. 46/1’e göre: “Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır: a) Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklenedikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler. b) Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler. c) Malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler.” Kural, kişilerin gerçekleştiğine tanık oldukları veya sonradan öğrendikleri olguları mahkeme huzurunda açıklamalarıdır.⁷⁰ Kanun sır saklama yükümlülüğü kapsamında yarattığı istisnayı da sıkı koşullara bağlamıştır. Madde incelendiğinde sır saklama yükümlülüğünün kapsamını ve sınırını, yükümlülük altındaki kişilerin sahip oldukları sıfatları veya görevi sebebiyle öğrendiği bilgilerin oluşturduğu görülmektedir.⁷¹ Ancak malvarlığına karşı bir suç olan bilgi vermeme suçunda sır saklama yükümlülüğü ile bildirim yükümlülüğünün çakışacağı hallerin ihtimal dahilinde olması oldukça zordur. Nitekim, örneğin sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunda sır saklama yükümlülüğü ile bildirim yükümlülüğünün çakışması bağlamında doktrindeki tartışmalar,⁷² bilgi vermeme suçu bakımından mevcut da değildir. Bir ihtimal tasavvur edecek olursak örneğin bir avukat, müvekkilinin bilgi vermeme suçunu işlediğini öğrendiği durumda bu suçu ihbar etmemesi, görevi dolayısı-

⁶⁹ ERDEM, s. 116.

⁷⁰ TÖRENLİ ÇAKIROĞLU, Maral, “Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu”, DEÜHFD, C:12, S:2, Y:2010, s. 176.

⁷¹ EREM, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Sevinç Matbaası, 4. Baskı, Ankara, 1973, s. 374-375.

⁷² Bkz. KARAHAN, s. 964-967.

la öğrendiği için sır saklama kapsamında değerlendirilecektir.⁷³ Ancak burada bildirim yükümlülüğü altında olan kişi, suçu bildirmeme suçunda olduğu gibi işlenmekte olan suçu öğrenen kişi değil, bizatihi girdiği hukuki ilişki neticesinde elde ettiği eşyanın suç konusu olduğunu öğrenen belirli bir kişidir. Burada avukatın, müvekkilinin işlediği suçu gizlemesi durumunda avukat, eşyanın elde edilmesindeki hukuki ilişkinin tarafı olmadığı için bilgi vermeme suçunun ne faili ne de şeriki olarak değerlendirilebilecektir. Tüm bu sebeple bilgi vermeme suçunun niteliği gereği sır saklama yükümlülüğünün bulunmasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz.

D. KUSURLULUK

Bilgi vermeme suçu özelinde kusurluluğu kaldıran bir hal olarak zorunluluk hali gündeme gelebilecektir. Fail kendisinin yahut bir yakınının bir hakkının hakkına yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlediği fiillerden dolayı cezalandırılmayacaktır (TCK m.25/2). Ör-

⁷³ “Avukat ile müvekkili arasındaki sözleşme ilişkisinin temeli güven ve sadakat ilkelerine dayanmaktadır. Müvekkilin; her durumda avukatına güvenmesi, sırrını saklayacağından emin olması gerekir. Bu nedenle Avukatlık Kanunu’nun 34. maddesinde, avukatların görevlerini yükümlü oldukları ifade edilmiş ve Yasa’nın 36. maddesinde de görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açıklamaları yasaklanarak sır saklama yükümlülükleri öngörülmüştür. Avukatın, müvekkilinin sırrını saklama yükümlülüğü üçüncü kişiler yanında mahkemelere, savcılıklara ve idari birimlere karşı da geçerlidir. Avukatlık meslek sırrı, avukatın mesleğini icra ederken öğrendiği, herkes tarafından bilinmeyen, açıklanması halinde vekil edenin maddi ya da manevi zarara uğrayacağı, üçüncü kişilerden gizlenen özel yaşama dair bilgilerdir. Avukatın mesleği ile bağlantılı olarak öğrendiği, vekil edene ait özel ilişkileri, sağlık bilgileri, mali durumu, kişisel bilgileri gibi gerektiğinde bulunduğu yer ya da adresi de sır kapsamına dâhildir. Avukata yüklenen sır saklama yükümlülüğü, vekil edenin adli/idari merciler karşısında daha etkin, yerinde ve etraflıca iddiada bulunması veya savunma yapması ile doğrudan bağlantılıdır. Avukatın meslek sırrını koruması ise uluslararası antlaşmalar ve Anayasamızda güvence altına alınan özel yaşamın gizliliğinin sonucu olmanın yanında yerine getirilen kamu hizmetinin içeriği ve niteliği ile de ilgilidir.”. Y4.CD, 2009/19013E., 2011/21017K., 14.11.2011.). ŞEN, Ersan/ BODUR, F. Betül, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğünden Kaynaklanan İmtiyazlar” TBBD, C:138, S:?, Y:2018, s. 10-11.

nek vermek gerekirse failin kendisi veya bir yakınının hastalığı sebebiyle, suç işlemek suretiyle veya dolayısıyla elde edildiğini öğrendikten sonra gerekli bildirim yetkili makamlara yapamamış ve elde ettiği eşyayı satıp tedavi masraflarını ödemiş olabilir. Başka bir örnek olarak yetkili makamlara bildirim yapabilmek için *tehlikeli bir yoldan* geçme mecburiyeti karşısında failin makul süreyi aşması durumunda da zorunluluk halinin varlığından bahsedilebilecektir.⁷⁴

E. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

İhmalî suçlar genel manada iki şekilde karşımıza çıkmaktadır: gerçek ihmal ve görünüşte ihmal suçları. Konumuz itibariyle gerçek ihmalî suçlarda teşebbüs hususu önem arz etmektedir. Doktrinde tartışmalı olmak üzere bizim de savunduğumuz kabule göre kural olarak gerçek ihmal suçlarına niteliği gereği teşebbüs mümkün değildir.⁷⁵ İhmal suretiyle icra suçlarına ise kural olarak teşebbüs mümkündür. Ancak ihmal suçlarında *belli bir davranışta bulunmama, kanunun yapılmasını emrettiği davranışı yapmama* kıstası⁷⁶ arandığından bu tip suçlarda teşebbüs hususunu açıklamak her zaman için kolay değildir.⁷⁷

Bilgi vermeme suçunun yapısı incelendiğinde bu suçun hareket bakımından sırf ihmal suçu olduğu görülmektedir. Kanun kişilere belli bir yükümlülüğü gerçekleştirilmesini şart koşmakta ve belli bir sonucun doğup doğmamasını aramamaktadır. Yapılması icap eden davranış yapılmamakta, hareketsiz kalınmaktadır.

*Hakeri'*ye göre gerçek ihmalî suçların failine, kanun tarafından emredilen hareketi gerçekleştirilmesi için makul bir zaman aralığı tanındığı durumlarda teşebbüs mümkündür.⁷⁸ Ancak makul bir zaman aralığının tanınmadığı durumlarda suç tamamlanmış olacağından teşebbüs müm-

⁷⁴ AKYÜREK, s. 453.

⁷⁵ AYDIN, Devrim, "Suça Teşebbüs", AÜHFD, C:55, S:1, Y:2006, s. 109; ZAFER, s. 512; HAKERİ, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 263-264; ŞARE, Ersin, "Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs", TBBD, C:30, S:130, Y:2017, s. 148-149.

⁷⁶ HAKERİ, s. 240-242.

⁷⁷ AYDIN, s. 109.

⁷⁸ HAKERİ, s. 264.

kün olmayacaktır.⁷⁹ Bilgi vermeme suçunun yapısına baktığımızda, bu suçun vuku bulması için suç konusu eşyayı elde eden failin bu eşyanın suçtan elde edildiğini öğrendiği andan itibaren en kısa zaman dilimi içinde bildirimde bulunması gerekecektir. Burada kişinin iki seçeneği bulunmaktadır: suçu bildirmek ya da bildirmemek. Hâkim tarafından somutlaştırılacak bu kısa zaman dilimi içinde eğer kişi bu kısa zaman dilimi içinde suçu bildirmemişse suç oluşmayacaktır, suçu bildirmemişse artık suç oluşmuş sayılacaktır. Bu nedenle failin hareketleri bakımından bu suça teşebbüs edilmesinin mümkün olmadığını belirtmek isteriz.⁸⁰

2. İştirak

İştirak bakımından özellik arz eden bir husus bulunmamakla beraber genel hükümler uygulanacaktır.⁸¹ Ancak değerlendirilmesi gereken husus, bildirim yükümlülüğü altında bulunan kişinin bildirimde bulunmasının engellenmesidir. Eğer kişi bildirim yükümlülüğü altında olan kişinin bildirimde bulunmasını engelleyecek olursa bu durumda bu kişi bilgi vermeme suçuna iştiraktan değil, şartları gerçekleşmişse TCK m. 283'te düzenlenen suçluyu kayırma suçundan sorumlu tutulmalıdır.⁸² Nitekim bu kişi, suç konusu eşyanın elde edilmesinin sebebi olan hukuki ilişkinin dışındadır. Bu kişi, bilgi verilmesini engellemekle önceki suçun açığa çıkarılmamasını tasavvur etmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki suçluyu kayırma suçunda doktrindeki ağırlıklı görüşe göre; önceki suçun failinin, suçluyu kayırma suçuna azmettirmesi mümkün değildir.⁸³ Nitekim kişinin bu suça kastının olmaması ve kendi kendini kayırması mümkün değildir. Bilgi vermeme suçunda da benzer sonuca ulaşılabilir. Önceki suçun faili, eşyanın suç konusu olduğunu öğrenen

⁷⁹ HAKERİ, s. 264.

⁸⁰ BAKICI, s. 918; Doktrinde *Hafizoğulları/Özen*, ihmalî suçlarda teşebbüs söz konusu olmayacağı kabulünden hareketle bilgi vermeme suçunda teşebbüs hükümlerinin uygulanmayacağını savunmaktadırlar. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 394; PARLAR/HATİPOĞLU, (C.3), s. 2709; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 5354.

⁸¹ PARLAR/HATİPOĞLU, (C.3), s. 2710

⁸² TCK m. 283: "Suç işleyen bir kişiye araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkân sağlayan kimse, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

⁸³ Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. EVİK, V. Sonay, "Suçluyu Kayırma Suçu", GSÜHFD, C:9, S:1, Y:2010, s. 732-733.

kişiyi ihbarda bulunmaması yönünde ikna ederse, kimse kendisi aleyhine delil göstermeye zorlanamayacağı gerekçesiyle azmettiren olarak cezalandırılmayacaktır. Bilgi vermeme suçu özelinde önceki suçun faili dışında bir kişinin, suç konusu eşyanın bu niteliğinin ihbar edilmesini engellemesi durumunda bilgi vermeme suçuna iştirakten değil, suçluyu kayırma suçundan sorumluluğunun araştırılması gerekir.

3. İçtimarı

Aynı kişiye ait olan birden fazla eşyanın değişik zamanlarda elde edilmesi ve bu eşyaların suça konu olduğunun sonradan öğrenilmesine rağmen bildirimlerin yapılmaması durumunda zincirleme suç hükümleri uygulama imkânı bulacaktır. Aynı şekilde birden fazla farklı kişiye ait eşyaların aynı anda elde edilmesi ve gerekli bildirimlerin yapılmaması durumunda aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanma imkânı bulacaktır.

Bu hususta araştırılması gereken noktalardan birisi de özel norm-genel norm ilişkisi bağlamında içtimanın kapsamıdır. Ancak bilgi vermeme suçu bakımından bu ilişki bulunmamaktadır. Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu ile suçu bildirmeme suçu arasında mevcut olan özel-norm genel norm ilişkisi⁸⁴, bilgi vermeme suçu bakımından mevcut değildir.

F. SUÇA VE CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLER

TCK m. 167'de düzenlenen şahsi cezasızlık sebebi ile cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep hükümleri bu suç için uygulanma imkânı bulacaktır. Doktrinde *Hafizoğulları/Özen'e* göre TCK m. 167 hükümlerinin bilgi vermeme suçunun mahiyetiyle bağdaşmamaktadır.⁸⁵ Şahsi cezasızlık sebebi ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerin, kamusal yönü ağır basan ve adliyeeye karşı suçlar arasında düzenlenmesi gereken bu suçta uygulanması uygun gözükmemektedir. Bu suçun kamusal yönünün ağır bastığı ve adliyeeye karşı suçlar arasında düzenlenmesi gerektiği görüşüne katılmakla birlikte TCK m. 167'nin bu suçta uygulanmaması gerektiği fikrine katılmamaktayız. Her ne ka-

⁸⁴ KARAHAN, A. Burak, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)", MÜHFHAD, C:25, S:2, Y:2019, s. 972-973.

⁸⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 394.

dar kamusal nitelikte olsa da bilgi vermeme suçu, malvarlığına karşı suçlardan soyut değildir. Bu sebeple bu hükümlerin bilgi vermeme suçu bakımından uygulanabilirliğinde bir beis bulunmamaktadır.

Suçun mağduruyla fail arasında 167. maddenin ilk fıkrasında⁸⁶ öngörülen akrabalık ilişkisi söz konusuysa fail hakkında CMK m. 171/1 gereği Cumhuriyet savcısı, kovuşturma yapılmasına yer olmadığı kararı verebilecektir. İlgili düzenlemenin başlığından (*kamu davasını açmada takdir yetkisi*⁸⁷) da anlaşılacağı üzere burada Cumhuriyet savcısının iddianame düzenleyip ilgili mahkemeye gönderip göndermeme yani kovuşturma yapılmasına yer olmadığı kararı vermesinde takdir yetkisi bulunmaktadır. Eğer Cumhuriyet savcısının ilgili mahkemesine gönderdiği iddianame kabul edilir ya da on beş gün içinde iade edilmezse kamu davası açılmış sayılacaktır (CMK m. 174/3). Mahkeme şahsi cezasızlık sebebinin varlığını tespit ettiğinde ise CMK m. 223/4-b gereği ceza verilmesine yer olmadığı kararı verecektir.

Suçun mağduru ile fail arasında 167. maddenin ikinci fıkrasında⁸⁸ öngörülen akrabalık ilişkisi söz konusuysa cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep gereği fail hakkında hükmolunacak ceza yarısı oranında indirilecektir. Birinci fıkradan farklı olarak ikinci fıkrada şikâyet şartı aranmıştır. Bu sayede aslında şikâyete tabi olmayan bir suç olan bilgi vermeme suçunda TCK m. 167/2'de belirtilen akrabalık ilişki-

⁸⁶ Madde 167- (1) Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların;

a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,

b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın,

c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.

⁸⁷ Burada kamu davasını açma tabirini kullanmaktan çekinmemizin sebebi, kamu davasını açanın Cumhuriyet savcısı değil, hâkim olmasıdır. Nitekim CMK m. 175/1'e göre iddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar. Burada iddianameyi kabul etmeye yetkili makam mahkemedir. Bu açıdan Kanunumuzun yanlış değerlendirmesini çalışmamızda kullanmak istemedik.

⁸⁸ Madde 167- (2) Bu suçların, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde; ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir.

sinin ve şikâyetin varlığı durumunda CMK m. 253 vd. düzenlenen uzlaştırma hükümleri uygulanma imkânı bulacaktır.⁸⁹

Malvarlığına karşı suçlarda uygulanma imkânı bulan etkin pişmanlık hükümleri bu suç özelinde uygulanamayacaktır. Nitekim bilgi vermeme suçu, etkin pişmanlığı düzenleyen TCK m. 168 hükmünde⁹⁰ sayılan suçlardan değildir.

G. MUHAKEMESİ

Bilgi vermeme suçunun cezası altı aya kadar hapis veya adlî para cezasıdır. Hem adlî para cezasının hem de hapis cezasının hükmolunması mümkün olmayacaktır. Alt sınır münferiden belirlenmediği için TCK m. 49/1 gereği bir aydır. Kanunda bu suç için hapis ile adlî para cezası seçimlik olarak öngörüldüğü için adlî para cezası belirlenirken aynı hususlara riayet edilecektir. TCK m. 61/9 gereği adlî para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin⁹¹ alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamayacaktır. Bu sebeple

⁸⁹ Uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi için iki durumda mümkündür. Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlar uzlaştırmaya tabidir (CMK m. 253/1-a). İkinci durum olarak suçun şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, 253/1-b alt bendinde sayılan suçlardan birinin varlığıdır. Bilgi vermeme suçu uzlaştırma hükümleri için katalog suçlardan olmadığı ve şikâyete tabi olarak düzenlenmediği için sadece TCK 167/2 hükmünün varlığı ihtimalinde uzlaştırmaya tabi olabilecektir. EKİCİ ŞAHİN, Meral/YEMENİCİ, Kürşat, “6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:13, S:1, Y:2018, s. 466-467; ÇAKIR, Kerim, “Uzlaştırmanın Kapsamı ve Şartları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:24, S:1, Y:2018, s. 448.

⁹⁰ Madde 168/1: “Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs (...) ⁽¹⁾ suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.”

⁹¹ TCK sistematüğinde adli para cezaları için “gün para cezası sistemi” kabul edilmiştir. Bu suç bakımından hâkim tarafından TCK m. 61 ışığında belirlenecek ceza olarak en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adlî para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilecektir (TCK m. 52/2). ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 927.

bilgi vermeme suçunda adlî para cezasına hükmedilecekse bu ceza otuz günden az; üst sınır ise yüz seksen günden fazla olamayacaktır.

Sonuç ceza olarak hapis cezasının tercih edilmesi durumunda TCK m. 50/2 gereği artık adlî para cezasına çevirme işlemi gerçekleştirilemeyecektir. Çünkü, adlî para cezası ilgili maddede seçenek yaptırım olarak düzenlenmiştir. Mahkeme, seçenek yaptırım olarak hapis cezasını tercih ettiği durumlarda hapis cezasını adlî para cezasına çeviremeyecektir. Ancak hükmedilen hapis cezası, kısa süreli olduğu için adlî para cezası dışında diğer seçenek yaptırımlara çevrilebilecektir (TCK m. 50/1).

Hükmedilen hapis cezası ertelenebilir; ancak adlî para cezası ertelenemez. (TCK m. 51). Hapis cezası ve adlî para cezası hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir (CMK m. 231). Verilen bu karar bir son karar niteliğinde olmadığından itiraza tabidir.⁹²

5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi uyarınca bu suçla madde itibariyle yetkili mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Yer itibariyle yetkili mahkeme ise CMK m. 12/1 gereği hareketsiz kalınarak ihmalin gerçekleştiği; yani suçun işlendiği yer mahkemesidir.

Ceza muhakemesi hukukunda aslolan suçların re'sen soruşturulması ve kovuşturulmasıdır. Şikâyet hususunda kanun koyucu sustuğu için bu suç bakımından şikâyet muhakeme şartı bulunmamaktadır.⁹³ Bu suçun uzlaştırma kapsamındaki suçlardan sayılmaması ve şikâyete tabi olmaması sebebiyle bu suç bakımından uzlaştırma hükümleri uygulanamayacaktır. Ancak TCK m. 167/2'ye göre yağma ve nitelikli yağma hariç malvarlığına karşı işlenen suçların haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden

⁹² "Sanık hakkında bilgi vermeme suçundan verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararın, 5271 sayılı CMK.nun 231/12. maddesi uyarınca itiraza tabi olduğu, bu kararların temyizi mümkün olmadığından, 5271 sayılı CMK.nun 264. maddesine göre de, kanun yolunun ve merciinin belirlenmesinde yanılma, başvuranın hakkını ortadan kaldırmayacağından...". Y2.CD, 2014/34933E., 2014/30355K., 16.12.2014T.; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 187; EREM, (Usul), s. 514.

⁹³ PARLAR/HATIPOĞLU, (C.3), s. 2710.

birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilmektedir. Bu özel durumda şikâyete bağlı olarak⁹⁴ haklarında soruşturma açılan bu akrabalar bakımından uzlaşma hükümleri uygulanma imkânı bulabilecektir (CMK m. 253/1-a).

Suçun karşılığında adli para cezasıyla hapis cezası seçimlik olarak öngörülmüştür. Bu sebeple bu suç bakımından ön ödeme hükümlerinin uygulanabilmesi için esas alınacak cezanın türü önem arz etmektedir. Seçimlik ceza öngörülen bu hallerde ön ödeme hükümlerinin uygulanırılığı araştırılırken hapis cezasının üst sınırının altı ayı aşip aşmadığına bakılır.⁹⁵ Bu bakımdan bilgi vermeme suçunda öngörülen hapis cezası “altı aya kadar” şeklinde belirlendiğinden bu suç, ön ödemeye tabi bir suçtur. Ön ödemede şüpheli tarafından ödenecek tutar belirlenirken ilgili maddede öngörülen hapis cezası adli para cezasına çevrilip toplam bedelin ödenmesinin talep edilmesi kanuna aykırı bir sonuç doğuracaktır.⁹⁶ İlaveten CMK m. 174/1-c gereği ön ödeme usulüne tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan işlerde bu usul uygulanmaksızın düzenlenen iddianame, Cumhuriyet Başsavcılığına iade edilecektir. Kovuşturma evresinde bu eksiklik fark edildiğindeyse ön ödeme hükümleri uygulanmadan mahkemece hüküm kurulması ise bozma nedeni olacaktır.⁹⁷ Nitekim *ön ödeme hükümlerinin yerine getirilmesi* bir dava şartıdır.⁹⁸

⁹⁴ ALBAYRAK, Mustafa, “Şikâyete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, TBB Dergisi, Sayı 77, 2008, s. 284, ss. 281-306

⁹⁵ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, (Muhakeme), s. 575.

⁹⁶ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, (Muhakeme), s. 575

⁹⁷ “Dosya kapsamına göre,...46. Asliye Ceza Mahkemesinin 05/03/2019 tarihli kararından önce 02/12/2016 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 12. maddesi ile 5237 sayılı Kanun’un 75. maddesinde yapılan değişiklik sonucu bilgi vermeme suçunun önödeme kapsamına alınması nedeniyle, önödeme işlemleri yapılmadan karar verilmesinde isabet görülmemiştir.” Y15.CD, 2019/13558E., 2020/5774K., 15.6.2020T; “1-Hükümden sonra yürürlüğe giren 6763 sayılı kanun değişikliği ile 5237 sayılı TCK’nın 166/1 maddesinde öngörülen ceza miktarı gereğince, bilgi vermeme suçunun aynı Kanun’un 75. maddesi gereğince önödemeye tabi suç olduğu gözetilmeksizin, sanığa önödeme önerisinde bulunul-

Basit yargılama, iddianame mahkemesince kabul edilip kovuşturma aşamasına geçildikten sonra adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından öngörülmüş bir *muhakeme türüdür*. Bu muhakeme türünde, seri muhakeme usulünde olduğu gibi katalog suç söz konusu değildir.⁹⁹ Ancak basit yargılamaya girişmeden önce kovuşturma evresine geçmeden “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” yolunun işletilmesi mümkündür. Nitekim basit yargılama usulünün uygulanması Cumhuriyet savcısının takdirindedir (CMK m. 251/1). Bilgi vermeme suçu soruşturmasında basit yargılama usulünün işletilmesi yerine şartlar mevcutsa kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulanması, usul ekonomisi ilkesi bakımından daha yerinde olacaktır.

Seri muhakeme usulünün uygulanması noktasında Kanunda belirli şartlar öngörülmüştür.¹⁰⁰ Kanun koyucu, seri muhakeme usulünün uygulanabilmesini katalog suçlarla sınırlamıştır (CMK m. 250/1). Ayrıca basit muhakeme usulünden farklı olarak seri muhakeme usulünde takdirilik öngörülmemiştir.¹⁰¹ Bilgi vermeme suçu, ilgili hükümde belirtilen katalog suçlardan biri olarak sayılmamıştır. Bu nedenle bu suçla ilgili seri muhakeme usulü uygulanamayacaktır.

TCK m. 66/1-e, maddenin birinci fıkrasının (e) bendine göre beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır. Bu sürelerin belirlenmesinde de suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulacaktır (TCK m. 66/4). Bu suç için öngörülen hapis ve adli para cezasının üst sınırı da beş yılı geçmediği için olağan zamanaşımı süresi sekiz yıl olarak karşımıza çıkmaktadır. Dava zamanaşımını kesen

mamasına rağmen mahkûmiyet hükmü verilmesi kanuna aykırı...” Y15.CD, 2015/11789E., 2018/6143K., 1.10.2018T.

⁹⁸ ÖZBEK, V. Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara, 2018, s. 113.

⁹⁹ YILMAZ, Zahit/APIŞ, Özge, “Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi”, MÜHFHAD, C:26, S:1, Y:2020, s. 65; ATALAY, Ayşe Özge, “Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller”, GSÜHFD, C:?, S:2, Y:2020, s. 664.

¹⁰⁰ ATALAY, s. 660.

¹⁰¹ YILMAZ/APIŞ, s. 65.

sebepler söz konusu olduğu taktirde zamanaşımı süresi yeniden işleme-ye başlayacak (TCK m. 67/3) ve uzayan yeni zamanaşımı süresi bakımından TCK m. 67/4 uygulanacaktır. Bu hükme göre dava zamanaşımının kesilmesi¹⁰² halinde, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzayacaktır. Sekiz yıl olan dava zamanaşımı süresinin yarısı olan dört yıl bu süreye eklendiğinde, dava zamanaşımının kesilmesi halinde işleyecek olan yeni zamanaşımı süresi on iki yılı geçemeyecektir. İlaveten belirtmek gerekir ki dava zamanaşımını kesen birden fazla nedenin bulunması halinde zamanaşımı süresi, son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlayacaktır (TCK m. 67/3).¹⁰³

Önceki suçun failinin yakalandığının, gözaltına alındığının, tutuklandığının, hakkında adli kontrol tedbirine başvurulduğunun öğrenilmesi ile bir hukuki ilişkiye dayanarak elde ettiği eşyanın suç konusu oluşturduğunun öğrenilmesine rağmen yetkili mercie bildirim yapılmaması halinde fail doğrudan cezalandırılmaz. Nitekim hakkında koruma tedbiri uygulanan kişi hakkında kesin bir hüküm olmadığından sübût bulmuş bir vakıadan bahsedilemeyecektir. Burada suç konusu eşyayı elinde bulundurandan hayatın olağan akışına göre beklenen, yetkili makamlara durumu bildirmesidir. Ancak bildirmemezse bilgi vermeme suçunun olduğundan bahsedilemeyecektir. Nitekim eşyanın suç konusu olduğu vakıası sübût bulmamıştır. Burada eşyanın suç konusu olduğu ihtimalini öğrenmesine rağmen durumu yetkili makamlara bildirmeyen kişi hakkında bilgi vermeme suçunu işlediğinin kabulü için önceki suçta hakkında koruma tedbirleri uygulanan kişinin yargılamasının kesin hükümle sonuçlanması gerekmektedir. Ne de olsa mahkeme mahkûmiyet kararı verebilmek için, önceki suçta eşyanın suç işlemek

¹⁰² Dava zamanaşımını kesen sebepler TCK m. 67/2'de düzenlenmiştir. Şöyle ki: "(2) Bir suçla ilgili olarak;

- a) Şüpheli veya sanıklardan birinin savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi,
- b) Şüpheli veya sanıklardan biri hakkında tutuklama kararının verilmesi,
- c) Suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi,
- d) Sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa, mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, dava zamanaşımı kesilir.

¹⁰³ ODYAKMAZ, DEMİRALP, s. 15.

suretiyle veya dolayısıyla elde edildiği vakiasının kesinleştiğini hükümünde belirtmek zorundadır. Sübût bulmuş bir şekilde hukuki ilişkiye dayalı eşyanın suç konusu oluşturduğu vakiasının öğrenilmesine rağmen bildirimde bulunmayan fail hakkında kovuşturma aşamasına geçildiğinde mahkemenin yapması gereken, önceki suçla ilgili davaların birleştirilmesine karar vermektir.¹⁰⁴ Davalar ayrı mahkemelerde açılmışsa birleştirmeye CMK m. 10/1 gereği yüksek yetkili mahkeme karar verecektir.¹⁰⁵

Soruşturma evresinde savcı, bilgi vermeme suçu ile ilgili iddianameyi ilgili mahkemesine tevdi etmeden önce ön suçla ilgili dava kesinleşmemişse bekleme yolunu seçmelidir. Eğer ön suç kesin bir vakıaya dayanmıyorsa bu durumda kamu davasının açılmasına da gerek olmayacak ve kovuşturma yapılmasına yer olmadığı kararı verilebilecektir. Kaldı ki bu durum usul ekonomisi ilkesine ve kişilerin gereksiz yere sanık sıfatı almasını engelleyerek adil yargılanma hakkına hizmet edecektir.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Bağlantılı davalar ve bu hususta karar vermeye yetkili makamlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, 19. Baskı, Ankara, 2019, s. 95-102.

¹⁰⁵ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 100.

¹⁰⁶ Benzer yönde bkz. "Somut olayda çözümlenmesi gereken husus soruşturma aşamasında Cumhuriyet Başsavcılığınca bir sorunun çözümünün "bekletici mesele" yapılıp yapılamayacağı, öncül davanın soruşturma aşamasında bekletici sorun kabul edilip edilemeyeceği, kararın bekletici meseleye ilişkin olup olmadığına dairdir. TCK'nın 67/1. maddesinde bekletici mesele konusunda karar vermeye savcılık makamının yetkili olup olmadığı hususunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak CMK'nın 218/1. maddesinde, "yüklenen suçun ispatı ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise; Ceza Mahkemesi bu sorunla ilgili olarak bu kanun hükümlerine göre karar verebilir ancak bu sorunla ilgili olarak görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı verebilir." şeklindeki düzenlemeden bekletici mesele kararını mahkemelerin verebileceği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan bekletici mesele zaman aşımını kesici değil durdurucu nedenlerdendir. Zaman aşımını kesmek için bekletici mesele kararı verilemeyeceği gibi Cumhuriyet Başsavcılığının "Suçtan Kaynaklanan Mal Varlığı Değerlerini Aklama" suçundan dava açması için öncül suçun kesinleşmesine gerek yoktur. CMK'nın 170/2. maddesi kapsamında suç işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşuyorsa iddianame düzenleyerek dava açacaktır. Görüldüğü üzere soruşturma mercii olan Şişli Cumhuriyet Başsavcılığının bekletici mesele kararı vermesi hususunda yetkili olmadığı gibi, zorunlu da değildir." Y16.CD, 2016/450E., 2016/367K., 1.2.2016T.

Bilgi vermeme suçunun cezasının üst sınırı 2 yıl veya daha az olma şartını taşıdığı için bu suçun faili hakkında kabul etmesi şartıyla hükmün açıklanması geriye bırakılabilecektir (CMK m. 231).

Son olarak bahsetmemiz gereken husus, bilgi vermeme suçunun tüzel kişilerin menfaatine işlenmesi durumudur. TCK m. 169'a göre: *"Hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçlarının işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur."* Burada bilgi vermeme suçu sayılmadığından malvarlığına karşı suçlardan olan bu suç hakkında söz konusu madde hükmü uygulanamayacaktır.

SONUÇ

Kanun koyucu, bilgi vermeme suçunu, suç eşyasının satına alınması veya kabul edilmesi suçunun ardılı ve tamamlayıcısı olarak düzenlemiştir. Her iki suç birbirine unsur yönünden birçok açıdan benzemekte, birçok açıdan da birbirinden kesin çizgilerle ayrılmaktadır.

765 sayılı mülga TCK döneminde bir kabahat olarak düzenlenen bilgi vermeme suçu yeni Kanun döneminde bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu her iki suç tipini de korudukları hukuki değer bazında malvarlığına karşı suçlar arasında düzenlemiştir. Ancak her iki suçta da kişilerin işledikleri suçların cezasız kalmalarının engellenmesi ile adliyenin güvenilirliği ve saygınlığı korunmaktadır. Bilgi vermeme suçu özelinde kanun koyucu kişileri bildirim yükümlülüğü altına sokmuştur. Böylece suçtan elde edilen eşyaların tedavüle konulmasını ve kişilerin suç konusu eşyaları edinmeleri engellenmek istenmiştir. İlaveten bildirimde bulunmama fiili suç olarak düzenlenmekle önceki suçun faillerinin de cezalandırılabilirliğinin sağlanması amaçlanmıştır. Bu yönüyle bakıldığında bilgi vermeme suçunun adliyeye karşı suçlar arasında düzenlenmesi daha yerinde olurdu.

Kişilerin hukuki bir ilişkiye dayalı olarak elde ettikleri eşyanın suç konusu oluşturduğunu sonradan öğrenmeleri olgusunun resmî makamlara bildirmemeleri yani hareketsiz kalmaları cezalandırılmaktadır. Böylece bilgi vermeme suçu, sırf ihmali davranışla işlenebilen, serbest hareketli, sonuçsuz ve tek hareketli bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanun koyucu bilgi vermeme suçunun maddî konusunu salt eşya ile sınırlamıştır. Hâlbuki tamamlayıcısı olduğu suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun konusunu eşya veya sair malvarlığı değeri olarak genişletmiştir. Kanımızca birbiriyle oldukça bağlantılı olan iki suçun maddî konularında böylesi bir farklılık yaratmak yerinde olmamıştır. Bilgi vermeme suçunun konusunun da eşya veya sair malvarlığı değeri olarak kanunla genişletilmesi gerekmektedir.

Bilgi vermeme suçu doğrudan kast ile işlenebilmektedir. Sırf ihmâli bir davranışla işlenebilen bu suçta Kanun, önceki suçun ne şekilde öğrenildiğini önemsememiştir. Bu sebeple önceki suçun vakiasını kesinleştirmeyen tutuklama, yakalama, gözaltı gibi koruma tedbirleri yoluyla eşyanın suç konusu olduğunun öğrenilmesi halinde failin vakıayı kabullenmesinin, bu fiilin olası kastla işlenebileceği sonucunu doğuracağı görüşüne katılmıyoruz.

Söz konusu suç bakımından hukuka aykırılık unsuru doktrinde ayrıntılı olarak tartışma konusu yapılmamış ve bu suçta hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanma kabiliyetinin bulunmadığı, kusurluluğu kaldıran bir hal olarak zorunluluk halinin uygulanabileceği savunulmuştur. Sır saklama yükümlülüğü bakımından ise bilgi vermeme suçunda bu hukuka uygunluk sebebinin uygulanabilmesinin pratik olarak mümkün olmadığı sonucuna ulaştık.

Söz konusu suç bakımından teşebbüs hükümleri araştırıldığında bu suçun sırf ihmali bir davranışla işlenebilmesi, sonuçsuz bir suç olması sebebiyle ve hareketin de parçalara bölünebilmesi ihtimalinin suçun yapısıyla uyuşmadığı gerekçesiyle bu suç bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı kanaatine vardık.

Suçun muhakemesi bakımından usul ekonomisi ilkesinin gerçekleşmesi ve ön koşullar bakımından suçun işlendiği hususunun sübuta varabilmesi için mahkemeler arasında bağlantı kararı verilmesi gerektiği; soruşturma aşamasında da adil yargılanma hakkının bir gereği olarak kişilerin gereksiz yere sanık sıfatını taşıyamaması için savcının iddianameyi düzenleyip ilgili mahkemesine göndermeden önce öncül suç yargılamasının kesinleşmiş sonucunu beklemesi gerektiği kanısına vardık.

KAYNAKLAR

- ALBAYRAK, Mustafa, “Şikâyete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, TBB Dergisi, S:77, Y:2008, ss.281-306.
- ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ ALŞAHİN, M. Emin/ ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2020.
- ATALAY, A. Özge, “Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:?, S:2, Y:2020, ss. 653-732.
- AYDIN, Devrim, “Suça Teşebbüs”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:55, S:1, Y:2006, ss. 85-113.
- BAHRİYELİ, Kemal, “Türk Ceza Kanunu’nda Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK. M. 279)”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.
- BAKICI, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- BAYRAKTAR, Köksal/YILDIZ, Kemal/AKSOY RETORNAZ, Eylem/AKYÜREK, Güçlü/SONAY EVİK, Vesie/EVİK, Ali Hakan/KANGAL, Zeynel T./MEMİŞ KARTAL, Pınar/SINAR, Hasan/ALTUNÇ, Sinan/AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman/BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah/ERMAN, Barış: Özel Ceza Hukuku Cilt IV, Malvarlığına Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, 11. Bası, İstanbul, 2020.
- ÇAKIR, Kerim, “Uzlaştırmanın Kapsamı ve Şartları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:24, S:1, Y:2018, ss. 446-452.
- DÖNMEZER, Sulhi: Ceza Hukuku Özel Kısım – Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Filiz Kitabevi, 12. Baskı, İstanbul, 1997.

- DURŞUN, Selman, "Malvarlığına Karşı Suçlar", Hukuki Perspektifler Dergisi, S:2, Y:2004.
- EKİCİ ŞAHİN, Meral/YEMENİCİ, Kürşat, "6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:13, S:1, Y:2018, ss. 445-507.
- ERDEM, Mustafa Ruhan, "Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:21, S:80, Y:2009, ss. 105-120.
- EREM, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Sevinç Matbaası, 4. Baskı, Ankara, 1973.
- EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt I, Sevinç Matbaası, 11. Baskı, Ankara, 1976.
- ESEN, Sinan, Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- EVİK, V. Sonay, "Suçluyu Kayırma Suçu", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Köksal Bayraktar'a Armağan), C:9, S:1, Y:2010, ss. 717-747.
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi Cilt IV, Kazancı Hukuk Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 1989.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Ceza Hukuku Özel Hükümler- Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017.
- HAKERİ Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, Ceza Normu (Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni), US-A Yayınları, Ankara, 1996.
- HEINRICH, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım - I, (Ed. ÜNVER, Yener), (Çev. HAKERİ, Hakan/ÜNVER, Yener/ÖZBEK, V. Özer/ÇAKMUT YENERER, Özlem/ERMAN, Barış/DOĞAN, Koray/ATLADI, R. Barış/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker), Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- İNÇİ, Z. Özen, "Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine

Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:7, S:2, Y:2017, ss. 119-168.

KARAHAN, A. Burak, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, 2019Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:25, S:2, Y:2019, ss. 948-978.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 12. Baskı, Ankara, 2019.

KOLCU, Selahattin, TCK’da Suçu Bildirmeme Suçları, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014.

ODYAKMAZ, A. Nevzat/DEMİRALP, B. Tunç, Uygulamalı – Örnekli Hukuk Rehberi, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000.

ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

ÖZBEK, V. Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara, 2018.

ÖZEK, Çetin, “Adliyeye Karşı İşlenen Suçların Hukuksal Konusu”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:LV, S:3, Y:1997.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara 2019.

PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu – 1. Cilt, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2010.

PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu – 3. Cilt, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2010.

PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu – 4. Cilt, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2010.

PARLAR, Ali/ÖZTÜRK, Mustafa, Uygulamada Adliyeye Karşı Suçlar, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara, 2020.

- ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi -II-, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara, 2020.
- ŞARE, Ersin, "Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:30, S:130, Y:2017, ss. 119-156.
- ŞEN, Ersan/ BODUR, F. Betül, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğünden Kaynaklanan İmtiyazlar" TBB, C:138, S:?, Y:2018, ss. 9-37.
- TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, 19. Baskı, Ankara, 2019.
- TÖRENLİ ÇAKIROĞLU, Maral, "Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:12, S:2, Y:2010, ss. 159-181.
- TURHAN, Faruk, "Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Yakınlarının Tanıklıktan Çekinme Hakkı - Kapsamı, Koşulları ve Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:28, S:3, Y:2020, ss. 1383-1427.
- YAŞAR, Osman/GÖKCAN, H. Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Yeni Türk Ceza Kanunu – 4. Cilt, Adalet Yayınevi, 2. Basım, Ankara, 2014.
- YILMAZ, Zahit, "Suçluyu Kayırma Suçu (TCK m. 283)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:18, S:1, Y:2012, s. 153, ss. 147-178.
- YILMAZ, Zahit/APIŞ, Özge, "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:26, S:1, Y:2020, s. 62-106.
- ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), Beta Yayınevi, 7. Bası, İstanbul, 2019.



İDARENİN KENDİSİNE YAPILAN BAŞVURULARA CEVAP VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet HATİPOĞLU* Arş. Gör. Yasin ATALAN**

Öz

Gerçek ve tüzel kişilerin bazı ihtiyaçları dolayısıyla idareye başvuruları gerekmektedir. Bu başvurular, istek, öneri ya da bir şikâyetin dile getirilmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. İdarenin ise kendisine yapılan bu başvurulara cevap verme yükümlülüğü, aynı zamanda anayasal bir niteliğe sahiptir. İdare kendisine yapılan başvurulara olumlu ya da olumsuz bir cevap vermeli ki; başvuru da bu cevaba göre bir değerlendirme yaparak sonraki hukuksal sürece karar verebilmelidir. İdarenin cevap verme yükümlülüğünün bulunması, demokratik ve şeffaf bir idare olmanın gereği yanında aynı zamanda bireylerin kendileriyle ya da kamu ile ilgili olarak yargı dışındaki diğer devlet organlarına dilek, istek, sorunlarını veya uğradıkları haksızlıkları bildirerek çözümler bulmaya çalışmalarından ibaret bir insan hakkı olarak da karşımıza çıkar.

Bu çalışmada, öncelikle başvuru kavramından, yapılan başvurulara cevap yükümlülüğünün hukuksal dayanaklarından, sürelerden ve cevap verme yükümlülüğünün ihlal edilmesine bağlanan hukuki sonuçlar ele alınmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Afyon, Türkiye | Asst. Prof., Afyon Kocatepe University, Faculty of Law, Department of Administrative Law, Afyon, Turkey.

✉ mhatipoglu@aku.edu.tr • ORCID 0000-0002-5570-8554

** Arş. Gör., Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı., Afyon, | Afyon Kocatepe University, Faculty of Law, Department of Administrative Law, Afyon, Turkey.

✉ yasin.atalan@gmail.com • ORCID 0000-0003-1929-3109

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: HATİPOĞLU Mehmet/ATALAN Yasin, "İdarenin Kendisine Yapılan Başvurulara Cevap Verme Yükümlülüğü", *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 1343-1382.

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

Anahtar Kelimeler

İdare • İdari Başvuru • Cevap Verme • Yükümlülük • Dilekçe Hakkı

THE OBLIGATION OF THE ADMINISTRATION TO RESPONSE TO APPLICATIONS

Abstract

Natural and legal persons are required to apply to the administration due to their some needs. These applications appear in the form of a request, suggestion or the expression of a complaints. It is primarily a constitutional obligation for the administration to respond to these applications. The administration should give a positive or negative response to the applications made to it; the applicant should be able to make an assessment according to this answer and decide on the next legal process. The obligation of the administration to respond is a human right that consists of the necessity of being a democratic and transparent administration, as well as the individuals trying to find solutions by communicating their wishes, requests, problems or injustices to the state organs outside the judiciary.

In this study, firstly, the legal consequences of the concept of application, the legal basis of the obligation to reply to the applications, the deadlines and the violation of the obligation to respond are discussed.

Key Words

Administration • Administrative Application • Responding • Obligation • Right of Petition

1. GİRİŞ

Bireylerin idareye karşı istek, öneri ve şikâyetlerini iletme ihtiyacı, sosyal bir varlık oluşunun sonucudur¹. Şikâyet, eleştiri, istek ve öneri, duygulanan ve düşünen varlıklar olan insanların, en doğal davranışlarıdır². Sosyal bir varlık olması dolayısıyla bir toplum içinde yaşamak durumunda olan insan, kendisi ile ilgili veya genel olarak kamuyu ilgilendiren konularda istek arzu ve şikâyetlerini ilgili yerlere bir şekilde iletmenin yollarını aramıştır. Bireylerin kendilerini yönetenlere başvurularında bulunma durumunun yönetici-yönetilen ayrımının ilk çıktığı zamanlardan beri var olduğu söylenebilir. Doğal bir hak ve ihtiyaç olarak orta-

¹ ANAYURT, Ömer, "1982 Anayasası ve 3071 sayılı Kanununa Göre Dilekçe Hakkı", İnsan Hakları Yıllığı, C. 23-24, s. 95.

² DİNÇ, Güney, "Dilekçe Hakkı", İzmir Barosu Dergisi, Y. 3, S. 4, Ekim 1984, s. 8.

ya çıkan yönetenlere başvurulması ve isteklerine çözüm bulunmasının beklenmesi de son derecede tabiidir³.

Modern anlayışta devlet, bireylerin müşterek ve medeni ihtiyaçlarının karşılanması ve insan onuruna yakışır bir yaşam sürmeleri için gereken hizmetlerin sunulması için oluşturulan bir yapıdan ibarettir⁴. Dolayısıyla bireyler ihtiyaçları kapsamında bu yapıdan birçok talepte bulunmakta, dilek ve şikâyetlerini iletmektedirler. Bireylerin, kendileri veya faaliyet alanlarıyla ilgili konularda devletten talepte bulunmaları, bilgi edinme haklarını kullanmaları ya da kamuya ilişkin dilek ve şikâyetleri hakkında kamu idarelerine başvuruda bulunmaları, en temel ilkeler arasında yer alan tarafsızlık, eşitsizlik ve açıklık ilkeleri temelinde demokratik ve şeffaf bir yönetimin olmazsa olmazlarından⁵. İlk başlarda dilek ve şikâyetlerin cevaplandırılması yöneticilerin inisiyatifine bırakılmış, talebin karşılanması, yönetenlerin lütfu olarak görülmüş⁶, yönetilenlerin yaptıkları başvuruların cevaplandırılması konusunda herhangi bir zorlama güç ve yetkileri bulunmamıştır⁷. Ancak günümüzde yönetenlerin cevap verme yükümlülükleri hukuki düzenlemelerde yerini almaya başlamıştır⁸.

Bireylerin yönetenlere karşı başvuruda bulunma hakkı en genel olarak dilekçe hakkı kapsamında değerlendirilmektedir⁹. Gerçekten de mevcut pozitif düzenlemelerde idareye ve yasama organlarına yapılan tüm başvuruları kapsar nitelikteki düzenleme dilekçe hakkıdır. Dilekçe hakkı, bireylerin kendileriyle ya da kamu ile ilgili olarak yargı dışındaki diğer devlet kurumlarına dilek, istek, sorunlarını veya uğradıkları hukuksuzlukları bildirerek çözümler bulmaya çalışmalarından ibaret bir insan hakkı şeklinde tanımlanmaktadır¹⁰. Dilekçe hakkı yönetilenlerin yönetime katılması ve yönetimi denetlemesini sağlayan önemli araçlar-

³ TAMER Mustafa, "Dilekçe Hakkı", Türk İdare Dergisi, Ankara Mart 1990, Y. 62, S. 386, s. 201.

⁴ DURAN Lütfi, "İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sukutu Meselesi", İÜHFİM, Y. 1946, C. 12, s. 130.

⁵ HIZ Yüksel/YILMAZ Zekeriya, Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, Ankara 2004, s. 25.

⁶ YILDIRIM, Ramazan, İdari Başvurular, Konya 2006, s. 9-10.

⁷ DURAN, s. 131.

⁸ TAŞKIN, Ş. Cankat, "Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı", BÜHFHKHD, S. 99-100 (Kasım-Aralık 2012), s. 175 vd.

⁹ GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara 2013, s. 130.

¹⁰ ANAYURT, s. 96.

dan birisidir. Bireylerin idarenin haksız eylem, işlem ve uygulamalarına karşı, yargısal denetimin yanında idareye de başvuru yolunun açılması idarenin etkin bir biçimde denetlenebilmesi kapsamında hukuk devletinin gereklerinden biridir. İdari açıdan idarenin kendisini denetlemesi, yargısal denetimden farklı olarak yerindelik denetimini de içermesi hasebiyle çoğu durumda, daha etkili olabilmektedir.

2004/12 sayılı Dilekçe ve Bilgi Edinme Hakkının Kullanılması başlıklı Başbakanlık Genelgesine¹¹ göre de dilekçe hakkının sorulan sorulara cevabi bir karşılık almak yoluyla bilgi edinmeyi sağlayacağı, şikâyet etmek yoluyla denetim yapmayı sağlayacağı; öneride bulunmak yoluyla da katılımı sağlayacağı ifade edilmiştir. Yine dilekçe hakkı ile ilgili olarak, Anayasasının 74. Maddesinde hem ülke vatandaşlarının hem de karşılıklılık esasını gözetilmek şartıyla ülkemizde ikamet eden yabancıların kendileri veya kamu sektörü ile alakalı istek ve şikâyetleri hakkında, yetkili kurumlara ve TBMM'ye yazılı şekilde başvurabilme hakkını haiz oldukları hüküm altına alınmıştır. Dilekçe hakkı idareye yapılan tüm başvuruları kapsamakla birlikte ayrıca yasama organına da siyasi başvuruda bulunma imkânı vermektedir.

İdareye yapılan ve özellikli olan bir başvuru da bilgi edinme başvurusudur. Anayasasının 74.maddesine 2010 yılı değişiklikleri ile eklenen fıkraya göre herkesin, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Bilgi edinme hakkı kapsamında bireyler belli bir konuda bilgi ve belgeyi idareden talep edebilmektedirler. Bilgi edinme hakkının nasıl kullanılacağı Kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmakla birlikte esas olarak yapılacak başvurunun bir dilekçe ile yapılması, bilgi edinme başvurusunun da genel anlamda dilekçe hakkı kapsamında olduğunu göstermektedir.

3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'un kapsamında *her türlü istek ve şikâyetlerin* iletilmesine yönelik bir durum söz konusu iken, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, yalnızca bilgilerin ve belgelerin talep edilmesini içermektedir. Bilgi ve belgelerin talebi hususi nitelikli bir talep olması ve yasa koyucunun verdiği önem dolayısıyla ayrıca ve özel olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda dilekçe hakkının, bilgi edinme hakkından daha geniş ve bilgi edinme hakkını da içine alan bir niteliğe sahip olduğunu ifade edebiliriz. Bunun yanında bilgi

¹¹ 24.01.2004 tarih ve 25356 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2004/12 sayılı Dilekçe ve Bilgi Edinme Hakkının Kullanılması başlıklı Başbakanlık Genelgesi.

edinme başvurusunun idareye bilgi ve belgeleri sunma yükümlülüğü de yüklediği göz önüne alındığında idari bir başvuru olarak nitelenmek de mümkündür.

Genel İdari Usul Tasarısı'nın¹² "Başvuru Hakkı" başlıklı 6.maddesinde de herkesin, kendileri hakkında bir işlem tesis edilmesi veya kendilerine yönelik bir eylemde bulunulması talebiyle idareye müracaat hakkına sahip olduğundan bahsedilmiştir. Başvuru hakkını hüküm altına alan 6.maddenin gerekçesinde Anayasanın 74. maddesinde belirtilen dilekçe hakkı kapsamında, 'herkesin, işlem yapılması veya eylemde bulunulması talebiyle idareye müracaat hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır' denilmek suretiyle idarelere yapılan başvuruların dilekçe hakkının kullanılmasının bir tezahürü olduğu özellikle vurgulanmak istenmiştir.

2.BAŞVURU KAVRAMI VE İDAREYE YAPILAN BAŞVURULAR

Hukuki anlamda başvuru (müracaat), gerçek ya da tüzel bir hukuk kişinin diğer bir hukuk kişisine talep, itiraz veya şikâyetlerini bildirmesi olarak nitelenebilir. Bu kavramın kamusal alandaki anlamı ise, kişinin dilek, talep veya şikâyetlerini devlet makamları yani kamusal makamlar önünde belirtmesidir¹³. Türk Hukukunda, başvuru hakkı temel olarak Anayasa ile de güvence altına alınmış ve yine Anayasanın 36., 40., ve 74. maddelerinde düzenlenmiştir. Aynı şekilde Anayasanın 90.maddesi uyarınca iç hukukun parçası olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 13. maddesi de etkili başvuru hakkını düzenlemektedir. Sayılan bu düzenlemeler en genel anlamıyla kişilerin haklarını aramalarında kullandıkları, idari yargısal ve siyasi başvuruları kapsamaktadır. Kamusal başvurular, maddi tasnife göre, yargısal başvurular ve idari başvurular şeklinde iki ana gruba ayrılmakta¹⁴; yargısal nitelikte olma-

¹² Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan bir komisyon tarafından hazırlanan Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı, Eylül 2003 tarihinde görüş için kamu kurum ve kuruluşlarına, üniversitelere ve çeşitli kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına gönderilmiş ve gelen görüş doğrultusunda Tasarıda bir takım değişiklikler yapılarak Başbakanlığa sunulmuştur. Başbakanlık tarafından incelenen Tasarı eksikliklerin tamamlanması gerekçesiyle Adalet Bakanlığına iade edilmiştir. Tasarının metni ve gerekçeler için bkz. <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=31834> (E.T.: 09.10.2019).

¹³ DURAN, s. 132, YILDIRIM, s. 3.

¹⁴ YILDIRIM, s. 9-11, SEZER/BİLGİN, "Danıştay Kararlarında İdari Başvurular", AÜHFD Y. 2008, C. 57, S. 4, s. 340.

yan her türlü başvuru hangi makama yapılırsa yapılsın, idari başvuru sayılmaktadır. Ayrıca başvuruları organik ölçüte göre sınıflandıran ve bu kapsamda, başvuru yapılan mercie göre; idareye yapılan başvurular idari; yasama organına yapılan başvurular siyasi; mahkemelere yapılan başvurular yargısal başvuru olarak sınıflandırılmaktadır¹⁵.

En genel anlamda ifade edilecek olursa, idari makamlara yapılan tüm başvurular¹⁶ olarak ifade edilebilecek idari başvuru kavramsal olarak, Duran tarafından, bireylerin, menfaatleri bulunan meselelerde merkezi veya yerel yönetim idareleri nezdinde olacak, kamu hukukuna müteallik, bilcümle istek, iddia ve talepleri şeklinde tanımlanmaktadır¹⁷.

İdareye yapılan başvurular da çeşitli açılardan farklı tasniflere tabi tutulmaktadır. Başvurular, yapıldıkları makama; yapıldıkları zamana ve hukuki sonuçlarına göre sınıflandırılmaktadır¹⁸. Hukuki sonuçlarına göre yapılan ayırmda başvurular; başvuruda bulunan kişinin iradesi ve başvurunun içeriğini oluşturan talep konusu, hukuki bir sonuç doğurmaya yönelik ve elverişli ise, etkili bir idari başvuru; hukuk âleminde bir sonuç doğuramayacak nitelikte ise, etkisiz bir idari başvuru olarak ayrılmaktadır¹⁹. Bu kapsamda içerdiği talep konusunda verilen cevabın idari bir davaya konu olabilmesi başvurunun “*etkili başvuru*” olarak nitelendirilmesini sağlamaktadır²⁰. Yapıldıkları zaman bakımından ise idari başvurular; kişilerin kendi isteğiyle ve ortada önceden yapılmış bir işlem veya eylem yokken *ilk müracaat* olarak ya da idare tarafından yapılmış mevcut bir işlem veya idarenin eylemine karşı yapılan

¹⁵ Bkz. ONAR, Sıdık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul 1967, s.1813; DURAN, s. 132.

¹⁶ SEZER/BİLGİN, s. 340, YILDIRIM, s. 30.

¹⁷ DURAN, s. 135. İdari Başvurular daha geniş olarak YILDIRIM tarafından “*Kişilerin, menfaatleri bulunan ve idari işlemler kapsamına giren konularda kamusal makamlara yaptıkları başvuruların tümü ile; kamu yararını korumak amacıyla yetki verilen kamu görevlilerinin veya kamu tüzel kişilerin, diğer idari makamların yaptığı idari işlemlerin iptali, değiştirilmesi veya geri alınması gibi nedenlerle, yine yasaların gösterdiği idari işleme sahip makamlara yaptıkları idare hukukuna ilişkin başvurulardır.*” şeklinde tanımlanmıştır, bkz. YILDIRIM, s. 30.

¹⁸ Bkz. DURAN, s. 140 vd.; YILDIRIM, s. 64.

¹⁹ DURAN, s. 139-143.

²⁰ KARSLI, Mehmet Rauf, “*Zımnî Ret Kurumu ve Zımnî Ret Kurumunun Ülkemizdeki Gelişimi Üzerine Bir İnceleme*”, *AKADEMİK TEKLİF Hukuk ve İdari Bilimler Dergisi*, S. 3, 2014/2, s. 206; SEZER/BİLGİN, s. 344.

muahhar müracaat olarak sınıflandırılmaktadır²¹. Yapıldıkları makam açısından idari başvurular ise; İdari bir işlem veya eylemden sonra yapılan muahhar başvurular kapsamında, ilgililer tarafından ya işlemi yapan makamın kendisine yapılan başvuru alelâde başvuru; üst makama yapılan başvuru ise, muratebe başvuru olarak ayrılmaktadır²². Bunun yanında idari başvuru kavramı sadece idarenin bir işlemi sonrası, idareye uyuşmazlık çözme amacıyla yapılan başvurular şeklinde de tanımlanmaktadır. Bu kapsamda, idari başvuru kavramı, idareye var olan bir işlemin değiştirilmesi, geri alınması, kaldırılması veya yeni bir işlem tesis edilmesi isteğiyle ve var olan bir uyuşmazlığın idarece çözümlenmesini amaçlayan başvurular olarak nitelendirilmektedir. Bu şekilde bir nitelendirme ise, idareye hali hazırda bir idari işlem veya eylem söz konusu değilken yapılan ilk başvuruları ve ön karar taleplerini kapsam dışında bırakmaktadır²³.

Bu çalışma kapsamında ise, idareye yapılan başvurular, idarenin bu başvurulara cevap verme yükümlülüğü açısından ele alınacak olup, bu çalışmada geçen idari başvuru ifadeleri, geniş anlamda idareye yapılan tüm başvuruları kapsar nitelikte kullanılacaktır. Zira, idarenin cevap verme yükümlülüğü açısından, idareye yapılan başvuruların, etkili-etkisiz, ilk başvuru ya da itiraz başvurusu, ihtiyari veya zorunlu olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Burada şunu da belirtmek gerekir ki, etkisiz idari başvuruların da, idareye cevap verme yükümlülüğü yüklemesi dolayısıyla hukuksal etkisi vardır. Bu tür başvuruların “*etkisiz*” olarak nitelendirilmesi, idarenin bu başvurulara cevap vermek zorunda olmamasından değil, idarenin başvuru doğrultusunda işlem veya eylem yapmak zorunda olmamasındandır. Anayasa ve diğer mevzuat uyarınca idare kendisine bir dilekçe verilmesi durumunda olumlu ya da olumsuz şekilde bu dilekçeye kesinlikle bir cevap sunmak zorundadır. İdare, bu cevabında dilekçede bulunulan talebe ilişkin bir işlem ya da eylem tesis edebileceği gibi; herhangi bir işlem yapılmaksızın da tamamen bilgilendirici ya da açıklayıcı bir cevap da verebilecektir. 1982 Anayasasının 74. maddesinde düzenlenen dilekçe hakkı genel olarak idareye yapılan baş-

²¹ DURAN, s. 143-144.

²² DURAN, s. 149 vd.

²³ Bkz. SERTER Yusuf Sertaç, “İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Bir Araç Olarak İdari Başvurular”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2015, s. 62 vd.

vuruların tümü için bir Anayasal dayanak teşkil etmektedir²⁴. Dilekçe hakkı kapsamında idareye yapılacak başvurularda herhangi bir konu sınırlaması bulunmamaktadır. Bireyler diledikleri konuda idareye başvurarak, dilek istek ve şikâyetlerini iletebilirler. Bu kapsamda bireyler idareye kendileri hakkında bir işlem veya eylem yapılması için başvurabilecekleri gibi dilek, şikâyet ve tavsiyelerini de iletmek hakkını haizdirler²⁵.

3. İDARENİN CEVAP VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

3.1. Genel Olarak

İdareye sunulan dilekçenin içeriği, bir idari işlem yapılması talebi olabileceği gibi idare elinde bulunan bir belgeye erişimin istenmesi ya da kamu hizmetinin sunulmasına ilişkin şikâyetler de olabilir. Bu kapsamda idareye sunulan dilekçelerin içeriğine göre mevzuatta özel usuller ve kurallar getirilmedikleri müddetçe dilekçe hakkının kullanılması kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu çerçevede çalışmanın konusu bağlamında idarenin kendisine yapılan başvurulara cevap vermek zorunda olması tüm başvurular için geçerli olarak kabulü gereken anayasal bir yükümlülüktür. Bu durum 1982 Anayasasının 74. Maddesinde kişilerin *kendileriyle ilgili başvuruların sonucunun gecikmeksizin, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirileceğini* hüküm altına alınmıştır. Dilekçe hakkı, ilgili makamlara dilekçede yazılan hususları gerçekleştirme yükümlülüğü yüklememekle²⁶ birlikte, Anayasanın amir hükmü karşısında dilekçenin sonuçlarına ilişkin olarak gecikmeksizin yazılı olarak cevap verme yükümlülüğü getirmektedir. 3071 sayılı Kanunun 7. maddesi de ilgililere en geç otuz gün içinde cevap verilmesi zorunluluğunu getirmektedir. Diğer taraftan Anayasanın 40. maddesinde Devlet kurumlarının, tesis ettikleri işlemlerinde, konuyla ilgili kişilerin hangi kanun yollarına ve mercilerine başvuracağını ve sürelerini net bir şekilde belirtmek zorunda olduğunu, 125. maddesinde de idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağını açıkça düzenlemiştir. Sayılan düzenlemeler, idareyi kendisine yapılan başvurular karşısında yazılı olarak cevap vermeye yöneltmek içindir²⁷.

²⁴ GÜNDAY, s. 130.

²⁵ TAŞKIN, s. 179.

²⁶ ANAYURT, s. 97.

²⁷ KARSLI, s. 207.

İdarenin, ilgili kişilerin usulünce yaptıkları başvurularını cevaplandırması, Anayasanın 74. maddesinde belirtilen emredici bir hükümdür. İdarenin, faaliyet alanlarına ilişkin bir idari işlemin veya eylemin yapılması ya da bir belge veya bilginin istenmesi yahut da kamuya ilişkin bir istek veya kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin bir şikâyet iletilmesi isteğiyle yapılan müracaat karşısında, idare mekanizmalarının sessiz kalma hakkı yoktur. İlgililerin başvurularının cevaplandırılması gibi bir idari yükümlülüğün istisnası da söz konusu değildir. Danıştay da bir kararında “T.C. Anayasası’nın 74. maddesinde vatandaşların kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahip oldukları, kendileriyle ilgili başvuruların sonucunun gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirileceği öngörülmüş olup bu durumda Anayasanın 74.hükümü gereğince konu ile ilgili inceleme yapılarak davacıya bir cevap verilmesi gerektiğinde kuşku yoktur.” diyerek idarenin cevap verme yükümlülüğüne vurgu yapmıştır²⁸.

Genel İdari Usul Tasarısının “Başvuruların Cevaplandırılması Zorunluluğu başlıklı” 11. maddesinde de idarenin kendisine yapılan başvuruları cevaplama zorunluluğuna açıkça yer verilmiştir. Taslakta, idarenin başvurulara mutlaka cevap vermesi düzenlenmiş, bu cevap süresi en çok otuz gün ile sınırlı tutulmuştur. Ayrıca idarenin başvuruya otuz gün içerisinde cevap vermemiş olması durumunda dahi idarenin bu yükümlülükten kurtulmayacağı idarenin cevap verme zorunluluğunun ortadan kalkmayacağı ifade edilmiştir. Söz konusu Madde, idarenin, usulünce yapılan başvurularla ilgili, başvuru sahibine evrakın kayıt tarihini izleyen günden başlayarak en geç otuz gün içinde, başvuruda belirttiği istemin kabul veya reddedildiği konusunda ya da yapılan ve yapılması gereken inceleme ve araştırmaların akıbetine ilişkin cevap verme yükümlülüğünde olduğunu belirtmektedir. Aynı madde, başvuranın talebinin kısmen veya tamamen reddi hâlinde, yapılan idarî işlemde ret gerekçesi açıklanıp, bu işleme karşı başvurulabilecek idarî makamların, varsa yargı yolu ve sürelerinin gösterileceğini de hüküm altına almıştır. Nihayet maddede son olarak belirtilen sürelerde başvurunun cevaplandırılmamasının, idarî makamın cevap verme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı ifade edilmiştir.

²⁸ Danıştay, İDDGK, 26.02.2004 tarih ve E:2002/13, K:2004/217 sayılı kararı; benzer yönde bkz. Danıştay, 1.D, 29.09.2006 tarih ve E: 2006/553, K: 2006/820 sayılı Karar.

3.2. Başvuruya Cevap Verme Süresi

Anayasanın 70. maddesinde dilekçelerin cevaplandırılmasına ilişkin olarak herhangi bir süre yer almamakla birlikte, kişilerin başvurularının sonucunun *gecikmeksizin* yazılı olarak bildirilmesi öngörülmüştür. 1982 Anayasasının ilk halinde yer almayan “*gecikmeksizin*” ifadesi, 2001 yılında 4709 sayılı Kanun²⁹ ile eklenmiştir. Görüldüğü üzere Anayasa yetkili mercilere kendilerine yapılan başvuruların cevaplandırılmasına ilişkin genel bir süre vermek yerine başvuruların gecikmeksizin cevaplandırılmasını öngörmüştür. Anayasada herhangi bir süre verilmesi yerine bu şekilde bir ifadenin yer alması, yetkili mercii açısından bu sürenin bir hak olarak anlaşılması ya da yapılan başvuruların kendi nitelikleri de dikkate alınarak uygun veya maksimum sürelerin belirlenmesi işinin kanun koyucuya bırakılması düşüncesiyle yapılmış olabilir. Gerçekten de yasal düzenlemelere bakıldığında farklı başvurular için farklı cevap verme sürelerinin düzenlenmiş oldukları görülmektedir. Örneğin, dilekçe hakkının kullanılmasına ilişkin kanunda bu süre en geç otuz gün iken bilgi edinme hakkına ilişkin kanunda on beş gün olarak düzenlenmiştir.

3071 sayılı Kanun’un 7. maddesinde Türk vatandaşları ile Türkiye’de ikamet eden yabancı kişilerin kendileri ve kamu ile ilgili talep ve şikâyetleri konusunda yetkili idari makamlara yaptıkları müracaatların sonucu veya işlemle ilgili görülen süreç hakkında dilekçe sahiplerine **en geç otuz gün** içinde gerekçeli olarak cevap verilmesi gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Maddeye göre, işlem safahatının duyurulması halinde de alınan sonucun ayrıca bildirileceği ifade edilmiştir.

Düzenlemede yer alan en geç otuz gün içerisinde cevap verilmesi gerekliliği, anayasada yer alan gecikmeksizin ifadesiyle uyumludur. Zira kanunda idareye cevap vermek için otuz günlük bir hak tanınmış olmayıp, idarenin gecikmeksizin cevap verme yükümlülüğüne bir üst sınır getirilmiş olmaktadır. İlgilerin yaptıkları başvuruların daha kısa sürede sonuçlandırılması mümkün ise idare cevap vermek için otuz gün beklememelidir. Kanunda bahsi geçen süre idare için bir bekleme hakkı

²⁹ 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanununun 26. maddesiyle, bu fıkrada yer alan “*sonucu*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*gecikmeksizin*” ibaresi eklenmiştir.

doğurmamakta³⁰, idarenin bir başvuruya otuz gün içerisinde mutlaka cevap vermesi gerektiğini düzenlemektedir. İlgilinin yapmış olduğu başvurunun niteliği gereği otuz gün içinde sonuçlandırılmayacak olması durumunda dahi Kanun idareye başvuruya ilişkin yapılan iş veya işlemler hakkında otuz gün içerisinde bilgi verilmesini ve daha sonrasında sonucun da mutlaka bildirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu durumda idare kendisine yapılan başvuruyu en kısa zamanda sonuçlandırarak ilgisine sonucu bildirecek, eğer başvuru içerdiği talep veya şikâyetlerin özelliği gereği gecikmeksizin sonuçlandırılmayacak nitelikte ise yapılan işlemler hakkında ilgisine mutlaka otuz günlük sürede bilgi verecektir. Dolayısıyla idare kendisine yapılan bir başvuru karşısında ilgisine otuz gün içerisinde mutlaka bir cevap vermekle yükümlü kılınmıştır³¹. Bu kapsamda idarenin ilgisinin yapmış olduğu bir başvuruyu cevaplandırmaması gibi bir durum söz konusu olmaması gerekir³².

İdareye yapılacak başvuru, başvuru konusu yapılan talep, dilek ve şikâyet hangi kurum ve kuruluşa ilişkin ya da görev ve yetki alanına giriyorsa ona yapılmalıdır. Ancak başka bir kurum ve kuruluşa verilmişse diğer bir ifadeyle yetkili olmayan mercie yapılmışsa bu durum, başvurunun reddedilmesi ya da cevaplanmaması için bir gerekçe oluşturamaz. 3071 sayılı Kanununun 5. maddesi dilekçenin, konusu ile ilgili olmayan idari bir kuruma verilmesi halinde dahi, dilekçenin kabul edilmesini, kabul eden makamın dilekçeyi yetkili idari makama göndermesi gerektiğini ve durumdan da dilekçe sahibinin haberdar edilmesini düzenlemiştir. Bu düzenleme, idarenin bütünlüğü ilkesinin bir gereği olarak, bireylerin son derece karmaşık olan kurum ve idarelerin görev ve yetki alanları karşısında hak kaybına uğramalarını engellemek için getirilmiştir. Burada ortaya çıkabilecek bir durum ise yetkili olmayan mercie yapılan başvurular açısından cevap verme süresinin nasıl hesaplanacağıdır. Bu sorunun cevaplama süresinin başvurunun yetkili makama iletilmesinden, diğer bir ifadeyle başvurunun yetkili olan makam kayıtlarına girmesinden itibaren işletilmeye başlanması şeklinde çözülmesi gerekir³³. Zira kendisine henüz ulaşmamış bir başvuru hakkında idareyi cevap vermekle yükümlü tutmak mantıklı değildir. Bire-

³⁰ ANAYURT, s. 118.

³¹ ANAYURT, s. 119.

³² KARSLI, s. 207.

³³ ANAYURT, s. 121.

yin yetkili olmayan mercie yaptığı başvurunun yetkili mercie ulaştırılması bazı durumlarda çok uzun sürebilir. Bu noktada başvurunun yetkili makama ulaştırılması cevap verilmesi gereken otuz günü dahi aşmış olabilir. Kendisine hiç ulaşmamış bir başvuru için yetkili makamın cevap vermemesinden ya da geç cevap vermiş olmasından dolayı sorumlu tutulması söz konusu olamaz. 3071 sayılı Kanununun 7. maddesi de bireylerin “*yetkili makamlara yaptıkları başvuruların sonucu*” nun en geç otuz gün içinde cevaplandırılması gerektiğini düzenleyerek, sürenin başvurunun yetkili makama ulaşmasından sonra başlaması gerektiği yorumuna imkân vermektedir. Doğrudan cevap verme yükümlüğü ile ilgili olmamakla birlikte, Danıştay zımni ret varsayımı için sürenin başlangıcını tartıştığı bir kararında, altmış günlük sürenin başlangıç tarihi olarak, kaymakamlık tarafından başvuru dilekçesinin işlem tesisine yetkili makam olan belediye başkanlığına gönderilmesi üzerine belediye kayıtlarına girdiği tarihi esas almıştır³⁴.

Genel İdari Usul Tasarısında, idareye kendisine yapılan başvurulara esas olarak otuz gün içinde cevap vermesi öngörülmüştür. İdare, başvurucaya kayıt tarihini izleyen günden başlayarak en geç otuz gün içerisinde, kendisine yapılan başvuruda bulunulan isteminin kabul veya reddedildiği hakkında cevap vermeli, bununla birlikte otuz gün içerisinde isteme ilişkin işlem hakkında bir karar verilememişse dahi bu kapsamda yapılan veya yapılması icap eden inceleme ve araştırmalarla ilgili yine aynı şekilde otuz gün içinde cevap vermelidir. Tasarıda idarenin yapılan başvuruya ilişkin cevap vermesi ile yapılan başvuru hakkında bir işlem tesis edilmesi durumunu farklı düzenlemiştir. Tasarının 11. maddesinin 4. fıkrasında gerekli olan inceleme ve araştırmanın, başvurunun evrak kayda kaydedildiği tarihten başlayarak altmış gün içinde tamamlanması gerektiği ve bu sürede idarî işlem tesisinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle idare kendisine yapılan başvuruya esas olarak otuz gün içerisinde bir cevap vermekle yükümlü olmakla birlikte, eğer otuz gün içerisinde başvuruda talep edilen konuya ilişkin işlem süreci tamamlanamadıysa yine otuz gün içinde bu durumu da belirtecek ve altmış gün içerisinde istenilen işlemi tesis edecektir. Bu

³⁴ “bu tarihten itibaren 60 gün içinde cevap verilmeyerek zımni ret işleminin oluşması üzerine yukarıda anılan hüküm uyarınca dava açıldığı anlaşıldığından kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesine ilişkin mahkeme kararında isabet bulunmamaktadır.”

durumlarda gerekli inceleme ve araştırmanın, başvurunun kaydedildiği tarihten itibaren altmış günde tamamlanması ve bu süre içinde idari işlem tesis edilmesinin zorunlu olduğu, hüküm altına alınmıştır.

4982 sayılı Kanununun 11. maddesinde ise farklı bir cevap verme süresine yer verilmiştir. Düzenlemeye göre idare kendisine yapılan bilgi edinme başvurusunun gereğini on beş gün içinde yerine getirecektir. İstenen bilgi veya belgenin kurum içindeki başka bir birimde bulunması veya başka kurum veya kuruluştan görüş alınması, ya da birden fazla kurum kuruluşu ilgilendirmesi durumunda ise bu süre otuz güne kadar uzatılabilmekle birlikte sürenin uzatıldığı ve uzatılma gerekçesi başvuru sahibine yine on beş günlük sürenin dolmasından önce bildirilecektir.

4. İDARENİN CEVAP VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ YERİNE GETİRMEMESİNİN SONUÇLARI

İdarenin faaliyet alanıyla ilgili olarak kendisine yapılan başvurularını cevaplandırması zorunluluğunun Anayasa kaynaklı ve istisnası olmayan bir yükümlülük olduğunu yukarıda belirtmiştik. İdarenin yapılan başvuruları gecikmeksizin olumlu ya da olumsuz şekilde cevaplandırması, başvuran ilgilileri başvuruları ile ilgili olarak süreçten haberdar etmesi, iyi idarenin bir görünümü olarak arzu ve hayal edilendir. Ne var ki idare kimi zaman iş yükü bahanesi kimi zaman umursamazlık dolayısıyla kendisine yapılan birçok başvuru karşısında sessiz kalmaktadır³⁵. İdarenin kendisine yapılan başvuru karşısında sessiz kalması yapılan başvurunun içeriğine göre farklı sonuçlar doğurmakla birlikte, yapılan tüm başvurular açısından idarenin Anayasal yükümlülüğüne uymamasının da bir takım sonuçları olması gerekir.

Bu kapsamda öncelikle yapılan başvuru karşısında sessiz kalınması durumunda başvuran açısından birtakım olumsuzluklar doğmuş ve zarar doğmasına sebebiyet verilmiş olabilir. Başvuranın zararının kaynağı, idarenin bir yükümlülüğünü yerine getirmemesi olduğuna göre bu durumda hizmet kusuru dolayısıyla idarenin sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu kapsamda idarenin sorumluluğu tüm başvurular açısından geçerli olup başvuranın zararı olduğu durumlarda idare bu zararı karşılamakla yükümlüdür. Bunun yanında idareye yapılan başvuruların cevaplandırılmaması cevap verme zorunluluğunun Anayasal bir yü-

³⁵ SEZGİNER, Murat, "İdari Makamların Sukutu Üzerine Açılan Davalarda Süre", SÜHFD, C. 5, S. 1-2 (Prof. Dr. M. Şakir BERKİ'ye ARMAĞAN), s. 418; KARSLI, s. 208.

kümlülük olması dolayısıyla, cevap vermeye yetkili kamu görevlileri açısından birtakım cezai sonuçlar da doğurabilecektir. TCK m. 12’de yer alan Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu ve m. 257’de yer alan Görevi Kötüye Kullanma Suçu, yetkili kamu görevlileri açısından gündeme gelebilecektir. Son olarak idareye yapılan bir başvurunun cevapsız bırakılması durumuna özel düzenlemelerle birtakım sonuçlar bağlanmış olabilir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10.maddesi idareye bir işlem veya eylem yapılması için yapılan başvurular karşısında sessiz kalınması durumunda, o işlem veya eylemin reddedilmiş sayılacağı düzenlenmiştir. İYUK m. 10 idareye bir işlem veya eylem yapılması talebiyle yapılan başvurular açısından bir genel hüküm özelliği taşımakta, bazı alanlarda yapılan idari işlem başvuruları için farkı düzenlemeler de bulunmaktadır. Bazı alanlara ilişkin başvurularda idarenin cevap vermemesi durumu zımni kabul iradesi olarak varsayılarak bireylerin haklarının korunması amaçlanmaktadır.

4.1. Başvuruların Cevaplandırılmamasının, Cevap Vermekle Görevli ve Yetkili Personel Açısından Görevi Kötüye Kullanma Suçunu Oluşturması

İdareye yapılan bir başvuru karşısında idarenin herhangi bir cevap vermemiş olması durumunda şüphesiz, cevap vermeye yetkili olan kamu görevlileri açısından cezai sonuçlar doğurabilecektir. Bu kapsamda Türk Ceza Kanununda düzenlenmiş bir takım suç tipleri Anayasa gereği başvurana bir cevap vermekle görevli kılınmış kamu görevlisi hakkında uygulanabilecektir. 4982 sayılı Kanunu’nun ceza hükümlerini konu alan 29. maddesinde, Bilgi Edinme Kanununun uygulanması esnasında ihmâli, kusuru veya kastı olan memur ve diğer kamu görevlileri hakkında, işledikleri fiillerin genel hükümlere göre ceza kovuşturması gerektirmesi konusu saklı kalmak şartıyla, hangi mevzuata tâbi iseler o mevzuatta yer alan disiplin cezalarının uygulanacağı belirtilerek kanunun hükümlerine aykırı hareket edenlerin cezai sorumluluklarının genel hükümlere tabi olacağını ifade etmiştir. Yine 2004/12 sayılı Başbakanlık genelgesinde de, *“bilgi edinme ve dilekçe haklarının kullanımı kapsamındaki başvurulara ilişkin uygulamalar mevzuat dâhilinde denetlenecek ve denetimler sonucu belirtilen kurallara uymadıkları saptanan kamu görevlileri hakkında genel hükümlere göre disiplin ve ceza işlemleri uygulanacaktır”* denilmek suretiyle mevzuatta yer alan düzenlemelere uymayan kamu görevlileri hakkında cezai hükümlerin uygulanabileceği açıkça ifade edilmiştir.

5237 Sayılı TCK'da dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu düzenlenmiştir. Konuyla ilgili TCK 121.maddede kişinin belirli bir hakkı kullanmak maksadıyla yetkili makamlara verdiği dilekçenin hukukî bir neden olmadan kabul edilmemesi hâlinde, fail hakkında hapis cezasına hükmolunacağı belirtilmiştir. Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu yetkili kamu makamlarına sunulan dilekçelerin, dolayısıyla dilekçe hakkı kapsamında yapılan idari başvuruların, hukuki bir neden olmaksızın kabul edilmemesidir³⁶. Burada kamu görevlisinin kabul etmekle yükümlü olduğu bir dilekçeyi almaması, dilekçenin kabul edilmemesi söz konusudur³⁷. Kamu idaresinin kabul edilmeyen bir dilekçeyi cevaplama yükümlülüğünden bahsedilemeyeceği için dilekçelere cevap verilmemesi bu suç tipine uymamaktadır. Düzenlemede yer alan suç tipinde yetkili makam tarafından kabul edilmiş olan dilekçeye herhangi bir işlem yapılmaması veya cevap verilmemesi durumu yer almamaktadır. Bu durum 5237 sayılı TCK'da özel olarak düzenlenmiş bir suç tipine girmemekle birlikte, görevi kötüye kullanma suçunun kapsamı içinde değerlendirilebilir. Dilekçenin kamu idaresi tarafından kabul edilmesi ve kaydının yapılmasından sonra dilekçeye dair herhangi bir işlem yapılmaması, Anayasanın amir hükmüne rağmen cevap veya ilgisine bilgi verilmemesi, TCK m. 257 yaralan görevi kötüye kullanma suçunu ihmal suretiyle oluşturacaktır³⁸.

Bu suç tipi ile korunması amaçlanan hukuki menfaat, kişilerin kamu görevlileri özelinde idareye ve devlete olan güvenleridir³⁹. Kamusal bir görevi yerine getirmekle görevlendirilen kişi, bu görev dolayısıyla bir kamu hukuku yükümlülüğü altına girmektedir. Kamu görevlisi, Anayasada kanun ve diğer düzenlemelerle kendisine verilmiş görevleri sadakatle yerine getirmek, bireylerin devlete ve idareye karşı duydukları güveni sarsmamak zorundadır⁴⁰. İdareye yapılan başvuruların cevaplanmaması, başvurular karşısında sessiz kalınarak, kamu idaresinin kişilere karşı duyarsız ve ilgisiz olduğu görünümünün yaratılması, kamu ida-

³⁶ ÇAKMUT, Özlem Yenerer, "Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", MÜHF - HAD, C. 23, S. 1, s. 49.

³⁷ TAŞKIN, s. 186.

³⁸ ÇAKMUT, s. 50.

³⁹ YOKUŞ SEVÜK, Handan, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu(TCK m. 257)", DÜHFD, C. 23, S. 39, Y. 2018, s. 262.

⁴⁰ ÜZÜLMEZ, İlhan, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, S. 1, s. 194.

relerine ve devlete karşı olan güven duygusunu azaltmaktadır. Kişi bir cevap ya da bilgilendirme alabilmek için yaptığı başvuruların, idarenin olumlu veya olumsuz hiçbir şekilde cevap veremediğini gördükçe, hak arama veya derdini anlatmada başka yollar aramaya başlayabilecektir.

Bu suç tipinin oluşabilmesi için kamu görevlisinin fiilinin ya da ihmalinin görev alanına giren bir konuyla ilgili olması gerekir⁴¹. Kamusal bir görevin gereklerinin belirlenmesi her görev ve her bir görevli açısından ayrı ayrı tespit edilmelidir. Bu tespitte şüphesiz kamusal göreve ilişkin ve kamu görevlisinin statüsüne mevzuat esas alınarak yapılmalıdır. Kamu görevinin mutlak surette bir kanunla veya başka yazılı hukuk normuyla kamu görevlisine verilmiş olması aranmaz, davranışın ya da hareketsizliğin görevin gereklerine aykırılığı, idare hukuku kurallarına göre belirlenir⁴². Mevzuata ve idare hukuku kurallarına göre idare kendisine yapılan başvurulara cevap vermekle yükümlüdür. Genel olarak bu yükümlülük, o kurum veya idareye verilmekle birlikte başvuruların cevaplanması için özel olarak bir kamu görevlisi görevli ve yetkili kılınmış olabilir. Öncelikle başvurunun içeriği gereği, bir işlem yapılması gerekiyorsa, başvuruya cevap verilmemesinden o işlemi yapmaya yetkili olan kişi sorumlu olacaktır. Bu durumda işlem yapma yetkisi olan kişi cezai olarak da sorumlu tutulmalıdır. Bunun yanında yapılan başvuru işlem yapmaya yetkili kamu görevlisine ulaştırılmamış olabilir. Bu durumda ise o başvuruyu yetkili kişiye iletmede ihmali olan görevli sorumlu olacaktır.

Düzenlemede suçun kamu görevlisinin “görevinin gereklerine aykırı davranmakla” veya “görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstermek”le gerçekleşeceğinden bahsedilmektedir. Düzenlemenin ilk fıkrasında, görevin gereklerine aykırılığın icrai bir hareketle; ikinci fıkrasında ise ihmali bir hareketle gerçekleştirilmesi yaptırım altına alınmıştır⁴³. İdareye yapılan bir başvurunun sessiz kalınarak cevaplandırılmaması 257.maddenin ikinci fıkrası kapsamında değerlendirilmelidir. Zira burada icrai bir hareket değil görevin gereklerinin sessiz ve hareketsiz kalınarak ihmali olarak yerine getirilmemesi mevcuttur. Suç tipinin bu halinde, görevinin gereklerini ihmal edilerek yapılmaması veya gecike-

⁴¹ OKUYUCU ERGÜN, Güneş, Görevi Kötüye Kullanma Suçu, TBB Dergisi, Y. 2009, S. 82, s. 145.

⁴² ÜZÜLMEZ, s. 197; OKUYUCU ERGÜN, s. 147.

⁴³ ÜZÜLMEZ, s. 192.

rek yapılması söz konusu olabileceği için, seçimlik hareketli bir suç olarak nitelendirilmektedir⁴⁴. İdareye yapılan bir başvurunun cevaplandırılmaması görevin gereklerinin hiç yapılmaması durumunu oluşturacaktır. Bunun yanında görevin gereklerinin yapılmamasında gecikme olması durumunda da görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Kamu görevlisinin görevini yapmada gecikme göstermesinden bahsedilebilmesi için, söz konusu görevin belirli bir sürede yerine getirilmesine yönelik düzenlemelerin olması gerekir. Göreve ilişkin kurallar, süreler, kanunlarda yer alabileceği gibi idari düzenlemelerde de yer alabilir⁴⁵. Bu kapsamda Anayasada dilekçe hakkının kullanılmasıyla ilgili olarak yasa da var olan otuz günlük cevap verme süresi ve diğer kanunlarda cevap vermeye ilişkin süreler yer almaktadır. Bu süreler geçirilerek verilen cevaplar da görevi ihmal suçunu oluşturabilecektir. Başvuruya cevap verilmesindeki gecikme, kamu görevlisine kusur atfedilmesini engelleyecek bir nedenden kaynaklanmadıkça kamu görevlisinin sorumluluğu yoluna gidilmelidir.⁴⁶

Kamu görevini kötüye kullanma suçunun oluşmasında, konuyla ilgili kamu görevlisinin görevin gereklerini yapmaması veya yapmada gecikmesi yanında; suçun diğer unsurlarından kişiler için mağduriyet sebep olmak ya da kamunun maddi anlamda zararına sebebiyet vermesi de da gerekmektedir. Bir kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı her davranışı ya da görevin gereklerini yapmaması veya yapmada gecikmesi elbette bir haksızlık teşkil etmektedir. Ancak, kamu görevlisinin sırf böyle bir haksızlığı gerçekleştirmesi ceza hukuku bakımından cezalandırılabilmesi için yeterli görülmemiştir⁴⁷. Kanun koyucu ayrıca görevinin gereklerine aykırı davranmak veya ihmal etmek suretiyle kamunun zararına veya kişilerin mağduriyetine ya da kişilerin haksız bir kazanç sağlamasına neden olunmasını aramıştır⁴⁸. Kamu görevlisinin ihmal kamunun zararına veya kişilerin mağduriyetine ya da kişilerin haksız kazanç sağlamasına sebebiyet vermemişse, ancak disiplin hukuku kapsamında değerlendirilebilecek bir haksızlık olarak nitelenebilir⁴⁹.

⁴⁴ YOKUŞ SEVÜK, s. 277; ÜZÜLMEZ, s. 204.

⁴⁵ OKUYUCU ERGÜN, s. 147.

⁴⁶ ÜZÜLMEZ, s. 205.

⁴⁷ YOKUŞ SEVÜK, 282.

⁴⁸ ÜZÜLMEZ, s. 198.

⁴⁹ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s. 1089.

Burada belirtilen kişilerin mağduriyetine neden olmak, görevin gereklerinin yerine getirilmemesi nedeniyle kişinin haklı bir çıkarının zedelenmesine, haklarının ihlal edilmesine sebep olunması gerekir⁵⁰. Bu kapsamda kişilerin sadece ekonomik bakımdan zarara uğranması değil, her hangi bir çıkarının zedelenmesi de kişisel mağduriyet kapsamında değerlendirilir⁵¹. Bunun yanında kişilerin manevi açıdan yaşadığı mağduriyetlerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir⁵².

4.2. Başvuruların Cevaplandırılmamasının, Cevap Vermekle Görevli Ve Yetkili Personel Açısından Disiplin Suçu Oluşturması

Disiplin cezaları, bir kuruma veya meslek grubuna mensubiyet kapsamında, çalıştıkları kurumun veya meslek örgütünün düzenine aykırı fiilleri nedeniyle, kurum veya meslek içi düzeni tesis edebilmek adına uygulanan idari cezalar olarak tanımlanmaktadır⁵³. Disiplin cezalarının amacı, kurum içi düzenin sağlanarak, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde aksaklıkların önüne geçmektir. İdareye yapılan başvuruların kamu personelinin görevinin gereğini yapmaması sonucunda cevaplandırılmaması durumunda da hem kurum içi düzene aykırılık hem de kamu hizmetinin sunulmasının aksaması söz konusu olmaktadır. Bu kapsamda kişilerin yapmış oldukları başvurulara cevap verilmemesi durumunda, cevap vermekle yükümlü ve yetkili olan kamu personeli hakkında disiplin yaptırımlarının da gündeme gelmesi gereklidir.

2004/12 sy. Genelgede, dilekçe hakkının kullanılmasına kapsamında kamu personelinin, mevzuatta ve genelgede yer alan usul ve esaslar hakkında bilgilendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Genelgede ayrıca, hakkın kullanılması kapsamında yapılan başvurulara ilişkin yürütülen sürecin mevzuat uyarınca denetleneyeceği ve denetimlerde usul ve esaslara riayet etmeyen personel hakkında disiplin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Yine Bilgi Edinme Hakkının Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin⁵⁴ 42. maddesinde, hakkın kullanılması kapsamında

⁵⁰ ÜZÜLMEZ, s. 201.

⁵¹ Yargıtay, CGK, 21.10.2014, E. 2012/4-1283, K. 2014/430; ÜZELMEZ, s. 201.

⁵² YOKUŞ SEVÜK, s. 289.

⁵³ Danıştay 12. Dairesi, 25.05.2012 E:2011/9670 K:2012/3553; ULUSOY, D. Ali, İdari Yaptırımlar, İstanbul 2013, s. 146.

⁵⁴ 27.04.2004 tarih ve 25445 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik"

yapılan başvurulara ilişkin süreçte mevzuatta yer alan usul ve esasların uygulanmasında ihmal, kusur ya da kasti bulunan personel hakkında, tabi oldukları mevzuata göre disiplin cezası uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir. Maddede ayrıca personelin fiillerinin suç oluşturması durumunda ceza kovuşturmasının ayrıca yürütülmesi durumu da saklı tutulmuştur.

Disiplin cezaları, kamu görevlilerini düzenleyen mevzuatın genişliği oranında çok çeşitli olabilmektedir⁵⁵. Bu kapsamda uygulama alanı en geniş olan ve diğer personel kanunlarına göre genel nitelikli olarak kabul edilen kanun 657 sayılı Devlet Memurları Kanunudur. 657 sayılı Kanunun 125. maddesi devlet memurlarına uygulanacak disiplin cezalarını düzenlemektedir. Konumuz açısından, idareye yapılan bir başvuruya cevap vermeyen devlet memuru hakkında uygulanabilecek disiplin cezası görevlinin kusur durumuna göre belirlenecektir. Görevini özensiz yapan personele uyarma; kusurlu olarak görevini yerine getirmeyen personele kınama; hakkın kullanılmasına ilişkin usul ve esaslara kasıtlı olarak aykırı davranan personele aylığından kesinti veya kademe ilerlemişinin durdurulması cezası verilebilecektir.

Kanunun 125. Maddesinde, uyarmayı gerektiren fiiller arasında, *“verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında kayıtsızlık göstermek”*; kınamayı gerektiren fiiller arasında *“verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasındakusurlu davranmak”*; aylıktan kesmeyi gerektiren fiiller arasında *“kasıtlı olarak, verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmamak”*, kademe ilerlemesinin durdurulmasını gerektiren fiiller kapsamında da, *“verilen görev ve emirleri kasten yapmamak”* ayrı ayrı sayılmıştır.

Bir kamu personelinin meri mevzuat uyarınca veya amirlerince kendisine verilen görevleri usulüne uygun olarak icra etmek zorundadır. Görevlerini kusurlu olarak yapmayan personelin de disiplin yaptırımına tabi olacağı şüphesizdir. Yukarıda belirtilen hükümler uyarınca, mevzuat uyarınca ve amirlerince kendilerine verilen görevleri yapmayan kamu görevlilerinin, fiillerinin ya da ihmallerinin ağırlığına ve kusur durumlarına göre kademeli olarak cezalandırılmaları söz konusudur. Bu kapsamda başta Anayasa olmak üzere çeşitli düzelmelerde yer verilen başvuruların cevaplandırılması yükümlülüğünün yerine

⁵⁵ GÖZLER Kemal/KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2018, s. 596; GÜNDAY, s. 629.

getirilmemesi de bu disiplin cezalarının uygulanmasını gerektirecektir. Bir personel davranışı hem disiplin cezası hem de adli ceza yaptırımına tabi olabilir. Başvurulara cevap verilmemesi hem ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçu hem de disiplin suçu oluşturabilecektir. Bu durumda görevli personel görevi kötüye kullanma suçu yanında disiplin yaptırımına da tabi olacaktır. Bir fiil için hem disiplin yaptırımı hem de cezai yaptırım uygulanmasının mükerrer cezalandırma yasağına ("*non-bis in idem*") aykırılık teşkil etmediği kabul edilmektedir⁵⁶.

4.3. İdarenin Başvurular Karşısında Sessiz Kalmasının Hizmet Kusuru Oluşturması

İdareye yapılan başvuruların cevapsız kalması durumunda kişilerin idari dava yoluyla bir sonuç almaları da her zaman mümkün değildir. Dilekçe hakkı kapsamında yapılan başvuru üzerine idare tarafından verilen cevabın veya zımnen reddedildiği varsayımının idari davaya konu olabilmesi için işlemin kişinin hukuksal durumunda değişiklik meydana getiren kesin ve icrai bir idari işlem olması gerekmektedir. Ancak, çoğu zaman idarenin verdiği cevaplar görüş belirtir nitelikte işlemlerdir. Etkisiz başvuru olarak nitelendirilen başvurular kapsamında da idarenin icrai bir işlem tesis etmesi söz konusu olamayacağından bu tür başvurulara ilişkin olarak da iptal davası açılması yoluna gidilmesi pek mümkün görünmemektedir. Ancak idareye yapılan başvuruların cevaplanmasının Anayasal bir zorunluluk olması dolayısıyla, kişilerin yapmış oldukları başvurulara cevap verilmemesinden kaynaklanan zararların ortaya çıkması durumunda idarenin bu zararı karşılaması gerekecektir. İdarenin başvurulara cevap vermemesi hizmetin hiç işlememesi, mevzuatta öngörülen sürede cevap vermeyerek geç cevap vermesi durumunda hizmetin geç işlemesi söz konusu olacaktır. Bu kapsamda idarenin hizmet kusuru dolayısıyla kişilerin uğradıkları zararları tazmin ile sorumlu olacaktır.

Kamu hizmetinin sunulmasında hizmetin hiç işlememesi, kötü işlemesi, geç işlemesi gibi durumlar genel anlamda hizmet kusurunu oluşturmaktadır⁵⁷. İdarenin üzerine düşen bir sorumluluğu yerine getirmemesi de hizmet kusuru olarak karşımıza çıkmaktadır. İdareye yapılan başvurular, içeriğinin bir işlem veya eylem talebi içermesinden bağımsız olarak, idare tarafından gecikmeksizin cevaplandırılmak duru-

⁵⁶ TAN, Turgut, İdare Hukuku, Ankara 2017, s. 543; GÜNDAY, s. 629.

⁵⁷ GÜNDAY, s. 369-373.

mundadırlar. Yukarıdaki bölümlerde idarenin vermesi gereken maksimum cevap süresi ve bu konuda uygulanması gereken hükümler ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir. Bu kapsamda idarenin başvurular karşısında hiçbir surette susma hakkı, cevap vermeme gibi bir seçeneği bulunmamaktadır. Kendisine yapılan başvuruları cevaplandırmayan idare, bu sessizliğine bağlanan maddi hukuk ve yargılama hukuku sonuçlarının yanında, ayrıca anayasa tarafından kendisine yüklenen bir yükümlülüğü yerine getirmemiş olmaktadır. Bu noktada eğer başvuruda bulunan kişiler açısından salt idarenin cevap vermemiş olması ya da geç cevap vermesi dolayısıyla birtakım zararların ortaya çıkması durumunda idarenin bu zararları karşılaması gerekecektir.

İdareye yapılan başvuruların Anayasa Gereğince gecikmeksizin cevaplandırılması gerekir. İdarenin yükümlülüğünü geç yerine getirmesi de hizmetin kusurlu işlemesidir. Özellikle de mevzuatta idareye yükümlülüğünü yerine getirmesi için süre öngörülmediği durumlarda idarenin bu süreye riayet etmemesi durumunda hizmet kusuru olduğu kabul edilmektedir⁵⁸. İdarenin başvurulara süresinde cevap vermemesinden kaynaklanan zararların idare tarafından karşılanması gerekir. Burada idarenin başvurulara cevap verme yükümlülüğünü gecikmeksizin yerine getirmekle zorunlu olduğu unutulmamalıdır. İdarenin başvurulara cevap vermek için otuz gün bekleme gibi bir hakkı bulunmamaktadır. Bunun yanında kişilerin idareye bir işlem veya eylem yapılması için yapmış oldukları başvuruların da gecikmeksizin ya da en geç otuz gün içerisinde cevaplanması gereklidir. Aksi halde idarenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Burada kişilerin zarara uğramaları durumunda, tam yargı davası açmaları için zımni ret işleminin oluşmasında aranan altmış günü beklemelerine gerek yoktur. Zira idarenin sorumluluğun şartları gerçekleşmiştir.

İdare, gerek Anayasadan kaynaklanan bu cevap verme yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekse iyi yönetim ilkeleri doğrultusunda, bünyelerinde, kişilerden gelebilecek başvuruların alınması, değerlendirilmesi ve gereğinin yapılması ve başvuruların süresinde cevaplandırılmasının sağlanması amacıyla, idari birimleri oluşturmak durumundadır. Bu durum bilgi edinme hakkı kapsamında 4982 sayılı Kanunda ayrıca ve açıkça vurgulanmıştır. Kanunun 5. maddesine göre idare, başvuruların etkin, süratli ve doğru sonuçlandırılması için gerekli tüm tedbir-

⁵⁸ GÜNDAY, s. 371; GÖZLER/KAPLAN, s. 683.

leri almak zorundadırlar⁵⁹. Kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelikte⁶⁰ de idarelerin basın ve halkla ilişkilerle görevli birimlerinde, hakkın etkin kullanılması ve bilgiye erişimin zamanında sağlanması için bilgi edinme birimleri oluşturulacağı düzenlenmiştir. İdareye yapılan tüm başvurular açısından genel düzenleme niteliğinde olan dilekçe hakkına ilişkin kanunda bu şekilde bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak Kanunda veya diğer düzenlemelerde bu şekilde bir düzenlemenin yer almaması, idarenin Anayasadan kaynaklanan yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır. İdare her halde kendisine yapılan başvurulara süresinde ve mutlaka cevap vermek durumunda olacağından buna ilişkin tedbirleri almak ve bu hususta gerekli birim ve personeli temin etmelidir. Bu kapsamda yukarıda belirtilen hükümler bilgi edinme hakkı kapsamında yer almakla birlikte dilekçe hakkının kullanılması ve idareye yapılan başvurulara cevap verilmesi açısından da dikkate alınmalıdır.

Danıştay, bilgi edinme başvurusuna geç cevap verilmesi dolayısıyla açılan bir davada, idarenin hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle, oluşan manevi zararın idare tarafından karşılanması gerektiğini belirtmiştir⁶¹. Karara konu olan olayda, hastanede gerçekleşen ölü doğum vakiasından sonra, hastanede bulunan hasta kayıt dosyası ve ölüm nedenine ilişkin bilgi ve belgeler bilgi edinme hakkı kapsamında talep edilmiştir. İdare ise bu talep karşısında, başvurudan yaklaşık bir ay sonra bir cevap vermiş, verilen cevapta sadece sezaryeni yapan doktorun ifadelerine yer verilmiş, talepte yer alan bilgi ve belgelere ilişkin herhangi bir içerik yer almamıştır. Bu cevap karşısında aile tekrar aynı taleple başvuruda bulunmuş, başvurunun idarece benzer şekilde karşılanmaması sonucunda Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna itirazda bulunmuştur. Kurul başvuru istediği bilgi ve belgelerin ulaşma açılması yönünde karar vermiştir. Ailenin idareye başvuru tarihi ile Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu tarafında verilen karar arasında yaklaşık dört ay gibi bir süre geçmiştir. Aile yaptıkları başvuru kapsamında hasta dosyasının ve diğer bilgi belgelerin taraflarına süresinde verilmemesi

⁵⁹ 4982 sayılı Kanun madde 5: *“Kurum ve kuruluşlar, bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler.”*

⁶⁰ Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik, R.G: 27.04.2004/25445

⁶¹ D, 15.D, 15.04.2015 tarih ve E.2014/5076, K.2015/2184 sayılı karar.

dolayısıyla uğramış oldukları manevi zararların karşılanması istemiyle dava açmışlardır.

Danıştay kararında öncelikle bilgi edinme hakkı kapsamının anayasa ve yasalarla güvence altına alındığını belirtmiş ve bu kapsamda idarelerin bilgi edinme hakkının sağlanması için, gerekli personelin bulundurulmamasını, mevcut personelin özensiz davranması sonucunda başvurulara hatalı, eksik ya da yanlış bilgilendirme yapılmasını veya yasal süre geçtikten sonra başvuruların cevaplandırılmasını hizmet kusuru olarak değerlendirmiştir. Bunun sonucu olarak Danıştay, yapılan başvuruya yasal süre içerisinde cevap verilmemesi sonucunda ailede oluşan tıbbi müdahalenin kusurlu olduğu şüphesi dolayısıyla oluşan manevi zararın tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁶².

4.4. Başvurulara Cevap Verilmemesinin Genel Olarak Zımnî Ret İşlemi Olarak Değerlendirilmesi

Hukuk devleti ilkesine bağlı bir idari sistemde, idarenin kendisine yapılan başvurular karşısında sessiz kalması, başvuruları cevaplandırmaması düşünülemez. Anayasanın ve diğer kanunların da açıkça düzenlediği üzere idare kendisine yapılan usulüne uygun başvuruları cevaplandırmak durumundadır. Ancak ne var ki, teorideki bu durum uygulamaya yansımamaktadır. Günümüzde idare kendisine yapılan başvuruların büyük bir çoğunluğunu cevapsız bırakabilmektedir. Kişilerin özellikle kendileri hakkında bir idari işlem yapılması ya da eylemde bulunulması için yaptıkları başvuruların cevaplandırılmaması, idarenin hiçbir davranışta bulunmayarak ilelebet sessiz kalması önemli hak kayıplarına yol açabilir. Bu noktada, bu hak kayıplarının önüne geçebilmek, idarenin kendisine bir idari işlem veya eylem yapılması için yapı-

⁶² “.....İdare tarafından bilgi edinme birimlerinde yeterli sayıda ve kalitede personel istihdam edilmemiş olması, personelin gerekli eğitime sahip olmaması, personelin hizmetin görülmesinde gerekli dikkat ve özeni göstermemiş olması, taleplere yanlış/hatalı veya eksik cevap verilmesi gibi durumlarda ” hizmetin kötü işlemesinden ” dolayı idarenin kusuru doğacaktır. Yine bilgi edinme hakkının kullanımına ilişkin başvuruların, yasal süresi geçirildikten sonra cevaplandırılması ” hizmetin geç işlediğinin göstergesi olacaktır.....Dava konusu olayda, bilgi edinme hakkının kullanılmasında talep edilen başta hasta dosyası olmak üzere, epikriz ve ölüm raporlarının davacı tarafa süresinde verilmemesinin çocukları ölü olarak doğan anne ve baba nezdinde, sağlık uygulamalarının kusurlu işletildiği hususunda yaratılan şüphe ve ruhsal çöküntü manevi tazmin talebinin karşılanması gereğini ortaya koymaktadır.” D, 15.D, 15.04.2015 tarih ve E.2014/5076, K.2015/2184 sayılı karar.

lan başvuruları cevaplamaması durumunda kişilerin yargı yoluna başvurabilmesini sağlamak amacıyla “zımni ret” kurumu kabul edilmiştir⁶³.

Zımni ret, idarenin kendisine yapılan başvuruları hareketsiz kalmak suretiyle cevapsız bırakması durumunda idarenin bu hareketsizliğinin ret iradesi olarak kabul edilmesi ve bunun sonucunda başvuruda bulunanların yargı yoluna başvurabilmesinin sağlanması için kabul edilmiş bir çözümdür⁶⁴. İdarenin kendisine yapılan başvurular karşısında sessiz kalmasının, başvurunun zımnen reddedilmesi şeklinde değerlendirilmesi ile amaçlanan, idarenin başvurulara cevap vermeyerek yargı denetiminden kaçınmasını önlemektedir⁶⁵. İdarenin kendisine bir işlem veya eylem tesisi için yapılan bir başvuruyu açık olarak reddetmesi durumunda bu başvuru sonucunda oluşan ret işleminin yargısal denetimi mümkün iken; idarenin kendisine bir işlem veya eylem tesisi için yapılan başvuruya hiçbir şekilde cevap vermemesi durumunda yargısal denetimden muaf olması durumu düşünülemez. Zımni ret kurumu ile de, idarenin başvurulara cevap vermeyerek, yapılan başvuruyu yargı denetimi dışında bırakması ve bireylerin hakkını aramasını engellemesi, “basit bir hukuksal varsayım” ile ortadan kaldırılmış olmaktadır⁶⁶. Bu kapsamda idarenin yargı denetimine girmemek için ret cevabı verebilecekken sessiz kalmasının önüne geçilmesi için, idarenin belli bir süre sessiz kalması da ret cevabı olarak kabul edilerek bu cevabın yargı denetimine tabi olması sağlanmış olmaktadır. Zımni ret kurumu, idare açısından hareketsizliğinin bir yaptırım olarak ele alınmaktadır⁶⁷. Zımni ret kurumunun kabulünün ve bunun sonucunda dava açma hakkının tanınmasının idare için bir yaptırım olarak değerlendirilmesinin doğru olmadığı, idari işlemlerin hukukiliği karinesi, dava açma süresi ve yürütmenin durdurulması konusundaki kısıtlayıcı düzenlemeler dolayısıyla yargı yoluna başvurmanın çözüm olmayacağı ifade edilmekte ve idareye başvuruları cevaplama yükümlülüğüne aykırı hareket etme imkânı tanıdığı belirtilmektedir⁶⁸.

⁶³ GÜNDAY, s. 130; GÖZLER/KAPLAN, s. 265; ULUSOY, s. 355.

⁶⁴ GÖZLER/KAPLAN, s. 265.

⁶⁵ GÜNDAY, s. 131.

⁶⁶ KARSLI, s. 199.

⁶⁷ DURAN, s.183.

⁶⁸ YILDIZ AKGÜL, Şerife, “İdarenin Hareketsizliğine Karşı Bir Çözüm Olarak Zımni Kabulün Uygulanabilirliği Meselesi”, MÜHF-HAD., Y. 2016, C. 22, S. 3, Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 3410.

Zımnî ret kurumu hukukumuzda genel olarak 2577 sayılı Kanun-da düzenlenmektedir. Kanununun 10. maddesine göre; ilgililerin bir idari işlemin tesisi için idareye başvuru yapabilirler. İdarenin yapılan bu başvuruya 60 gün içerisinde cevap vermemesi durumunda başvuru reddedilmiş sayılır. Bunun üzerine ilgililer zımnî ret işlemine karşı dava açabileceklerdir. Zımnî ret kurumu ilk olarak 1937 yılında verilen bir Danıştay kararı⁶⁹ ile girmiş ve bunun sonrasında 21.12.1938 tarih ve 3546 sayılı Devlet Şurası Kanunu ile (madde 33)⁷⁰ yasal bir temele kavuşmuştur. Devlet Şurası Kanununda, idareni işlem tesis edilmesi için yapılan bir başvuruya cevap vermeyerek 4 ay sessiz kalması olarak düzenlenmiş olan zımnî ret kurumu günümüze kadar süre açısından değişikliklere uğramakla birlikte esas olarak varlığını korumuştur.

İdareye yapılan başvurular karşısında idarenin ne kadar bir süre sessiz kalması durumunda zımnî ret iradesinin oluşmuş kabul edileceğinin üzerinde durulması gerekir. Zira, 3071 sayılı Kanun idarenin en geç otuz gün içerisinde cevap vermesi zorunluluğunu düzenlemiş, cevap verilmemesi durumunu düzenlememiştir. Bununla birlikte 2577 sayılı Kanun, idarenin kendisine yapılan bir başvuruda altmış gün sessiz kalması durumunda, başvuru konusu talebin ret edilmiş sayılacağını düzenlemiştir. Bu durumda zımnî ret iradesi hangi süre sonunda oluşmuş sayılacaktır. Burada öncelikle bu iki farklı sürenin esasında aynı konuyu düzenlemedikleri tespit edilmelidir. 3071 sayılı Kanun genel olarak idareye yapılan tüm başvuruların cevaplanma süresini düzenlerken 2577 sayılı Kanun idareye bir işlem tesisi veya eylemde bulunulması için yapılan başvurular karşısında sessiz kalınması durumunu düzenlemektedir. Diğer bir ifadeyle 3071 sayılı Kanun cevap verme süresini belirtirken 2577 sayılı Kanun belirli süre cevap verilmemesi durumunu düzenleyerek yargıya başvurma imkânı getirmektedir. Ayrıca 2577 sayılı Kanun tüm başvurular için değil yalnızca idareden bir işlem ya da eylem yapılması istenen başvurular açısından geçerli olacaktır.

⁶⁹ Dava Daireleri Umumi Heyeti, 23.11.1937 tarih, Esas No: 1937/286, Karar No: 1937/256, Kararlar Mecmuası, S. 3, 1938, s. 60.

⁷⁰ 3546 sayılı Devlet Şurası Kanunu, Madde 33:— “İdari davaya mevzu olabilecek bir karar verilmesi için alâkalıların idari mercilere vuku bulacak müracaatları üzerine bu mercilerin en çok dört ay içinde bir karar ittihaz etmeleri lâzımdır. Bu müddet içinde bir karar verilmezse müracaat reddedilmiş sayılır ve bu halde alâkalı, dört ayın inkızasından itibaren yukarıki maddede yazılı müddet zarfında Devlet Şûrasına idarî dava açabilir.”

Yetkisiz idareye yapılan bir başvurunun idarenin bütünlüğü ilkesinin bir gereği ve 3071 sayılı Kanun uyarınca yetkili idareye iletilmesi gerekeceği açıktır. Peki, bu durumda kişinin yapmış olduğu başvuru için zımni ret oluşumu için aranacak süre hangi tarih esas alınarak belirlenecektir? Bu durumda yetkisiz idareye yapılan başvurunun yetkili idareye iletilmesi ile idarenin cevaplama yükümlülüğü başlamakla birlikte⁷¹, başvuran açısından dilekçenin yetkili idareye ne zaman iletildiğinin bilinmesi ancak 3071 sayılı Kanun uyarınca kendisine yapılacak bilgilendirme ile olacağından zımni ret için aranacak sürenin bu bildirimle başlaması gerekir⁷².

Burada konumuzla ilgili olarak 4982 sayılı Kanunda yer alan sürelerin de incelenmesi gerekir. İlgili düzenlemeye göre idare kendisine yapılan bilgi edinme başvurusunun gereğini on beş gün veya bilgi ve belgenin bulunduğu yere göre otuz gün içerisinde yerine getirecektir. Buradaki sürelerin bilgi edinme başvurusu kapsamında zımni ret iradesinin oluşumunun tespiti açısından incelenmesi gerekir. Düzenlemede yer alan on beş günlük süre bilgi ve belgelere erişimin sağlanması süresi olarak geçmekte ve bu sürede erişime açılmama durumunda ne olacağı belirtilmemektedir. Yukarıda yapılan değerlendirme burada da yapılabilir. Yani on beş günlük sürenin cevap verme süresini düzenlediği, cevap verilmemesi durumuna ilişkin bir düzenleme içermemesi dolayısıyla zımni ret oluşması için 2577 sayılı Kanundaki düzenlemenin dikkate alınacağı çıkarımı yapılabilir. Bu çözüm yöntemi 4982 sayılı Kanunun uygulanması kapsamında uyulacak kuralları düzenleyen yönetmelikte⁷³ aynı şekilde benimsenmiştir. Yönetmeliğe göre; idare tarafından süresi içinde cevap verilmez ise, başvuru 60 günün geçmesi şartıyla reddedilmiş sayılacaktır.

Buna karşın bu Kanunların aynı konuyu düzenlediği ve zımni ret işlemi için aranan sürenin önceki kanun sonraki kanun ilişkisi kapsamında çözümlenmesi gerektiği, dolayısıyla sonraki kanun olan 3071 sayılı ve 4982 sayılı Kanundaki düzenlemelerin zımni ret işlemi için esas alınması gerektiği de ifade edilmektedir⁷⁴. Bu görüşe göre, idarenin on

⁷¹ ANAYURT, s. 121.

⁷² SEZGİNER, s. 423.

⁷³ 27.4.2004 tarih ve 25445 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik.

⁷⁴ ANAYURT, s. 120, 121; TAŞKIN, s. 186.

beş ve otuz günlük süreler içerisinde cevap vermemesi durumunda zımni ret iradesi ortaya çıkmış sayılmalı artık altmış günün dolmasının beklememelidir. Gerçekten de eğer zımni ret oluşumu için altmış günlük süreler beklenenecekse diğer kanunlardaki sürelerin etkisi ve idareyi zorlama gücü zayıflayacaktır. Ancak bu duruma bu sürelerin tamamen etkisiz olacağı da söylenemez zira idarenin bu süreler içerisinde cevap vermemiş olması hem koşulları oluşması halinde idarenin hizmet kusuru dolayısıyla mli sorumluluğunu gündeme getirecek hem de ilgili süreler uymayan kamu görevlileri hakkında cezai veya disiplin sorumluluğuna yol açabilecektir. Bununla birlikte yine de kanunlarda yer alan ve aynı konulara ilişkin bu düzenlemelerdeki sürelerin farklı olmasını anlamak güçtür. Bu düzenlemelerin tekrar gözden geçirilerek cevap verme zorunlulukları açısından tek bir sürenin esas alınarak zımni ret varsayımının da bu süreye göre belirlenmesi gerekmektedir⁷⁵.

İdarenin kendisine yapılan başvuruları Anayasanın amir hükmü uyarınca gecikmeksizin cevaplamak zorunluluğu karşısında zımni ret kurumuna ilişkin düzenlemelerini idarenin açık cevap verme zorunluluğunun bir istisnası olarak değerlendirmek Anayasaya aykırılık oluşturacaktır⁷⁶. Anayasa uyarınca idarenin yapılan başvuruları cevaplama yükümlülüğü karşısında, idarenin cevap vermemesi durumunda nasıl bir yol izleneceğini düzenleyen zımni ret kurumunun birbiriyle çelişkili olarak algılanmaması gerekir⁷⁷. Zımni ret, idareye yapılan başvuruların idarece sessiz kalınarak cevapsız bırakılması karşısında ilgililerin yargı denetimi aracılığıyla haklarını aramasını mümkün kılan bir varsayım⁷⁸ ve temelinde yargısal bir kurumdur⁷⁹. Zira zımni ret kurumu idareyi cevap verme yükümlülüğünden kurtarmamakta ve fakat başvuruda bulunanlara idarenin bu hareketsizliği karşısında yargıya başvurarak dava açma hakkı tanımaktadır. Bundan dolayı, zımni ret düzenlemesinin Anayasaya bir aykırılık oluşturmadığını, aksine Anayasayı tamamlayan nitelikte bir düzenleme olduğunu kabul etmek gerekmektedir⁸⁰. İdarenin kendisini harekete geçirmek amacıyla yapılan başvurular kar-

⁷⁵ TAŞKIN, s. 186.

⁷⁶ KARSLI, s. 208.

⁷⁷ SEZGİNER, s. 418.

⁷⁸ KARSLI, s. 196.

⁷⁹ YILDIZ AKGÜL, s. 3048

⁸⁰ KARSLI, s. 208; SEZGİNER, s. 418.

şısında susması, hareketsiz kalması dolayısıyla ortaya çıkan zımni ret iradesi, olumsuz karakterli olmasına rağmen, normal idari işlemlerle “özdeş nitelikte”⁸¹ kabul edilmekle birlikte, maddi anlamda bir idari işlemden ziyade, kişilerin hak kaybına uğraması için getirilen ve yargı denetimini mümkün kılan bir varsayımdır. Bu sebeple idari davalara konu olabilecek nitelikte işlem veya eylemler ile sonuçlanmayacak bir başvurunun cevapsız bırakılması durumunda zımni ret kurumu işlerlik kazanamayacaktır⁸². İdareye yapılan bir başvurunun zımni ret olarak değerlendirilebilmesi için içeriğinin idari davalara konu olabilecek nitelikte işlemler veya eylemler yapılmasına ilişkin olması gerekmektedir.

Genel İdari Usul Kanunu Tasarısında zımni ret kurumu yer almamaktadır. Tasarıda bu kuruma yer verilmeme gerekçesinin de zımni reddin yargısal bir kurum olmasından kaynaklandığı tasarının madde gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Tasarının 11. madde gerekçesinde idarenin cevap vermesinin Anayasal bir yükümlülük olduğu, bu yükümlülüğün bir istisnasının olmadığı ve zımni reddin yargısal bir kurum olduğu açıkça ifade edilmiştir. Gerekçede ayrıca zımni ret varsayımının idare için bir hak oluşturmayacağı ve bu varsayımın Anayasal cevap verme yükümlülüğünü bertaraf etmediği, idarenin her koşulda cevap vermek zorunda olduğu belirtilmiştir⁸³.

Danıştay, bir kararında, kişinin verdiği dilekçeye cevap verilmesi sonrasında açılan davada, dilekçeye cevap verilmemesini, dilekçede bulunulan talebin zımnen reddi olarak değil; dilekçenin cevaplan-

⁸¹ ERKUT, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990, s. 30.

⁸² YILDIZ AKGÜL, s. 3048.

⁸³ “..Başvuruların idarece, 06/01/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanununda öngörülen süre içinde cevaplandırılmamasının “zımni ret” olarak kabulü, sadece ilgililerin dava açma hakkını kullanmalarına imkân sağlayan bir yargılama usulü yöntemi-dir. Dolayısıyla ilgililerin dava açma hakkını kullanabilmeleri için idarî yargılama usulünde öngörülen başvuruların altmış gün içinde cevaplandırılmaması yoluyla reddedilmiş sayılması varsayımının, idare yönünden bir seçenek olarak kabul edilmesi düşünülemez. Zira belirtilen varsayımın kabulü, idarenin Anayasadan kaynaklanan başvuruları cevaplandırması zorunluluğunun ortadan kaldırılması; anılan zorunluluğun bir temenniye dönüşmesi sonucunu doğuracaktır. Maddede, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda “zımni ret” bir seçenek olarak kabul edilmeyerek sadece idarî yargılama usulü yöntemi olarak bırakılmış; idarenin her halde yapılan başvuruları cevaplandırması zorunluluğu benimsenmiştir...” Genel İdari Usul Tasarısı madde gerekçeleri için bkz. <https://www.hukuki.net/showthread.php?45855-Genel-idari-Usul-Kanun-Tasarisinin-Tanitimi-ve-Acilimi-1>

maması işlemi olarak değerlendirmiş ve dilekçe ile ilgili inceleme yapılmasına ve başvurana bir cevap verilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir⁸⁴. Karara konu olan başvuruda, bir emniyet müdürü, kendisine olumsuz sicil düzenleyen Valinin gazezle hareket ederek olumsuz sicil düzenlediğinden bahisle Vali hakkında yasal işlem yapılması istenmiştir. Danıştay 12. Dairesi söz konusu olayda yasal işlem yapılması talebinin ceza yargılaması anlamında olduğunu ve idari nitelik taşımadığını, dolayısıyla idari nitelikte olmayan işlemin iptal davasına konu edilemeyeceğini ifade ederek davayı kabul eden idare mahkemesi kararını bozmuştur. Ancak, ısrar kararı üzerine Danıştay İDDK, Anayasası'nın 74. maddesi uyarınca, idarenin kendisine yapılan başvurulara cevap vermek zorunda olması ve ilgililere sonucun gecikmeksizin yazılı bir şekilde bildirilmesi düzenlemesi uyarınca idarenin gerekli incelemeleri yaparak cevap vermesi gerektiğini vurgulayarak, idarenin sessiz kalmasıyla oluşan zımni ret işleminin hukuka aykırı olduğunu belirtmiş ve bu yöndeki yerel mahkeme kararını onamıştır. Danıştay bu kararıyla, idarenin başvurular karşısında sessiz kalmasının, başvurudaki talebin idari bir davaya konu olamayacak bir işlem olması durumunda dahi, zımnen cevap vermeme işlemi olarak nitelendirmesi açısından dikkat çekicidir. Zira idarenin cevap vermeme gibi bir işlem tesis etme imkânı ve yetkisi bulunmamaktadır. Bu durumda idarenin açık olarak tesis edemeyeceği bir işlemin idarenin sessiz kalarak zımnen tesis edildiğinin var sayılması idari işlem kuramı ile örtüşmemektedir.

Zımni ret kurumunun yargısal bir kurum olması dolayısıyla sonuçları da yargısal alanda ortaya çıkmaktadır. Zımni ret varsayımının en önemli sonucu yargı denetiminin işletilebilmesidir. Zımni ret kurumunun yargısal sonuçları 2577 sayılı Kanunundaki düzenlemelerden de anlaşılabilir⁸⁵. Bu kapsamda zımni ret iradesi ortaya çıktıktan sonra başvuru sahibi, idare kendisine açık bir ret cevabı vermiş gibi yasal süre-

⁸⁴ DİDDGK, 26.02.2004, E 2002/13, K 2004/217 DKD., Y. 2, S. 5, 2004, s. 83.

⁸⁵ 2577 sayılı Kanun madde 10/2: "Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren **dava açma süresi içinde**, konusuna göre Danıştay'a, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, **isteminin reddi sayarak dava açabileceği** gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Ancak, **bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez. Dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler.**"

ler içerisinde dava açma yoluna başvurabilecektir. İdareye yapılan başvuru atmış gün geçmesine rağmen idare tarafından cevaplanmamışsa başvuru zımnen reddedilmiş sayılır. İdareye başvuruda bulunan kişi atmış günlük sürenin dolmasının ardından yasal süreler içerisinde bu ret kararına karşı dava açarak başvurusu hakkında yargısal denetimi başlatabilecektir⁸⁶.

Kanunda yer alan düzenlemede, idarenin başvuru sahibine verdiği cevabın kesin olmaması durumu da düzenlenmiştir. Bu durumda ilgili bu cevabı kesin cevap olarak değerlendirerek dava açma yoluna gidebilecek ya da idarenin kesin bir cevap vermesini bekleyebilecektir. Bu bekleme süresini kanun altı ay ile sınırlı tutmuştur. Burada, idarenin kesin bir cevap vermemesi durumunda ilgilinin kesin cevabı beklemesi, idarenin cevap verme yükümlülüğünün kesin bir cevap verilmediği sürece ortadan kalkmadığı hala ilgiliye bir cevap vermekle yükümlü olduğu anlamını taşımaktadır. Ancak bu bekleme süresinin altı ay ile sınırlı tutulması bu yükümlülüğün artık kalkacağı şeklinde yorumlanabilir nitelikte olması dolayısıyla eleştiriye açıktır. Zira ilgili kişi idareye olan güveni ve idarenin vermiş olduğu kesin olmayan cevaba inancı dolayısıyla uzun süre beklemeyi tercih edebilir. Dolayısıyla buradaki altı aylık sürenin idarenin cevap vermekle ilgili yükümlülüğünün artık kalktığı anlamında anlaşılması gerekir.

Konumuz açısından düzenlemedeki diğer bir önemli nokta, zımni ret oluşmasının ardından dava açılmamış olması veya davanın süreden reddedilmiş olması durumunda idarenin sonradan vereceği cevapların dava açma süresini tekrar başlatacağı düzenlemesidir. Düzenlemede idarenin sonrada vereceği cevabın ret ya da kabul olması açısından bir ayırım yapılmamış olması önemlidir⁸⁷. Zira idarenin sonradan vereceği cevabın kabul olması durumunda dava açma süresinin başlaması açısından bir sorun olmamakta, sonradan verilen kabul cevabı zımnen oluşan ret iradesinin geri alınması anlamına geldiğinden dolayı yeni bir işleme karşı dava açma süresinin tekrar başlaması gerekmektedir. Ancak sonradan verilen ret cevabının da geçmiş olan dava açma süresini tekrar işletmeye başlaması durumu farklıdır. Eğer zımni ret varsayımını bir idari işlem den farksız olarak nitelersek bu durum da dava açılmayarak veya davanın süreden reddi ile bir nevi kesinleşen bir işlemin daha son-

⁸⁶ GÜNDAY, s. 131; KARSLI, s. 208.

⁸⁷ SEZGİNER, s. 425.

raki bir zamanda tekrarlanmış olmasının dava açma süresini başlatmaması gerekir. İdarenin sonradan verdiği cevap daha önceki ret cevabının bir tekrarından ibaret olduğu için icrai bir işlem olarak nitelenemeyecektir. Bu kapsamda kanundaki düzenleme zımni ret kurumunun maddi idare hukuku değil de daha çok yargılama hukuku kurumu olduğunun bir örneğini oluşturmaktadır.

İdarenin başvuruya cevap vermemesi durumunda oluşan zımni ret işlemine karşı süresinde dava açılmamasına karşın idarenin dava açma süresinden çok sonra vereceği açık ret cevabına dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı İYUK m. 10 da düzenlenmiştir. Ancak idarenin sonradan vereceği bu cevabın kendiliğinden mi yoksa ilgilisinin yapacağı ayrı bir başvuru üzerine mi olması gerektiği konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada idarenin vereceği cevabın mutlaka kendiliğinden verilen bir cevap olması gerektiği yönündeki görüşlere katılmak mümkün değildir⁸⁸. Zira idarenin cevap verme yükümlülüğü Anayasadan kaynaklanan bir yükümlülük olmakla birlikte, zımni ret işleminin oluşması idarenin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. İdare bu yükümlülüğünü kendiliğinden yerine getirebileceği gibi, ilgililerin idareyi anayasal yükümlülüğüne uyması konusunda zorlamak adına yeni başvurularda bulunabileceğini de kabul etmek gerekir.

İYUK m. 10' da yer alan düzenlemede sadece idarenin cevap vermesi üzerine dava açılabilirliğinin düzenlendiği bu kapsamda idarenin ikinci başvuruyu da cevapsız bırakması halinin ilgili açısından yeni bir dava açma süresi başlatmayacağı ifade edilmektedir.⁸⁹ Anayasada yer alan cevap verme yükümlülüğü karşısında zımni ret oluşumundan sonra ilgilinin yapacağı yeni başvurunun da cevaplanmayarak reddedilmesi durumunda da ilgililer için yeni bir dava açma süresinin başlayacağını kabul edilmesi gerekir. Zira idarenin cevap verme yükümlülüğünün devam ettiği müddetçe ilgililerin de idareyi cevap vermeye zorlayabilecekleri kabul edilmeli ve bu yükümlülüğe aykırı davranılması durumunda yargı yoluna başvurma imkânı tanınmalıdır.

Uygulamada, bazı durumlarda ilgililerin yaptığı her başvurunun dava sürelerini tekrar başlatacağı kabul edilmektedir. Bu durumlar; her zaman istenilebilecek haklar, süregelen etkisi olan işlemler, idarenin

⁸⁸ SEZGİNER, s. 427.

⁸⁹ SEZGİNER, s. 427.

işlem tesisiyle yükümlü olduğu başvurular idarenin işlem tesisiyle yükümlü olduğu başvurular şeklinde sınıflandırılabilir⁹⁰. Danıştay, Anayasadaki temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak yapılan her yeni müracaatın açık veya zımni olarak cevaplanması açısından fark görmeyerek her cevabın ya da cevapsızlığın yeni bir dava açma süresi başlatacağını kabul etmektedir⁹¹. Kişiler üzerinde etkisi sürekli olan işlemler açısından da yapılan başvuruların reddedilmesi sürekli hak kayıplarına neden olacağından, yapılan her bir başvurunun dava açma süresi açısından ayrı ve bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Süregelen etkisi olan işlemler belirgin olarak kamu görevlileri açısından olabilir⁹². Bunun yanında Mevzuatta idareye takdir yetkisi tanımadığı, nasıl bir idari işlemin tesis edileceğinin mevzuatta düzenlendiği durumlarda, ilgililerin yapacağı her başvurunun sonucunda alınan cevabın tekrar tekrar dava açma süresini yenileyeceği ifade edilmektedir⁹³.

Zımni ret kurumunun sadece idareye yapılan ilk başvurularda değil, aynı zamanda bir işlem veya eylem sonrası yapılan itiraz başvurularında da uygulanması gerekmektedir. 2577 sayılı Kanun m.11’de idarenin bir işlemi üzerine bu işleme yönelik yapılan geri alma, kaldırma ya da yeni bir işlem tesisi başvuruları açısından da zımni ret varsayımı düzenlenmiştir. Ancak 10.maddede yer alan bazı düzenlemelere 11. maddede yer verilmemiştir. Örneğin, 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan idarenin süreler geçtikten sonra cevap vermesi halinde dava süresinin yeniden başlayacağı düzenlemesi⁹⁴ 11. maddede yer almamaktadır⁹⁵. Bu noktadan yola çıkarak öğretide⁹⁶ ve uygulamada İdari yargı

⁹⁰ KARSLI, s. 210-212.

⁹¹ KAYA, Cemil, “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 10. Maddesi Uyarınca İdareye Yapılan Her Yeni Müracaatın Dava Açma Süresini Canlandırması”, İÜHFİM C. LXVIII, S.1-2, s. 63 vd.

⁹² Bkz. KARSLI, s. 211.

⁹³ Örnekler ve Danıştay kararları için bkz. KARSLI, s. 212-213; KAYA, s. 63 vd.

⁹⁴ 2577 sayılı Kanun madde 10, fıkra 2, cümle 5: “dava açılmaması ya da davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler.”

⁹⁵ BAĞRIAÇIK, İYUK madde 11 düzenlemesinde bu konuda bir eksiklik bulunmadığı ve düzenlemenin, sonradan gelen açık cevabın dava açma süresini kaldığı yerden yeniden başlatması noktasında yeterli içeriğe sahip olduğu, “...isteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır” ifadesinde yer alan reddedilmesi kelimesinin idarenin sonradan vereceği açık ret cevaplarını da kapsadığını belirtmektedir.

yerleri⁹⁷ 2015 yılına kadar 11.madde kapsamında yapılan başvurularda zımni ret süresinin ardından işlemeye başlayan dava süresi geçirildikten sonra idarenin verdiği cevaplara karşı yeni bir dava açma süresinin başlamayacağı yönünde görüş bildirmektedirler. Ancak Danıştay, 18.03.2015 tarihinde verdiği karar ile 11. maddeye göre yapılan başvurular kapsamında oluşan zımni ret iradesinin ardından idarece verilen açık ret cevaplarının dava süresini kaldığı yerden tekrar işletmeye başlayacağını belirtmiştir⁹⁸. Bu içtihadın oluşumunda, Anayasanın 74. ve 125. maddeleri dolayısıyla idarenin açık bir şekilde tesis ettiği ret işlemine karşı yargı yolunun kapatılmayacağı⁹⁹ ile 2577 sayılı Kanun madde 10 hükmünün, zımni ret kurumu açısından genel hüküm olduğu ve bu kapsamda 11.maddedeki eksiklerin 10. maddenin uygulanmasıyla gidebileceği görüşü¹⁰⁰ etkili olmuştur.

4.5. Başvurulara Cevap Verilmemesinin Bazı Alanlarda Zımni Kabul İşlemini Oluşturması

Zımni ret kurumu, idareye hareketsiz kalması karşısında herhangi bir yükümlülük yüklemeyen ve dolayısıyla kamunun menfaatini zedelemeyen; yalnızca başvuruda bulunanın idarenin hareketsizliğinin olumsuz sonuçlarına katlanmak zorunda olduğu, başvuruda yer alan taleplerin gerçekleşmesi için yargısal yollara başvurmasını gerekli kılan bir varsayımdır. Zımni reddin, idarenin hareketsizliği sonrasında başvuru-

Bkz. BAĞRIAÇIK, Ahmet, “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 11. Maddesine Göre Yapılan Başvuruya Zımni Retten Sonra Gelen Açık Ret Cevabının Dava Açma Süresine Etkisi” Ankara Barosu Dergisi 2018/3, s. 92.

⁹⁶ YENİCE, Kazım/YÜKSEL, Esin; İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, s. 217; CANDAN, Turgut; İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara 2017, s. 465.

⁹⁷ Danıştay, 6.D, 15.10.1998 tarih ve E: 1997/5279, K: 1998/4592; Danıştay, 10.D, 31.01.2007 tarih e E: 2004/13105, K:2007/258 sayılı karar, kararların değerlendirmesi için bkz. BAĞRIAÇIK, s. 93-97.

⁹⁸ Danıştay. 6. D, 18.3.2015 tarih ve E. 2013/673, K. 2015/1617, sayılı karar, kararın ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. BAĞRIAÇIK, s. 97-100.

⁹⁹ SEZGİNER, s. 437.

¹⁰⁰ ULER, Yıldırım, “Yönetmelikte Dava Süresi”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990 Birinci Kitap, Ankara 1991, s. 229; SANCAR, Mithat, “İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davaları”, Amme İdaresi Dergisi, Mart/1990, S. 23/1, s. 85; ÖZTÜRK, Zorunlu İdari İtiraz konusuna ilişkin yaptığı bir çalışmada, İYUK madde 10 hükmünün genel hüküm olduğu ve zımni reddin ilişkin diğer düzenlemelerdeki eksikliklerin İYUK madde 10 hükmünün uygulanmasıyla çözülebileceğini ifade etmektedir. ÖZTÜRK, K. Burak, Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz, Ankara 2015, s. 66-68.

ranın hareketini gerektiren bir kurum olması dolayısıyla bireylerin haklarını koruma noktasında yetersiz kaldığı ve bu durumda zımni ret varsayımına alternatif olarak; idarenin cevap vermemesi durumunda bu sessizliğin zımni kabul iradesi olarak ele alınabileceği ifade edilmektedir¹⁰¹. Fransa'da 2013'te çıkarılan bir Kanunla¹⁰² genel kural olarak zımni retten zımni kabule geçilmiştir. Düzenleme ile idarenin başvurular karşısındaki hareketsizliğini zımnen reddetmesi varsayan hüküm değiştirilerek başvurulara cevap verilmemesinin, genel kural olarak zımnen kabul edilmesi olarak varsayılacağı şeklini almıştır. Bu değişiklik uyarınca; İdare kendisine yapılan bir başvuruya 2 ay içinde cevap vermez ise başvuruyu zımnen kabul ettiği varsayılmaktadır¹⁰³.

Hukuk sistemimizde de bazı alanlarda zımni ret varsayımının olumsuz etkilerini gidermek amacıyla yasa koyucu bazı işlemler için genel kural olan zımni retten farklı olarak idarenin cevap vermemesi durumunda, başvuruyu zımnen kabul ettiğini varsaymıştır. Bu düzenlemelere en tipik örnek olarak 3194 sayılı Kanunun madde 30 düzenlemesi gösterilebilir. Maddeye göre¹⁰⁴; idareye yapı kullanım izni için yapılan başvurulara 30 gün içerisinde cevap verilmemesi durumunda yapı kullanım izni verilmiş sayılacaktır. Bunun yanında Türk hukuk mevzuatında yer alan zımni kabul düzenlenmelerine şu örnekler de verilebilir:

4054 sayılı Kanun'a göre¹⁰⁵; şirketlerin birleşme ya da devralma başvurularına Rekabet Kurulu tarafından 30 gün içerisinde cevap veril-

¹⁰¹ YILDIZ AKGÜL, s. 3045, 3046, 3413.

¹⁰² 12.11.2013 tarih ve 2013-1005 sayılı İdare ile Yurttaşlar Arasındaki İlişkilerin Sadelerleştirilmesi Konusunda Hükümeti Yetkilendiren Kanun.

¹⁰³ Fransa'daki değişiklik ve zımni kabul uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ AKGÜL, s. 3046.

¹⁰⁴ 3194 sayılı İmar Kanunu madde 30: "Yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren belediye, valilik (...) bürolarından; 27 nci maddeye göre ruhsata tabi olmayan yapıların tamamen veya kısmen kullanılabilmesi için ise ilgili belediye ve valilikten izin alınması mecburidir. Mal sahibinin müracaatı üzerine, yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespiti gerekir. /Belediyeler, valilikler (...) mal sahiplerinin müracaatlarını en geç otuz gün içinde neticelendirmek mecburiyetindedir. Aksi halde bu müddetin sonunda yapının tamamının veya biten kısmının kullanılmasına izin verilmiş sayılır."

¹⁰⁵ 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun madde: 10/2: "Kurulun, süresi içinde birleşme veya devralmaya ilişkin müracaata herhangi bir cevap vermediği ya da herhangi bir işlem yapmadığı hallerde, birleşme veya devralma anlaşmaları bildirim tarihinden 30 gün sonra yürürlüğe girerek hukuki geçerlilik kazanır."

mezse veya işlem yapılmazsa başvuru kabul edilmiş sayılır ve anlaşmalar hukuki geçerlik kazanır.

5393 sayılı Kanun'a göre¹⁰⁶; elektronik haberleşme istasyonlarının yer seçim belgesi alması için ücret yatırılmasına rağmen 20 gün içinde cevap verilmemesi durumunda belgenin verilmiş sayılacağı düzenlenmiştir.

5216 Sayılı Kanun'a göre¹⁰⁷; ilçe belediyelerince alınan imar kararlarının 3 ay içerisinde büyükşehir belediye meclisinde görüşülmez ise ilçe belediyesi kararları onaylanmış sayılacaktır.

6306 Sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliğine göre¹⁰⁸; ilçe belediyelerinin hazırladığı imar planı tekliflerine ilişkin büyükşehir belediyesince 15 gün içerisinde görüş bildirilmemesi durumunda uygun görüş verdiği varsayılacaktır.

1136 Sayılı Kanun'a göre¹⁰⁹; Barolar birliği disiplin kurulunun itiraza istinaden vereceği kararlara Adalet Bakanlığınca 2 ay içerisinde bir değerlendirme yapılmazsa karar onaylanmış sayılarak kesinleşecektir.

Genel İdari Usul Tasarısında idarenin başvurulara cevap vermesi gibi bir imkân olmadığı açıkça ifade edildiğinden, bu tasarıda zımni kabul işlemi de yer almamaktadır. Ancak ilgili düzenlemede başvuruların cevaplandırılması zorunluluğu başlıklı 11.maddesinde zımni kabule yer verilmeme gerekçesinde idarenin sessizliğinin zımnen kabul

¹⁰⁶ 5393 Sayılı Belediye Kanunu madde 15/ek fıkra: "(Ek fıkra: 12/11/2012-6360/18 md.) (r) bendine göre verilecek yer seçim belgesi karşılığında alınacak ücret Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca belirlenir. **Ücreti yatırılmasına rağmen yirmi gün içerisinde verilmeyen yer seçim belgesi verilmiş sayılır.** Büyükşehir sınırları içerisinde yer seçim belgesi vermeye ve ücretini almaya büyükşehir belediyeleri yetkilidir"

¹⁰⁷ 5216 Sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu madde14/son: "Büyükşehir kapsamındaki ilçe belediye meclisleri tarafından alınan imara ilişkin kararlar, kararın **gelişinden itibaren üç ay içinde** büyükşehir belediye meclisi tarafından nazım imar plânına uygunluğu yönünden incelenerek aynen veya değiştirilerek kabul edildikten sonra büyükşehir belediye başkanına gönderilir. **Üç ay içinde büyükşehir belediye meclisinde görüşülmeyen kararlar onaylanmış sayılır.**"

¹⁰⁸ 6306 Sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği madde 18/3: "Büyükşehir belediyesi sınırları içerisindeki ilçe belediyelerince hazırlanan imar planı teklifleri hakkında ilgili büyükşehir belediyesinin **görüşü alınır.** Büyükşehir belediyesinin **on beş gün içinde görüş vermemesi halinde, uygun görüş verilmiş sayılır.**"

¹⁰⁹ 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu, madde 157/7: "Birlik Disiplin Kurulunun, itiraz üzerine verdiği kararlar Adalet Bakanlığına **ulaştığı tarihten itibaren iki ay içinde Bakanlıkça karar verilmediği veya karar onaylandığı takdirde kesinleşir.**"

sonucunu doğuracağı durumların, idarenin faaliyet alanlarına göre ayrı şekillerde ve özel usul kuralları olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir¹¹⁰. Bu durum açıkçası tasarının zımni redde yer vermeme gerekçesi ile çelişmektedir. Zira zımni redde yer verilmeme gerekçesinde idarenin tüm başvurulara cevap vermesinin anayasal bir yükümlülük olduğu vurgulanmış ve bu yükümlülüğün istisnasının olamayacağı ifade edilmiştir. Bu kapsamda idarenin bazı başvurulara cevap vermemesi sonucunu doğuracak olan zımni kabul varsayımının da aynı gerekçeyle yer verilmemesi daha isabetli olurdu. Her ne kadar zımni kabul sonucu idarenin birtakım yükümlülüklerle tabi olabileceği ya da edim sunma borcu doğabileceği dolayısıyla cevap vermemesinin istisnai olacağı ve bunun en azından bireyler açısından olumsuz sonuçların olmayacağı düşünülebilir de; idarenin bir edim sunması veya bir yükümlülük doğması için yapılan başvuruların sessiz kalınarak kabul ile sonuçlanması bazı hallerde idare ve kamu yararı aleyhine sonuçlar da doğurabilecektir. Özellikle de hukuka ve kamu yararına aykırı olarak hak talep edilmesi durumunda oluşacak zımni kabullerde bu durum ortaya çıkabilecektir.

İdareye yapılan başvurular karşısında idarenin cevap vermemesi ve hareketsizliğinin bir yaptırımını olarak zımni kabul kurumunun genel kurala dönüştürülmesi doğurabileceği bazı olumsuz sonuçlar dolayısıyla öğretilerde de eleştirilere neden olmaktadır. Bu olumsuz sonuçlar; idarenin mevzuata aykırı talepler karşısında susması sonucu hukuka aykırı kararların ortaya çıkması, zımni kabul ile oluşan izin işlemlerinde, bu izin işlemlerinden menfaati etkilenen diğer kişilerin zarara uğrayabilecek olması, kamu yararına aykırı taleplerin sessiz kalınarak kabul edilmesi durumunda kamu yararının zedelenmesi ve idarenin, zımni kabul oluşmaması için yapılan başvuruların bazılarında sistematik olarak, detaylı inceleme yapmadan doğrudan açık olarak ret cevabı vermesine sebep olabilmesi şeklinde sıralanmaktadır¹¹¹.

Zımni kabul kurumunun genel kural olarak düzenlenmesinin doğurabileceği bu olumsuz sonuçlar açısından, zımni kabul uygulamasına

¹¹⁰ "Öte yandan, bu Kanunda genel idarî usul kurallarının düzenlenmiş olması nedeniyle "zımni kabul"e de yer verilmemiştir. Zımni kabulün, idarî faaliyet alanlarının özellikleri göz önünde tutulup, her idarî faaliyet alanı için ayrı ayrı değerlendirilmek suretiyle özel usul kuralı olarak düzenlenebileceği kabul edilmiştir. (...)". İdari Usul Tasarısı madde gerekçeleri için bkz. <https://www.hukuki.net/showthread.php?45855-Genel-idari-Usul-Kanun-Tasarisinin-Tanitimi-ve-Acilimi-1>

¹¹¹ YILDIZ AKGÜL, s. 3423.

mesafeli yaklaşılmasında haklılık payı vardır. Gerçekten de idarenin yapılan başvurular karşısında sessiz ve hareketsiz kalmaya devam etmesi, zımni kabul uygulamasında zımni ret uygulamasına nazaran daha karmaşık problemlere sebebiyet verebilecek niteliktedir. İdareye yapılan bir başvurunun zımnen reddedilmesi herhangi bir hak ya da yetki doğurmayacağı için, zımni kabul kararına kıyasla daha az risklidir. Ancak zımni kabul kurumunun kabulünün olumsuz sonuçları yanında konumuz kapsamında doğuracağı en olumlu sonuç, başvurular sonucunda hukuka, kamu yararına ve üçüncü kişilerin menfaatlerine aykırı işlemlerin oluşmaması için idareyi karar almaya zorlayarak idarenin anayasal cevap verme yükümlülüğüne uygun davranmasına neden olması ve idarenin başvurular karşısında hareketsizliği sorununu tamamen çözmesi olacaktır¹¹².

Yine zımni kabul kurumunun genel kural olarak kabulünün ortaya çıkaracağı olumsuz sonuçlar dolayısıyla mümkün görülmemesi halinde, hem idare edilenlerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve kullanılması açısından hak kaybına uğramaması, hem de idarenin başvurular karşısında cevap vermeye zorlanması, idarenin daha hızlı hareket etmesinin sağlanması, amacıyla zımni kabul kurumunun kapsamının genişletilmesi yerinde olacaktır.¹¹³ Diğer bir ifadeyle şuan mevcut olduğu şekilde tek tek her işlem veya durum özelinde değil de, yukarıda sayılan olumsuz sonuçların en az yaşanabileceği bazı faaliyet alanlarına ilişkin olarak, genel nitelikteki düzenlemeler ile idarenin hareketsiz kalması zımni kabul iradesi olarak varsayılabilir. Bu kapsamda örneğin; yerinden yönetim idareleri üzerinde idari vesayet yetkisinin kullanımına ilişkin işlemler, idarenin edimini gerektirmeyen bir temel hak ve hürriyetin kullanılabilmesi kapsamında yapılan başvurular, ruhsat, izin ve lisans gibi yararlandırıcı işlemlerin yenilenme ya da uzatılma talepleri açısından zımni kabul işlemi genel kural haline getirilebilir¹¹⁴. Ancak unutulmamalıdır ki, hukuk devleti ve hukuki öngörülebilirlik ilkesi gereği idarenin hangi başvurular karşısında cevap vermemesi ve hareketsiz kalması durumunun zımnen kabul işlemi olarak sonuçlanacağıнын bireylerce ve ilgililerince biliniyor olması gerekir.

¹¹² YILDIZ AKGÜL, s. 3426.

¹¹³ UYANIK, Halit, "Türk İdare Hukukunda Zımni Red ve Zımni Kabul Müesseseleri Üzerine Değerlendirmeler", İÜHFİM, C. LXXII, S. 1, s. 689.

¹¹⁴ YILDIZ AKGÜL, s. 3429-3431.

5. SONUÇ

Gerçek ve tüzel kişilerin idareye yapmış olduğu müracaatların olumlu ya da olumsuz bir karşılık bulması ve bu cevabın usulüne uygun yollarla başvurucaya iletilmesi, temel anlamda demokratik-sosyal-hukuk devleti ilkesi açısından, daha özelde ise, hukuk güvenliği ilkesi açısından önem arz etmektedir. İdare kendisine yapılan şikâyet, öneri, talep vb. başvuruları değerlendirmek ve gereğini yapmak yükümlülüğü altındadır. Bu, hem vatandaşların ihtiyaçlarının karşılanması hem de iyi bir idarenin varlığı için elzemdir. Örneğin, ruhsat başvurusunda bulunan bir firma yetkilisinin, soruşturulmasına binaen savunmasını sunan kamu görevlisinin, notuna itiraz eden öğrencinin, belediyeye daha sosyal imkânlar sağlaması yönünde öneride bulunan belde sakininin, yaptırımın haksız olduğunu dile getiren vatandaşın tüm bu isteklerinin idarece dikkate alınmaması ya da haksız yere olumsuz karşılık bulması bir sorumluluğu da beraberinde getirmektedir.

İdarenin faaliyet alanıyla ilgili olarak kendisine yapılan başvuruları cevaplandırması zorunluluğunun Anayasa kaynaklı ve istisnası olmayan bir yükümlülük olmasından yola çıkarak, bu kayıtsızlığa hukuki, cezai ve idari sorumluluk gerektiren birtakım sonuçlar yüklenmiştir. Bu sonuçlar, *başvuruların cevaplandırılmamasının, cevap vermekle görevli ve yetkili personel açısından görevi kötüye kullanma suçunu oluşturması, cevap vermekle görevli ve yetkili personel açısından disiplin suçu oluşturması, idare açısından hizmet kusuru oluşturması, genel olarak zımni ret işlemi olarak değerlendirilmesi* şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Hukukun üstünlüğünü kabul eden ve kamu hizmetini sürekli ve kesintisiz olarak idare edilenlere sunmakla mükellef olan idare, konunun ilgilisi tarafından yapılan idari başvuru üzerine bırakın cevap vermeyi, öncelikle vatandaşın yapmış olduğu başvuruyu tüm yönleriyle detaylıca araştırma ve incelemeye tabi tutulmalı, sonrasında da mevzuatta belirtilen makul sürede başvuru sahibine gerekçeli, tatmin edici cevaplar sunmalıdır. İdarenin bu tavrı sayesinde de uyuşmazlıklar yargıya gitmeden, idari yollarla etkili bir şekilde çözümlenmiş olacaktır.

KAYNAKLAR

- ANAYURT, Ömer, "1982 Anayasası ve 3071 sayılı Kanununa Göre Dilekçe Hakkı", İnsan Hakları Yıllığı, Y. 2001-2002, C. 23-24, s. 95- 128.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013.
- BAĞRIAÇIK, Ahmet, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. Maddesine Göre Yapılan Başvuruya Zımni Retten Sonra Gelen Açık Ret Cevabının Dava Açma Süresine Etkisi" Ankara Barosu Dergisi 2018/3, s. 81-102.
- CANDAN, Turgut; İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara 2017.
- ÇAKMUT, Özlem Yenerer, "Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", MÜHF - HAD, C. 23, S. 1, s. 45-55.
- DİNÇ, Güney, "Dilekçe Hakkı", İzmir Barosu Dergisi, Y. 3, S. 4, Ekim 1984, s. 8-14.
- DURAN Lütfi, "İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sukutu Meselesi", İÜHFM, 1946, C. 12, s. 130- 199.
- ERKUT, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara, 1990.
- HIZ, Yüksel/YILMAZ, Zekeriya, Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, Ankara 2004.
- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2018.
- GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara 2013.
- KARSLI, Mehmet Rauf, "Zımni Ret Kurumu ve Zımni Ret Kurumunun Ülkemizdeki Gelişimi Üzerine Bir İnceleme", AKADEMİK TEKLİF Hukuk ve İdari Bilimler Dergisi, Sayı 3, 2014/2, s. 196- 218.
- KAYA, Cemil, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. Maddesi Uyarınca İdareye Yapılan Her Yeni Müracaatın Dava Açma Süresini Canlandırması", İÜHFM C. LXVIII, S. 1-2, s. 61- 75.
- OKUYUCU ERGÜN, Güneş, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", TBB Dergisi, Y. 2009, S. 82, s. 139- 170.
- ONAR, Sıdık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1967.
- ÖZTÜRK, K. Burak, Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz, Ankara 2015.

- SANCAR, Mithat, *“İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davaları”*, Amme İdaresi Dergisi, Mart/1990, S. 23/1, s. 69- 88.
- SERTER Yusuf Sertaç, *“İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Bir Araç Olarak İdari Başvurular”*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2015.
- SEZGİNER, Murat, *“İdari Makamların Sukutu Üzerine Açılan Davalarda Süre”*, SÜHFD, C. 5, S. 1-2 (Prof. Dr. M. Şakir BERKİ'ye ARMAĞAN), s. 417-441.
- SEZER, Yasin/BİLGİN, Hüseyin, *“Danıştay Kararlarında İdari Başvurular”*, AÜHFD Y. 2008, C. 57, S. 4, s. 337- 366.
- TAMER Mustafa, *“Dilekçe Hakkı”*, Türk İdare Dergisi, Ankara Mart 1990, Y. 62, S. 386, s. 201-221.
- TAN, Turgut, *İdare Hukuku*, Ankara 2017.
- TAŞKIN, Ş. Cankat, *“Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı”*, BÜHFKHD, S. 99-100 (Kasım-Aralık 2012), s. 172-236.
- ULER, Yıldırım, *“Yönetmelik Yargıda Dava Süresi”*, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990, Birinci Kitap, Ankara 1991.
- ULUSOY, D. Ali, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul 2013.
- UYANIK, Halit, *“Türk İdare Hukukunda Zımni Red ve Zımni Kabul Müesseseleri Üzerine Değerlendirmeler”*, İÜHFM, Y. 2014, C. LXXII, S. 1, s. 673-694.
- ÜZÜLMEZ İlhan, *“Görevi Kötüye Kullanma Suçu”*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, S. 1, s. 191-216.
- YENİCE, Kazım/YÜKSEL, Esin, *İdari Yargılama Usulü*, Ankara 1983.
- YILDIRIM, Ramazan, *İdari Başvurular*, Konya 2006.
- YILDIZ AKGÜL, Şerife, *“İdarenin Hareketsizliğine Karşı Bir Çözüm Olarak Zımni Kabulün Uygulanabilirliği Meselesi”*, MÜHF-HAD., Y. 2016, C. 22, S. 3, Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 3405-3434.
- YOKUŞ SEVÜK, Handan, *“Görevi Kötüye Kullanma Suçu(TCK m. 257)”*, DÜHFD, C. 23, S. 39, Y. 2018, s. 257-316.



İDARÎ İŞLEMİN GERİ ALINMASINDA, İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KURULU KARARLARININ İDARÎ YARGI PRATIĞİNDEKİ UYGULANIŞINA DAİR BİR DEĞERLENDİRME

Dr. Selman ÖZDEMİR*

Öz

Kamu idarelerinin hareket araçlarının başında idarî işlemler gelmektedir. Bu idarî işlemler tutanak, emir, karar, imar planı, ruhsat gibi farklı şekillerde hukuk âleminde görünmektedirler. Söz konusu idarî işlemlerin değiştirilmesi, kaldırılması ya da geri alınması biçiminde yürürlüklerinin sona erdirilmesi gündeme gelebilmektedir. İdarî işlemin yürürlüğünün sona erdirilmesinden etkilenenlerin, sona erdirme işlemine karşı açtıkları davalarda, genellikle bir adet Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararına dayanılarak kararlar verilebilmektedir. Hâlbuki konuya ilişkin bir adet değil, birden fazla sayıda içtihadî birleştirme kurulu kararı bulunmaktadır. Bu çalışmada, idarî işlemin yürürlüğünü sona erdirme ile ilgili içtihadî birleştirme kurulu kararları, bu kararların bağlayıcılığı ve davalarda kullanımı incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

İçtihat • İçtihadî Birleştirme Kurulu Kararı • Geri Alma • İdarî İşlem • İdarî Yargı

* Hakim, Bölge İdare Mahkemesi Üyesi, Konya, Türkiye | Judge, Member of District Administrative Court, Konya, Turkey.

✉ selmanozdemir3@gmail.com • ORCID 0000-0002-2513-6073.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ÖZDEMİR Selman, "İdarî İşlemin Geri Alınmasında, İçtihadî Birleştirme Kurulu Kararlarının İdarî Yargı Pratiğindeki Uygulanışına Dair Bir Değerlendirme", *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 1383-1435.

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

A REVIEW FOR IN CONTEXT OF THE JUDICIARY'S APPROACH THE REVOCATION OF ADMINISTRATIVE ACTION WITHIN THE FRAMEWORK OF DECISIONS OF THE-BOARD OF UNIFICATION OF CASE LAWS

Abstract

The main means of action of public administrations are administrative procedures. These administrative actions appear in the legal world in different ways such as minutes, orders, ordinance, zoning plans, licence etc. Termination of their effectiveness in the form of amendment, abolition or withdrawal of such administrative proceedings may be considered. Verdicts can be made on the basis of a Council of State Council jurisprudence consolidation verdict, in cases opened by those affected by the termination of administrative proceedings against the termination process. However, there is not one, but more than one jurisprudence consolidation verdict. In this study, it is tried to examine the verdicts of the jurisprudence consolidation to termination of the administrative process and the binding and use of these verdicts.

Key Words

Jurisprudence • Jurisprudence Consolidation Verdict • Revocation •
Administrative Action • Administrative Jurisdiction

GİRİŞ

Devlet adı verilen müessese, bünyesinde bulunan muhtelif teşkilâtların faaliyetleri vasıtasıyla somutlaşmakta, adetâ ete-kemiğe bürünmektedir. Örneğin belediye teşkilatı, kendisine verilen yetkileri karar organları ve personeli aracılığıyla kullanmak sureti ile görevlerini yerine getirebilmekte, böylelikle günlük hayatta belediye teşkilâtı somutlaşmaktadır. Gerek organik bakımdan gerekse fonksiyonel bakımdan devlet organları birtakım “idarî kararlar” almakta, bu kararları uygulamaktadırlar. Yahut bir başka organ bünyesinde alınmış olan yasal (örneğin kanun) yahut yargısal (örneğin mahkeme kararı) yahut da idarî (örneğin genelge) kararları, yine ilgili idarî birimler uygulayarak, soyut kararların günlük hayatta somutlaşması gerçekleşmektedir.

Gerek organik bakımdan gerekse fonksiyonel bakımdan yasama, yürütme ve yargı organları içerisindeki idarî birimlerin aldıkları genel kararlara ve bu kararların uygulanmasına yönelik birel kararlara teknik

açından “idarî işlem”, geniş anlamda “idarî tasarruf” adı verilmektedir¹. Talep üzerine yahut re’sen bir idarî işlem tesis edildikten sonra, bu işlemin idare tarafından geri alınması, kaldırılması veya değiştirilmesi gündeme gelebilmektedir. Bu durumun hukuka aykırı olduğunu düşünenler ise, sonraki işlemi yargıya taşımaktadırlar.

Bir işlemin geri alınmasına, kaldırılmasına yahut değiştirilmesine ilişkin sonraki işlemlerin iptali davalarında, mütemadiyen Danıştay İçtihadî Birleştirme Kurulu’nun² 1973 tarihli bir kararına dayanıldığı gözlenmektedir. Hâlbuki bir İBK kararının hangi olaylar bakımından bağlayıcı olduğu hangi olaylar bakımından bağlayıcı olmadığı konusu, objektif hukuk tarafından belirlenmiştir. Bu kapsamda çalışmada işlemin geri alınması hakkında bir adet mi, birden fazla adet mi İBK kararı olduğu incelenecek; işlemin geri alınmasına ilişkin birden fazla İBK kararı mevcut ise, bunların hangi davalar bakımından bağlayıcılığının olduğu tartışılacaktır.

Geri alma konusunun izahı için, değiştirme ve kaldırma kavramlarına kısaca değinilmek durumunda kalınmıştır. Ayrıca 1973 tarihli Danıştay İBK kararının kullanımına yönelik uygulamadan örnekler yer verilerek, uygulamadaki durumun somutlaştırılması amaçlanmıştır. Bilahare geri almaya ilişkin İBK kararlarının muhteviyatlarına ayrı ayrı yer verilmiştir. Çalışmadaki açıklamalar ve değerlendirmeler, birel işlemlere yöneliktir; düzenleyici işlemler, çalışmaya dâhil edilmemiştir. Kezâ çalışmada sadece İBK kararlarına ve bunların “uygulamadaki” kullanımına değinilecektir. Hukuka aykırı işlemin hak doğurup doğurmayacağı, kişi yönünden kazanılmış hak oluşturup oluşturmayacağı konuları bu çalışmanın dışında tutulmuştur.

Diğer taraftan; maddî idare hukukunun özellikleri arasında, idare hukukunun büyük ölçüde içtihadî bir hukuk dalı olduğundan bahsedilmektedir³. Ancak burada, idare hukukunun içtihadî olup olmamasını değil, bir İBK kararının herhangi bir davada mahkemelerce nasıl ele

¹ “İdarî işlem nedir? Unsurları nelerdir” gibi hususlar, bu çalışmanın konusu dışındadır.

² Bundan sonra İBK kısaltması kullanılacaktır.

³ GÖZLER, Kemâl, İdare Hukuku C.I, Bursa, 2009, (Anılış: C. I), s. 63 vd.

alınması gerektiği üzerinde durulacaktır. Zîra idare hukukunun içtihadî özellikte olması başka bir konu, İBK kararının herhangi bir davada mahkemelerce ele alınma şekli başka bir konudur. İdare hukukunun içtihadî bir hukuk olması konusu da bu çalışmada incelenmemiştir⁴.

Başlangıçta ifade etmek isteriz ki, bu çalışmada serdedilecek görüşün aksi düşüncelerin mevcut olması pek tabîî mümkündür. Zîra bu çalışmanın konuyu her yönüyle tükettiği elbette söylenemez. Lakin “*bârîka-i hakîkât, müsademe-i efkârdan doğar*” düsturunca bilimsel gelişmenin, fikirlerin tartışılmasıyla gerçekleştiği de inkâr edilemez⁵. Dolayısıyla akademik açıdan belki pek kabul görme ihtimalî olmayan aşağıdaki değerlendirmelerin, bu yönden konunun tartışılması bakımından önemlidir.

A. İDARÎ İŞLEMİN GERİ ALINMASI, DEĞİŞTİRİLMESİ, KALDIRILMASI

1. Geri Alma Kavramı

Geri alma, işlemin yürürlüğünü sona erdiren hallerden birisidir. Bu yürürlüğün sona ermesi, geçmişe etkili şekilde gerçekleşmektedir. Diğer bir ifadeyle geri alma, idarenin almış olduğu bir kararı, o kararın sonuçları ile birlikte geriye yürüyen şekilde ortadan kaldırması olarak açıklanabilir⁶. Nitekim kabul edilen görüşe göre⁷ idarî işlemin geri alın-

⁴ Kaldı ki; idare hukukunun içtihadî bir hukuk dalı olduğuna ilişkin değerlendirmeler, idare hukukunun bir metin hukuku olmadığı, bu nedenle idare hukukundaki normların mahkeme kararları vasıtası ile ortaya çıktığı düşüncesinden ileri gelmektedir; ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları C.I, İstanbul, 1966, s. 404-409. Günümüzde ise, idare hukukunun bir metin hukuku olmadığı hususunun kısmen tartışmaya açık olduğu değerlendirilebilir. Zîra genel idarî usûle ilişkin bir mevzuat hâlihazırda mevcut olmamakla birlikte; işyeri açmadan madene, ihaleden sosyal güvenliğe, imardan disipline, vergi usûlden kamulaştırmaya varıncaya kadar idare hukukunun taalluk ettiği her sahada “özel idarî usûl”e ilişkin pek çok mevzuat bulunmaktadır. Çünkü bu gibi özel alana ilişkin pek çok kanun, aynı zamanda birer özel idarî usûl kanunudur. Bu açıdan, başlangıçta metin hukuku olmayan idare hukukunun, zamanla metin hukukuna evrildiği; maddî hukuk yönüyle idare hukukunun “günümüzde” içtihadî bir hukuk dalı olması mevzuunun “özel idarî usûl” bağlamında tartışılması gerektiği düşünülebilir.

⁵ RAHMAN, Fazlur, “Faiz ve Riba”, Marife Dergisi, (Çev. Hakan Şahin) C. 20, S. 1, Yaz 2020, s. 307.

⁶ ULER, Yıldırım, İdarî Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara, 1970, s. 7.

ması, geri alınan işlemin yürürlüğe girdiği tarihten geri alındığı tarihe kadar geçen süreçten itibaren hukukî hayattan silinmesini ifade etmektedir⁸.

İdarî işlemin geri alınması, geri alınan işlem yürürlüğe girdikten sonra ya işlemi tesis eden makam ya da o makamın hiyerarşik üstü tarafından tesis edilecek⁹ yeni bir işlem vasıtasıyla gerçekleşmektedir¹⁰. Geri alınanın geçmişe dönük etkisinden çıkan önemli bir sonuç, geri alınanın idarî işlemin geriye yürümezliği kuralına bir istisna oluşturmasıdır¹¹. Çünkü geri alma neticesinde hukuka aykırı olan işlemin, sonuçları ile birlikte hukuk âleminde silinmesi gerekmektedir¹².

Doktrine göre geri alma, ancak geri alınan işlemin hukuka aykırı olduğunun anlaşılması üzerine tesis edilebilecek bir işlemdir¹³. Hattâ hukuka aykırı olan kararların geri alınması, idare bakımından bir görevdir¹⁴. Çünkü idarenin kendi kendini denetlenmesi, şayet hukuka aykırı bir işlem mevcutsa, bunu sonuçlarıyla birlikte idarenin kendisi tarafından ortadan kaldırılması gerekmektedir. Dolayısıyla idarî işlemin geri alınması, idarenin faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun bizatihi idarece sağlanmasının araçlarındanındır¹⁵. Dolayısıyla bir idarî kararda herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamakta ise, o karar idarece geri alınamayacaktır; fakat kararın geri alınamaması o kararın kaldırılmayacağı veya değiştirilemeyeceği anlamına gelmemektedir.

⁷ TAN, Turgut, "İtalyan İdare Hukukunda İdarî İşlemin Geri Alınması", Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara, 1974, s. 537-542. (Anılış: İtalyan)

⁸ TAN, Turgut, İdarî İşlemin Geri Alınması, AÜSBFY, Ankara, 1970, s. 5. (Anılış: İdarî)

⁹ BASTIK, Serdar, Kamu İhalelerinde İdarî Başvurular, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Uzmanlık Yeterlilik Tezi, Ankara, 2011, s. 10.

¹⁰ YILMAZ, Dilşat, "Alman İdarî Usûl Hukuku'nda İdarî İşlemin İdare Tarafından Hükümsüz Kılınması", GÜHFD, Y. 2011, C. 15, S. 2, s. 258.

¹¹ DURSUN, Selman, "İdarî İşlemlerin Geri Alınması, Kaldırılması, Değiştirilmesi ve Düzeltilmesi", A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara, 2005, s. 101.

¹² ULER, s. 7.

¹³ TAN, İdarî, s. 5; ULER, s. 7.

¹⁴ ULER, s. 7.

¹⁵ GÜNDÜZ, F. Ebru, "Disiplin Cezalarının Geri Alınması", AHBVÜHFD, Y. 2016, C. 20, S. 1, s. 412.

Viel geri almayı, “bir işlemin idare tarafından iptal edilmesidir” şeklinde açıklamaktadır¹⁶. Geri alma, yargısal iptale karşılık gelmekle birlikte; Türk idarî uygulamasında geri almanın yargısal iptale karşılık geldiğini söylemek güçtür. Türk idarî uygulamasında idarece iptal, daha ziyade kaldırmaya karşılık gelmektedir. Ayrıca doktrinde bütün idarî işlemlerin geri almada aynı mahiyette olmadığı, düzenleyici işlemin geri alınmasıyla birel işlemin geri alınması arasında farklı kuralların mevcut olduğu belirtilmektedir¹⁷. Zîra sübjektif karakter taşıyan ve kişinin çıkarına bir kısım avantajlar ortaya çıkaran birel işlemlerin her zaman geri alınamayacakları, bu bakımdan birel işlemlerin geri alınmasının belli kurallara tabi oldukları belirtilmektedir¹⁸.

2. Kaldırma (İlgâ) Kavramı

Kaldırma kavramını açıklayabilmek için, ilgâ kelimesinin lügat mânâsına bakılması gerekmektedir. İlgâ; lağvetmek¹⁹, hükümsüz bırakmak, yürürlükten kaldırmak²⁰ anlamlarına gelmektedir. Dolayısıyla işlem ilga edilince, mülgâ hale gelmektedir.

İdarî işlemin kaldırılması, işlemin yürürlüğünün “idare tarafından” sona erdirilmesine dair bir başka durumdur. Ancak kaldırmada işlemin yürürlüğüne son verme, geri almadan farklı olarak geçmişe yürümemekte; yürürlüğe son verme, kaldırma tarihinden itibaren ileriye dönük gerçekleşmektedir²¹. Bu nedenle bir idarî işlem kaldırıldığında, tesis edildiği tarihten kaldırıldığı tarihe kadar geçen süre içerisindeki etkileri ve sonuçları muhafaza edilmeye devam olunmaktadır.

¹⁶ THÉRESE VIEL, Marie, “İdarî Başvuru ve İdarî Yargı Birleşimi”, (Çev.Lale Burcu Önüt), DEÜHFD, Y. 2012, C. 14, S. 1, s. 68.

¹⁷ FEYZİOĞLU, Turhan, “Lazimülcra Karar, Müktesep Hak, Avukatlık Stajı Hakkında Bir Danıştay Kararı”, AÜSBFD, Y. 1947, C. 2, S. 3, s. 428.

¹⁸ FEYZİOĞLU, s. 429; BOZ, Selman Sacit, “Yargı Kararları Işığında Müesses Durum”, DEÜHFD, Y. 2018, C. 20, S. 2, s. 132.; DERİN, Cem; COŞKUN, Burak, “Kamu Denetçiliği Kurumunun Tavsiye Kararı Üzerine Disiplin Cezasının Geri Alınması”, Ombudsman Akademik Dergisi, Y. 2017, S. 7, s. 181.

¹⁹ KANAR, Mehmet, Osmanlı Türkçesi Sözlüğü, İstanbul, 2009, s. 230.

²⁰ DEVELLİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara, 2007, s. 512.

²¹ İNAN, Atilla, “İdarî Mercilerce Verilen İhalelere Katılma Yasaklarının Kaldırılması”, İller ve Belediyeler Dergisi, Mayıs 2008, S. 721, s. 29.

Bazı işlemlerde kaldırma/ilgâ ifadelerinin yerine “iptal” ifadesinin kullanıldığı gözlenmektedir. Örneğin öğretmen Ayşe’nin, A okulunda görev yapmakta iken B okuluna atandığını, öğretmen Ayşe’nin B okulunda göreve başladığını, ancak B okuluna geliş-gidişte zorluklarla karşılaşması nedeniyle bu atamaya itiraz ettiğini, idarenin de Öğretmen Ayşe’nin itirazını kabul ettiğini varsayalım. Bu durumda idarenin “Öğretmen Ayşe’nin ... tarihli atamasının “ilgasına” (kaldırılmasına), öğretmen Ayşe’nin B okuluna atanmasına” şeklinde bir ifade ile atama kararının kalem alınması gerekmektedir. İdarî uygulamada ise, “Öğretmen Ayşe’nin ... tarihli atamasının “iptaline” ve öğretmen Ayşe’nin B okuluna atanmasına” biçiminde atama kararları yazılmaktadır. Özay’ın belirttiği üzere idarî tasarruflardaki “iptal” kelimesi, idarî yargıdaki “iptal” kelimesi ile karıştırılmamalıdır²². İdarî kararlarda yer alan “şu tahsisin iptali”, “şu atanmanın iptali”, “şu ruhsatın iptali” şeklindeki “iptal” kelimeleri ile kastedilen, aslında işlemin yürürlüğünün kaldırma ile sona erdirilmesidir.

3. Değişirme Kavramı

İdarî işlemin değiştirilmesi, işlem yürürlüğe girdikten sonra, o işlemde geleceğe etkili şekilde değişiklik yapılmasını ifade etmektedir. Değişirme mevcut işlemde herhangi bir yönde kısmen veya tamamen yürürlükten kaldırma yapmadan, işleme bazı eklemeler yapılarak gerçekleştirilebileceği gibi; mevcut işlem kısmen veya tamamen yürürlükten kaldırılarak, işlemin mahiyetinin devamlılığının farklı bir içerikte sağlanması şeklinde de gerçekleştirilebilmektedir²³. Doktrinde ilk şekilde gerçekleştirilen değiştirmeye düzeltme adı verilmekte iken, ikinci şekilde gerçekleştirilen değiştirmeye kısmî kadüklük adı verilmektedir²⁴.

Eski tarihli bazı Danıştay kararlarında “ıslah” ifadesinin kullanıldığı dikkati çekmektedir²⁵. Kelime anlamı olarak ıslah, hatanın düzeltilmesi manâsına gelmektedir²⁶. Hatanın düzeltilmesi ise, işlemin “geri alınması” şeklinde yapılabileceği gibi, işlemin “kaldırılması” yahut iş-

²² ÖZAY, İlhan Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, 2004, s. 158.

²³ BÜLBÜL, Erdoğan, İdarî İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, İstanbul, 2010, s. 8.

²⁴ TAN, İtalyan, s. 543.

²⁵ Danıştay Beşinci Dairesi’nin 22.09.1950 tarih, E:1949/3181, K:1950/2099 sayılı kararı.

²⁶ KANAR, s. 197.

lemin “değiştirilmesi” şeklinde de yapılabilir. Bu bakımdan, ıslah kelimesi ile karşılaşılması durumunda, işlemin niteliğine göre ıslahın mânâsının belirlenmesi uygun olacaktır.

B. İBK KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI MESELESİ

1. İçtihat Kavramı

Kelime anlamı olarak içtihat; görüş²⁷, bir kimsenin bir şeyden mânâ ve hüküm çıkararak, o iş hakkındaki fikri²⁸ anlamlarına gelmektedir. Hukukî bakımdan ise içtihat, “mahkeme kararı” demektir. Kayhan içtihadı, belli somut bir hukukî sorun hakkındaki mahkeme kararında, uyuşmazlığın çözümü için mahkemece benimsenmiş hukukî ilke, esas, prensip olarak açıklamaktadır. Kayhan, kararda benimsenen içtihadın, hükmün gerekçesinden anlaşılacağını aktarmaktadır²⁹. “Mahkeme kararı” mânâsından yola çıkılırsa, her yargı kararının bir içtihat olduğu söylenebilir. Bu yönüyle bir mahkeme kararında yer alan hukukî ilkenin, içtihat niteliğini taşıması için birden fazla kararda benimsenmesi, öğretiden desteklenmesi veya o ilkenin yargısal teamül haline gelmesi şart değildir. Ayrıca, kelime anlamından yola çıkıldığında kararı veren mahkemenin derecesi, kararda yer alan ilkenin içtihat sayılmasında önemli bir faktör değildir. Kayhan, bu sayılanların içtihadın normatif değerini belirlediğini, kararın içtihat niteliğinde olup olmadığını belirlemediğini söylemektedir³⁰. Ayrıca içtihadı münferit içtihat ve müstakar içtihat olarak ele almak da mümkündür. Zîra uygulamadaki “müstakar içtihat” kavramı, pek çok olayda aynı hukukî ilkenin benimsenmesini ifade etmekte iken; “münferit içtihat” kavramı sadece o olaya özgü olarak o ilkenin uygulanmasını, başka olaylarda o ilkenin benimsenmemesini ifade etmektedir.

Öte yandan; hukukun kaynağı olma mânâsı ile ele alındığıdaysa, her mahkeme kararının bir içtihat olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Zîra çeşitli derecelerdeki mahkemelerin her yıl verdikleri bin-

²⁷ KANAR, s. 205.

²⁸ DEVELLİOĞLU, s. 487.

²⁹ KAYHAN, Fahrettin, “Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İctihatlarının ve İctihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü”, TBB, S. 2, 1999, s. 344.

³⁰ KAYHAN, s. 345.

lerce karardan pek azı, “hukukun kaynağı” problemi bakımından değer taşımaktadır³¹. Örneğin Türkiye’de her yıl yüzbinlerce mahkeme kararı verilmektedir. Fakat bu kararların her birinin hukukun kaynağı olduğunu, bu mânâda her birinin birer içtihat olduğunu söylemek güçtür³². İchtihat niteliği taşımayan yüzbinlerce karar, günlük alelade hukuk tatbi-katından ibarettir³³.

Hukukun yeknesak şekilde uygulanabilmesi için, mahkemelerin aynı olaylara ilişkin vermiş oldukları kararların birbiri ile tutarlı olması önem arz etmektedir³⁴. Fakat bu tutarlılığın sağlanması mümkün olmayabilmektedir. Benzer durumlarda, aynı mevzuatın uygulandığı uyumsuzluklarda farklı kararların ortaya çıkması, istenmeyen bir durumdur. Bu istenmeyen durumun önüne geçebilmek için bidayet mahkemesi kararlarının temyiz incelemesinden geçerek, ülke çapında benzer durumlar için farklı kararların ortaya çıkması önlenmeye çalışılmıştır. Nitekim bir konuya ilişkin olarak Danıştay’ın ilgili dairesinin benimsediği görüş, o konu bakımından o dairesinin içtihadı kabul edilmektedir. Ancak içtihat olarak adlandırılan bu görüşün, İBK kararından farklı olarak bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu nedenle, bir Danıştay dairesinin içtihadı olduğundan bahsedilen karar, emsal olarak değerlendirilebilir³⁵. Ancak bu kararların bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Dolayısıyla belli bir ihtilâfla ilgili olarak o davaya münhasır verilen, emsal olarak nitelenen kararların hukuk yarattığından bahsetmek mümkün değildir³⁶.

³¹ ÖZYÖRÜK, Mukbil, Hukuka Giriş, Ankara, 1959, s. 195.

³² GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Ankara, 2005, s. 72.

³³ ÖZYÖRÜK, s. 195.

³⁴ ULUKAPI, Ömer, Medenî Usûl Hukuku, Konya 2014, s. 490.

³⁵ ÖZYÖRÜK, s. 197-198.

³⁶ ÖZYÖRÜK, s. 197-198.

2. İBK Kararları

İçtihadı birleştirme müessesesine Avrupa idarî yargı örneklerinde rastlanmamaktadır³⁷. Bu müesseseye Avrupa'da rastlanmamasının sebebinin, hâkimlerin bağımsızlığı konusu ile ilgili olduğu değerlendirilmektedir. Tuncay vd, *“esasen bugün için birçok memlekette, ezcümle Fransa'da içtihadı birleştirme müessesesi reddedilmiş; bunda mahkemelerin bağımsızlığı prensibi önemli rol oynamıştır. Filhakika görevlerinde hukuk, kanun ve vicdanî kanaatlerinden başka hiçbir şeye bağlı olmamaları gereken hâkimlerin, neticede bir kısım meslektaşlarının (bazen bir oy farkla ortaya çıkan) görüşlerine katılmak zorunda bırakılması, hâkimlerin bağımsızlığı prensibi ile bağdaşmaz”* değerlendirmelerine yer vermiştir³⁸.

Türk hukukunda kullanılan kendine özgü bir usûl müessesesi³⁹ olan içtihadı birleştirmenin mevzuatımıza girmesi konusundaki ilk adımlar, 1924 Anayasasından önce atılmıştır. 1923 yılında verilen bir önerge ile bu yönde Mahkeme-i Temyiz (Yargıtay) bakımından bir kanun çıkarılması teklif edilmiş; önerge daha sonra geri alınmıştır⁴⁰. Bunda, o dönemde içtihat farklılığı ortaya çıkacak şekilde daire sayısının fazla olmaması etkili olmuştur. Nitekim Berki, Temyiz Mahkemesi daireseleri arasında hâsıl olacak ihtilâfları birleştirmek için bu müessesenin ihdas olduğunu belirtmektedir⁴¹.

23 Kasım 1925 tarihli, 669 sayılı Şûrayı Devlet Kanunu'nda da böyle bir müesseseye yer verilmemiştir⁴². Bunda da, 1924 Anayasasının düzenlenme şekli etkili olmuştur denilebilir. Zîra 1924 Anayasasının 26'ncı maddesinde, *“kanunları yorumlamak yetkisi münhasıran Büyük Millet Mec-*

³⁷ BİLGİN, Arif, “Anayasa Düzenimizde Tevhidi İchtihat Müessesesinin Yaşama Şansı”, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 1972, C. 27, S. 3, s. 592.

³⁸ TUNCAY, Aydın H/ÖZDEŞ, Orhan/BAŞPINAR, Recep, “İdarî Yargılama”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, 1968, s. 705.

³⁹ DURAN, Lütfi, “Danıştay'ın İchtihatları Birleştirme Uygulaması”, AÜSBFD, Y. 1972, C. 27, S. 3, s. 419.

⁴⁰ TOSUN, Öztekin, “Temyiz Kararlarına Karşı Kanun Yolları”, İÜHFİM, Y. 1973, C. 38, S. 1-4, s. 195.

⁴¹ BERKİ, Ali Himmet, Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara, 2018, s. 102.

⁴² TBMM, Şurayı Devlet Kanununun Bazı Maddelerinin Tadiline ve Tayyına ve Kanuna İlâve Edilecek Bazı Maddelere Dair Kanun, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/1862.pdf>, e.t.23.06.2020.

lisine verilmiş, Büyük Millet Meclisince isdar edilen tefsir kararlarının kanun kuvvetinde olduğu" değerlendirilmiştir⁴³.

Hâl böyle olmakla birlikte bu müessese, 1924 Anayasası devrinde sisteme dâhil olmuştur. 1926 yılında 834 sayılı Mahkeme-i Temyiz (Yargıtay) Teşkilatının Tevsiine (Genişletilmesine) Dair Kanun kabul edilmiştir. Bu Kanun'un kabul edildiği tarihte Eskişehir'de bulunan Yargıtay'ın ceza ve hukuk dairelerinin sayısı üçe çıkarılmıştır⁴⁴. Yargıtay dairelerinin sayısı artırılırken⁴⁵, aynı Kanunla İBK müessesesi kabul edilmiştir⁴⁶. Kanun'un 3'üncü maddesinde, "*Temyizin iki dairesi veya bir dairesinin iki kararı arasında birbirinin aynı meselelerde tezat ve mubayenet görüldüğü veya takarrür etmiş bir içtihadın tebdiline ihtiyaç hâsıl olduğu takdirde (...) ittihaz olunacak karar mümasil işlerde mabihilimtisal olur*" hükmü yer almıştır⁴⁷.

İdarî yargı bakımından ise 1931 yılında, 1859 sayılı Şurayı Devlet Kanununun Bazı Maddelerinin Tadiline Ve Tayyına Ve Kanuna İlâve Edilecek Bazı Maddelere Dair Kanun ile bu müessese getirilmiştir. Aslında bu Kanun'un hükümet tasarısında içtihadı birleştirmeye ilişkin bir hüküm bulunmazken, komisyon görüşmelerinde Adliye Encümeni tarafından "*Deâvî Dairelerinden verilecek mümasil mesailde birbirlerine mübayin kararlar için içtihadın tevhide hususunda bir hüküm konması*" teklif edilmiş; bu teklif genel kurulda kabul edilerek, müessese kanunlaşmıştır⁴⁸. Bu tarihten itibaren, daha sonraki tarihlerde kabul edilen diğer Danıştay Kanunlarında müessese varlığını korumuştur.

Bir Danıştay dairesinin belli bir konuya ilişkin uzun yıllardır süregelen görüşü, uygulamada o dairesinin içtihadı olarak anılmakla birlikte, bu görüşün sadece o dava/olay bakımından bağlayıcılığı bulunmaktadır. Diğer davalar/olaylar bakımından o görüş fikir verici, yol gösterici ol-

⁴³ TUNCAY/ÖZDEŞ/BAŞPINAR, s. 704.

⁴⁴ AKYOL, Taha, Atatürk'ün İhtilâl Hukuku, İstanbul 2016, s. 549.

⁴⁵ TOSUN, s. 195.

⁴⁶ KAYHAN, s. 355.

⁴⁷ TBMM, 834 Sayılı Mahkeme-i Temyiz Teşkilâtının Tevsiine Dair Kanun, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400834.pdf, e.t.27.01.2021.

⁴⁸ TUNCAY/ÖZDEŞ/BAŞPINAR, s. 704.

makla birlikte herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Müstakar hale gelmiş olan görüşler arasında uyumsuzlukların mevcut olması durumunda ise, kanunların bütün yurttaki aynı olaylar bakımından aynı şekilde uygulanmasını sağlamak maksadıyla, kararlar arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi gerekmekte olup; bu uyumsuzluğun giderilmesi, içtihadın birleştirilmesi müessesesi vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir⁴⁹.

İçtihadı birleştirmede, bir dava çözülmemektedir. Burada objektif hareket edilmekte, bir meselenin hallinden ziyade, bir kaidenin çıkarılmasına çalışılmaktadır⁵⁰. Hattâ bazı durumlarda kaide çıkarmaya gerek görülmemekte, içtihadın birleştirilmesine gerek olmadığına karar verilmektedir⁵¹. Anayasa Mahkemesi de İBK kararının niteliğini bu yönde açıklamış, “İBK kararının, o zamana değin hukuk alanında hukuk kuralı olarak bulunmayan yeni bir kural koymayı amaç edinmiş bir hukuk işlemi olmadığı”ni belirtmiştir⁵². Zîra İBK kararı, bir davayı sonuçlandırmakla ilgili olan kararlar değildir. Bu kararlar, bir mevzuatın bir konuya uygulanmasında ilkenin ne olacağını belirtmektedirler⁵³. Anayasa Mahkemesi bu hususu, “İBK kararının, belli bir olay için yeni bir hukuk kuralı koymak amacı ile değil, ancak ve ancak ““belli bir olaya”” uygulanacak mevzuattan hangisinin, (o olaya) hangi anlamda uygulanacağını belirlemek için verildiği”ni ifade etmektedir⁵⁴. Ayrıca Onar, İBK kararlarının bir kaide tasarruf (düzenleyici işlem) mahiyetinde olmadıklarını ifade etmektedir⁵⁵.

Prensip kararları, birbirine zıt iki karar dolayısıyla bir hukukî meselenin etraflı bir şekilde tahlili sonrasında, genel bir prensip tespit eden kararlar olup; İBK kararları, emsal şeklinde vasıflandırılan kararlardan, prensip kararı olması hasebiyle ayrılmaktadır⁵⁶.

⁴⁹ KURU, Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2007, s. 707.

⁵⁰ ONAR, s. 409.

⁵¹ Örneğin Yargıtay İBK'nun 04.10.2019 tarih, E:2018/1, K:2019/5 sayılı kararı.

⁵² Anayasa Mahkemesi'nin 12.06.1969 tarih, E:1968/38, K:1969/34 sayılı kararı.

⁵³ ADAL, Erhan, *Hukukun Temel Kavramları*, İstanbul, 1985, s. 28.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 12.06.1969 tarih, E:1968/38, K:1969/34 sayılı kararı.

⁵⁵ ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumî Esasları C.III*, İstanbul, 1966, s. 1910.

⁵⁶ ÖZYÖRÜK, s. 198.

Kezâ İBK kararları, 1924 Anayasası dönemindeki teşriî tefsir denilen, yasama yorumlarından da farklıdır⁵⁷. Tefsir kararları, o kararın verilmesinden önceki olaylara uygulanabilen kararlardır; konuya ilişkin bir Yargıtay kararında bu uygulamanın sebebi “*Kanunî tefsir kazaî içtihatlardan tamamiyle ayrı mahiyettedir. Kanunun esasında haiz olduğu hükmü açıklamış olmak itibariyle Büyük Millet Meclisince tefsir yoluyla verilen kararların makabline şümulü olduğunda tereddüt edilemez*” şeklinde açıklanmıştır⁵⁸. İBK kararlarının ise geriye yürümesi söz konusu değildir. İBK kararları, alındığı tarihten itibaren ileriye dönük hüküm ve sonuç doğururlar⁵⁹.

3. Danıştay İBK Kararlarının Bağlayıcılığı

Kural olarak yargının bir konuyu yorumlamasının (kazaî tefsirin) geçerliliği, bu yorumu yapan mahkemenin önündeki somut olayla sınırlıdır⁶⁰. Ayrıca yargı yorumu, serbesttir. Hâkim önündeki davada belirli bir kanunu yorumlarken, başka mahkemelerin yorumlarıyla bağlı değildir. Hattâ yargı yorumu, o yorumu yapan hâkimi dahi bağlamaz. Bir başka olayda, olayın kendine hâs özellikleri bağlamında hâkim kuralı, farklı şekilde yorumlayabilir⁶¹. Ancak buradaki yorum, keyfiliği içeren bir serbestliği de bünyesinde barındırmaz. Hâkim neden bu şekilde bir yorum yaparak, kuralı o olaya o şekilde uyguladığını kararın gerekçesinde açıklamak durumundadır⁶².

Yargı yorumuna ilişkin yukarıda belirtilen serbestiye kanunla bir istisna getirilmiştir ki; bu istisna, İBK kararlarıdır. İBK kararları, uygu-

⁵⁷ TUNCA/ÖZDEŞ/BAŞPINAR, s. 709.

⁵⁸ Akt. KÖKÜSARI, İsmail, “Osmanlı-Türk Anayasal Tarihinde Yasama Yorumu ve Uygulaması”, AÜHF, Y. 2018, C. 67, S. 4, s. 845.

⁵⁹ Yargıtay İBK’nun 04.10.2019 tarih, E:2018/1, K:2019/5 sayılı kararı.

⁶⁰ EKİNCİ, Hakan, “Türk Vergi Hukukunda Yargı Kararlarının Kaynak Niteliği”, Vergi Raporu, S. 77, Temmuz-Ağustos-Eylül 2005, s. 69.

⁶¹ GÖZLER, Kemâl, Hukuka Giriş, Bursa, 1998, (Anılış: Hukuka), s. 240.

⁶² Daha evvelden AİHM, günümüzde ise hem AİHM hem de bireysel başvuru yolu vasıtası ile Anayasa Mahkemesi, mahkemelerin nasıl görüş değiştirebileceklerine, mahkemelerin benzer olaylarda farklı karar vermeleri durumunda bunun hak ihlali sayılmaması için ne şekilde bir yol izlenebileceğine yönelik ilkeler koymuşlardır. Bu çalışmanın konusu İBK kararlarının hangi davalarda bağlayıcı, hangi davalarda bağlayıcı olmayacağı noktasında toplanması nedeniyle, belirtilen ilkelere bu çalışmada yer verilmemiştir.

lamada içtihat adı verilen kararlardan farklı olarak bağlayıcıdır. Bu bağlayıcılığın yasal dayanağı Danıştay Kanunu'nda yer alan "*Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun alacağı içtihatların birleştirilmesine ilişkin kararlara; Danıştay kurullarının, Danıştay Dairelerinin, bütün idarî mahkemelerin ve idarenin (yürütmenin) uyması zorunludur*" hükmüdür (m.40/4). Dolayısıyla İBK kararı, bir mahkeme kararının o davanın tarafları haricindeki diğer kişiler, kurumlar ile mahkemeler bakımından bağlayıcı olmadığını istisnalarındandır⁶³.

İçtihadın birleştirilmesi yönünde bir karar verebilmek için evvelâ Danıştay dairelerinin veya Danıştay kurullarının kendi kararları arasında yahut ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık görülmesi veyahut birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesinin gerekli görülmesi gerekmektedir⁶⁴. Bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunması durumunda ise, bu aykırılık Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu veya Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu tarafından giderilmektedir⁶⁵. Ancak bölge idare mahkemesi kararları hakkındaki verilen bu kararlar, bir İBK kararı değildir⁶⁶.

Danıştay İBK tarafından içtihadın birleştirmesine karar verilebilmesi için, Danıştay'da "aynı konuda, farklı kararlar"ın mevcut olmasının ya da daha evvelden verilen bir İBK kararının değiştirilmesinin gerekmesi bize, hangi konuda içtihadın birleştirilmesine karar verilmişse o İBK kararının, sadece o konuya ve o mevzuata ilişkin uyuşmazlıkları kapsadığını göstermektedir⁶⁷. Diğer bir ifadeyle, işyeri açma ve çalışma ruhsatının geri alınmasına ilişkin İBK kararı, memura yapılan malî ödemelerin geri alınmasında uygulanacak bir karar değildir; memura

⁶³ GÖZLER, Hukuka, s. 184-185.

⁶⁴ KARAGÖZOĞLU, H. Fevzi, Danıştay'da Dava Nasıl Açılır?, Ankara, 1979, s. 302.

⁶⁵ ÜSTÜN, Gül, "İdarî Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme", MÜHF-HAD, Y. 2016, C. 22, S. 2, s. 37.

⁶⁶ Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. ÇINARLI, Serkan/AZAK, Kerim, "Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki Aykırılık Veya Uyuşmazlığın Giderilmesi Meselesi", NKÜHFD, Y. 2020, S. 2, s. 18-20.

⁶⁷ IŞIKLAR, Celâl, "İdarî Yargıda İçtihatların Birleştirilmesinin Hâl ve Şartları", TAAD, Y. 4, S. 14, Temmuz 2014, s. 472.

yapılan malî ödemenin geri alınmasına ilişkin İBK kararı da, işyeri açma ve çalışma ruhsatının geri alınmasında uygulanacak bir karar değildir.

Anayasa Mahkemesinin “İBK kararının, belli bir olay için yeni bir hukuk kuralı koymak amacı ile değil, ancak ve ancak ““belli bir olaya”” uygulanacak mevzuattan hangisinin, (o olaya) hangi anlamda uygulanacağını belirlemek için verildiği”ne dair değerlendirmesinden de, İBK kararlarının, o karara konu olay ve mevzuata ilişkin bağlayıcılık içerdiği, diğer olaylar ve mevzuatlar bakımından bağlayıcılık içermediği anlamına gelmektedir⁶⁸. Nitekim bir konu hakkındaki İBK kararının, her konuya uygulanması yönünde kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Örneğin bir İBK kararında işlemin altı yıl içerisinde geri alınabileceği, bir başka İBK kararında ise işlemin dava açma süresi içerisinde geri alınabileceği hüküm altına alınmıştır. Uygulayıcıların/Yorumcuların “benim işime altı yıl geliyor ve ben bu İBK kararını esas alıyorum; yahut benim işime altmış gün geliyor ve ben bu İBK kararını esas alıyorum” şeklinde bir tercihte bulunmalarının mümkün olmadığı, zîra hukukumuzda göre altı yıla konu olan uyuşmazlıklarda, altı yıla ilişkin İBK kararının; altmış güne konu olan uyuşmazlıklarda ise altmış güne ilişkin İBK kararının esas alınması gerektiği değerlendirilmektedir⁶⁹. Dolayısıyla İBK kararı, sadece “belli” bir mevzuatın “belli” bir olaya uygulanması ile ilgilidir ve sadece o olayla ilgili durumlar bakımından bağlayıcılığı olan, diğer durumlar ve olaylar bakımından herhangi bir bağlayıcılığı olmayan kararlardır denilebilir.

Öte yandan; bir İBK kararının, aynı konu hakkında daha sonradan yeni bir İBK kararı verilmesi halinde kendiliğinden etkisiz hale geleceği tabiidir⁷⁰. Kezâ İBK kararı sonrasında, İBK kararına konu olan olayla/durumla ilgili bir kanun yürürlüğe girmiş ise, artık kanun hükmü uygulanacak, İBK kararının uygulanma kabiliyeti ortadan kalkacaktır⁷¹.

⁶⁸ HSYK, “Hukukî Müzâkere Toplantıları - Danıştay 5.Daire Konuları”, 21–24 Kasım 2013, Samsun, <http://hmt.hsyk.gov.tr/toplantilar/2013/idari-yargi/guz/samsun/raporlar/d5.pdf>, e.t.06.09.2014.

⁶⁹ ÖZDEMİR, Selman, İmar İdare Hukukunda Kazanılmış Hak, Ankara 2019, (Anılış: İmar-İdare), s. 353.

⁷⁰ ADAL, s. 28.

⁷¹ DEYNEKLİ, Adnan, “Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Önemli Usul Hükümleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, C. 2, S. 2, s. 96; ADAL, s. 28.

Zîra İBK kararına kanun, uyulması zorunlu karar değeri atfetmekle birlikte, İBK kararı bir kanun değildir⁷².

C. İLGİLİ İBK KARARLARI

İdarî işlemin geri alınması konusunda sadece “1973 tarihli Danıştay İBK Kararı” mevcut değildir. Bu konuda birden fazla sayıda İBK kararı bulunmaktadır. Aşağıda, çalışma kapsamında kalan İBK kararları derlenmiş; böylelikle konunun biraz daha somutlaştırılması hedeflenmiştir. Bu derleme esnasında karar mahiyetlerinin anlaşılabilmesi için, karar içeriklerine ve kararın hangi konu ile ilgili olduğuna dair açıklamalara yer verilmiştir.

1. 26.09.1952 Tarihli Karar

Ele alınacak ilk İBK kararı, kanuna aykırı şekilde yapılan terfinin geri alınması ile ilgilidir. İBK kararının içeriğine geçilmeden önce, bu kararda geçen “*terfi*” nin neyi ifade ettiğinin açıklanması gerekmektedir. Bu kararda geçen “*terfi*” ile üst rütbeye, üst göreve yahut üst unvana yükselmek kastedilmemektedir. Diğer bir deyişle kararda geçen terfi; polis memuru rütbesinden komiser yardımcılığı rütbesine terfideki gibi bir “rütbe terfi” yahut şef unvanlı görevden şube müdürü unvanlı göreve atanmada olduğu gibi terfiyen atama veya doçentlikten profesörlüğe yükseltilmede olduğu gibi üst akademik unvana yükseltilme demek değildir⁷³. Bu karara konu olaydaki “*terfi*”; memuriyet “derece ilerlemesi”ni ifade etmektedir. İBK kararı, bir memurun 7’nci dereceden, 6’ncı dereceye ilerlemesinde olduğu gibi, “derece ilerlemesi”ni ihtiva etmektedir. Dolayısıyla bu başlık altında incelenecek ilk İBK kararının konusu, memuriyet “derece ilerlemesi” ile ilgilidir.

a) Kişiler, 4598 sayılı Kanun gereği derece ilerlemesi yaptıktan sonra, askerde geçirdikleri süre dikkate alınmak suretiyle başka Kanun gereği ikinci bir derece ilerlemesinden faydalanmışlardır. Bilâhare genel hükümler dairesinde ilerleyen yıllarda bu kişilerin derece/kademe ilerlemeleri yapılmıştır.

⁷² GEDİK, Fırat/KOÇ, Emel, “Hüküm Kurma ve İctihat”, ABD, Y. 67, S. 2, Bahar-2009, s. 161.

⁷³ ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 354.

b) Başka Kanun gereği ikinci kez yapılan derece ilerlemesine esas askerde geçen sürelerin, mevzuata göre ilk derece ilerlemesinde dikkate alınması gerekmektedir. Dolayısıyla ikinci kez yapılan derece ilerlemeleri mevzuata aykırı yapılmıştır. İdare, mevzuata aykırı yapılan bu derece/kademe ilerlemelerinin geri alınması yönünde işlem tesis etmiştir.

c) Derece ilerlemesinin geri alınması işleminin iptali talebi ile açılan davada Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, “*Geri alma işleminden dört sene evvel yapılan derece ilerlemesinin kanunsuzluğunu iddia etmenin, idarî işlemlerdeki istikrar prensibine aykırı olduğu*” gerekçesi ile işlemin iptaline karar vermiştir⁷⁴.

d) Derece ilerlemesinin geri alınması işleminin iptali talebi ile başka şahıs tarafından açılan davada ise Danıştay Beşinci Dairesi, “*Davacı hakkında daha evvelden yapılan derece ilerlemesinin Kanun hükmüne göre mümkün olamayacağından, (hukuka aykırı) işlemin ıslahı muamelesinde bir kanunsuzluk olmadığına ve davanın reddine*” karar vermiştir⁷⁵.

Aynı olaya ve aynı konuya ilişkin davalarda farklı kararların verilmesi sonrasında konu Danıştay İBK’na intikâl etmiş; İBK özetle, “*Kanunsuz bir terfi (derece ilerlemesi) işleminin, bundan faydalanan memur lehine müstesna bir hak doğurmadığını; (ancak) Kanuna aykırı derece ilerlemesinin de sübjektif bazı tesirler ve neticeler hâsıl ettiğini; böyle olunca kanunsuz bir derece ilerlemesinin idarece her zaman geri alınabileceğini kabul etmenin (...) idare hukuku sahasında tatbik yeri bulan istikrar esası ile telif edilemeyeceği; bu sebebe binaen kanunsuz bir derece ilerlemesinden sonra aynı memur hakkında kanuna uygun müteaddit derece ilerlemeleri cereyan ettiği takdirde, İdare tarafından kanunsuz derece ilerlemesinin artık geri alınmasına cevaz verilemeyeceği*”ne karar vermiştir⁷⁶.

Bu İBK kararıyla hukuka aykırı “derece ilerlemesi”nin kişi bakımından kazanılmış hak olmadığı, hukuka aykırı “derece ilerlemesi” neticesinde elde edilen menfaatlerin de kazanılmış hak olmayacağı açık-

⁷⁴ Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 14.04.1950 tarih, E:1949/763, K:1950/187 sayılı kararı.

⁷⁵ Danıştay Beşinci Dairesi’nin 22.09.1950 tarih, E:1949/3181, K:1950/2099 sayılı kararı.

⁷⁶ Danıştay İBK’nun 26.09.1952 tarih, E:1952/55, K:1952/244 sayılı kararı.

lanmıştır⁷⁷. Fakat hukuka aykırı “derece ilerlemesi”nin kişi lehine bazı sübjektif sonuçlarının olabileceği belirtilerek, bu sübjektif sonuçların hangi süre geçtikten sonra kişi yönünden korunacağı hususu kararda açıklanmıştır. Zîra kararda hukuka aykırı derece ilerlemesinin “*bir müddet*” uygulanması neticesinde oluşan istikrarın, “bir müddetlik süre geçtikten sonra” derece ilerlemesinin geri alınması durumunda bozulacağı belirtilmiştir⁷⁸.

Kararda yer alan “derece ilerlemesinin” geri alnamamasında istikrarın bozulmasına sebep olan bu “*bir müddet*”, ne kadarlık bir süredir? Ne kadarlık bir süre içerisinde derece/kademe ilerlemesi geri alınırsa, istikrar bozulmaz? Bu soruların cevapları İBK kararında yer almıştır.

İBK kararına göre derece ilerlemesinin geri alınmasında istikrarı bozmayacak olan süre “*müteaddit terfi süresi*”, yani müteaddit derece ilerlemesi süresi kadarlık bir süredir. Dolayısıyla hukuka aykırı derece ilerlemesi müteaddit derece ilerlemesi öncesinde geri alınabilecekken; hukuka aykırı derece ilerlemesinin üzerinden müteaddit derece ilerlemesinin geçmesi hâlinde, hukuka aykırı derece ilerlemesi geri alınamayacaktır⁷⁹.

Peki, istikrarın korunması bakımından gerekli olan “müteaddit derece ilerlemesi” ne kadarlık bir süreyi ihtiva etmektedir? Müteaddit terfi ilerlemesi ile kastedilen şey, müteaddit derece ilerlemesidir⁸⁰. Kelime anlamı olarak müteaddit; birçok, birden fazla sayıda anlamlarına gelmektedir⁸¹. Müteaddit derece ilerlemesi ise, peş peşe en az iki derece ilerlemesini ihtiva etmektedir. Hukuka aykırı derece ilerlemesinden sonra (*hukuka uygun olmak koşulu ile*) peş peşe en az iki derece ilerlemesi daha yapılmışsa, artık hukuka aykırı derece ilerlemesi geri alınamayacaktır⁸². Hâlihazırda yürürlükte olan mevzuata göre memuriyette bir derece ilerlemesi süresi üç yıldır. Müteaddit derece ilerlemesi süresi, altı

⁷⁷ ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 356.

⁷⁸ BOZ, s. 136.

⁷⁹ ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 356.

⁸⁰ ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 356.

⁸¹ KANAR, s. 336.

⁸² ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 357.

yıla tekâbül etmektedir⁸³. Hukuka aykırı derece terfiî sonrasında hukuka uygun şekilde peş peşe en az iki derece daha ilerlenmiş, yani hukuka uygun şekilde peş peşe 3+3=6 yıllık süre tamamlanmış ve 7'nci yılın içerisinde girilmiş ise, artık hukuka aykırı derece ilerlemesi (*en az 6 yıl önce tesis edilen hukuka aykırı işlem*) İBK kararı gereği geri alınamayacaktır⁸⁴. Burada, hukuka aykırılık devam etmekte; İBK kararı ile hukuka aykırı işlemin hukuk âleminde silinmesinin önüne geçilmektedir⁸⁵; ancak burada ileriye dönük düzeltme/kaldırma yapılması gerekmektedir.

Hukuka aykırı derece terfiinden sonra peş peşe iki derece “ilerlenmemiş” ise, hukuka aykırı derece ilerlemesi geri alınabilecektir⁸⁶. Örneğin 6 yıllık süre tamamlanmadan, 7'nci yılın içerisinde girmeden evvel, hukuka aykırı derece terfi makabline şamil geri alınabilecektir. Ayrıca, hukuka aykırı yapılmış olan derece ilerlemesinden sonraki her iki derece ilerlemesinin de hukuka uygun olması gerekmektedir. Söz konusu iki derece ilerlemesinin hukuka aykırı biçimde yapılması hâlinde, derece ilerlemesinin üzerinden 6 yıl geçmiş olsa dahi hukuka aykırı derece ilerlemesi yine geri alınabilecektir ve bu geri alma idarî istikrara aykırı olmayacaktır⁸⁷. Dolayısıyla “derece ilerlemesi işlemleri bakımından” İBK kararı ile benimsenen istikrarın oluşması için (657 sayılı Kanun’a tabi memurlar için) geçmesi gereken süre, peş peşe ve hukuka uygun en az iki derece terfiine tekâbül eden 6 yıllık sürenin tamamlanmasıdır.

Bu başlık altında incelenen İBK kararında, hukuka aykırı derece ilerlemesinin dava açma süresi içerisinde geri alınabileceğine dair bir hüküm mevcut değildir. Öte yandan; 1952 tarihli İBK kararının, derece ilerlemesi işlemleri haricindeki diğer davalarda bağlayıcılığı bulunmamaktadır. İdarî yargı mensuplarının katılımı ile gerçekleştirilen bir toplantıda konu tartışılmıştır. Tartışmaya esas olayda, memur kadrosunda görev yapmakta olan ve “lisans düzeyinde fizik bölümü mezunu olmayan” kişi, memur kadrosundan fizikçi kadrosuna atanmıştır. Kişinin fizik bölümü mezunu olmadığı halde fizikçi kadrosuna atandığının an-

⁸³ Danıştay Beşinci Dairesi'nin 16.09.2005 tarih, E:2002/1094, K:2005/3654 sayılı kararı.

⁸⁴ ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 357.

⁸⁵ BOZ, s. 136.

⁸⁶ Danıştay Onikinci Dairesi'nin 07.05.2002 tarih, E:2000/659, K:2002/1892 sayılı kararı.

⁸⁷ ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 357.

laşılması üzerine, kişi fizikçi kadrosundan alınarak tekrar memur kadrosuna atanmıştır. Bahse konu toplantıda bu kişinin ileriye dönük fizikçi kadrosunda görev yapamayacağı, ancak E:1952/55 sayılı Danıştay İBK kararı uyarınca bu kişinin fizikçi kadrosunda iken elde ettiği (maaş vd) menfaatlerin geri alınıp alınamayacağı müzakere edilmiştir. Değerlendirmeler neticesinde şu sonuçlara varılmıştır:

i. İstikrar ilkesine⁸⁸ ilişkin olan E:1952/55 sayılı karar, sadece derece ilerlemelerine ilişkin olup, bu kararın atama işlemlerine uygulanma imkânı bulunmamaktadır.

ii. Derece ilerlemesine ilişkin olarak E:1952/55 sayılı kararla sağlanan koruma sınırsız değil, kamu yararı ve kamu düzeni ile sınırlıdır.

iii. İstikrar ilkesi esas alınarak sağlanan bu koruma, kamu düzenini ve bunun sonucu olarak kamu yararını ihlâl eden bir sonuca ulaştığında, istikrarın sürdürülmesi mümkün değildir.

iv. Ayrıca E:1952/55 sayılı kararda belirtilen koruma, hukuka aykırı işlemin tesis edildiği ve aykırılığın düzeltildiği tarih arasında, ilgili kişi için doğan kişisel menfaatlerle sınırlıdır. Bu menfaat, ileriye dönük olarak ilânihaye sürdürülemeyecektir⁸⁹.

2. 02.10.1971 Tarihli Karar

1952 yılında Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu kapsamında çiftçilere arazi verilmiş; bilahare yapılan incelemede Kanun'da belirtilen asgarî sınırın üzerinde arazileri bulunmalarına karşın, asgarî sınırın altında toprak sahibi olduklarını beyan ederek, gerçeğe uymayan beyan sonucu bazı kişilerin arazi sahibi oldukları anlaşılmış; 1963 tarihli işlem ile, 1952 yılında bu kişilere verilen arazilerin geri alınması kararlaştırılmıştır.

Bu işlemin iptali talebi ile açılan davalarda bir Danıştay dairesi işlemin hukuka uygun olduğuna, davanın reddine karar vermiştir⁹⁰. Bir başka Danıştay dairesi, "*hatalı olduğu gerekçesiyle yıllar sonra idarenin kara-*

⁸⁸ İdarî istikrar kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, Selman, "İdarî İstikrar Kavramının Kullanımı Üzerine Bir Değerlendirme", TİD, Y. 91, S. 488, Haziran 2019. (Anılış: İdarî).

⁸⁹ HSYK, s. 2.

⁹⁰ Danıştay Dokuzuncu Dairesi'nin 24.12.1964 tarih, E:1963/2161, K:1964/2232 sayılı kararı.

rından geri dönmesinin, idarî karar ve işlemlerde bulunması zorunlu olan istikrar prensibine aykırı olduğu” gerekçesi ile işlemin iptaline karar vermiştir⁹¹.

İki farklı dairenin aynı konuda iki farklı karar vermiş olmasına istinaden konu, İBK’na intikâl etmiştir. İBK, “İdarenin hukuka aykırı işlemine, idare edilenin gerçek dışı beyanı veya hilesi sebep olmuşsa durum, (hukuka aykırılık) tabiatıyla daha da ağırdır, bu ahvalde, idare işgal edilmiştir” tespitini yapmıştır. Ardından “(Böyle bir durumda) İdare edilen için sağlanan hukukî vaziyetler hiç bir zaman müstesna hak teşkil etmeyecektir ve bu kabil işlemler her zaman makale şamil olarak idare tarafından geri alınabilecektir, idarenin bu tarzdaki hareketi idarî istikrarı zedeleyecek nitelikte değildir” açıklamalarına yer vermiştir⁹².

Bu karara göre, “Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu’na göre verilen arazinin geri alınmasına dair esaslar”, şu şekilde sıralanabilir:

i. Arazi verilmesinde kanuna aykırı şekilde tesis edilen işlemler, idare tarafından geri alınabilecektir.

ii. Arazi verilmesinde kanuna aykırı işleme, kişinin gerçek dışı beyanı veya hilesi sebep olmuşsa durum daha da ağırdır, idare işgal edilmiştir (aldatılmıştır, kandırılmıştır). Arazi vermeye dair kanuna aykırı şekilde tesis edilen işlemler geri alınabilmekte ise, idare işgal edilerek tesis edilen toprak verme işlemleri “evleviyetle” geri alınmalıdır.

iii. Arazi verilmesinde kanuna aykırı tesis edilen bir işlemin geri alınması, istikrarı zedelemeyecektir.

iv. Ayrıca Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu uyarınca arazi vermeye ilişkin hukuka aykırı işlemler, bir süre sınırı olmaksızın her zaman geri alınabilecektir.

Bu İBK kararında, Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu’na göre hukuka aykırı şekilde tesis edilen arazi verme işleminin dava açma süresi içerisinde geri alınabileceğine dair bir hüküm/karar mevcut değildir.

⁹¹ Danıştay Sekizinci Dairesi’nin 29.12.1965 tarih, E:1965/1291, K:1965/365 sayılı kararı.

⁹² Danıştay İBK’nun 02.10.1971 ve E:1966/4-40, K:1971/36 sayılı kararı.

3. 27.01.1973 Tarihli İBK Kararı

Yargıtay Kanunu'nda "İçtihadı birleştirme kararları benzer hukukî konularda; Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar" (m.45/5) hükmüne yer verilerek, Yargıtay İBK kararlarının hangi konuda hangi yargı yerlerini bağlayacağı açıklanmış olup; Yargıtay İBK kararlarının idarî yargı bakımından herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Ancak çalışmanın geri almaya dair İBK kararlarını ihtiva etmesi nedeniyle, kısaca bu İBK kararına da yer verilmesi gerekmektedir. Bu İBK kararının neden alındığı konusuna ise, bir alt başlıktaki Danıştay İBK kararı kısmında değinilmiştir.

Yargıtay'ın bu kararı, memur intibakının malî ödeme kısmıyla ilgilidir. Olayın konusu, hukuka aykırı şekilde ilerlenen derece ile kişinin bulunması gereken derece arasındaki fark aylık meblağının, ne kadarlık sürede idarece geri alınacağıdır. Ayrıca Yargıtay'ın bu kararı verdiği tarihte, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun henüz mevcut olmadığının hatırdan çıkarılmaması gerekmektedir⁹³.

Yargıtay İBK kararında iki husus tartışılmıştır. Tartışılan ve karara bağlanan ilk hususun bu çalışmayla ilgisi olmadığından, bu husus çalışmaya alınmamıştır. Yargıtay, hukuka aykırı derece ilerlemesi sonrasında, hak etmeden geline derecenin malî ödemelerinin hangi sürede geri alınmasının istikrara aykırı olmayacağını, hangi sürede geri alınmasının istikrara aykırı olacağını değerlendirmiştir. Bu hususun bir örnekle izahı, konunun anlaşılabilirliğine katkı sağlayacaktır:

a) Kişinin 9'uncu derecenin 3'üncü kademesindeki bekleme süresini doldurduğunu ve 8'inci derecenin 1'inci kademesine ilerletilmesi gerektiğini; "dikkatsizlikle" yahut "hesaplama hatası nedeniyle" kişinin 8'inci derecenin 1'inci kademesine ilerletilecekken, 4'üncü derecenin 1'inci kademesine ilerletildiğini varsayalım.

b) Kişi gerçekte 8'inci derecenin 1'inci kademesinden maaş alması gerekirken, hak etmediği halde 4'üncü derecenin 1'inci kademesinden maaş almaya başlamaktadır. Bu derece ilerlemesinin hukuka aykırı olduğunun anlaşılması durumunda, 1952 tarihli Danıştay İBK kararına

⁹³ Zira bir konuya ilişkin yasal düzenleme yapıldığında, artık İBK kararı o konu bakımından uygulanamaz hale gelmektedir.

göre işlem yapılacaktır. Olayda müteaddit terfi süresi “geçmeden” durumun tespit edildiğini ve kişinin derecesinin/kademesinin düzeltildiğini (derece ilerlemesinin 5 yıl sonra geri çekilerek, kişinin bulunması gereken dereceye/kademeye geldiğini) varsayalım.

c) 5 yıl boyunca kişiye hukuka aykırı şekilde “her ay aylık ödenmiş”; kişi, aslında hak etmediği derecenin katsayısı üzerinden 5 yıl aylık almıştır.

İşte Yargıtay, hukuka aykırı derece ilerlemesi nedeniyle kişiye her ay yapılan ödeme işlemleri neticesinde, fazladan ödenen miktarın hangi süre içerisinde geri alınabileceği konusunu incelemiştir. Yargıtay İBK, hangi sürede yanlış tasarruftan dolayı kişi yararına korunması gereken yerleşmiş (müesses) bir durum doğduğu meselesini doktrindeki tartışmalar minvalinde ele aldıktan sonra; hukuka aykırı derece ilerlemesi dolayısıyla, ilerlenen dereceden ödenen ücret ile gerçekte bulunulması gereken dereceden ödenecek ücret arasındaki farkın;

“1) Yokluk ile mutlak butlan hâlleri hariç ve kişinin gerçek dışı beyanı veya hilesi de sebebiyet vermemiş olmak kaydıyla, idarenin yanlış şart - tasarrufunu (*derece ilerlemesine dair ücret farkını*),

i. Mevzuatta özel bir geri alma süresi öngörülmemiş ise, iptal davası açma süresi içerisinde,

ii. Mevzuatta özel bir geri alma süresi öngörülmüş ise, mevzuattaki bu süre içerisinde,

iii. İptal davası açılmışsa dava sonuna kadar, geriye yürür şekilde geri alabileceğine,

2) Bu süreler geçtikten sonra *derece ilerlemesine dair ücret farkının* geriye yürür şekilde geri alnamayacağına,

3) Bu süreler geçtikten sonra *derece ilerlemesine dair ücret farkının* geri alınması hâlinde geri alma gününe kadar doğmuş durumların, malî sonuçları da dâhil olmak üzere, hukuken (kazanılmış hak olarak değil) “*kazanılmış durum*” olarak tanınması gerektiğine,

4) Bu nedenle *derece ilerlemesine dair ücret farkının* bu süreler geçtikten sonra geri alınması durumunda, geri alma gününe kadar ödenmiş bulunan fazla paraların (*derece ilerlemesine dair ücret farkının*) hukuken geçerli bir nedenle ödenmiş bulunduğu kabulü-

nün gerektiği, artık sebepsiz zenginleşme söz konusu olamayacağından, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak geri istenemeyeceği” esaslarını benimsemiştir⁹⁴.

Bu İBK Kararı, hatalı derece ilerlemesi dolayısıyla kişiye fazla aylık ödemesi yapılmasının ileriye dönük sona erdirilebileceğini, geriye dönük fazla ödemelerin alınmasının ise süre ile sınırlı olduğunu ifade etmektedir. Kararda, herhangi bir süre sınırı olmaksızın geri alınabilecek derece ilerlemesine dair ücret farkı işlemler(i) de vurgulanmıştır. Buna göre;

1) Yokluk hali,

2) Mutlak butlan hali ve

3) Kişinin gerçek dışı beyanı veya hilesi sonucunda *derece ilerlemesine dair aylık ödenmiş ise*, bu hâllerde bu ödemeler süre sınırı olmaksızın, her zaman geri alınabilecektir⁹⁵.

Kararda, mevzuatta özel bir geri alma süresi öngörülmemiş ise mevzuattaki bu sürenin uygulanmasının gerektiğinin belirtilmesinin önemli olduğu değerlendirilmektedir. Bu başlık altında ele alınan İBK kararı da, derece/kademe ilerlemesi sonucunda ödenen aylıkların geri alınması konusu ile ilgilidir. Bu sebeple, bu İBK kararının diğer konular bakımından bağlayıcılığının bulunmadığı değerlendirilmektedir.

4. 22.12.1973 Tarihli İBK Kararı

Bu kararda, yukarıdaki Yargıtay kararından esinlenilmiştir. Yukarıda aktarılan Yargıtay kararı ile bu başlık altında aktarılacak Danıştay kararının, geçiş döneminde ortaya çıkan sorunlara çözüm aramaya yönelik olduğu söylenebilir. Nitekim 14.07.1965 tarihli 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun yürürlüğü hakkındaki 237'nci ve 238/4'üncü maddesinin “*Kanunun diğer maddeleri, kanunun yürürlüğe girdiği tarihi izleyen malî yılbaşından itibaren yürürlüğe girer*” hükmü; Kanun'un sınıflandırmayla ilgili hükümleri uygulanabilir hale getirilinceye ve Genel

⁹⁴ Yargıtay İBK'nun 27.01.1973 tarih, E:1072/6, K:1973/2 sayılı kararı.

⁹⁵ Olayda ödeme işlemleri her ay ayrı ayrı tesis edilmekte iken, geri alma işlemi bir işlem ile tek seferde tesis edilmiştir.

Kadro Kanunu yürürlüğe girinceye kadar uygulanmamış; bunun için kanun çıkarılmıştır⁹⁶.

657 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği ilk dönemlerde gerek bazı görevlere tayinlerde, gerek derece/kademe ilerlemelerinde, gerekse yeni kanun hükümlerine memurların özlük durumlarının intibak ettirilmesinde muhtelif hatalı işlemler yapılmış; sonra hatalı işlemlerin geri alınmalarına yönelik işlemler tesis edilmeye başlanmıştır. Özlük durumlarıyla ilgili geri almaların sonucunda, haliyle fazla ödemelerin geri alınması meselesi de gündeme gelmiştir. Hem yukarıdaki Yargıtay'ın, hem de bu başlıkta değinilecek kararlar Danıştay'ın, o dönemde yeni yürürlüğe giren 657 sayılı Kanun uyarınca gerçekleştirilen atama ve intibak uygulamalarında sıkça meydana gelen hatalardan kaynaklı mağduriyetlerin önüne geçmeyi amaçladıkları anlaşılmaktadır⁹⁷.

Burada incelenecek İBK kararına konu olayda, iki adet idarî işlemin geri alınması durumu mevcuttur. İlk geri alma işlemi, kişinin hukuka aykırı olarak bir göreve tayininin geri alınmasına ilişkindir. İkinci geri alma işlemiyse, hukuka aykırı şekilde yapılan atama ile bu atamanın geri alındığı tarih arasındaki, iki görev arası maaş farkı dolayısıyla *her ay tesis edilen aylık ödeme işlemleriyle* kişiye yapılan fazla malî ödemelerin geri alınmasına ilişkindir⁹⁸.

Örneğin kişinin şef görevindeyken şube müdürlüğü görevine atandığını varsayalım. Böylelikle kişi artık şube müdürü görev unvanı üzerinden her ay tesis edilen aylık ödeme işlemleri ile maaş alacaktır. Bir müddet sonra, şeflikten şube müdürlüğüne yapılan atamanın hukuka aykırı olduğunun tespit edildiğini; bu tespit sonrasında, önce atama işleminin geri alınarak kişinin şube müdürlüğünden tekrar şeflik görevine atandığını; ardından kişiye şube müdürlüğü görevi üzerinden her ay

⁹⁶ TBMM, 1127 Sayılı 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 237'nci Maddesi İle 238'nci Maddesinin 4'üncü Fıkrasının Uygulanmamasına Dair Kanun, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc052/kanuntbmmc052/kanuntbmmc05201127.pdf, e.t.26.01.2021.

⁹⁷ KOÇBERBER, Seyit, "Kamu Zararı Kavramı Üzerine Yargı Kurumları Arasındaki Hüküm Uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesinin Rolü ve Önemi", *Sayıştay Dergisi*, S. 97, Nisan-Haziran 2015, s. 69.

⁹⁸ ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 364.

tesis edilen aylık ödeme işlemleri ile ödenen maaş ile şeflik görevinden her ay ödenmesi gereken maaş arasındaki maaş farkının geri alınmasına dair işlemin tesis edildiğini kabul edelim. İşte bu başlık altında incelenecek olan İBK kararı, örnekte aktarılan şekilde bir göreve yapılan atanmanın geri alınması ve söz konusu görev dolayısıyla ödenen ücret farkının geri alınması konuları ile ilgilidir.

İBK kararına göre, hukuka aykırı atama işleminin süre sınırı olmaksızın her zaman geri alınabilecektir. Kişi şef iken, (örneğin eğitim şartını yahut hizmet süresi şartını sağlamadan) hukuka aykırı şekilde şube müdürlüğüne atanmış ise, herhangi bir süre sınırı olmaksızın hukuka aykırılık düzeltilebilecek, kişi tekrar şefliğe atanabilecektir⁹⁹. Hukuka aykırı atama işlemi sonucunda her ay tesis edilen işlemler ile kişinin atandığı göreve ilişkin gösterge katsayısı üzerinden aylık, makam tazminatı vd malî ödemeler yapılmaktadır. Buradaki sorun, söz konusu malî ödemelerin geri alınıp alınmayacağı, geri alınacaksa hangi sürede geri alınacağı ile ilgilidir. Danıştay, (örnekteki) şube müdürlüğü görevinden ödenen maaşla aslında şeflik görevinden ödenmesi gereken maaş arasındaki farkın geri alınmasının bazı şartları olduğunu söylemiştir. Dolayısıyla burada aktarılacak olan İBK kararında, (örneğin şeflikten şube müdürlüğüne, komiserlikten başkomiser rütbesine atanma gibi) hukuka aykırı şekilde atama işlemi tesis edilmişse, hukuka aykırı atama işleminin geri alınması bakımından bir süre sınırı konulmamış; hukuka aykırı atama dolayısıyla kişiye ödenen malî ödemelerin geri alınması ile ilgili bazı şartlar konulmuştur¹⁰⁰. İBK Kararı'nda özetle;

i. Hukuka aykırı terfi/intibak işlemine, idare edilenin gerçek dışı beyanı yahut hilesi sebep olmuşsa;

ii. Veya geri alınan işlem yoklukla malûlse,

iii. Ya da bir terfide/intibakta idare edilenin (ilgili kişinin) kolayca anlayabileceği kadar açık bir hata mevcutsa ve kişi (idare edilen) bu durumdan idareyi haberdâr etmemişse, burada memurun iyi niyetinden söz etmeye imkân olmadığı; bu nedenle, bu işlemlere dayanılarak yapılan hukuka aykırı ödemeler için sürenin düşünülmemeyeceği ve her za-

⁹⁹ ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 365.

¹⁰⁰ ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 365.

man bu ödemelerin istirdat edilebileceği (geri alınabileceği) belirtilmiştir¹⁰¹.

Bu karara göre, (örneğin) kişi teknik okul mezunu “olmamasına” karşın, teknik okul mezunlarının atanabileceği bir göreve atanmışsa, daha sonra bu durumun fark edilmesi üzerine kişinin bu kadrodan alınarak tekrar eski sınıfına atanması sonrasında; kişiye teknik kadro üzerinden yapılan ödemeler ile genel idarî hizmetler kadrosundan yapılması gereken ödemeler arasındaki fark, “her zaman” geri alınabilecektir¹⁰². Zîra bu durum, kişinin ve atamayı yapan birimin ilgili mevzuata bakınca kolayca anlayabileceği bir durumdur. Kezâ bir göreve mevzuat gereği en az 3’üncü derecede bulunan bir personelin atanması gerekirken, mevzuata aykırı şekilde 5’inci derece bulunan personelin atanması hâlinde, bu mevzuata aykırılığın daha sonra tespiti durumunda, kişiye fazladan ödenen ücret farkı (da) “her zaman” geri alınabilecektir¹⁰³. Burada da ilgili kişinin özlük durumuna ilişkin mevzuata bakmakla kolaylıkla bilinecek bir husus söz konusudur.

İBK kararında geçen “*idarenin kolayca anlayabileceği kadar bir açık hata*” ifadesinin, belirsizlik içeren bir değerlendirme olduğu belirtilmektedir¹⁰⁴. Bu sebeple birbiri ile çelişen açık hataya ilişkin yargı kararlarına rastlanmaktadır¹⁰⁵. Bu ifade, neredeyse bütün atamalardaki malî ödemelerin her zaman geri alınmasına imkân veren bir değerlendirme niteliğindedir. Zîra mevzuatta teknik okul mezunu olmak şartı bulunmasına rağmen, teknik okul mezunu olmayan bir kişinin atanması, idarenin kolayca anlayabileceği bir hatadır. Benzer şekilde, mevzuatta bir göreve en az 3’üncü derecede bulunan bir personelin atanması şartı yer almasına karşın, göreve 3’üncü dereceden daha düşük derecede olan birinin atanması da, idarenin kolayca anlayabileceği kadar açık bir hatadır. Dolayısıyla bu şekildeki “*idarenin kolayca anlayabileceği kadar bir açık hata*”

¹⁰¹ Danıştay İBK’nun 22.12.1973 tarih, E:1968/8, K:1973/14 sayılı kararı.

¹⁰² ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 366.

¹⁰³ ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 366.

¹⁰⁴ ALTINDAĞ, Halil, “İdarî İşlemin Geri Alınması Sebebi Olarak Açık Hata”, GÜHFİD, Y. 2016, C. 20, s. 82.

¹⁰⁵ ALTINDAĞ, s. 87.

içeren atamalarda malî ödemeler bir süre sınırı olmaksızın “her zaman” geri alınabilecektir.

Bu İBK kararıysa, hukuka aykırı olarak bir göreve yapılan atamanın geri alınması ve bu geri almanın ardından her iki görev arasındaki ücret farklarının hangi süre içerisinde geri alınması konusunu kapsamakta, bunun haricindeki başka bir konuyu kapsamamaktadır.

5. 06.07.1987 Tarihli Karar

Bu karar, yükseköğrenim öğrencilik kaydının geri alınıp alınmayacağı konusuyla ilgilidir. *İlk olayda*; 1967–1968 yılı üniversite giriş sınavında fakülteye kayıt için yeterli puanı alamamış olmalarına rağmen, ilgililer gerçeğe aykırı beyan ve belge ile veteriner fakültesine kayıt yaptırmışlar; ihbarlar sonucu yapılan incelemeyle 1971’de Disiplin Yönetmeliği hükümleri kapsamında bu kişiler “Fakülteden büsbütün çıkarılma” cezasıyla tecziye edilmişlerdir. Bu işlemlerin iptali talebiyle açılan davalarda Danıştay özetle, “İdarenin sakat ve hukuka aykırı bu işlemlerine, ilgililerin hileli veya yanlış beyanı neden olmuşsa, idare edilenin lehine ortaya çıkmış hukuka aykırı durumun kazanılmış hak sayılamayacağı gibi, bu sakat işlemlerin idare tarafından geri alınmasının her zaman mümkün olduğu”na karar vermiştir¹⁰⁶.

İkinci olayda; üniversite giriş sınavında yerlerine başkalarının sınav girmesi sonrası kişiler tıp fakültelerine kayıtlarını yaptırmış; durumun tespiti sonrasında bu kişilerin fakülteden kayıtlarının silinmesine karar verilmiş; kayıt silme işleminin iptaline karar verilmesi talebiyle açılan davalarda Danıştay özetle; “Sınav kurallarını ihlâl ederek hak etmediği bir Yükseköğretim Kurumuna kaydını yaptıran kişinin hukuken hiçbir zaman üniversite öğrencisi niteliğini kazanmadığı; ayrıca suçun, ilgililerin üniversiteye kayıt yaptırmadan önceki tarihlerde işlenmiş olduğu; öğrencilerin öğrenimleri sırasında işleyebilecekleri disiplin suçlarına uygulanacak olan 2547 sayılı Kanununun 54’üncü maddesi hükmünün (fakülteden kaydı silinmesi işleminin) bu kişilere uygulanamayacağı; idarî işlemlerin (kayıt işlemlerinin) geri alınması yoluyla kayıtların silinmesi imkânı varken, 2547 sayılı Kanunun

¹⁰⁶ Danıştay Sekizinci Dairesi’nin 30.04.1973 tarih, E:1972/157; K:1973/2003 sayılı kararı. Danıştay Sekizinci Dairesi’nin 01.04.1974 tarih, E:1974/1103; K:1974/1735 sayılı kararı.

54'üncü maddesinin uygulanmasının idarî işlemlerin iptalini sağlayacak nitelikte ağır bir sakatlık teşkil etmediği, kayıt silme işleminin sonucu itibariyle yerinde olduğu"na karar vermiştir¹⁰⁷.

Üçüncü olayda, 1980 yılında yerlerine başkaları üniversite sınavına katılarak, hukuk ve tıp fakültelerine kayıtlarını yaptıran kişilerin durumlarının idarece belirlenmesi sonucu, bu kişilerin kayıtlarının 2547 sayılı Kanunun 54'üncü maddesi kapsamında silinmesine karar verilmiş; kayıt silme işlemlerinin iptaline karar verilmesi talebiyle açılan davalarda Danıştay özetle; "İdarenin hatalı işlemini her zaman geri alabileceğinin kabulü hâlinde, bu kişilerin aldıkları diplomaların da geçerliliğinin kabul edilemeyeceği, hattâ bu diplomaya dayanılarak elde edilen devlet memuriyetindeki hakların da geçerli sayılmaması gerekeceği, böyle bir düşünüş tarzının olayın çapını ve niteliğini çok aşan, hukukun aradığı düzeni bozan bir sonuca vordıracağı;

İdarenin (kayıt esnasında) kendisine verilen (...) suça dayanak belgeleri (kayıt evrakını) süre geçirmeden incelemesinin gerektiği, aradan yıllar geçtikten, geçen bu süre içinde kişiler mezun olup bazı haklar elde ettikten sonra yapılan inceleme üzerine verilecek cezanın (sonuçlarının) adil olmayan biçimde büyüyeceği; Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 34'üncü maddesi ile disiplin suçlarının kovuşturulmasında süre yönünden sınırlama getirildiği, iki yıl içinde kovuşturma yapılmayan suçların zamanaşımına uğrayacağı, suç için ceza verilemeyeceği;

Gerek dava ve olayın vukuu; gerekse dava konusu kararın verildiği tarihte anılan Yönetmelik yürürlükte olmamakla birlikte, söz konusu Yönetmelik kuralı ile disiplin suçları hakkında kovuşturma için belli bir süre konduğu, bu süre geçtikten sonra kovuşturma yapılmasında hak, adalet ilkelerine uygunluk olmadığı, kamu yararı bulunmadığı, işlemin (bu nedenlerle) hukuka aykırı olduğu"na karar vermiştir¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 15.01.1985 tarih, E:1985/260, K:1985/32 sayılı kararı. Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 15.01.1985 tarih, E:1984/261, K:1985/33 sayılı kararı. Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 15.01.1985 tarih, E:1984/668, K:1985/35 sayılı kararı.

¹⁰⁸ Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 21.11.1985 tarih, E:1985/534, K:1985/943 sayılı kararı. Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 11.03.1986 tarih, E:1985/583, K:1986/113 sayılı kararı. Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 04.02.1987 tarih, E:1985/693, K:1987/43 sayılı kararı.

İBK ise özetle, “Bütün uyuşmazlıklarda, kişilerin üniversite giriş sınavına kendi yerlerine başkalarını sınava soktukları veya sahte belge tanzim ederek kayıtlarını yaptırdıkları kesinlik kazanmıştır” tespitini yapmış; ardından “Bu kişilerin (sahte evrak ile kayıt yaptırmaları nedeniyle, fiilen öğrenciliğe kayıt olsalar da) hukuken öğrenci sıfatını kazanamadıkları; hukuken öğrenci sıfatını kazanamamış ve bu nedenle öğrenci statüsü içine (hukuken) girememiş kişilerin kayıtlarının (okuldan atılmak sureti ile değil) ‘idarî işlemin geri alınması’ (üniversite kaydının geri alınması) yoluyla silinmesi gerektiği”ni belirtmiş; “Yokluk ve mutlak butlan hâlleri ile kişinin gerçek dışı beyan ve(ya) hilesinin yanlış işlem tesisine neden olduğu hâllerde, idarenin yanlış işlemini herhangi bir süre şartına bağlı kalmaksızın geriye doğru yürür şekilde geri alabileceğine; (...) bu kimselerin, hatalı eylemlerinin hukukî sonucuna katlanmak zorunda oldukları, durumlarının idarece tespiti üzerine öğrenim süresi içinde yükseköğretim kurumundan çıkarılmalarının yerinde olduğuna; (...) sakat işlemlerin (gerçeğe aykırı beyanla yapılan üniversite kayıtlarının) idarece öğrenim süresi içinde geri alınmasında hukuka aykırılık bulunmadığı”na karar vermiştir¹⁰⁹.

İBK kararına konu olaylar, öğrenim süresi içerisinde üniversite öğrenciliğiyle ilişkin kesilmesi hakkındadır. Bu nedenle kararda ““öğrenim süresi içinde” Yükseköğretim Kurumundan çıkarılmalarının yerinde olduğu” ve ““idarece “öğrenim süresi içinde” geri alınmasında hukuka aykırılık bulunmadığı” ifadelerine yer verilmiştir. Burada yer alan kayıt işleminin “öğrenim süresi içinde” geri alınacağına ilişkin ifadeler, gerçeğe aykırı belge ile yahut sınavda yerine başka kişiyi koyarak üniversiteye kaydolan kişinin durumunun mezun olduktan sonra ortaya çıkması halinde, bu kişinin kayıt işleminin geri alınamayacağı anlamına gelmemektedir. İBK kararında yer alan kayıt işleminin “öğrenim süresi içinde” geri alınacağı yönünde ifadeler kullanılmasının sebebi, kararına konu olayların öğrenim süresi içerisinde üniversite öğrenciliğiyle ilişkin kesilmesine ilişkin olmasından kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan, gerçeğe aykırı belgeyle yahut sınavda yerine başka kişiyi koyarak üniversiteye kaydolan kişinin durumunun mezun olduktan sonra ortaya çıkması halinde de, kişinin kayıt işleminin silinmesinin ve diplomanın geçersiz kılınmasının huku-

¹⁰⁹ Danıştay İBK’nun 06.07.1987 tarih, E:1987/1-2-3, K:1987/2 sayılı kararı.

ken mümkün olduğu değerlendirilmektedir. Zîra İBK kararında açıkça, “Bu kişilerin (sahte evrak ile kayıt yaptırmaları nedeniyle, fiilen öğrenciliğe kayıt olsalar da) hukuken öğrenci sıfatını kazanamadıkları, (...) bu nedenle Yükseköğretim Kurumları öğrencisi statüsü içine (hukuken) giremedikleri” belirtilmiştir. Bu durum, bu kişiler mezun olsalar dahi, kayıt işlemleri geri alınarak hukuken öğrenci olmamış bu kişilerin diplomalarının hükümsüz kılınmasının mümkün olduğunu göstermektedir.

Netice itibarıyla yukarıda yer verilen İBK kararı, üniversiteye kayıt işleminin geri alınmasıyla ilgili olup; bu konuyla ilgisiz başka konular bakımından bu kararın herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

6. 11.04.1947 Tarihli Karar

Burada teknik anlamda bir geri alma işlemi mevcut değildir. Olayda işlem idarece iptal edilmektedir; ancak bu iptal, yukarıda ifade edildiği üzere ileriye yönelik sonuç doğuran ve ilgâ/kaldırma niteliğinde bir iptaldir. Dolayısıyla bu karara konu olay, geri almadan ziyade kaldırma ile ilgilidir. Bu sebeple diğer İBK kararlarından daha eski tarihli olmakla birlikte bu karar; konuya ilişkin İBK kararlarının sonuna alınmıştır.

Karar, işyeri açılmasına dair kolluk izinlerine ilişkindir. Olayda, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu kapsamında bir kısım işyerlerine mülkî amir tarafından “açılma izni” verilmiştir. Daha sonra yapılan araştırmada, verilen işyeri açılma izninin Yönetmelik hükümlerine aykırı olduğu, aslında işyerlerine açılma izni verilmemesi gerektiği anlaşılmış; bunun üzerine açılma izinleri, idarece iptal edilmiştir.

Çelişkili kararlar sonrasında İBK özetle, “Daha evvelden verilen iznin Yönetmelik hükümlerine aykırı olması durumunda, bu iznin geri alınmasında kanuna aykırılık bulunmadığı”na karar vermiştir¹¹⁰. İşyeri açma ruhsatı bir kolluk izni niteliğinde olup; şayet izin mevzuata aykırı şekilde verilmişse, bu izin işlemi “her zaman” idarece iptal edilebilecektir. Mevzuata aykırı şekilde verilen işyeri açmaya dair kolluk izninin ilgâsında herhangi bir süre sınırının mevcut olmadığı, Danıştay’ın da bu yönde bir

¹¹⁰ Danıştay İBK’nun 11.04.1947 tarih, E:1947/19, K:1947/32 sayılı kararı. ARSLAN, Ahmet/TUNCAY, Dündar, Danıştay İçtihadları Birleştirme Kurulu Kararları, Ankara, 2002, s. 25.

bağlayıcı süre sınırı öngörmediği görülmekte olup¹¹¹; bu kararın da sadece işyeri açma izinleri bakımından bağlayıcılığının olduğu değerlendirilmektedir.

D. 1973 TARİHLİ DANIŞTAY İBK KARARININ KULLANIMINA İLİŞKİN İDARİ YARGI UYGULAMASINDAN ÖRNEKLER

Bu noktada bir hususu vurguladıktan sonra, uygulamadan örneklerle geçmek gerekmektedir. Aşağıda verilecek örneklerde, 1973 tarihli Danıştay İBK kararıyla ilgili-ilgisiz pek çok ihtilâfta bu İBK karara dayanıldığı görülecektir. Ancak bu başlıkta, “bu İBK kararı yerine, şu İBK kararı uygulanmalıdır” gibi bir değerlendirmeye yer verilmeyecektir. Zira aşağıdaki örnek davaların konuları, yukarıda aktarılan İBK kararlarının maddî olaylarından farklıdır. Kaldı ki örneklerde, mutlaka bir İBK karara dayanılarak uyuşmazlığın çözümünü gerektiren bir durum da söz konusu değildir. Bu ihtilâflara ilişkin kanunlar ve yönetmelikler, örnek davalar hakkında karar vermek bakımından yeterlidir. Mevzuatı bir kenara bırakarak, dava ile ilgisi olmaya İBK kararı esas alınarak davalar hakkında karar verilmesi hatalıdır. Lâkin bu çalışmanın konusu, bu davaların çözüm yöntemlerini aktarmak değildir. Bu nedenle aşağıdaki örneklerde, “bu İBK kararı değil, şu İBK kararı uygulanmalıydı” veya “burada bir İBK karara gerek yok” şeklinde bir değerlendirme yapılmasının, çalışma insicamı için uygun olmadığı düşünülmüştür. Burada sadece, İBK kararı konusu ile “ilgililik/ilgisizlik” bakımından, İBK kararının kullanıldığı davalardan örnekler vermekle yetinilmiştir. Öte yandan; aşağıda ayrı bir başlık altında, “mademki her konuya aynı İBK kararı uygulanamıyor, bu durumda davalarda nasıl bir yöntem izlenecektir?” sorusu üzerinde, çalışma sınırlarını aşmayacak biçimde kısaca durulacaktır.

1. Birinci Örnek

a) (...) Büyükşehir Belediye Meclisi'nin 19.07.2017 tarihli kararıyla, bir alanın avan projesine göre düzenlenmesi, yapılması, işletilmesi ve devredilmesi işinin 30 yıl (10+10+10 yıl uzatmalı) süreyle kiralanması

¹¹¹ ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 370.

veya 30 yıla kadar sınırlı aynî hak ve kullanma izni tesisi sureti ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine göre ihaleye çıkarılabilmesi için, Büyükşehir Belediye Encümeni'ne yetki verilmiş; encümen, iki adet ihale yapmış; ihalelere herhangi bir istekli katılmamıştır.

b) Bunun üzerine, Büyükşehir Belediye Meclisi'nin 19.07.2017 tarihli kararında öngörülen projenin altyapı ve üstyapı yapım işinin, maliyeti belediye bütçesinden karşılanacak şekilde Büyükşehir Belediyesi iştiraki olan (...) A.Ş. tarafından yapılması uygun görülerek, adı geçen şirketle sözleşme imzalanmış; şirket, alandaki yapım işini tamamlayarak alanı Büyükşehir Belediyesi'ne teslim etmiştir.

c) Yapım işi tamamlanan alan üzerindeki ticarî ünite ve tesislerin 8 yıl (sürenin uzatılması durumunda 8+10+10=28 yıl) süreyle işletilmesi, işletme süresi sonunda tesisin Büyükşehir Belediyesi'ne teslim edilmesi işinin ihaleye çıkarılmasına yönelik Büyükşehir Belediye Encümeni 08.03.2018 tarihinde karar almış; bu karar doğrultusunda ihale yapılmış; 29.03.2018 tarihli encümen kararı ile ihale (...)Turizm ve Otelcilik A.Ş. ve (...) Turizm Ticaret Ltd. Şti. ortak girişimi üzerinde bırakılmıştır.

d) Ticarî ünite ve tesislerin 8 yıl (sürenin uzatılması durumunda 8+10+10=28 yıl) süreyle işletilmesi işi ihalesini, bilahare belediye başkanı inceletmiş; ihalenin mevzuata aykırı olduğu tespit edilmiş; bu tespit sonrasında Büyükşehir Belediye Encümeni'nin 20.01.2020 tarihli kararıyla, "29.03.2018 tarihli ticarî ünite ve tesislerin işletilmesi işi ihalesi"nin iptaline karar verilmiştir.

e) İhaleyi alan ortak girişim, 20.01.2020 tarihli encümen kararının iptali talebiyle dava açmış, ilk derece mahkeme davanın reddine karar vermiştir¹¹².

1) Temyiz aşamasında Danıştay özetle "*Danıştay İBK'nun K:1973/14 sayılı kararında açıklandığı üzere; dava açma süresi içinde, hukuka aykırı tüm işlemlerini geri almaya yetkili olan idarenin, dava açma süresi geçtikten sonra, ancak yok hükmündeki idarî işlemleri ile, ilgililerin gerçeğe aykırı beyanı veya hilesine veya açık hataya dayalı işlemlerini, süre kaydı aranmaksızın geri alması mümkün olduğu; belirtilen nitelikleri haiz değilse idarî işlemin dava açma süre-*

¹¹² Antalya İkinci İdare Mahkemesi'nin 01.04.2020 tarih, E:2020/113, K:2020/283 sayılı kararı.

si geçtikten sonra hukuka aykırılık iddiasıyla geri alınamayacağını; (...) meclis kararının yeni durumu kapsamadığı ve ihaleye çıkılabilmesi için yeniden Belediye Meclisi kararı gerektiği şeklinde bir yorum yapılırsa dahi bu durumun 1973 tarihli İBK kararında açık hata "idare edilenin kolayca anlayabileceği kadar açık bir hata" olarak tarif edilmiş olması, Danıştay müstakar kararlarında bir mevzuat hükmünün yeknesak bir uygulamaya imkân veren bir açıklık taşımaması ve uygulayıcıların yorumlamalarına ihtiyaç göstermesi halinin açık hata olarak kabul edilmemesi hususları dikkate alındığında, idarî işlemin geri alınması için yeterli bir sebep olarak kabul edilemeyeceği" gerekçelerine (de) yer vererek, yerel mahkeme kararını bozmuştur¹¹³.

2. İkinci Örnek

a) Kişi, ziraat mühendisliği bölümünden mezundur, (...) Üniversitesi'nde teknisyen kadrosunda görev yapmaktadır. Teknisyen kadrosuna karşılık ek gösterge rakamı 2200 gösterge rakamından göreve başlatılması gerekirken; yanlışlıkla mezuniyet diploması dikkate alınarak (görev yapmadığı) mühendis kadrosuna karşılık ek gösterge rakamı 3600 ek göstergeden göreve başlatılmış; teknisyen kadrosunda görev yapan bu kişiye 2200 yerine, görev yapmadığı kadro göstergesi olan 3600 ek göstergeden maaş ödenmiştir.

b) Durumun fark edilmesi üzerine 3600 olan hatalı ek gösterge, 2200 olarak düzeltilmiş; 3600 ek gösterge üzerinden ödenen maaş miktarından, 2200 ek göstergeden ödenmesi gereken maaş miktarı çıkarılarak, kişiye ne kadar fazla ödeme yapıldığı tespit edilmiş; fazladan ödenen maaş kişi adına borç çıkarılarak durum kişiye bildirilmiş; kişi, adına borç çıkarılması işleminin iptali talebiyle idare mahkemesinde dava açmıştır.

Mahkeme özetle, "K:1973/14 sayılı Danıştay İBK kararında (...), hatalı ödemelerin ancak hatalı ödeme tarihinden itibaren altmış gün içinde geri istenebileceği, (...) 3600 ek göstergeden en son maaş ödemesinin yapıldığı tarihten

¹¹³ Danıştay Onüçüncü Dairesinin 14.05.2020 tarih, E:2020/1350, K:2020/987 sayılı kararı.

itibaren altmış günlük süre geçirildikten sonra tesis edilen fazla ödenen maaşın geri alınması işleminin hukuka aykırı olduğu”na karar vermiştir¹¹⁴.

3. Üçüncü Örnek

a) Bir banka, icra müdürlüğü nezdinde yaptığı alacak takibi kapsamında, yargı harcı ödemiş; daha sonra banka, aslında bu harçları ödememesi gerektiğini değerlendirerek, vergi dairesinden ödediği yargı harçlarının bankaya geri verilmesini istemiş; idare, bankanın ödediği harçları bankaya iade etmiştir.

b) Bilahare vergi idaresi tarafından konu incelenmiş; harçların bankaya iade edilmemesi gerektiği, mevzuata aykırı şekilde harç iadesi yapıldığı anlaşılmış; bu tespit üzerine bankaya iade edilen harç tutarının faizi ile birlikte geri ödenmesi bankadan istenmiştir.

c) Harcın geri ödenmesi işleminin iptali talebiyle banka tarafından vergi mahkemesinde dava açılmış; mahkeme, “*Danıştay İBK’nun K:1973/14 sayılı kararında idarenin yokluk, açık hata, gerçek dışı beyan veya hile hallerinde süre aranmaksızın hatalı ödediği meblağı her zaman geri alabileceği, bunun dışında kalan hallerde hatalı ödemelerin geri istenilmesinin hatalı ödemenin yapıldığı tarihten başlamak üzere dava açma süresi içinde olanaklı olduğu, dava açma süresinden sonra ödemenin geri istenilemeyeceği; bankaya iade edilen yargı harçlarının açık hata kapsamında değerlendirilemeyeceği, bankanın herhangi bir hilesinin veya gerçek dışı beyanının olmadığı, bu ödemelerin ancak dava açma süresi içerisinde geri istenebileceği, bu süre geçirildikten çok sonra ödemelerin yersiz yapıldığından bahisle tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı” gerekçesiyle davanın kabulüne ve işlemin iptaline karar vermiştir¹¹⁵.*

Konuyu temyizen inceleyen Danıştay, “*K: 1973/14 sayılı Danıştay İBK kararının hatalı intibak veya terfi işlemleri nedeniyle yapılan fazla ödemelerin iadesine ilişkin bir karar olduğu, (hatalı iade edilen harcın geri istenilmesine ilişkin) dava konusu işlemde bu İBK kararının uygulanamayacağı;*

¹¹⁴ Mersin İkinci İdare Mahkemesi’nin 08.03.2018 tarih, E:2017/1559, K:2018/297 sayılı kararı.

¹¹⁵ Kayseri Vergi Mahkemesi’nin 30.12.2014 tarih, E:2014/681, K:2014/1451 sayılı kararı.

(...) kanuna aykırı olarak yersiz ödeme yapıldığı; (...) işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı" gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur¹¹⁶.

4. Dördüncü Örnek

a) Kişi, (...) Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nin Endoskopi ve ERCP Ünitesi'nde görev yapmaktadır. Bölüm sorumlusu Doç. Dr. (...), bölümde görev yapan personele döner sermayeden ödenen ek ödemenin normal katsayı üzerinden değil de, normal katsayıya göre biraz daha yüksek olan "özellikli birimler katsayısı" üzerinden yapılması talebiyle hastane yönetimine başvurmuştur.

b) Başvuru sonrasında, bölüm çalışanlarına "özellikli birim" katsayısı üzerinden döner sermayeden ek ödemeler yapılmaya başlanmış; ardından hastane yönetimi Sağlık Bakanlığı'na bir yazı yazarak, bu "ünitenin normal katsayı üzerinden ek ödeme yapılacak bir birim mi olduğu, yoksa özellikli birim katsayısı üzerinden ek ödeme yapılacak bir birim mi olduğu" konusunda görüş talep etmiştir.

c) Sağlık Bakanlığı, "özellikli birim" katsayısı üzerinden ek ödeme yapılacak birimlerin Yönetmelik'te sayıldığını, bu birimin Yönetmelik'te sayılan özellikli birimlerden olmadığını, bu nedenle bu bölüm çalışanlarına özellikli birim katsayısı üzerinden döner sermayeden ek ödeme yapılmasının Yönetmeliğe aykırı olduğunu bildirmiştir.

d) Bunun üzerine kişiye normal katsayı üzerinden ödenmesi gereken ile özellikli birim katsayısı üzerinden ödenen döner sermaye ek ödemesi arasındaki fark hesap edilerek, kişi adına (...) TL tutarında fazladan ek ödeme yapıldığı tespit edilmiş; fazladan ödenen bu meblağın iadesi kişiden talep edilmiş; kişi, iadesi talep edilen bu meblağı hastane bütçesine ödedikten sonra, ödediği bu meblağın faizi ile birlikte hesaplanarak tekrar tarafına geri verilmesi talebiyle dava açmıştır.

İdare mahkemesi özetle, "K:1973/14 sayılı Danıştay İBK kararına göre (...) hatalı ödemelerin geri alınmasının, hatalı ödemenin yapıldığı tarihten başlamak üzere altmış gün içinde mümkün olduğu, altmış günlük süre geçtikten sonra ödemenin geri istenmesinin mümkün olamayacağı; (...) kişiye (...) en son

¹¹⁶ Danıştay Dokuzuncu Dairesi'nin 25.04.2019 tarih, E:2015/2239, K:2019/1830 sayılı kararı.

(...) yılı Şubat ayı içerisinde özellikli birim katsayısından ödeme yapıldığı, ek ödemenin iadesine yönelik borç bildirimininse son ödemeden itibaren altmış gün geçtikten sonra (...) yılı Ağustos ayında tesis edildiği, bu nedenle İBK kararı ile belirlenen ilkeler uyarınca, dava açma süresi geçtikten sonra ödemenin geri istenilmesinin hukuka aykırı olduğu"na karar vermiştir¹¹⁷.

5. Beşinci Örnek

a) (...) Belediyesi uhdesinde bulunan, millî mücadelenin ilk harp okulu binası olan, aynı zamanda korunması gerekli kültür varlığı olarak tescilli bulunan yapının belediye meclisi kararıyla (...) Kulübü Derneği'ne tahsisine; Dernekle protokol yapılması hususunda belediye başkanına ve encümenine yetki verilmesine karar verilmiş; dokuz ay sonra, (...) tarihinde alınan meclis kararıyla da Dernek lehine sınırlı aynî hak kurulmasına, intifa hakkı bedelinin belirlenmesi için belediye encümenine, intifa hakkı süresinin belirlenmesi ve protokol yapılması için ise belediye başkanına yetki verilmiştir.

b) Dernek ve Belediye arasında, Derneğe 25 yıl boyunca taşınmazı kullanma hakkı veren protokol imzalanmış; protokol devam etmekteyken, taşınmazın kullanım hakkının Derneğe hukuka aykırı şekilde devredildiğinden bahisle, 3,5 yıl sonra (...) ve (...) tarihli meclis kararlarının geri alınması, bu meclis kararlarına dayalı olarak yapılan bütün işlerin ve işlemlerin iptali için belediye başkanına yetki verilmesi konusunda yeni bir meclis kararı alınmıştır.

c) Dernek tarafından, 3,5 yıl sonra taşınmazın kullanım hakkının iptali yönünde alınan belediye meclisi kararının iptali talebiyle dava açılmış; yerel mahkeme özetle, "taşınmaz tahsis ve devrine ilişkin meclis kararlarının mevzuata aykırı olduğu, mevzuata aykırı meclis kararlarının kaldırılmasına yönelik belediye meclisi kararında hukuka aykırılık bulunmadığı" gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir¹¹⁸.

Temyiz safhasında Danıştay özetle, "K:1973/14 sayılı Danıştay İBK kararı (...) her ne kadar hatalı terfi ve intibaktan doğan para ödemelerinin geri

¹¹⁷ Antalya İkinci İdare Mahkemesinin 10.10.2017 tarih, E:2016/1476, K:2017/1191 sayılı kararı.

¹¹⁸ Ankara Onaltıncı İdare Mahkemesi'nin 29.11.2012 tarih, E:2012/46, K:2012/2222 sayılı kararı.

alınmasına ilişkin ise de, bu karar ile idarî işlemlerin geri alınmasında uyulması gereken temel ilkelerin ortaya konulduğu; (bu nedenle) anılan kararın tüm hatalı işlemlerin idarece geri alınmasında da dikkate alınması gerektiği” gerekçesini ilâve ederek kararı onamıştır.

6. Diğer Örnekler

Doçent unvanının, doçentlik başvuru koşullarını ikmal etmeksizin doçentliğe başvurduktan sonra kişiye verildiği, bu nedenle kişinin doçent unvanı hukuka aykırı olduğundan bahisle doçent unvanının geri alınmasına dair bir olayda¹¹⁹; yapı ruhsatının idarece iptaline ilişkin bir olayda¹²⁰; hem Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı hem de Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşı (çifte vatandaş) olan bir kişinin, yabancı uyruklu kontenjane yerleştirilmesinin hukuka aykırı olduğuna dair YÖK Başkanlığı yazısı sonrasında Tıp Fakültesi’ndeki (yabancı uyruklu) araştırma görevlisi kadrosundan ilişığının kesilmesine ilişkin bir olayda¹²¹; Emekli Sandığı Kanunu hükümlerinin hatalı uygulanması nedeniyle kurulan emekli sandığı ile ilişkilendirmenin daha sonradan geri alınmasına ilişkin bir davada¹²²; ormanlık saha kullanım izninde arazi tahsis bedelinin arazi metrekaresi ile birim fiyatın çarpımı olarak bulunacak bedel olması gerekirken, proje keşif bedelinin binde beşi üzerinden hesaplandığının anlaşılması üzerine, eksik tahsil edilen bedelin hesaplanarak geçmişe dönük fark bedel talep edilmesine ilişkin davada¹²³, yargının 1973 tarihli Danıştay İBK kararını ele alarak uyuşmazlıklar hakkında kararlar verdiği görülmüştür.

¹¹⁹ Danıştay Sekizinci Dairesinin 13.02.2020 tarih, E:2019/6495, K:2020/828 sayılı (*bozma*) kararı. Ankara Bölge İdare Mahkemesi Dördüncü İdarî Dava Dairesinin 11.09.2020 tarih, E:2020/1520, K:2020/1908 sayılı (*ısrar*) kararı.

¹²⁰ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Dördüncü İdare Dava Dairesinin 11.09.2020 tarih, E:2020/71, K:2020/997 sayılı kararı.

¹²¹ Ankara Bölge İdare Mahkemesi Dördüncü İdarî Dava Dairesinin 15.10.2020 tarih, E:2020/1757, K:2020/2528 sayılı kararı.

¹²² Ankara Onbeşinci İdare Mahkemesi’nin 14.03.2019 tarih, E:2018/1120, K:2019/401 sayılı kararı.

¹²³ Danıştay Sekizinci Dairesinin 18.12.2019 tarih, E:2015/3133, K:2019/12192 sayılı kararı.

E. 1973 TARİHLİ DANIŞTAY İBK KARARI HER DAVAYA UYGULANMAYACAĞI, BU HALDE HUKUKA AYKIRI İŞLEMİN GERİ ALINMASINDA İSTİKRARA MATUF SÜREYİ KİM, NASIL TESPİT EDECEKTİR?

İBK kararının mahiyetine, neden İBK kararı müessesesinin ihdas edildiğine, bir İBK kararının sadece bir konu ile mi yoksa her konu ile mi ilgili olduğuna ilişkin yukarıdaki açıklamalar ele alındığında; yargı pratiğinin, 1973 tarihli Danıştay İBK kararını hatalı uyguladığı sonucuna varılmaktadır.

Bu noktada akla “*mademki bir İBK kararı, sadece karara konu olan ihtilâflar için bağlayıcı, karara konu olmayan ihtilâflar bakımından bağlayıcı değil, bu halde hiçbir İBK kararına konu olmamış olan olaylarda istikrarın sağlanması mümkün olmayacak mıdır? İstikrarın sağlanmasına ilişkin süreyi kim belirleyecektir?*” soruları gelmektedir. Bize göre, bu süreyi kanun koyucunun belirlemesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, istikrara ilişkin süre belirleme yetkisi kanun koyucudadır. Şayet kanun koyucu bir süre belirlememişse, bu halde hukuka aykırı işlemin herhangi bir süre sınırı olmaksızın geri alınması mümkün hale gelmektedir. Zîra yargının, bir süre ihdas etme ve süre normu koyma yetkisi bulunmamaktadır.

Anayasa koyucu ve kanun koyucu, nasıl ki devlet faaliyetlerinde devletin diğer organlarına bir sınır tayin etmiş ise, aynı şekilde bir devlet faaliyeti olan yargılama faaliyeti bakımından da, yargıya bir sınır tayin edilmiştir¹²⁴. Zirâ hukuk devleti demek, sadece yasamanın hukuka bağlı olması veya sadece yürütmenin/idarenin hukuka bağlı olması anlamına gelmemektedir. Hukuk devletinden bahsedebilmek için, yargının da hukuka bağlı olması gerekmektedir¹²⁵. Dolayısıyla hukuk devleti, bütün devlet organlarının (hem yasamanın, hem yürütmenin/idarenin ve hem de yargının) hukuka bağlı olması halinde gerçekleşecek bir ideal durumu ifade etmektedir. Bu ideal durumu gerçekleştirebilmek için ise, bütün devlet organlarının (yasamanın, yürütmenin/idarenin ve yargının) faaliyet alanlarının açıkça belirlenmesi; bu organların, belirlenmiş

¹²⁴ ÖZDEMİR, Selman, “Yerindelik Yasağı Kuralının İdarî Yargı Bakımından İncelenmesi”, Adalet Dergisi, S. 60, Ocak 2018, s. 11. (Anılış: Yerindelik)

¹²⁵ GÖZLER, C. I, s. 123.

olan sınırlar dâhilinde faaliyetlerini yürütmeleri gerekmektedir¹²⁶. Dolayısıyla nasıl ki yasama veya yürütme/idare, yetkilerini aşacak biçimde tasarruflarda bulduklarında, hukuk devletinden uzaklaşmakta ise; aynı şekilde yargı da yetkisini aşacak biçimde bir tasarruflarda bulunduğu, yine hukuk devletinden uzaklaşmış olacaktır.

Bu bağlamda konu ele alındığında, yargının norm koyma mercî değil; konulmuş normlara göre hukuka uygunluk incelemesi yapma mercî olduğu görülmektedir. Uygulamada, muhtelif davalarda idarî işlemin geri alınmasına ilişkin sürenin takdirini mahkemelerin yaptığı; kimi uyuşmazlıklarda, sadece o uyuşmazlığa hâs sürelerin konulabildiği gözlemlenmektedir ki; bu durum kanaatimizce yargı yetkisinin sınırlarının dışına çıkıldığına işaret etmektedir¹²⁷.

İdarî işlemin geri alınması bakımından kanun koyucu belli bir süre öngörmüş veya öngörmemiş olabilir. Kanunda bir süre öngörülmüş ise, mevzuatı uygulamakla görevli olan yargının elbette kanundaki bu süreye riayet etmesi gerekmektedir.

Kanunda bir süre öngörülmemiş ise, kanun koyucu konumunda olmayan bir mercîin, işlemin geri alınmasını belli bir süre ile sınırlandırması mümkün müdür? Bu sorunun örnek bir kanun üzerinden ele alınması, konunun izahında yol gösterici olacaktır.

Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun¹²⁸ (TVK) 11'inci maddesinde, bir yabancı kişinin Türk vatandaşlığını kazanabilmek maksadı ile vatandaşlık başvurusunda bulunabilmesi için gerekli olan şartlar sayılmıştır. TVK'nın 31'inci maddesindeyse, "*Türk vatandaşlığını kazanma kararının; ilgilinin yalan beyanı veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden önemli hususları gizlemesi sonucunda vuku bulmuşsa, kararı veren makam tarafından iptal edileceği*" hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla Türk vatandaşlığına başvuran ve talebi kabul edilerek vatandaşlığa alınan kişinin, başvuru esnasında "yalan beyanda bulunması" yahut bazı önemli hususları "gizlemesi" neticesinde Türk vatandaşlığını iktisâb etmesi, bu durumun

¹²⁶ USLU, Ferhat, Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu, Ankara 2014, s. 162.

¹²⁷ ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 373.

¹²⁸ 12.06.2009 tarih ve 27256 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

daha sonra bir vesile ile tespit edilmesi halinde, kişinin vatandaşlığı kazanmasına dair idarî karar, idarece iptal edilecektir¹²⁹.

Peki, buradaki vatandaşlığın iptali, hangi süre içerisinde yapılacaktır? Bu iptalin bir süre sınırı var mıdır? Bu hususun değerlendirmesini bir simülasyon üzerinden yapmak mümkündür. TVK'nın 11/1-f maddesinde, vatandaşlığı kazanabilmek için "*Türkiye'de kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire veya mesleğe sahip olmak*" şartına yer verilmiştir. Kişinin 2000 yılında Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuruda bulunduğunu, gerçekte herhangi bir gelirinin veya mesleğinin olmamasına karşın gelire/mesleğe sahip olduğuna dair beyanda bulunduğunu ve beyan neticesinde 2000 yılında Türk vatandaşlığına kabul edildiğini varsayalım¹³⁰.

İdare, bu kişinin gelirsiz veya mesleksizken 2000 yılındaki başvuru esnasında yanlış beyanda bulunduğunu 20 yıl sonra, 2020 yılında tespit ederse (ve bu tespit esnasında 2020 yılında kişinin mesleğinin var olduğu ve gelir durumunun iyi olduğu görülürse), bu durumda 20 yıl sonra kişinin vatandaşlığı kazanma kararı iptal edebilecek midir? Bu sorunun cevabını bulabilmek için kanun koyucunun belli bir süre geçtikten sonra vatandaşlığın iptal edilip edilmeyeceğine dair açık veya zımnî bir iradesinin olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir¹³¹.

TVK'nın Hükümet Tasarısı metninin 31'inci maddesinin, "*1) Türk vatandaşlığını kazanma kararının; ilgilinin yalan beyanı veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden önemli hususları gizlemesi sonucunda vuku bulmuş ise, kararı veren makam tarafından iptal edilir. 2) İptal kararı, Türk vatandaşlığının kazanılmasından başlanarak on yıl geçtikten sonra verilemez*" şeklinde olduğu görülmektedir¹³².

Hükümetin teklif ettiği "tasarı metinde"; "idarenin, kişinin yalan beyanı veya belge-bilgi gizlemesi üzerine tesis ettiği vatandaşlık kazandırma işlemi, işlemin tesisinden (vatandaşlığın iktisâbından) itibaren

¹²⁹ ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 374.

¹³⁰ ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 374.

¹³¹ ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 374.

¹³² TBMM, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı ve İşçileri Komisyonu Raporu, s. 18, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf>, 30.03.2021.

10 yıl içinde iptal edebileceği, vatandaşlığın 10 yıllık süre içinde sonlandırılmasının mümkün olduğu” belirtilmiştir. Dolayısıyla Hükümet, Tasarıda teklif ettiği metin ile (kişinin yalan ve/veya bilgi-belge gizlemesi sonrasında) alınan vatandaşlığa kabule dair idarî işlemin geri alınmasına/ilgasına bir süre sınırı getirmeyi öngörmüştür. Fakat Tasarının görüşüldüğü İçişleri Komisyonu’nda, Tasarının 31’inci maddesinin, işlemin iptaline süre sınırı getiren 2’nci fıkrası teklif metninden çıkarılmıştır¹³³.

2’nci fıkranın Tasarıdan çıkarılmasının gerekçesi ise, *“Tasarının 31’inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, Türk vatandaşlığını iptal kararının vatandaşlığın kazanılmasından başlayarak on yıl geçtikten sonra verilemeyeceği yönündeki düzenlemenin, zaten işlemin baştan itibaren ‘yok’ hükmünde olduğu dikkate alınarak Tasarı metninden çıkarıldığı”* şeklinde açıklanmıştır¹³⁴. Bu gerekçeye göre, idareye yalan beyanda bulunarak veya idarenden bilgi-belge gizleyerek vatandaşlığa alınmaya dair bir işlem tesis edilmişse, bu işlem zaten en baştan itibaren yok hükmündedir. En baştan (kurulduğu günden) itibaren yok hükmünde olan bir işlem dolayısıyla kişi aslında hiçbir zaman vatandaş olmamıştır. Vatandaşlığın iptaliyse, şekli bir tespittir; inşaî değil, ihzarî bir işlemdir¹³⁵. Zira olmayan bir vatandaşlığın iptali teknik olarak mümkün değildir, sadece şeklen var olan işlem, yine şeklen iptal edilmektedir.

TBMM İçişleri Komisyonu’nun, hukuka aykırı şekilde edinilen vatandaşlık hukukî statüsünün hukuk düzenince herhangi bir süre sınırı olmaksızın korunmayacağı görüşünü benimsediği ve bu görüşün kanun koyucu tarafından da kabul edilerek vatandaşlığın iptali bakımından bir süre sınırı konulmadığı, hattâ Tasarıda mevcut olan süre sınırının tasarıdan çıkarılarak kanun metninin kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan; Kanun Tasarısının TBMM Genel Kurulu’nda görüşülmesi esnasında verilen bir önergeyle 31’inci maddeye *“İptal kararı, Türk vatandaşlığının kazanılmasından başlayarak on yıl geçtikten sonra veri-*

¹³³ TBMM, s. 12.

¹³⁴ TBMM, s. 13.

¹³⁵ ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 375.

lemez" şeklinde 2'nci bir fıkra eklenmesi önerilmiş; yapılan oylamada, önerge kabul edilmemiştir¹³⁶.

Buradan, TVK uygulaması bakımından kanun koyucunun iradesinin, yalan beyanda bulunmak ve/veya bilgi-belge gizlemek suretiyle işlem tesis ettirilmiş (yalan beyan ve/veya eksik bilgi-belge ile vatandaşlığın kazanılmasına dair karar alınmış) ise, bu durum ne zaman tespit edilirse edilsin, aradan ne kadar uzun süre geçerse geçsin, idarece işlem iptal edilebilecektir, işlem geri alınabilecektir sonucuna varılmaktadır¹³⁷.

TVK'nun konuya ilişkin bir diğer maddesi ise "Vatandaşlık Kararlarının Geri Alınması" başlığını taşıyan 40'inci maddesidir. Maddede "Türk vatandaşlığının kazanılması veya kaybına ilişkin kararlar, hukukî şartlar oluşmadan veya mükerrer olarak verildiği sonradan anlaşıldığı takdirde geri alınır" hükmüne yer verilmiştir. Madde gereği, gerek vatandaşlığın kazanılmasına, gerekse kaybedilmesine dair işlem hukukî şartlar oluşmadan tesis edilmiş yahut mükerrer tesis edilmiş ise, idarece geri alınacaktır. Dikkat edileceği üzere kanun metninde "geri alınabilir" ibaresi değil, "geri alınır" ibaresi kullanılmıştır. Dolayısıyla kanun koyucu geri alma idareye bir takdir yetkisi vermemiş; idare bağlı yetkili kılınmıştır¹³⁸

Canyaş, vatandaşlığın kazanılmasına dair işlemin yararlandırıcı, hak sağlayan bir işlem olduğunu ve bu nedenle, hukukî şartlar sağlanmadığı hâlde vatandaşlığın kişiye kazandırıldığı tarihten itibaren dava açma süresi olan 60 günlük süre içerisinde işlemin geri alınabileceğini, bu süre geçtikten sonra işlemin geri alınamayacağını ifade etmektedir¹³⁹. Güner de, vatandaşlığın geri alınması işleminin dava açma süresi içerisinde tesis edilebileceğini, dava açma süresi geçtikten sonra işlemin geri alınamayacağını ifade etmektedir¹⁴⁰.

¹³⁶ TBMM, Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C. 45, Dönem 23, 95'inci Birleşim, 8'inci Oturum, Ankara 2009, s. 780.

¹³⁷ ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 376.

¹³⁸ ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 376.

¹³⁹ CANYAŞ, Aslı Bayata, "Hukukî Şartlar Oluşmadan Verilmiş Olan Türk Vatandaşlığını Kazanma Kararının Geri Alınmasında Süre Sorunu", TBB, Y. 2014, S. 114, s. 355.

¹⁴⁰ GÜNER, Cemil, "Türk Vatandaşlığının Kazanılması Ve Kaybı Kararlarının Geri Alınması", Public and Private International Law Bulletin, Prof.Dr. Yücel Sayman'a Armağan, C. 37, S. 2, Y. 2017, s. 396.

Lâkin dava açma süresi içerisinde geri alınabilecek olan işlemlerin hangi işlemler olduğu ve bunun şartlarının ne olduğu, yukarıda her bir İBK kararı özelinde ayrı ayrı açıklanmıştır. Hukuka aykırı vatandaşlığa alınma işleminin dava açma süresi olan 60 gün içinde geri alınabileceği konusunda bir İBK kararı bulunmamaktadır. Kezâ Kanun, idareye hukuka aykırı işlemi 60 gün içerisinde geri alma görevi ve yetkisi vermemiştir. Aksine her hangi bir süre sınırı koymadan ve bağlı yetkili kılınarak hukuka aykırı işlemin geri alınması görevi verilmiştir. Mevzuatta yer almayan bir süreyi uygulayıcının mevzuat koyucu yerine geçerek getirmesinin, yargı yetkisinin sınırlarının aşılması olacağı değerlendirilmektedir¹⁴¹.

Öte yandan; Kanun Tasarısının TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmesi esnasında verilen bir önerge ile 40'ıncı maddenin kanun metninden çıkarılması teklif edilmiş; teklif, Genel Kurul tarafından reddedilmiştir. Kezâ 31'inci maddeye 2'nci bir fıkra eklenerek, "vatandaşlığa alınmanın iptalinin 10 yıllık süre içerisinde yapılması" teklif edilmiş, bu teklif de TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilmemiştir. Dolayısıyla kanun koyucu işlemin iptali veya geri alınması için 60 gün, 1 yıl, 5 yıl, 10 yıl gibi bir süre sınırı getirmemiş, hukuka aykırı işlemin TVK uygulamasında her zaman geri alınmasını öngörmüştür. Böyle bir durumda kanun koyucu olmayan mercilerin süreye dair hüküm ihdas ederek, işlemin geri alınmasını süreyle sınırlamasının, işlemin hukuka uygunluğunu kanuna göre değil, kendi koyduğu kurala göre yapması anlamına gelir ki, bu şekilde bir yargılama usûlünün mevcut olmadığı izahıtan varestedir¹⁴².

Bir norma ilişkin istisna hükmü getirme yetkisi "yorumcuya" veya "uygulayıcıya değil"; kural/norm koyma yetkisini haiz olan makama aittir¹⁴³. Yorumcu/Uygulayıcı, bir işlemin hukuka uygunluğunu norm koyan merciin koyduğu norma göre yapmakla mükelleftir. Yargının veya idarenin; yorum yoluyla kurala istisna getirme ve mevzuat koyu-

¹⁴¹ ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 378.

¹⁴² ÖZDEMİR, İmar-İdare, s. 378.

¹⁴³ GÖZLER, Kemal, "Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir Mi?", Terazi Hukuk Dergisi, Y. 7, S. 66, Şubat 2012, (Anılış: Şubat 2012), s. 39.

cunun yapmak istemediği bir şeyi yapma yetkisi bulunmamaktadır. Kimse “bir takım ihtiyaçlardan bahsederek”, “böyle olursa daha iyi olur diyerek” mevzuat koyucunun getirmedeği bir istisna hükmünü getirme yetkisini haiz değildir¹⁴⁴. Zîra istisna, kaidenin kapsamını değiştirdiği için, genel kuralın değiştirilmesi anlamına gelir ki; genel kuralı değiştirme yetkisi de yorumcuda yahut uygulayıcıda değil, kaide koyma yetkisine sahip olan makamdadır¹⁴⁵.

Bu itibarla; şayet kanunda “hukuka aykırı” işlemin belli bir süre içerisinde geri alınacağına ilişkin açık yahut zımnî bir hüküm bulunmaktaysa yargının, bu işlemin kanunda belirtilen sürede geri alınıp alınmadığını incelemesi, kanunda belirtilen süreden sonra hukuka aykırı işlem geri alınmışsa bu işlemin iptaline karar vermesi gerekmektedir. Ancak kanunda “hukuka aykırı” işlemin geri alınmasında herhangi bir süre sınırına yer verilmemişse, kezâ ihtilâfın konusu yukarıda sayılan İBK kararları konusu kapsamında değilse, hukuka aykırı işlemin süre sınırı olmaksızın statünün devam ettiği müddet kapsamında idarece her zaman geri alınmasının mümkün olduğu değerlendirilmektedir. Zîra bu hallerde kanun koyucunun, hukuka aykırı şekilde statü elde eden yahut menfaat edinen kişinin şahsî durumuna ilişkin istikrarın korunmamasını öngördüğü, bunda kamu yararı gördüğü sonucuna varılmaktadır.

Diğer taraftan; bir idarî usûl kanunu ile sorunun çözülmesi belki pratik görülebilir. Ancak çok geniş sahayı kapsayan idarî faaliyetlerle ilgili standart bir geri alma süresinin, bir kanunla getirilmesinin idarî işleyiş bakımından mahzurlar ortaya çıkarması da mümkündür. Çünkü bir işyeri açma çalışma ruhsatının hukuka aykırı olup olmadığının tespiti ile bir orman köylülerini kalkındırma fon bedelinin iadesinin hukuka aykırı olup olmadığının tespiti, birbiriyle eşdeğer zorluğa sahip değildir. Bu bakımdan, özel kanunlarda geri alma süresinin kanun koyucu tarafından her bir kanun bakımından ayrıca o kanuna derc edilmesiyle geri alma konusuna çeki düzen verilmesi mümkündür. Fakat neticede, kanuna yazılmadığı müddetçe, yargının geri almayı süre ile sınırlandırmasının yukarıda izah edilen sebeplerle mümkün olmadığı, yargının bu

¹⁴⁴ GÖZLER, Şubat 2012, s. 39.

¹⁴⁵ GÖZLER, Şubat 2012, s. 39.

hareket tarzının hukuka uygunluk denetimi yetkisinin aşılması bakımından tartışma ortaya çıkardığı bir vakıadır; zîra yargının geri alma uygulamasının da bir standardı ve yeknesaklığı bulunmamaktadır.

Sorunun esas çözümününse, ilgili kamu görevlilerinin hukuka aykırı işlem tesis etmemelerinden geçtiği değerlendirilmektedir. Kamu görevlilerinin hukuka aykırı işlem tesis etmelerinin önüne geçici, önleyici, daha işlem icraya konulmadan o işlemin hukuka uygun olup olmadığının incelendiği bir mekanizmanın kurulmasının, hukuka aykırı işlemlerin ortaya çıkmasına ve bu bağlamda bu işlemlerin daha sonra geri alınmalarının önlenmesine katkı sunacağı değerlendirilmektedir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bir kamu idaresinden hukuka uygun işlemler tesis etmesi, hukuka uygun kararlar alması beklenmektedir. Zîra kamu idarelerin hukuka uygun hareket etmeleri, hukuk devletinin bir gereğidir. Kamu idareleri hukuka uygun hareket etmediği sürece, Anayasa'da devletin nitelikleri arasında "hukuk devleti"nin yazılı olmasının, pratikte herhangi bir faydası olmayacaktır.

Hukuka uygunluk karinesi adı verilen, idarî işlemin hukuk düzeyinde kaldığı sürece hukuka uygun addedilmesi durumuna¹⁴⁶ istinaden, tesis edilen işlem yürürlükte kaldığı müddetçe muhatapları bakımından bazı sonuçlar doğurmaktadır. Ancak, gerek işlemi tesis eden merci veya bu merciinin üstü konumundaki merciler tarafından daha sonraki tarihte yapılan inceleme sonucunda, gerek teftiş ve denetim sonrasında, gerekse mahkemeler tarafından yapılan incelemeler sonucunda, idarî işlemlerin hukuka uygun olmadıkları da ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda hukuka uygun olmayan işlemlerin geri alınmasıyla karşılaşabilmektedir.

Bu çalışmada, idarî işlemlerin yürürlüklerinin "idare" tarafından sona erdirilmesi hallerinden olan geri alma sonrasında, geri almayla ilgili İBK kararlarının yargı tarafından uygulanışı incelenmeye çalışılmıştır. Konu, herhangi bir İBK kararının hangi davalarda bağlayıcı ola-

¹⁴⁶ UÇAR, İsmail, "İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi", GÜHFD, Y. 2016, C. 20, S. 3, s. 333.

rak değerlendirilebileceği, hangi davalarda bağlayıcı olarak değerlendirilemeyeceği noktasında toplanmıştır.

Bu kapsamda içtihat kavramı, içtihadı birleştirme kavramı ve İBK kararlarının bağlayıcılık durumları ayrı ayrı değerlendirilmiştir. İdarî yargının İBK kararını uygularken, İBK kararına konu maddî olayla görülmekte olan davadaki maddî olayın muhteviyatına kimi zaman dikkat ettiği, kimi zaman dikkat etmediği anlaşılmıştır. İdarî yargı pratiğinin olaya ilişkin mevzuat ve uyuşmazlığın maddî konusuyla doğrudan ilgili olmayan İBK kararlarını esas alarak uyuşmazlıklar hakkında karar verme çabası içerisinde olmasının (idarî usûl kanunun olmaması gibi) farklı saikleri elbette olabilir, ancak bu saiklerin neler olabileceği hususu, bu çalışmanın dışında tutulmuştur.

İdarî usûle ilişkin bir kanununun gerekliliği, böyle bir kanunun olmaması başka bir konu; idare hukukunun içtihadî niteliğinin bulunması bir başka konu; bir konu hakkında verilmiş olan İBK kararının herhangi bir davada ele alınma ve uygulanma şekliyse daha başka bir konudur. Bu çalışmada incelenmeye çalışılan husus, bir konu hakkında verilmiş olan İBK kararının herhangi bir davada ele alınması ve uygulanmasına ilişkin pratiklerdir. İdarî işlemin geri alınmasıyla ilgili olarak sadece bir adet İBK kararının bulunmadığı, bu konuda birden fazla sayıda İBK kararının mevcut olduğu bir vakiadır. Aksi düşünceler olabileceğini kabul etmekle birlikte, bize göre bir İBK kararının bir davada “bağlayıcı” olarak addedilebilmesi için bazı şartlar bulunmaktadır. Bu şartlar mevcut değilse, bir konu hakkında verilmiş olan İBK karardan başka konuyla ilgili davada esinlenilebilir, İBK kararındaki açıklamalardan başka davada faydalanılabilir; ancak İBK kararının, başka konuyla ilgili dava bakımından “bağlayıcı” olarak görülemeyeceği değerlendirilmektedir. Sadece bir konuyla ilgili olan İBK kararını, kararın kapsamına girmeyen başka olaylar bakımından da “bağlayıcı” kabul etmenin, İBK kararı müessesesinin getiriliş amacına aykırı olduğu gibi, yargı yetkisi sınırlarının aşılarak yargının kanun koyucu yetki alanına girmesi durumunu ortaya çıkardığı düşünülmektedir.

KAYNAKLAR

- ADAL, Erhan, Hukukun Temel Kavramları, İstanbul 1985.
- AKYOL, Taha, Atatürk'ün İhtilâl Hukuku, İstanbul 2016.
- ALTINDAĞ, Halil, "İdarî İşlemin Geri Alınması Sebebi Olarak Açık Hata", GÜHFD, Y. 2016, C. 20, s. 81-98.
- ARSLAN, Ahmet/TUNCAY, Dünder, Danıştay İçtihadları Birleştirme Kurulu Kararları, Ankara 2002.
- BASTIK, Serdar, Kamu İhalelerinde İdarî Başvurular, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Uzmanlık Yeterlilik Tezi, Ankara 2011.
- BERKİ, Ali Himmet, Hukuk Mantığı ve Tefsir, Türkiye Adalet Akademisi Yayını, Ankara 2018.
- BİLGİN, Arif, "Anayasa Düzenimizde Tevhidi İçtihat Müessesesinin Yaşama Şansı", İstanbul Barosu Dergisi, Y. 1972, C. 27, S. 3, s. 592-597.
- BOZ, Selman Sacit, "Yargı Kararları Işığında Müesses Durum", DEÜHFD, Y. 2018, C. 20, S. 2, s. 127-157.
- BÜLBÜL, Erdoğan, İdarî İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, İstanbul, 2010.
- CANYAŞ, Aslı Bayata, "Hukukî Şartlar Oluşmadan Verilmiş Olan Türk Vatandaşlığını Kazanma Kararının Geri Alınmasında Süre Sorunu", TBBD, Y. 2014, S. 114, s. 347-360.
- ÇINARLI, Serkan/AZAK, Kerim, "Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki Aykırılık veya Uyuşmazlığın Giderilmesi Meselesi", NKÜHFD, Y. 2020, S. 2, s. 1-26.
- DERİN, Cem/COŞKUN, Burak, "Kamu Denetçiliği Kurumunun Tavsiye Kararı Üzerine Disiplin Cezasının Geri Alınması", Ombudsman Akademik Dergisi, Y. 2017, S. 7, s. 173-195.
- DEVELLİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara 2007.
- DEYNEKLİ, Adnan, "Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Önemli Usûl Hükümleri", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, C. 2, S. 2, s. 45-99.

DURAN, Lütfi, "Danıştay'ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması", AÜSBFD, Y. 1972, C. 27, S. 3, s. 419-441.

DURSUN, Selman, "İdarî İşlemlerin Geri Alınması, Kaldırılması, Değiştirilmesi ve Düzeltmesi", A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara 2005, s. 99-109.

EKİNCİ, Hakan, "Türk Vergi Hukukunda Yargı Kararlarının Kaynak Niteliği", Vergi Raporu, S. 77, Temmuz-Ağustos-Eylül 2005, s. 65-70.

FEYZİOĞLU, Turan, "Lazimülicra Karar, Müktesep Hak, Avukatlık Stajı Hakkında Bir Danıştay Kararı", AÜSBFD, Y. 1947, C. 2, S. 3, s. 425-430.

GEDİK, Fırat/KOÇ, Emel, "Hüküm Kurma ve İçtihat", ABD, Y. 67, S. 2, Bahar-2009, s. 157-163.

GÖZLER, Kemâl, Hukuka Giriş, Bursa, 1998. (Anılış: Hukuka).

GÖZLER, Kemâl, İdare Hukuku C. I, Bursa, 2009. (Anılış: C. I).

GÖZLER, Kemal, "Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün Görev Süresi Ne Kadardır ve Bu Görev Süresi Kanunla Belirlenebilir mi?", Terazi Hukuk Dergisi, Y. 7, S. 66, Şubat 2012, s. 36-50. (Anılış: Şubat 2012).

GÜNDÜZ, F. Ebru, "Disiplin Cezalarının Geri Alınması", AHBVÜHFD, Y. 2016, C. 20, S. 1, s. 411-424.

GÜNER, Cemil, "Türk Vatandaşlığının Kazanılması ve Kaybı Kararlarının Geri Alınması", Public and Private International Law Bulletin, Prof.Dr. Yücel Sayman'a Armağan, Y. 2017, C. 37, S. 2, s. 376-407.

GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Ankara, 2005.

HSYK, "Hukukî Müzâkere Toplantıları - Danıştay 5.Daire Konuları", 21-24 Kasım 2013, Samsun, <http://hmt.hsyk.gov.tr/toplantilar/2013/idari-yargi/guz/samsun/raporlar/d5.pdf>, e.t.06.09.2014.

İŞIKLAR, Celâl, "İdarî Yargıda İçtihatların Birleştirilmesinin Hâl ve Şartları", TAAD, Y. 4, S. 14, Temmuz 2014, s. 467-500.

İNAN, Atilla, "İdarî Mercilerce Verilen İhalelere Katılma Yasaklarının Kaldırılması", İller ve Belediyeler Dergisi, S. 721, Mayıs 2008, s. 29-30.

KANAR, Mehmet, Osmanlı Türkçesi Sözlüğü, İstanbul 2009.

KARAGÖZOĞLU, H. Fevzi, Danıştay'da Dava Nasıl Açılır?, Ankara 1979.

KAYHAN, Fahrettin, "Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının Ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü", TBBD, Y. 1999, S. 2, s. 341-363.

KOÇBERBER, Seyit, "Kamu Zararı Kavramı Üzerine Yargı Kurumları Arasındaki Hüküm Uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesinin Rolü Ve Önemi", Sayıştay Dergisi, S. 97, Nisan-Haziran 2015, s. 55-75.

KÖKÜSARI, İsmail, "Osmanlı-Türk Anayasal Tarihinde Yasama Yorumu ve Uygulaması", AÜHFD, C. 67, S. 4, 2018, s. 807-855.

KURU, Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2007.

ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları C.I, İstanbul 1966.

ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları C.III, İstanbul 1966.

ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 2004.

ÖZDEMİR, Selman, "Yerindelik Yasağı Kuralının İdarî Yargı Bakımından İncelenmesi", Adalet Dergisi, S. 60, Ocak 2018, s. 9-50. (Anılış: Yerindelik).

ÖZDEMİR, Selman, İmar İdare Hukukunda Kazanılmış Hak, Ankara 2019. (Anılış: İmar-İdare).

ÖZDEMİR, Selman, "İdarî İstikrar Kavramının Kullanımı Üzerine Bir Değerlendirme", TİD, Y. 91, S. 488, Haziran-2019, s. 395-433. (Anılış: İdarî).

ÖZYÖRÜK, Mukbil, Hukuka Giriş, Ankara 1959.

RAHMAN, Fazlur, "Faiz ve Riba", Marife Dergisi, (Çev. Hakan Şahin) C. 20, S. 1, Yaz 2020, s. 307-335.

TAN, Turgut, İdarî İşlemin Geri Alınması, Ankara 1970. (Anılış: İdarî).

TAN, Turgut, “İtalyan İdare Hukukunda İdarî İşlemin Geri Alınması”, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Ankara 1974, s. 537-564. (Anılış: İtalyan).

TBMM, Şûrayı Devlet Kanunu, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanun/tbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400669.pdf, 1925, e.t.23.06.2020.

TBMM, 834 Sayılı Mahkeme-i Temyiz Teşkilâtının Tevsiine Dair Kanun, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanun/tbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400834.pdf, 1926, e.t. 27.01.2021.

TBMM, Şurayı Devlet Kanununun Bazı Maddelerinin Tadiline Ve Tayyına ve Kanuna İlâve Edilecek Bazı Maddelere Dair Kanun, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/1862.pdf>, 1931, e.t. 23.06.2020.

TBMM, 1127 Sayılı 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 237’nci Maddesi İle 238’nci Maddesinin 4’üncü Fıkrasının Uygulanmamasına Dair Kanun, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanun/tbmmc052/kanuntbmmc052/kanuntbmmc05201127.pdf, e.t. 26.01.2021.

TBMM, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı ve İçişleri Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf>, e.t. 30.03.2021.

TBMM, Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C. 45, Dönem 23, 95’inci Birleşim, 8’inci Oturum, TBMM Basımevi, Ankara, 2009.

TOSUN, Öztekin, “Temyiz Kararlarına Karşı Kanun Yolları”, İÜHFİM, Y. 1973, C. 38, S. 1-4, s. 177-205.

TUNCAY, Aydın H./ÖZDEŞ, Orhan/BAŞPINAR, Recep, “İdarî Yargılama”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968, s. 598-729.

UÇAR, İsmail, “İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi”, GÜHFD, Y. 2016, C. 20, S. 3, s. 331-373.

ULER, Yıldırım, İdarî Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970.

ULUKAPI, Ömer, *Medenî Usûl Hukuku*, Konya 2014.

USLU, Ferhat, *Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu*, Ankara 2014.

ÜSTÜN, Gül, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme”, *MÜHFHAD*, Y. 2016, C. 22, S. 2, s. 13-38.

THÉRÉSE VIEL, Marie, “İdarî Başvuru ve İdarî Yargı Birleşimi”, (Çev. Lale Burcu Önüt), *DEÜHFD*, Y. 2012, C. 14, S. 1, s. 67-78.

YILMAZ, Dilşat, “Alman İdarî Usûl Hukuku’nda İdarî İşlemin İdare Tarafından Hükümsüz Kılınması”, *GÜHFD*, Y. 2011, C. 15, S. 2, 2011, s. 253-272.

Anayasa Mahkemesi Kararları: www.anayasa.gov.tr

Danıştay ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararları: www.resmigazete.gov.tr

İdare Mahkemesi, Vergi Mahkemesi, Danıştay Kararları: UYAP Bilgi Sistemleri.

YILMAZ, Dilşat, “Alman İdarî Usûl Hukuku’nda İdarî İşlemin İdare Tarafından Hükümsüz Kılınması”, *GÜHFD*, Y. 2011, C. 15, S. 2, s. 253- 272.

Anayasa Mahkemesi Kararları: www.anayasa.gov.tr

Danıştay ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararları: www.resmigazete.gov.tr

İdare Mahkemesi, Vergi Mahkemesi, Danıştay Kararları: UYAP Bilgi Sistemleri.

10 YILA YAKLAŞAN GEÇİCİ KORUMADA GEÇİCİLİĞİN SONU VE KALICI ÇÖZÜMLER

Dr. Gökçe ARIKAN*

Öz

Türk yabancılar hukukunda 28.04.2011 tarihinden itibaren kitlesel olarak sınırlarımıza gelenlerin başlangıçta geçici oldukları ve geri dönecekleri düşüncesiyle bir süre sınırı öngörülmezsizin uygulanan ve 10 yıla yaklaşan geçici koruma, uluslararası korumaya alternatif haline gelmiştir. Oysa geçici korumanın uzun sürmesi durumunda kalıcı çözümlerin uygulaması gerekir. Geçici korunanlara yönelik gönüllü geri dönüş, üçüncü ülkeye yerleştirme ve yerel entegrasyon kalıcı çözümlerinin incelendiği çalışmamızda kalıcı çözümlerinin birleşiminden oluşan bir program izlenilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Kalıcı çözümlerden gönüllü geri dönüş ve üçüncü ülkeye yerleştirme sınırlı sayıda geçici korunan için uygulanabilir olduğundan, Türkiye açısından yerel entegrasyon kalıcı çözümüne ağırlık verilmesi gerekmektedir. Yerel entegrasyon bağlamında öncelikle geçici koruma uygulamasına son verilerek, uluslararası koruma statülerine geçiş imkânını sağlanmalı ve nihayetinde vatandaşlık verilmesi imkânı değerlendirilmelidir.

Anahtar Kelimeler

Geçici Koruma • Kalıcı Çözümler • Gönüllü Geri Dönüş • Yeniden Yerleştirme
• Vatandaşlık

* Dr., Avukat, İstanbul, Türkiye | Dr., Lawyer, Istanbul, Turkey.

✉ gokce.arikan@gmail.com • ORCID 0000-0002-0883-1795

🔍 **Atıf Şekli** | Cite As: ARIKAN Gökçe, "10 Yıla Yaklaşan Geçici Korumada Geçiciliğin Sonu ve Kalıcı Çözümler", *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 1435-1475.

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

APPROACHING 10 YEARS: TOWARDS THE END OF TEMPORARY PROTECTION AND DURABLE SOLUTIONS

Abstract

Temporary protection, which has been applied in the Turkish law of foreigners since 28 April 2011 without a time limit based on the idea that those who come to our borders are initially temporary and will return, and which is approaching its 10th year, has become an alternative to international protection. However, in case temporary protection lasts long, durable solutions must be applied. In our study, which examines voluntary repatriation, resettlement and local integration durable solutions for temporarily protected persons, it is concluded that a program consisting of a combination of durable solutions should be followed. Durable solutions of voluntary repatriation and resettlement is applicable to a limited number of those persons, Turkey should give weight to the durable solution of local integration. As a part of local integration, the temporary protection application should be terminated, the possibility of transition to international protection status should be provided and finally the possibility of naturalization should be evaluated.

Key Words

Temporary Protection • Durable Solutions • Voluntary Repatriation • Resettlement • Naturalization

GİRİŞ

Türk yabancılar hukuku'nda ilk kez, 28.04.2011 tarihinden itibaren Suriye'de meydana gelen olaylar sebebiyle Suriye'den kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye vatandaşları ile vatansızlar için uygulanan, "geçici koruma"; ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen ve uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınamayan yabancılara sağlanan korumadır (Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu¹ (YUKK) mad. 91/1- Geçici Koruma Yönetmeliği² (GKY) mad. 3/1/f). Temel insan haklarının ihlal edilmesi tehlikesi karşısında, kitlelerin buldukları ülkeden ayrılmaya zorlanmaları ve

¹ R.G. T. 11.04.2013, S. 28615.

² R.G. T. 22.10.2014, S. 29153.

geri dönememeleri; sığınma ülkesinde uzun süre kalma ya da yerleşme ve çalışma gibi amaçlarla değil, acil koruma ihtiyacı sebebine dayalı olarak gerçekleşmektedir³.

Geçici koruma ifadesinin kullanılmadığı fakat kitlesel akın hâlinde alınacak önlemler ve yapılacak düzenlemeleri içeren "14.09.1994 tarih ve 94/6169 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar İle Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" her ne kadar 22.10.2014 tarihinde yürürlükten kaldırılmışsa da (GKY mad. 61); Türkiye, Suriyelilere sınırlarını açık tutarak ve ülkede kalmalarına izin vererek ilgili Yönetmeliği, GKY yürürlüğe girmeden önce de uygulamamıştır.

28.04.2011 tarihinden itibaren Suriye'de meydana gelen olaylar sebebiyle Suriye'den kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye vatandaşları ile vatansızlar için açık sınır politikası, geri göndermeme, kalma süresinin sınırlanmaması ve kamplarda insani yardımın sağlanması ilkeleri çerçevesinde sağlanan "geçici koruma" uygulamasında (GKY Geçici mad. 1/1), 10 yıla yaklaşan ve aslında geçiciliğin kalıcı hale geldiği bir durum söz konusudur.

Bu çalışmanın amacı 10 yıla yaklaşan geçici koruma uygulamasının sona erdirilerek geçici korunanlara kalıcı çözümler sağlanması gerekliliğine dikkat çekmektir. Bu bağlamda öncelikle, ilk kısımda Türk yabancılar hukukunda geçici koruma süresinin belirlenmemiş olması sorununa değinilmekte, ikinci kısımda geçici korumanın uluslararası korumaya alternatif haline gelmesi, üçüncü kısımda kalıcı çözümlerin öncüsü kabul edilen "self-reliance" kavramı ele alınarak geçici korunanların kendi kendilerine yetebilir hale gelmesi için iş piyasasına erişimlerinin iyileştirilmesi ve son kısımda da geçici korunanlara yönelik kalıcı çözümlerden, menşe ülkesine gönüllü geri dönüş, üçüncü bir ülkeye yeniden yerleştirilme ve sığınma ülkesinde yerel entegrasyon çözümleri ele alınmaktadır.

³ ASAR Aydoğan, Göç Yönetimi, 2. Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016, s. 190.

I. TÜRK YABANCILAR HUKUKU'NDA GEÇİCİ KORUMA SÜRESİNİN BELİRLENMEMİŞ OLMASI SORUNU

Kitlesel bir akın durumunda devletlerin, geri göndermeme ilkesine uygun olarak sığınma arayanları ülkeye kabul ederek sağladıkları geçici koruma⁴ ile adından da anlaşılacağı gibi geçici süreli bir koruma amaçlanmaktadır⁵. Zira geçici koruma rejimi, ev sahibi devletlerin kitlesel bir akın durumunda, söz konusu durumun acilliği ve karmaşıklığı karşısında gerekli önlemleri almak üzere öngörülen bir geçiş rejimidir⁶. Geri dönüş odaklı olan ve uzun süreli olmayan⁷ geçici korumanın kalıcı bir göçe neden olmaması için⁸ zamanla sınırlı olması gerekmektedir⁹.

Birleşmiş Milletler Mülteci Yüksek Komiserliği (BMMYK) de kalıcı çözümlere geçişin başlayacağı zamanın belirlenmesi açısından, geçici koruma için bir süre sınırı belirlenmesini tavsiye ederek; söz konusu sürenin en fazla 5 yıl olmasını öngörmektedir¹⁰. Zira sığınma arayanların menşe ülkelerinden uzakta geçirdikleri süre uzadıkça, kalıcı çözüm

⁴ UNHCR EXECUTIVE COMMITTEE(EXCOM), Protection of Asylum-Seekers in Situations of Large-Scale Influx, No: 22, 32nd session, 12A (A/36/12/Add.1), 21 October 1981, <https://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c6e10/protection-asylum-seekers-situations-large-scale-influx.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

⁵ UNHCR, Roundtable on Temporary Protection International Institute of Humanitarian Law, San Remo, Italy, 19–20 July 2012, paragraf 19, <https://www.unhcr.org/506d8662c.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

⁶ ZENGİNKUZUCU, Dikran M., “Türkiye’de Geçici Koruma Rejiminin Uluslararası Ölçütler Çerçevesinde Bir Değerlendirmesi”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, S. 1, Aralık 2018, s. 58.

⁷ UNHCR, Temporary Protection, s. 4.

⁸ UNHCR, Temporary Protection, s. 8.

⁹ Geçici korumanın belirsiz bir periyotta olmasının uygun olmadığına ilişkin bkz., İNELİ-CİĞER, Meltem, “Uluslararası Hukuka Uygun Geçici Koruma Rejiminin Unsurları Üzerine”, Göç Araştırmaları Dergisi C. 2, S. 3, 2016, s. 80; YILMAZ Sibel, Kitlesel Akın (Sığınma) Durumunda Geçici Koruma Rejimi ve Asgari Muamele Standardı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, s. 142; ERDEM, B. Bahadır, “Geçici Koruma Statüsündeki Suriyelilerin Sosyal, Siyasi ve Vatandaşlık Hukuku Bakımından Türkiye’deki Durumları”, Public and Private International Law Bulletin, C. 37, S. 2 (2017), s. 348; Aksi yönde bkz., EKŞİ, Nuray, “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 6, 2014, s. 83.

¹⁰ UNHCR, Temporary Protection, s. 7.

bulunması çok daha güçleşmektedir¹¹. Avrupa Birliği (AB) Sığınma Hukuku'nda ise geçici korumanın süresi kural olarak bir yıldır ve bu süre altı aylık dönemler şeklinde en fazla bir yıl uzatılabilir (2001/55/EC sayılı Yönerge¹² mad. 4/1). Ayrıca geçici korumaya ilişkin nedenlerin devam etmesi hâlinde AB Konseyi, bir üye devlet tarafından herhangi bir talebi de inceleyen AB Komisyonu'nun önerisi üzerine nitelikli çoğunlukla geçici korumanın bir yıla kadar daha uzatılmasına karar verebilir (2001/55/EC sayılı Yönerge mad. 4/2). Dolayısıyla AB Sığınma Hukuku'nda geçici koruma süresinin en fazla üç yıl olması düzenlenmiştir. Geçici koruma, maksimum süreye ulaşıldığında ya da herhangi bir zamanda AB Komisyonu'nun teklifi üzerine AB Konseyi tarafından nitelikli çoğunluk ile alınan bir kararla sona erer (2001/55/EC sayılı Yönerge mad. 6/1).

Türk yabancılar hukukunda ise 28.04.2011 tarihinden itibaren kitlesel olarak sınırlarımıza gelenlerin başlangıçta geçici oldukları ve geri dönecekleri düşüncesiyle bir süre sınırı öngörülmezsizin uygulanan geçici koruma uygulamasının 10 yıla yaklaşması, geçici korumanın istisnai ve pragmatik bir araç kullanılması gerektiği anlayışına aykırıdır¹³.

Türk yabancılar hukukunda bir süre sınırı öngörülmezsizin uygulanan geçici koruma sürecinde, bireysel uluslararası koruma statülerine başvurulmadığı (GKY mad. 16) gibi başta çalışma hakkı olmak üzere geçici korunanlara sağlanan hakların sınırlandırılmış olması; geçici korunan Suriyeliler açısından yıllardır süren belirsizliğin insancıl olmadığını göstermektedir¹⁴.

¹¹ SMIT Anneke, *The Property Rights of Refugees and Internally Displaced Persons: Beyond Restitution*, Taylor & Francis Group, 2012, s.2.

¹² Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, OJ L 212, 07.08.2001, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1543859242954&uri=CELEX:32001L0055> (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

¹³ FITZPATRICK, Joan, "Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime", *The American Journal of International Law*, C. 94, S. 2, 2000, s. 302.

¹⁴ HATHAWAY, James C./NEVE, R. Alexander "Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection", *Harvard Human Rights Journal*, C. 10, 1997, s. 181.

II. GEÇİCİ KORUMANIN ULUSLARARASI KORUMAYA ALTERNATİF HÂLINE GELMESİ

BMMYK, kitlesel akın durumunun, bireysel mülteci statüsü belirlenmesini zorlaştırması sebebiyle geçici korumanın, istisnai ve acil bir durum olarak düzenlenmesini¹⁵ ve geçici koruma süresinde diğer uluslararası koruma prosedürlerinin geçici olarak askıya alınabileceğini ancak geçici korumanın, mülteci statüsü ya da diğer statülere erişimi engellememesini tavsiye etmektedir¹⁶. Avrupa Birliği Sığınma Hukuku'nda da geçici korumanın, bir kişiye 1951 Cenevre Antlaşması¹⁷ gereğince mülteci statüsü tanınmasını engellemeyeceği açıkça düzenlenmiştir (2001/55/EC sayılı Yönerge mad. 3/1).

Türk yabancılar hukukunda geçici koruma için bir süre sınır öngörülmemiş olması ve geçici koruma statüsü sahiplerinin, geçici korumanın uygulandığı süre içerisinde de bireysel uluslararası koruma başvurularının işleme konulmaması (GKY Geçici mad. 1/1), geçici korunanların 10 yıla yakın süredir uluslararası korumaya nazaran daha kısıtlı haklarla belirsizliği yaşamalarına neden olmaktadır. Geçici koruma uygulamasının devam ettiği süreçte, geçici korunanların uluslararası korumaya başvurabilmelerinin tek istisnası ise Suriye'de silahlı çatışmaya katılmış ve sonrasında ise silahlı faaliyetlerine kalıcı olarak son veren kişilerdir (GKY mad. 8/ç- 14/3). Bu durumda olan kişilerin YUKK mad. 63 hükmü gereğince, ikincil koruma statüsü sahibi olabilmeleri mümkündür¹⁸.

¹⁵ UNHCR, Global Consultations on International Protection, Protection of Refugees in Mass Influx Situations: Overall Protection Framework, 19.02.2001, EC/GC/01/4, <https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3ae68f3c24/protection-refugees-mass-influx-situations-overall-protection-framework.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

¹⁶ UNHCR, Temporary Protection, paragraf 34.

¹⁷ BMGK'nun 14.12.1950 tarih ve 429/(V) sayılı kararıyla toplanan konferansta kabul edilerek 28.07.1951 tarihinde Cenevre'de imzalanmış ve 43. maddesi gereğince 22.04.1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1951 Cenevre Antlaşması'na 146 ülke taraftır. bkz.,

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=_en (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

¹⁸ ELÇİN, Doğa, "Türkiye'de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi İle Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 124, 2016, s. 31;

Her ne kadar GKY mad. 16 hükmü, geçici korumanın uygulandığı süre içerisinde, bireysel uluslararası koruma başvurularının işleme konulmamasını, geçici koruma tedbirlerinin etkin şekilde uygulanabilmesi amacıyla hizmet ettiğini ifade etmişse de geçici koruma süresi uzadıkça, geçici korunanların bireysel statülere başvurarak uluslararası korumadan yararlanmalarının sağlanması gerekirdi. Zira BMMYK, uluslararası korumaya götüren bir araç olarak, ara (*interim*) bir koruma¹⁹ olarak tanımladığı geçici korumanın süresi uzadıkça, kişilerin daha istikrarlı ve kalıcı yasal statü kazanmaları gerektiğini ifade etmektedir²⁰.

Türk yabancılar hukukunda olduğu gibi uzun süreli bir geçici koruma uygulaması, geçici korumayı, uluslararası korumaya götüren bir ara koruma olmaktan çıkararak, uluslararası koruma statülerine alternatif hâle getirmektedir²¹. Böyle bir durumda geçici korunanlarının haklarının kalıcı çözümlerle iyileştirilmesi gerekmektedir.

III. KALICI ÇÖZÜMLERİN ÖNCÜSÜ OLARAK “SELF-RELIANCE” VE GEÇİCİ KORUNANLARIN KENDİ KENDİLERİNE YETEBİLİR HÂLE GELMESİ İÇİN İŞ PİYASASINA ERİŞİMLERİNİN İYİLEŞTİRİLMESİ

Kalıcı çözümler, sığınma arayanların içinde buldukları zor durumu çözüme kavuşturarak, yerlerinden edilme döngüsünü sona erdirmek için normal yaşam sürmelerine imkân verir²². Sığınma arayanların, herhangi bir dış yardıma bağlı olmaksızın kendilerinin barınma, yiyecek gibi yaşamsal ihtiyaçlarını karşılayabilmelerini ifade eden kendi kendine yetebilme “*self-reliance*”, daha sonraki aşamada sığınma arayanların

NURDOĞAN, Ali Kemal/ÖZTÜRK, Mustafa, “Geçici Koruma Statüsü İle Türkiye’de Bulunan Suriyelilerin Vatandaşlık Hakkı”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 3, 2018, s.1167.

¹⁹ UNHCR, Mass Influx Situations, paragraf 16.

²⁰ UNHCR, Note on International Protection, 7 September 1994, 45th session, A/AC.96/830, paragraf 50, <https://www.unhcr.org/excom/EXCOM/3f0a935f2.pdf> (Erişim Tarihi: 07.02.2021); UNHCR, Mass Influx Situations, paragraf 16.

²¹ ÖZTÜRK, Neva Övünç, “Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 66, S. 1, 2017, s. 254-255.

²² UNHCR, UNHCR Resettlement Handbook, Geneva, July 2011, s. 28, <https://www.unhcr.org/46f7c0ee2.pdf> (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

menşe ülkelerine gönüllü geri dönüşü (*voluntary repatriation*), sığınma ülkesinde yerel entegrasyonları (*local integration*) ya da üçüncü bir ülkeye yeniden yerleştirilmeleri (*resettlement*) kalıcı çözüm yollarından²³ herhangi birine öncülük ederek²⁴, kalıcı çözümlerin gerçekleştirilmesine katkı sağlamaktadır²⁵.

Kendi kendine yetebilen sığınma arayanlar sahip oldukları deneyim ve becerileri; gönüllü geri dönüş hâlinde menşe ülkelerinde, yeniden yerleştirilmeleri hâlinde üçüncü bir ülkede ya da yerel entegrasyonun kalıcı çözüm hâline gelmesi durumunda sığınma ülkesinde kullanarak, yerel halkla sosyal ve ekonomik anlamda daha iyi etkileşime girebilir ve böylece yerel kalkınmaya bir yük olmak yerine bir değer olarak katkıda bulunurlar²⁶.

Kendi kendine yetebilme; sığınma arayanlara tarımla ilgili destek sağlanması, gelir etme ve mikro-finans faaliyetler, meslek odaklı beceri geliştirme programları, burs verilmesi yoluyla sığınma arayanların ekonomik anlamda kendi kendilerine yetebilmelerini sağlamak; bilgi paylaşımı, ortak strateji planlama ve programlama, farklı aktörlerle koordinasyon ve işbölümünü içerecek şekilde çeşitli paydaşlar arasında çok yönlü ortaklıkların oluşturulması ve/veya güçlendirilmesi gibi çeşitli alanlarda yapılması gereken stratejileri içerir²⁷.

²³ Dördüncü kalıcı çözüm türü olarak vatandaşlığa almaya ilişkin bkz., HATHAWAY James C., *The Rights of Refugee under International Law*, Cambridge University Press, 2005, s. 916-917.

²⁴ UNHCR, *Framework for Durable Solutions for Refugees and Persons of Concern*, Geneva, May 2003, s. 5, <https://www.unhcr.org/partners/partners/3f1408764/framework-durable-solutions-refugees-persons-concern.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021); EXCOM, *Conclusion on Legal Safety Issues in the Context of Voluntary Repatriation of Refugees*, 55th session, A/AC.96/1003, 08 October 2004, <https://www.unhcr.org/excom/exconc/417527674/conclusion-legal-safety-issues-context-voluntary-repatriation-refugees.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

²⁵ UNHCR, *Global Consultations on International Protection, Local Integration*, 4th Meeting, EC/GC/02/6, 25 April 2002, paragraf 9, <https://www.refworld.org/docid/3d6266e17.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

²⁶ UNHCR, EC/GC/02/6, paragraf 10.

²⁷ UNHCR, EC/GC/02/6, paragraf 11.

Türk yabancılar hukukunda ise “*self-reliance*”, uyum başlığı altında YUKK mad. 96 hükmünde düzenlenmiştir²⁸. Buna göre Göç İdaresi Genel Müdürlüğü (GİGM) tarafından ülkenin ekonomik ve mali imkânları ölçüsünde, sığınma arayanların ülkemizde, yeniden yerleştirildikleri ülkede veya geri döndüklerinde menşe ülkelerinde sosyal hayatın tüm alanlarında üçüncü kişilerin aracılığı olmaksızın bağımsız hareket etmelerini kolaylaştıracak bilgi ve beceriler kazandırmak amacıyla uyum faaliyetleri planlanması düzenlemiştir.

Kalıcı çözümlerin öncüsü niteliğinde olan kendi kendine yetebilme (*self-reliance*) için ve nihayetinde de kalıcı çözümlere ulaşılabilmesi için iş piyasasına erişim önemli bir role sahiptir²⁹. Türkiye’deki geçici korunan Suriyelilerin resmî olarak çalışmasına imkân sağlayan “*Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik (GKÇY)*”³⁰, geçici koruma kayıt tarihinden itibaren altı ay sonra çalışma iznine başvurma imkânı tanımaktadır (GKÇY mad. 5). Ancak geçici korunanlara çalışma izni verilmesinde kural olarak çalışma iznine başvuru alan işyerinde çalışan geçici koruma sağlanan yabancı sayısının, işyerinde çalışan Türk vatandaşı sayısının yüzde 10’unu geçmemesi düzenlenerek istihdam kotası getirilmiştir (GKÇY mad. 8).

GKÇY’nin yürürlüğe girmesinden önce 2015 yılında hazırlanan TİSK raporunda³¹, sadece işini ucuz iş gücü arzı nedeniyle kaybetme

²⁸ KAYA Cansu, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukukunda Kalıcı Bir Çözüm Olarak Yerel Entegrasyon*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 121-122.

²⁹ EDWARDS, Alice, “Human Rights, Refugees and the Right ‘to Enjoy’ Asylum”, *International Journal of Refugee Law*, C. 17, S. 2, 2005, s. 320; EXCOM, *General Conclusion on International Protection*, 39th session, No. 50, 12A (A/43/12/Add.1), 10 October 1998, paragraf (j), <https://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c9510/general-conclusion-international-protection.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021); DALBOY, Elif, “Türk Yabancılar Hukukunda Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancıların Çalışma Hakları”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020, s. 36.

³⁰ R.G. T. 15.01.2016, S. 29594.

³¹ ERDOĞAN, M. Murat/ÜNVER, Can, *Perspectives, Expectations and Suggestions of the Turkish Business Sector on Syrians in Turkey*, 2015, <http://tisk.org.tr/en/wp-content/uploads/2016/01/goc-rapor-ing.pdf> (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

riskinden ötürü rahatsızlık duyanların yanı sıra; kayıt dışı ekonomi nedeniyle ortaya çıkacak olumsuzluklara dikkat çeken kurumsal işverenlerin de kaygılı olduğu gözlemlenmiş ve kurumsal şirketler, ucuz işçilik³² ve kayıt dışıyla rekabet etmenin güçlüklerini dile getirerek sırf bu sebeple Suriyelilere çalışma haklarının verilmesinin daha doğru olacağını ifade etmişlerdi³³. Geçici korunanların iş piyasasına erişimlerinin usul ve esaslarını belirleyen GKÇY ise kayıt dışı çalışan Suriyeli geçici korunanların kayıtlı hâle gelmesi bakımından beklenen etkiyi gösterememiş ve hâlen çalışmakta olan geçici korunanların %95'inden fazlasının kayıt dışı³⁴ olarak çalıştığı bilinmektedir³⁵. Geçici korunanların iş piyasasına erişim haklarını iyileştiren düzenlemeler olumlu olmakla birlikte, mevcut düzenlemeler ile uygulama arasında geçici korunanların söz konusu haklara erişimi açısından önemli farklılıklar olduğu görülmektedir³⁶.

01.01.2016-30.09.2018 tarihleri arasında geçici koruma statüsü sahibi 25.457 erkek ve 2.473 kadın olmak üzere toplam 27.930 kişiye çalışma izni verilmiş³⁷ ve 15.11.2018 tarihi itibarıyla de Türkiye'de çalışma izni verilen geçici koruma statüsü sahibi kişi sayısı toplam 32.199 ve

³² Günlük (düzensiz) işlerde çalışanlar aylık ortalama 1,058 TL, düzenli çalışanlar ise 1,312 TL kazanmaktadır. Vasıfsız işler (768 TL) ve özellikle tarım alanı (756 TL) en düşük ücretlerin geçerli olduğu alanlardır. bkz., TURKISH RED CRESCENT/WORLD FOOD PROGRAMME, Refugees In Turkey: Livelihoods Survey Findings, 2019, s. 33-34, https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Refugees%20in%20Turkey_Livelihoods%20Survey%20Findings_TRC_WFP_2019.pdf (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

³³ ERDOĞAN, Murat, Türkiye'deki Suriyeli Mülteciler, Eylül 2019, s. 11, <https://www.kas.de/documents/283907/7339115/Türkiye%27deki+Suriyeliler.pdf/af9d37-7035-f37c-4982-c4b18f9b9c8e?version=1.0&t=1571303334464> (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

³⁴ Geçici koruma statüsü sahiplerinin kayıt dışı çalışmalarının olası hukuki sonuçlarına ilişkin bkz., DALBOY, s. 160 vd.

³⁵ TURKISH RED CRESCENT/WORLD FOOD PROGRAMME, s. 31.

³⁶ THE DCR/ECRE, Desk Research on Application of a Safe Third Country and a First Country of Asylum Concepts to Turkey, May 2016, paragraf 72, https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/DCR-and-ECRE-Desk-Research-on-application-of-a-safe-third-country-and-a-first-country-of-asylum-concepts-to-Turkey_May-2016.pdf (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

³⁷ ECRE, Asylum Information Database, Country Report: Turkey, 31.12.2018, s. 134, http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_tr_2018update.pdf (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

31.03.2019 itibariyle de toplam 31.185 olarak açıklanmıştır³⁸. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) çalışma çağındaki 2,16 milyon geçici korunan Suriyeli'den 1 milyonun iş gücü piyasasına katıldığını ifade ettiği raporda, iş gücüne katılan geçici korunan sayısının daha fazla olduğu ve çalışma izni verilen geçici korunan sayısının iş gücüne katılanlara nazaran çok düşük kaldığı görülmektedir. Çalışma izninden muaf olan mevsimlik tarım ve hayvancılık sektöründe çalışan geçici korunan Suriyeliler (GKÇY mad. 5/4) ise iş gücüne katılanların % 7,8'ini teşkil etmektedir³⁹. Bu durum geçici korunanların büyük bir çoğunluğunun Türkiye'de kayıt dışı olarak düşük vasıflı ve düşük ücretli olarak çalışmalarının bir sonucudur.

Kayıt dışı ekonominin kabul edilemez bir sömürü alanı olduğu açıktır⁴⁰. Geçici koruma sağlananları çalıştıran işverenler, bir Suriyeli işçinin giderinin çalışma izni alınması durumunda, neredeyse iki katına çıktığını ifade ederek, çalışma izni harcının kaldırılmasını ve çalıştırılacak Suriyeliler için sigorta priminin azaltılmasını talep etmekte ve ödenecek sigorta primlerinde devlet teşviğinin olmasının Suriyelilerin kayıt dışı çalışmasını engelleyeceğini ifade etmektedirler⁴¹.

Ayrıca geçici korunan Suriyelilerin %49,9'nun hiçbir mesleği olmadığı⁴² dikkate alındığında, kendi kendilerine yetebilir hâle gelmelerinde meslek odaklı beceri geliştirme programlarının önemli olduğu görülmektedir. Geçici korunan Suriyelilerin başta kayıt dışılık olmak üzere yaşadıkları hak kayıplarının önlenmesi ve meslek odaklı beceri geliştirme gibi programlar⁴³ ile kendi kendilerine yetebilir hâle getiril-

³⁸ MÜLTECİLER DERNEĞİ, Türkiye'deki Suriyeli Sayısı Ocak 2021, <https://multeciler.org.tr/turkiyedeki-suriyeli-sayisi/> (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

³⁹ ILO, ILO's Refugee Response in Turkey, 30.01.2020, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_735595.pdf (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

⁴⁰ ERDOĞAN, s. 16.

⁴¹ ZELLUH, Erhan, "Geçici Koruma Altındaki Suriyelilerin İstihdam Bakımından Yasal Statüleri: Adana Örneği", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin 2018, s. 77.

⁴² AFAD, Suriye'den Türkiye'ye Nüfus Hareketleri: Kardeş Topraklarındaki Misafirlik, 2014, s. 65, <https://www.afad.gov.tr/suriye-raporlari> (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

⁴³ Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ile Dünya Bankası tarafından birlikte yürütülen ve 14.800 kişiye mesleki eğitim verilmesini kapsayan "Geçici Koruma Al-

mesi sağlanmalıdır. İş piyasasına erişimlerinin iyileştirilmesi için öncelikle kendi kendilerine yetebilir hâle gelecekleri stratejiler belirlenmeli ve geçici koruma uygulaması sona erdirilerek geçici korunanlara kalıcı çözümler sağlanması gerekmektedir.

IV. GEÇİCİ KORUNANLARA YÖNELİK KALICI ÇÖZÜMLER

A. Genel Olarak

Kalıcı çözümler arasında herhangi bir hiyerarşi söz konusu olmadığından; BMMYK, gönüllü geri dönüş, yerel entegrasyon ve yeniden yerleştirme kalıcı çözümlerinin, birbirlerini tamamlayacak şekilde aynı anda dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiğini tavsiye etmektedir⁴⁴. Zira kalıcı çözümler doğası gereği birbirlerini tamamladıkları için, ancak birlikte uygulandıklarında sığınma arayanlar için kapsamlı ve uygulanabilir bir strateji oluşturabilirler⁴⁵.

BMMYK'nin görevleri arasında, gönüllü geri dönüş sürecinde özel kuruluşlara ve devletlere yardım ederek kalıcı çözüm aramak düzenlenmiştir⁴⁶. Ancak kalıcı çözümlerin gerçekleştirilmesi, bir devletin tek başına üstesinden gelebileceği bir durum olmadığından; sadece BMMYK tarafından bile gerçekleştirilemeyecek ölçüde; BM Ülke Temsil

tındaki Suriyeliler ve Türk Vatandaşları İçin İstihdam Desteği Projesi" için bkz., <https://www.ailevecalisma.gov.tr/uigm/haberler/gecici-koruma-kanunu-altındaki-suriyeliler-ve-turk-vatandaslari-icin-istihdam-destegi-projesi/> (Erişim Tarihi: 07.02.2021); BMMYK'nin geçici korunan Suriyelilere yönelik "*Bölgesel Mülteci ve Dayanıklılık Planı (3RP) 2018-2019*" için bkz., <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/63169.compressed.pdf> (Erişim Tarihi: 07.02.2021); ILO tarafından desteklenen ve geçici korunan Suriyelilerin iş piyasasına entegrasyonlarının geliştirilmesine yönelik olan "*Improving Labour Market Integration of Syrian Refugees and Host Communities in Turkey*" projesi için bkz., https://ilo.org/ankara/projects/WCMS_644742/lang-en/index.htm (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

⁴⁴ UNHCR, Department of International Protection, Resettlement Handbook, Geneva, November 2004, s. 28.

⁴⁵ UNHCR, Resettlement Handbook, Geneva, July 2011, s. 28.

⁴⁶ Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Adopted by General Assembly Resolution 428 (V) of 14 December 1950, paragraf 1, 8(c), <https://www.unhcr.org/4d944e589.pdf> (Erişim Tarihi: 07.02.2021); BMMYK 1955-1962 yılları arasında 16,613 göçmen ve 251 mültecinin geri dönüşlerini ve 53,681 sığınma arayanın da yerel entegrasyonunu doğrudan desteklemiştir. bkz., UNHCR, Meaning of Material Assistance, UNHCR Reports, No: 24, May-June 1963, s.1.

Heyeti (UNCT), Dünya Bankası, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP), ikili kalkınma ortaklıkları, BM kardeş kuruluşları, UNICEF, Dünya Gıda Programı (WFP), BM Gıda ve Tarım Örgütü (FAO), Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) gibi ilgili bağışçı ve kalkınma toplulukları ortaklığında ancak müştereken gerçekleştirilecek niteliktedir⁴⁷.

BMMYK ve devletler, kalıcı çözümlere yönelik olarak, gönüllü geri dönüş, üçüncü ülkeye yerleştirme ve yerel entegrasyon çözümlerinin birleşiminden oluşan kapsamlı bir yaklaşım izleyerek, kalıcı çözümler arasındaki dengeyi somut olaya göre belirlemelidir⁴⁸. Kalıcı çözümlerin başarısı, mültecilerin yanı sıra; menşe ülke, sığınma ülkesi, BMMYK ve onun insani ve kalkınma ortakları ile STK'lar arasında yakın iş birliği ile uygulanarak sürekli ve kararlı uluslararası iş birliği ve desteğe bağlıdır⁴⁹. Türkiye'de bulunan geçici korunan Suriyelilerin öncelikle kendi kendilerine yetebilir hâle gelmeleri (*self-reliance*) ve nihayetinde de kalıcı çözümler sağlanması için uluslararası iş birliği ve desteğe ihtiyaç olduğu açıktır.

B. Gönüllü Geri Dönüş

Kalıcı çözümler arasında herhangi bir öncelik sırası olmasa da 1980'lerin başından itibaren gönüllü geri dönüşün uluslararası toplumda daha fazla yer bulduğu görülmektedir⁵⁰. BMMYK de gönüllü geri dönüşü en arzu edilen kalıcı çözüm olarak ifade ederek⁵¹; geçici koru-

⁴⁷ UNHCR, Durable Solutions, s. 6.

⁴⁸ CRISP, Jeff, "Repatriation Principles under Pressure", Forced Migration Review, S. 62, October 2019, s. 20.

⁴⁹ EXCOM, Agenda for Protection, 43. Session, A/AC.96/965/Add.1, 26 June 2002, s. 18, <https://www.refworld.org/docid/3d4fd0266.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021); Örneğin 2018 yılında Libya'da bulunan 15.000 sığınma arayanın gönüllü geri dönüş programı Avrupa Birliği Fonu tarafından karşılanmıştır. bkz., AFRICA RESEARCH BULLETIN, Continental Developments, November 16th–December 15th 2018, s. 22352.

⁵⁰ TAKAHASHI, Saul, "The UNHCR Handbook on Voluntary Repatriation: The Emphasis of Return over Protection", International Journal of Refugee Law, C. 9, S. 4, 1997, s. 593; CHETAIL, Vincent, "Voluntary Repatriation in Public International Law: Concepts and Contents", Refugee Survey Quarterly, C. 23, S. 3, 2004, s. 12.

⁵¹ UNHCR, Report of the United Nations High Commissioner for Refugees, A/40/12, 13 September 1985, paragraf 73, <https://www.unhcr.org/afr/excom/unhcrannual/3ae68c340/report-united-nations-high-commissioner-refugees.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

manın uzun sürmesi durumunda kalıcı çözümlerin uygulaması gerektiğini ve gönüllü geri dönüşün kitlesel akın durumlarında en çok arzu edilen çözüm olduğunu ifade etmektedir⁵². Zira ideal olan, menşe ülkedeki durumların, güvenli ve onurlu bir şekilde geri dönüşe imkân verecek şekilde değişmesi durumunda, geçici korumanın güvenli geri dönüş yoluyla aşamalı olarak sona erdirilmesidir⁵³.

Gönüllü geri dönüşün üzerinde uzlaşılan evrensel bir tanımı olmamakla birlikte, gönüllü geri dönüş; sığınma arayan kişinin yardım olarak ya da bağımsız bir şekilde bilgilendirilmiş olarak ve özgürce karar vererek menşe ülkesine geri dönmesidir⁵⁴. BMMYK geri dönüş için, menşe ülke koşullarında, güvenli ve onurlu bir şekilde geri dönüşe imkân veren genel, kapsamlı ve sürdürülebilir bir iyileşme aramaktadır⁵⁵.

BMMYK, gönüllü geri dönüş için; menşe ülkedeki durumda esaslı değişiklik, geri dönüşe yönelik sığınma arayanın gönüllü kararı, BMMYK ile menşe ülke arasında ikili⁵⁶ ya da sığınma ülkesi de dâhil olmak üzere üç taraflı⁵⁷ anlaşma, güvenli ve onurlu bir geri dönüş olmak

⁵² UNHCR, Mass Influx Situations, paragraf 10.

⁵³ UNHCR, Note on International Protection, 45th Session of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme, A/AC.96/830, 7 September 1994, paragraf 50, <https://www.refworld.org/docid/3f0a935f2.html> (Erişim Tarihi: 08.02.2021).

⁵⁴ SMIT, s. 100.

⁵⁵ UNHCR, Voluntary Repatriation: International Protection, 1996, <https://www.unhcr.org/3bfe68d32.pdf> (Erişim Tarihi: 08.02.2021).

⁵⁶ BMMYK ile menşe ülke arasında gönüllü geri dönüşe ilişkin ikili anlaşmalara örnek olarak, 16 Ağustos 1991 tarihli Güney Afrika Cumhuriyeti-BMMYK Gönüllü Geri Dönüş Anlaşması için bkz., <https://www.refworld.org/docid/3ee72562a.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021); 3 Ocak 1996 tarihli Liberya Cumhuriyeti-BMMYK Gönüllü Geri Dönüş Anlaşması için bkz., <https://www.refworld.org/docid/3ae6b31ac.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021); 6 Haziran 2018 tarihli Myanmar-BMMYK Gönüllü Geri Dönüş Anlaşması için bkz., <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/MOU%20Press%20Release.pdf> (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

⁵⁷ 21 Ağustos 1991 tarihli Tanzanya Birleşik Cumhuriyeti-Kongo Demokratik Cumhuriyeti-BMMYK Gönüllü Geri Dönüş Anlaşması için bkz., <https://www.refworld.org/docid/3ee84d5b4.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021); 31 Ekim 1992 tarihli Afganistan İslam Devleti-İran Cumhuriyeti-BMMYK Gönüllü Geri Dönüş Anlaşması için bkz., <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3194c.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021); 22 Mart 1993 tarihli Mozambik Cumhuriyeti- Zimbabve-

üzere dört ön koşulun yerine getirilmesini gerektiğini kabul etmektedir⁵⁸.

Gönüllü geri gönderme 1951 Cenevre Anlaşması'nda açıkça yer almasa da özü, geri göndermeme ilkesine dayanmaktadır; zira sığınma arayanların gönülsüz geri dönüşleri geri göndermeme (*non-refoulement*) ilkesinin ihlalidir⁵⁹. Geri göndermeme ilkesinin bir gereği olarak gönüllü geri dönüşte, hem menşe ülkedeki durumun sığınma arayan için artık zulüm tehlikesi teşkil etmeyecek ya da fiziksel güvenliğini tehlikeye atamayacak şekilde değişmesi hem de sığınma arayan kişinin gönüllü olarak geri dönmeye rıza göstermiş olması gerekir⁶⁰. Geçici korunanların işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında

BMMYK Gönüllü Geri Dönüş Anlaşması için bkz., <https://www.refworld.org/docid/3ee884a74.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021); 4 Nisan 1994 tarihli Abhazya-Gürcistan-Rusya-BMMYK Gönüllü Geri Dönüş Anlaşması için bkz., <https://www.refworld.org/docid/3ae6b31a90.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021); 12 Nisan 1995 tarihli Tanzanya-Ruanda-BMMYK Gönüllü Geri Dönüş Anlaşması için bkz., <https://www.refworld.org/docid/3ee712db4.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021); 28 Eylül 2002 tarihli Fransa-Afganistan-BMMYK Gönüllü Geri Dönüş Anlaşması için bkz., <https://www.refworld.org/docid/3edf5aad2.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021); 12 Ekim 2002 tarihli Birleşik Krallık-Kuzey İrlanda-Afganistan-BMMYK Gönüllü Geri Dönüş Anlaşması için bkz., <https://www.refworld.org/docid/55e5c1d44fe.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021); 18 Mart 2003 tarihli Afganistan-Hollanda-BMMYK Gönüllü Geri Dönüş Anlaşması için bkz., <https://www.refworld.org/docid/42fb2c164.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021); 16 Haziran 2003 tarihli İran-Afganistan-BMMYK Gönüllü Geri Dönüş Anlaşması bkz., <https://www.refworld.org/country,LEGAL,UNHCR,,AFG,,42fb47e54,0.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021); 18 Ağustos 2015 tarihli Burundi-Ruanda-BMMYK Gönüllü Geri Dönüş Anlaşması için bkz., <https://www.refworld.org/docid/44ae612dc6.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021); 30 Ocak 2006 tarihli Sudan-Kongo-BMMYK Gönüllü Geri Dönüş Anlaşması için bkz., <https://www.refworld.org/docid/44044c224.html> (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

⁵⁸ BARNETT Michael/FINNEMORE Martha/BARNETT Michael N., *Rules for the World: International Organizations in Global Politics*, Cornell University Press, 2004, s. 103.

⁵⁹ UNHCR, *Voluntary Repatriation: International Protection*, 1996, <https://www.unhcr.org/3bfe68d32.pdf> (Erişim Tarihi: 08.02.2021).

⁶⁰ BARNETT/FINNEMOR/BARNETT, s. 86, 97.

bulunacağı bir yere gönderilemeyeceğine ilişkin *jus cogens*⁶¹ niteliğindeki geri göndermeme (*non-refoulement*) ilkesi, GKY mad. 6 hükmü ile de ayrıca düzenlenmiştir. Bu açıdan insani kriz ve toplu nüfus hareketlerinin olduğu yoğun sığınmacı akını durumlarında uluslararası toplumun ortak sorumluluğunun olduğu ve bu durumun tek bir devlet tarafından çözülemeyeceği açık olsa da söz konusu ortak sorumluluk, devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan geri göndermeme yükümlülüklerini ortadan kaldırmamaktadır⁶².

BMMYK, “güvenli ve onurlu gönüllü geri dönüş - *voluntary repatriation in safety and with dignity*” arzusunu ifade ederek gönüllü geri dönüş için gerekli olan nitelikleri belirlemektedir. Gönüllülük, hem sığınma arayanı geri göndermeme yasağına karşı koruyan güvenliği⁶³ hem de sığınma arayanın geri dönüş seçimini özgürce yapabilmesini ifade eden bir kavramdır⁶⁴. BMMYK, onurlu geri dönüş ile sığınma arayanlara, ulu-

⁶¹ Doktrinde geri göndermeme ilkesinin *jus cogens* kuralı olduğu ve uluslararası hukukun bir parçası olan geri göndermeme ilkesinin 1951 Cenevre Antlaşması'nın tarafı olup olmamasına bakılmaksızın tüm devletler için bağlayıcı olduğu baskın görüştür. bkz., ALLAIN, Jean, “The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement”, *International Journal of Refugee Law*, C. 13, S. 4, 2001, s. 538-540; COLEMAN, Nils, “Non-Refoulement Revised Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law”, *European Journal of Migration and Law*, 2003, s. 23, 46; TOKUZLU, Lami Bertan, “Non-refoulement principle in a changing European legal environment: With particular emphasis on Turkey, a candidate country at the external borders of the EU”, *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, 2006, s. 89; FARMER, Alice, “Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection”, *Georgetown Immigration Law Journal*, C. 23, S. 1, 2008, s. 38; GOODWIN-GILL/MCADAM, s. 345-354; ÖZKAN, Işıl/TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur, “Türkiye'nin Yeni Göç Politikası”, *Yıldırım Uler'e Armağan*, Lefkoşa, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Yayına Hazırlayan: Muhammed Erdal, 2014, s. 427-428.

⁶² UNHCR, Temporary Protection, paragraf 26; Kitlesele akın durumunda sınır da reddetmeme dâhil olmak üzere geri göndermeme ilkesine uygun davranılması gerektiği yönünde bkz., EXCOM, 21 October 1981, II(2); EDWARDS, Alice, “Temporary Protection, Derogation and The 1951 Refugee Convention”, *Melbourne Journal of International Law*, C. 13, 2012, s. 39; FITZPATRICK Joan, “Flight From Asylum: Trends Toward Temporary ‘Refuge’ and Local Responses to Forced Migrations”, *Virginia Journal of International Law*, C. 35, S. 13, 1994-1995, s. 42.

⁶³ LONG Katy, *The Point of No Return: Refugees, Rights, and Repatriation*, Oxford University Press, 2013, s. 169.

⁶⁴ LONG, *The Point of No Return*, s. 163.

sal makamlar tarafından saygı ve tam bir kabul ile muamele edilmesini ifade etmekteyse de “*voluntary repatriation in safety and with dignity*” tanımının BMMYK içinde bile yeterince anlaşılamayan bir kavram olmasından dolayı eleştirilmektedir⁶⁵. Holloway ise ancak menşe ülkede uygun sosyal, siyasi ve ekonomik koşulların olması hâlinde, gönüllü geri dönüşün onurlu olabileceğini ifade etmektedir⁶⁶.

Gönüllü geri dönüş, sadece devletler ya da BMMYK tarafından organize edilerek uygulanabilecek nitelikte değildir⁶⁷; zira güvenli ve insan onuruna uygun koşullarda gerçekleşecek geri dönüş, sığınma arayanının özgür ve bilinçli bir seçimini gerektiren gönüllülük şartına bağlıdır⁶⁸. Bu açıdan gönüllü geri dönüşün BMMYK tarafından düzenlenmesi yerine kendiliğinden doğal ortamında gerçekleşmesinin en ideal olduğu savunulmaktadır⁶⁹. Bu açıdan BMMYK gönüllü geri dönüş sürecinde özel kuruluşlara ve devletlere yardım etme görevini yerine getirmelidir⁷⁰. Uluslararası toplum tarafından sığınma arayanlara yönelik yardım ve desteklerin planlı olması başta olmak üzere, sığınma arayanların gönüllü geri dönüş kararında; menşe ülkedeki güvenlik koşulları, menşe ülkesi ile arasındaki bağıllık⁷¹, sığınma ülkesindeki yaşam beklen-

⁶⁵ LONG, *The Point of No Return*, s. 175

⁶⁶ HOLLOWAY, Kerrie, “Repatriation with Dignity”, *Forced Migration Review*, S. 62, October 2019, s. 45.

⁶⁷ CRISP, Jeff/LONG, Katy, “Safe and Voluntary Refugee Repatriation: From Principle to Practice”, *Journal on Migration and Human Security*, C. 4, S. 3, 2016, s. 145.

⁶⁸ EXCOM, *Conclusion on Legal Safety Issues in the Context of Voluntary Repatriation of Refugees*, 55th session, A/AC.96/1003, 08 October 2004, <https://www.unhcr.org/excom/exconc/417527674/conclusion-legal-safety-issues-context-voluntary-repatriation-refugees.html> (Erişim Tarihi: 08.02.2021).

⁶⁹ Geri dönüşün; gönüllü kendiliğinden, gönüllü organize edilerek, geri gönderme yasağını ihlal eden zorunlu organize edilerek ve zorunlu kendiliğinden geri dönüş şeklinde olmak üzere yapılan sınıflandırma için bkz., DUFFY-TOTF, Monica, “The Myth of the Borderless World: Refugees and Repatriation Policy”, *Conflict Management and Peace Science*, S. 24, 2007, p.139–157, s. 147-148; Benzer sınıflandırma için bkz., OXFELD Ellen/LONG Lynellyn D., *Coming Home? Refugees, Migrants, and Those Who Stayed Behind*, Ed. LONG Lynellyn D. Long/OXFELD Ellen, University of Pennsylvania Press, 2004, s. 11.

⁷⁰ Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Adopted by General Assembly Resolution 428 (V) of 14 December 1950, paragraf 1, 8(c).

⁷¹ HARILD Niels/CHRISTENSEN Asger/ZETTER Roger, *Sustainable Refugee Return: Triggers, Constraints, and Lessons on Addressing the Development Challenges of*

tisi ve gelir elde etme imkânı gibi pek çok etken önemli rol oynamaktadır⁷².

Geçici korunan kişilerin ev sahibi ülkede geçirdikleri süreç uzadıkça gönüllü geri dönüş ihtimali de zayıflamaktadır⁷³. Bugüne kadar 450.000'den fazla bebeğin Türkiye'de doğduğu, 650.000 bin öğrencinin okullara gittiği, yaklaşık 1.200.000 geçici korunanın çalıştığı ve en önemlisi neredeyse hepsinin kamp dışında Türk toplumu ile birlikte yaşayarak Türkiye'nin her tarafında dağılım gösterdiği Suriyelilerin, savaşın ne zaman biteceği, istikrarın ne zaman sağlanacağını belirsiz olduğu bir ortamda menşe ülkelerine geri dönme eğilimleri ve imkânları her geçen gün ortadan kalkmakta ve Türkiye'deki kalıcılıkları güçlenmekte ve Türkiye'deki Suriyelilerin çok ciddi bir bölümünün, hatta % 80'inden fazlasının, artık geri dönmeyecekleri ve sürekli olarak Türkiye'de yaşayacakları ve Türkiye'nin "güvenli bölgeler" oluşturma ve Suriyelileri bu bölgeye gitmeye teşvik etme politikasının da Türkiye'deki Suriyelilerin en fazla % 20'si için işe yarayacağı bir gerçekliktir⁷⁴. Sığınma arayanların ihtiyaç duyduğu en önemli şeyin güvende olmak ve hayatlarında istikrar ve belirliliğin olması olduğu⁷⁵ dikkate alındığında; Suriye'deki mevcut öngörülemez güvenlik koşullarında gönüllü geri dönüşün mümkün olduğunu söyleyebilmek zordur⁷⁶.

Bu durum Lübnan ve Ürdün'de bulunan Suriyeliler bakımından da aynıdır; zira buradaki sığınma arayanlar, güvenlik ve emniyetin sağ-

Forced Displacement, Global Program on Forced Displacement, 2015, s. 70-74, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/22751/Sustainable0re0forced0displacement.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 08.02.2021).

⁷² SYDNEY, Chloe, "Return Decision Making by Refugees", *Forced Migration Review*, S. 62, October 2019, s. 11-12.

⁷³ HARRELL-BOND, Barbara E., "Under What Conditions Is It the Most Desirable Solution for Refugees? An Agenda for Research", *African Studies Review*, C. 32, S. 1, 1989, s. 42.; SMIT, s. 2.

⁷⁴ ERDOĞAN, s. 24.

⁷⁵ ZIMMERMANN, Susan, "Understanding Repatriation: Refugee Perspectives on the Importance of Safety, Reintegration, and Hope", *Population, Space and Place*, S. 18, 2012, s. 54.

⁷⁶ YAHYA, Maha/KASSIR, Jean/EL-HARIRI, Khalil, *Unheard Voices: What Syrian Refugees Need to Return Home*, Carnegie Endowment for International Peace, 2018, s. 45.

lanmasının geri dönüş için ön koşul olduğunu ifade ederek, mevcut koşullar altında geri dönüşün mümkün olmadığını kabul etmektedir⁷⁷. Başarılı bir gönüllü geri dönüşün politik faktörlere bağlı olduğunu göz ardı etmek mümkün değildir⁷⁸. Zira menşe ülkelerin sığınma arayanlara karşı etkili bir şekilde telafi edici sorumluluk üstelenerek, sığınma arayanlarla olan ilişkisini yeniden biçimlendirmesi gerekmektedir⁷⁹. Diğer kalıcı çözümler gibi gönüllü geri dönüş için de menşe ülkeler tarafından vatandaşlığın yeniden tesis edilmesi ve vatandaşlık haklarının kullanılabilirliği bir vatanın olması gerekmektedir⁸⁰. Bu durum gönüllü geri dönüşü, daha önce ülkeden ayrılmaya zorlanmış kişilerin tekrar ülkeye vatandaş olarak kabulüne odaklanan politik bir eylem kılmaktadır⁸¹.

Suriye'ye geri dönen geçici korunan sayısının, 300.000'in üzerinde olduğu Türkiye'deki resmî çevrelerce söylene de uluslararası çevrelerde bu rakamın ancak 60.000'ler civarında kaldığı ifade edilmektedir⁸². Her ne kadar insani yardım programları desteği ile bireysel kendiliğinden geri dönüşler olsa da BMMYK ülke genelinde önemli risklerin devam ettiği bu süreçte, gönüllü geri dönüşü desteklemediği gibi olanak da sağlamamaktadır⁸³. Suriye'deki mevcut güvenlik sorunlarının devam

⁷⁷ YAHYA/KASSIR/EL-HARIRI, s. 31.

⁷⁸ GOODWIN-GILL, Guy S./MCADAM, Jane, *The Refugee in International Law*, 3. Bs, Oxford University Press, 2011, s. 496.

⁷⁹ BRADLEY, Megan, *Refugee Repatriation: Justice, Responsibility and Redress*, Cambridge University Press, 2013, s. 246.

⁸⁰ LONG, *The Point of No Return*, s. 205.

⁸¹ LONG, Katy, "Refugees, Repatriation and Liberal Citizenship", *History of European Ideas*, S. 37, 2011, s. 241.

⁸² İÇDUYGU, Ahmet/AYAŞLI, Enes Ayaşlı, "Geri Dönüş Siyaseti: Suriyeli Mültecilerin Dönüş Göçü İhtimali ve Gelecek Senaryoları", *MiReKoc Çalışma Notları*, 2019, s. 12, 17, https://mirekoc.ku.edu.tr/wp-content/uploads/2019/05/Mirekoc_Rapor_GeriDonusSiyaseti.pdf (Erişim Tarihi: 08.02.2021); Türk Kızılayı Göç ve Mülteci Hizmetleri Müdürlüğü'nün koordinasyonu ile gönüllü geri dönüş istek formu imzalamak ile ilgili işlemleri yürütmek üzere Türk Kızılayı Şube Başkanlıklarında genel hizmet yöneticileri görevlendirilmiştir. bkz., Türk Kızılayı Göç ve Mülteci Hizmetleri Müdürlüğü, *Göç İstatistik Raporu*, Mayıs 2017, https://www.kizilay.org.tr/upload/dokuman/dosya/88360142_goc-istatistik-raporu-mayis-2017.pdf (Erişim Tarihi: 08.02.2021).

⁸³ UNHCR, *Comprehensive Protection and Solutions Strategy: Protection Thresholds and Parameters for Refugee Return to Syria*, February 2018, s. 2.

ettiği süreçte Türkiye'nin geri dönüşlerde erken hareket etmemesi⁸⁴ ve süreci uluslararası toplumun desteği ile sürdürmesi gerekmektedir. GKY mad. 42 hükmü de gönüllü geri dönüş işlemlerinin uygulanmasına dair usul ve esaslar ile gönüllü geri dönüş yapanlara sağlanacak yardımları belirleme yetkisine sahip olan GİGM'nün gönüllü geri dönüş çalışmalarını; ilgili ülke makamları, kamu kurum ve kuruluşları, uluslararası kuruluşlar, sivil toplum kuruluşları ile iş birliği içinde planlamasını ve proje, program hazırlayarak uygulamasını ayrıca düzenlemiştir.

İç savaşların ve devlet kurma mücadelelerinin en büyük zarar göreni olarak sığınma arayanların tamamının eninde sonunda geldikleri yere geri döneceklerini beklemenin gerçekçi olmadığı açıktır⁸⁵. Dolayısıyla gönüllü geri dönüşün geçici korunan Suriyelilerin⁸⁶ sayıca küçük bir kesimi ile sınırlı kalacağı dikkate alındığında, Türkiye'nin en kısa sürede bu kalıcılık gerçeğini kabul ederek gönüllü geri dönüş dışındaki kalıcı çözümleri de değerlendirmesi gerekmektedir.

C. Üçüncü Ülkeye Yerleştirme

BMMYK, üçüncü ülkeye yerleştirmeyi, sığınma arayanların koruma talep ettikleri ülkeden seçilerek onların, daimî ikamet hakkına sahip mülteci olarak kabul eden üçüncü bir ülkeye gönderilmesi olarak tanımlamaktadır⁸⁷. Genellikle üçüncü ülkeye yeniden yerleştirme kararı; gönüllü geri dönüş ve yerel entegrasyon gibi diğer seçeneklerin yokluğunda ya da üçüncü ülkeye yerleştirmenin sığınma arayan için en uygun kalıcı çözüm olarak görüldüğü durumlarda uygulanmaktadır⁸⁸. Yine çok sayıda gönüllü geri dönüş sonrasında, belirli sığınma arayan grupların geri dönemediği durumlarda geride kalan sığınma arayanlar için ya da buldukları ülkede yerel entegrasyon imkânlarının olmadığı ve etnik,

⁸⁴ SAHIN-MENCUTEK, Zeynep, "Encouraging Syrian Return: Turkey's Fragmented Approach", *Forced Migration Review*, S. 62, October 2019, s. 30.

⁸⁵ HATHAWAY, James C., "The Meaning of Repatriation", *International Journal of Refugee Law*, C. 9, S. 4, 1997, s. 556-557.

⁸⁶ 03.02.2021 tarihi itibarıyla Türkiye'de geçici koruma kapsamında bulunan Suriyelilerin resmî sayısı 3.650.496'dır. bkz., Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, Yıllara Göre Geçici Koruma Kapsamındaki Suriyeliler, <https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638> (Erişim Tarihi: 08.02.2021).

⁸⁷ UNHCR, *Resettlement Handbook* 2011, s. 3.

⁸⁸ UNHCR, *Resettlement Handbook* 2004, s. 3.

dinî, akrabalık sebepleriyle üçüncü ülkeye yerleştirmenin belirli gruplar için uygun olması hâlinde üçüncü ülkeye yerleştirme çözümü dikkate alınır⁸⁹.

Yeniden yerleştirme, sığınma ülkesini etkileyen sorunların azaltılmasına ve devletlerin birbirlerine yardım etmelerine olanak sağlayan bir sorumluluk paylaşım mekanizması ve uluslararası dayanışmanın en somut ifadesidir⁹⁰. Bu sebeple yeniden yerleştirmenin hızlı ve etkin bir şekilde gerçekleştirilmesinde siyasi irade büyük öneme sahiptir⁹¹. Ancak hiçbir ülkenin, sığınma arayanları ülkesinde yeniden yerleştirilmek üzere kabul etmek zorunluluğu bulunmamaktadır⁹². Zira uluslararası hukukta diğer kalıcı çözümler de olduğu gibi devletleri bağlayan herhangi bir yasal düzenleme mevcut olmadığından, üçüncü ülkeye yerleştirme tamamen ülkelerine sığınmacı kabul edecek devletlerin takdirine kalmıştır⁹³.

Devletlerin yeniden yerleştirme konusunda sorumluluk paylaşımı içerisine girmek istemedikleri durumda ise, uzun süre çok sayıda sığınmacıya ev sahipliği yapan ülkelerin, herhangi bir kalıcı çözüm olmaması durumunda ekonomik, sosyal ya da güvenlik problemleriyle sonuçlanan sorunlarla uğraşmak zorunda kaldıkları bir gerçektir⁹⁴. BMMYK'nin 30.03.2016 tarihi itibarıyla Türkiye'deki 480.000 geçici koruma statüsü sahibi kişinin üç yıl içerisinde yeniden yerleştirilmesi hedefinin, aradan geçen üç yılı aşkın sürenin sonunda, Eylül 2018 tarihi itibarıyla üçüncü ülkeye yerleştirilenlerin 27.478 geçici koruma statüsü sahibi kişi ile sınırlı kalması⁹⁵ ve son olarak 03.02.2021 tarihi itibarıyla "birebir formülü"

⁸⁹ UNHCR, Resettlement Handbook 2004, s. 6.

⁹⁰ UNHCR, Global Consultations on International Protection, Strengthening and Expanding Resettlement Today: Dilemmas, Challenges and Opportunities, 4th Meeting, EC/GC/02/7, 25 April 2002, paragraf 5, <https://www.refworld.org/docid/3d62679e4.html> (Erişim Tarihi: 08.02.2021).

⁹¹ UNHCR, Resettlement Handbook 2011, s. 67.

⁹² UNHCR, Resettlement Handbook 2004, s. 3.

⁹³ UNHCR, The Global Compact of Refugees: Final Draft (as at 26 June 2018), <https://www.unhcr.org/5b3295167> (Erişim Tarihi: 08.02.2021).

⁹⁴ UNHCR, EC/GC/02/7, paragraf 11/a.

⁹⁵ UNHCR, High-level Meeting on Global Responsibility Sharing through Pathway for Admission of Syrian Refugees, Remarks by Filippo Grandi, 30 March 2016,

kapsamında yerleştirilenler de dâhil olmak üzere toplam sayının 44.558⁹⁶ olduğu dikkate alındığında, üçüncü ülkeye yerleştirme çözümünün son derece sınırlı olduğu ve Türkiye'nin açık kapı politikası ile ülkesine kabul ettiği bu kişilere yönelik sorumluluğunu büyük ölçüde tek başına yönetmek zorunda olduğu görülmektedir.

Üçüncü ülkeye yeniden yerleştirme imkânı gerçekleşmediğinde ise gelişmekte olan ülkelerin gelişmiş ülkelere maddi yardım alması söz konusu olmaktadır⁹⁷. Her ne kadar geçici korunanlara yönelik olarak GKY mad. 42 ve 44 hükümlerinde gönüllü geri dönüş ve üçüncü ülkeye yeniden yerleştirme düzenlemişse de geçici koruma kapsamındaki kişilerin, bir daha ülkelerine dönmelerinin ya da üçüncü bir ülkeye yerleştirmelerinin mümkün olmadığı durumda, Türkiye'de kalıcı çözüme kavuşturulmaları için yerel entegrasyon çözümü değerlendirilmelidir.

D. Yerel Entegrasyon

Geleneksel olarak benimsenen ve yerinden edilen kişilerin içinde buldukları kötü durumu sona erdirerek normal bir yaşam sürmelerini sağlayan kalıcı çözüm türlerinden⁹⁸ gönüllü geri dönüş ve üçüncü ülkeye yeniden yerleştirmenin yanı sıra yerel entegrasyonun da dikkate alınması gerekir⁹⁹. Özellikle gönüllü geri dönüşün, başta Suriye olmak üzere birçok menşe ülke açısından mümkün olmaması ve dünya üzerindeki yeniden yerleştirme yerlerinin sınırlı olması nedeniyle Türkiye

<http://www.unhcr.org/admin/hcspeeches/56fb8e449/high-level-meeting-global-responsibility-sharing-pathway-admission-syrian.html> (Erişim Tarihi: 08.02.2021); UNHCR, Türkiye: Üçüncü Ülkeye Yerleştirme, Eylül 2018, <https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2018/12/Resettlement-Fact-Sheet-September-2018-TR.pdf> (Erişim Tarihi: 08.02.2021).

⁹⁶ GİGM, 2014-2021 Yılları Arasında Suriyelilerin Üçüncü Ülkelere Yeniden Yerleştirilmesi, <https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638> (Erişim Tarihi: 08.02.2021).

⁹⁷ FITZPATRICK, *Temporary Refuge*, s. 68.

⁹⁸ UNHCR, *An Introduction to International Protection*, 2005, s. 137, <https://www.unhcr.org/publications/legal/3ae6bd5a0/self-study-module-1-introduction-international-protection-protecting-persons.html?query=Palestine> (Erişim Tarihi: 08.02.2021).

⁹⁹ STEIN, Barry N., *Durable Solutions for Developing Country Refugees*, *The International Migration Review*, C. 20, S. 2, 1986, s. 268.

açısından yerel entegrasyonun kalıcı bir çözüm olarak daha fazla ön plana çıktığı görülmektedir¹⁰⁰.

BMMYK, yerel entegrasyonu, kendine has ve birbiriyle ilişkili üç boyutu bulunan ve sığınma arayanların, ev sahibi ülke vatandaşları ve kurumları ile etkileşim içinde olduğu, sığınma arayan kişinin kendi kültürel kimliğinden vazgeçmek zorunda kalmaksızın sığınma ülkesinin toplumuna uyum sağlamaya hazır olmasını gerektiren bir süreç olarak tanımlamaktadır¹⁰¹. Buna göre “*yasal boyut*”; seyahat özgürlüğü, eğitime ve iş piyasasına erişim, sağlık hizmetleri de dâhil olmak üzere kamu yardımına erişim, mülk edinme hakları olmak üzere kademeli olarak artan şekilde devletin vatandaşlarının yararlandığı haklarla orantılı olarak haklar verilmesi, daimî ikamet ve nihayetinde vatandaşlığın kazanılması sürecini, “*ekonomik boyut*”; sığınma arayanların, sürdürülebilir geçim kaynakları aramaya başlayarak kendi kendine yetebilir bir seviyeye ulaşmaları ile giderek ev sahibi devletin desteğine daha az bağımlı hâle geldiği ve ev sahibi devletin ekonomisine katkı sağladığı süreci, “*sosyal, kültürel ve siyasi boyut*” ise sığınma arayanların ayrımcılık ve sömürüye maruz kalmaksızın ev sahibi devletin toplumu içerisinde yaşamalarına ve söz konusu ülkenin sosyal yaşamına katkı sağladığı süreci ifade etmektedir¹⁰².

Sığınma arayanların, sığınma ülkesinde uzun süre kalmaları durumunda, göç politikasının bağış ve destek programlarından yerel entegrasyonla sonuçlanacak kalıcı çözüm programlarına dönüşmesi gerekir¹⁰³. Dolayısıyla sığınma arayanların, ev sahibi ülkede bulunmalarına her ne kadar geçici gözle bakılmaktaysa¹⁰⁴ da Türkiye’nin geçici korunan Suriyeliler için geçici duraktan kalıcı bir ülkeye dönüştüğü kabul edile-

¹⁰⁰ BAŞAK Cengiz, Mülteciler, Sığınmacılar ve Yasa Dışı Göçmenler, Ankara, İçişleri Bakanlığı Genel Yayın No: 686, 2011.

¹⁰¹ UNHCR, Resettlement Handbook 2004, s. 34.

¹⁰² UNHCR, Resettlement Handbook 2004, s. 34.

¹⁰³ HARRELL-BOND, s. 50-51.

¹⁰⁴ KIBREAB, Gaim, “Citizenship Rights and Repatriation of Refugees”, International Migration Review, C. 37, S. 1, 2003, s. 63.

rek¹⁰⁵, 10 yıla yaklaşan geçiciliğin, farklı kalıcı çözümler dikkate alınarak dengeli bir destek paketi ile bir an önce çözümlenmesi¹⁰⁶ gerekir. Bu açıdan Türkiye uluslararası toplum ile iş birliği içerisinde mümkün olduğu ölçüde üçüncü ülkeye yerleştirme kalıcı çözümünü gündemde tutmalı ve ülkelerine geri dönmek istemeyen ya da geri dönemeyen geçici korunanlar için ise yerel entegrasyon gündeme gelmelidir¹⁰⁷.

Geçici korunanların yerel entegrasyon kalıcı çözümününün gerçekleştirilmesi için, öncelikle seyahat özgürlüğü ve iş piyasasına erişim gibi hakların kademeli olarak arttırılması ve kendi kendine yetebilir ve nihayetinde ekonomiye katkı sağlar hâle gelmeleri gerekmektedir. Zira kendi kendine yetebilme durumu, kalıcı çözümlerden yerel entegrasyon ile sonuçlanacak sürecin bir parçasıdır¹⁰⁸. Mevcut geçici koruma rejiminde, geçici korunanlar ancak kayıt tarihinden itibaren altı ay sonra çalışma izni başvurusunda bulunabilmekte (GKÇY mad. 5) ve çalışma iznine başvuru yapılan işyerindeki çalışan Türk vatandaşı sayısının yüzde 10'unu aşmayacak şekilde istihdam kotasına tabi tutulmaktadır (GKÇY mad. 8). Ayrıca seyahat özgürlüklerinin kademeli olarak arttırılması yerine, geçici korunanların büyük çoğunluğunun kaldığı illerden¹⁰⁹, izinsiz ayrılışlarının önüne geçebilmek amacıyla, 2016/8 sayılı Genelge¹¹⁰ ile illerin giriş çıkış noktalarında kolluk birimlerince belge kontrolü yapılması ve yapılan kontrollerde, ikamet ili dışında farklı bir ile 15 gün süreli "Yol İzin Belgesi" olmaksızın seyahat edenlerin seyahatlerinin engellenerek ika-

¹⁰⁵ ERDEM, B. Bahadır, "Geçici Koruma Statüsündeki Suriyelilerin Sosyal, Siyasi ve Vatandaşlık Hukuku Bakımından Türkiye'deki Durumları", *Public and Private International Law Bulletin*, C. 37, S. 2, 2017, s. 339.

¹⁰⁶ EXCOM, *Agenda for Protection*, s. 18.

¹⁰⁷ LOW, Ana, "Local Integration: a Durable Solution for Refugees?", *Forced Migration Review*, S. 25, 2006, s. 65.

¹⁰⁸ UNHCR, *EC/GC/02/6*, paragraf 16.

¹⁰⁹ 03.02.2021 tarihi itibarıyla Türkiye'de geçici koruma kapsamında kayıtlı olan 3.650.496 Suriyeli'den 58.481 kişi geçici barınma merkezlerinde barındırılırken 3.592.015 kişi illerde yaşamlarını sürdürmektedir., bkz., <https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638> (Erişim Tarihi: 08.02.2021).

¹¹⁰ GİGM, *Geçici Koruma Kapsamındaki Yabancılarla İlgili Yapılacak İş ve İşlemlerin Uygulanmasına Dair Usul ve Esaslar*, 15.03.2016, bkz., <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/140290?AspxAutoDetectCookieSupport=1> (Erişim Tarihi: 08.02.2021).

met iline yönlendirilmeleri düzenlenerek seyahat hakları kısıtlanmaktadır¹¹¹.

Geçici koruma rejimi içerisinde, geçici korunanların haklarının kademeli olarak arttırılması imkânı söz konusu değildir. Zira geçici korumanın uluslararası korumaya yönelik ara (*interim*) koruma olması sebebiyle makul bir süre sonra daha kalıcı bir statüye geçişin sağlanması gerekir¹¹². Ancak geçici korumanın uygulandığı süre içinde, bireysel uluslararası koruma başvuruları değerlendirilmemektedir (GKY mad. 16). Bu açıdan öncelikle geçici koruma uygulamasına son verilmesi gerekmektedir. Zira geçici koruma kapsamındaki yabancıların geri dönüşlerinin yakın zamanda mümkün olmaması sebebiyle, uluslararası koruma statülerine geçiş imkânını içerecek şekilde entegrasyonlarının kademeli olarak sağlanması gerekir¹¹³. Bunun için Cumhurbaşkanı tarafından verilecek geçici korumanın sonlandırılması kararıyla birlikte; geçici korunanlara, koşullarını taşıdıkları uluslararası koruma statüsü toplu olarak verilir ya da uluslararası koruma başvurusunda bulunanların başvuruları bireysel olarak değerlendirilir (GKY mad. 11).

Öncelikle geçici koruma uygulamasına son verilmesi durumunda, geçici korunan Suriyelilerin; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korkuları, Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar sebebine dayanmadığı için, mülteci statüsü (YUKK mad. 61) sahibi ola-

¹¹¹ Geçici korunanların seyahat haklarının kanun hükmüne dayanmaksızın, idarenin bir tasarrufu olan Genelge ile kısıtlanmasının açıkça Anayasa mad. 16 hükmüne aykırılık teşkil ettiğine ilişkin bkz., ARIKAN Gökçe, Göç Hukukunda Yabancıya Sağlanan Uluslararası, Bölgesel ve Ulusal Koruma, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 58-59.

¹¹² UNHCR, Mass Influx Situations, paragraf 16.

¹¹³ ÖZTÜRK, s. 255; KAYGISIZ, İrfan, "Suriyeli Mültecilerin Türkiye İşgücü Piyasasına Etkileri", Friedrich-Ebert-Stiftung, Ağustos 2017, s. 19, <http://www.fes-tuerkei.org/media/pdf/Dünyadan/2017/Du308nyadan%20-%20Suriyeli%20Mu308ltecilerin%20Tu308rkiye%20I307s327gu308cu308%20Piyasasına%20Etkileri%20.pdf> (Erişim Tarihi: 08.02.2021); ASLANTÜRK, Oğuzhan/TUNÇ, Yusuf Erdem, "Türkiye'de Yabancıların Çalışma İzinleri: Suriyeliler Örneği", Ombudsman Akademik, Kamu Denetçiliği Kurumu, C. 5, S. 9, 2018, s. 163; YILMAZ-EREN, Esra, Mülteci Hukukunda Geçici Koruma, Seçkin Yayınları, 2018, s. 343.

mayacakları gibi 1951 Cenevre Antlaşması'nın mültecilere sağladığı haklardan da faydalanamayacaklardır.

Bu açıdan geçici koruma uygulamasına son verilmesi hâlinde geçici korunan Suriyelilere; Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korkularına dayalı olarak şartlı mülteci (YUKK mad. 62) ya da menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; ölüm cezasına mahkum olacak olması veya ölüm cezası infaz edilecek olması ya da işkenceye, insanlık dışı veya onur kırıcı cezaya veya muameleye maruz kalacak olması ya da uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olması sebebiyle şartlarını taşıyan geçici korunan Suriyelilere, ikincil koruma statüsü (YUKK mad. 63) verilmesi söz konusu olacaktır.

Geçici koruma uygulamasına Cumhurbaşkanı tarafından son verilmesi ve geçici korunanların da uluslararası koruma statüsü elde etmeleri ile karşılıklılık şartından muaf hâle gelirler (YUKK mad. 88/1). Ayrıca geçici korunanlar, uluslararası koruma statülerinden şartlı mülteci ya da ikincil koruma statüsünü elde etmeleri hâlinde, süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanmalarına imkân veren ve eş ile bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına da ikamet hakkı sağlayan turkuaz kart başvurusunda bulunabilirler (UİK mad. 3/1/ğ, mad. 11/3-4, mad. 11/6). Başvurularının olumlu değerlendirilmesi hâlinde, süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanma ve Türkiye'deki ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticari faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ile feragî gibi konulara yönelik işlemlerinin, ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuata göre yürütülmesi imkânı elde ederler (Turkuaz Kart Yönetmeliği¹¹⁴ (TKY) mad. 19/1/ç). Böylece uluslararası koruma statüsü elde etmeleri ile haklarının kademeli olarak arttırılması imkânı söz konusu olur.

Yerel entegrasyonun yasal boyutu ile hedeflenenin geçici korunanların haklarının kademeli olarak arttırılması olduğundan, geçici koru-

¹¹⁴ R.G. T. 14.03.2017, S. 30007.

nanların haklarının iyileştirilmesi bakımından şartlı mülteci statüsü yerine ikincil koruma statüsü verilmesinin daha uygun olacaktır. Zira ikincil koruma statüsü sahibi kişinin kimlik belgesi çalışma izni yerine geçeceğinden, yabancıların çalışamayacağı iş ve mesleklere ilişkin diğer mevzuatta yer alan hükümler saklı kalmak koşuluyla statü almasından itibaren bağımlı veya bağımsız olarak çalışabilirken¹¹⁵ (YUKK mad. 89/4/b); şartlı mülteci statüsü sahibi yabancıların çalışmaya başlamadan önce çalışma izni almaları gerekir (Uluslararası İşgücü Kanunu¹¹⁶ mad. 17/1 - YUKK mad. 89/4/a). Ayrıca uluslararası koruma statüsü sahibinin eş, ergin olmayan çocuk ile bağımlı çocukları için üç yılı aşmayacak şekilde verilen aile ikamet izni ikincil koruma statüsü sahiplerine tanınırken, şartlı mültecilerin ülkede kalışlarının geçici görülmesi sebebiyle¹¹⁷ aile ikamet izni hakkı tanınmamaktadır (YUKK mad. 34/1).

Geçici korunanların haklarının kademeli olarak arttırılmasında uluslararası koruma statülerine geçişin yanı sıra, kalıcı ikamet¹¹⁸ ve nihayetinde vatandaşlık verilmesi imkânı da değerlendirilmelidir¹¹⁹.

Yerel entegrasyon sadece sığınma arayanların haklarına saygı gösterilmesinin ötesinde, sığınma ülkesinde vatandaşlığın kazanılmasına doğru bir süreçtir¹²⁰ ve vatandaşlığın kazanılması, yerel entegrasyonun son adımını oluşturmaktadır¹²¹. Bu sebeple ideal olan, yerel entegrasyon-

¹¹⁵ İkincil koruma statüsü sahibinin, Türkiye’de üç yıl ikamet etmesi veya Türk vatandaşıyla evli olması ya da Türk vatandaşı çocuğu olması hâlinde; iş piyasasına erişiminin, iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler ile istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik şartların gerekli kıldığı hâllerde, belirli bir süre için, tarım, sanayi veya hizmet sektörleri, belirli bir meslek, iş kolu veya mülki ve coğrafi alan itibarıyla sınırlandırılması da söz konusu olmamaktadır (YUKK mad. 89/4/c).

¹¹⁶ RG. T. 13.08.2016, S. 29800.

¹¹⁷ BARAN-ÇELİK, Neşe, “Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C. 6, S. 3, s. 108; KAYA, s. 139.

¹¹⁸ Yerel entegrasyon için sığınma arayanlara vatandaşlık verilmesinin zorunlu olmadığı ve kalıcı ikamet ile de yerel entegrasyon sağlanabileceği yönünde bkz., SMIT, s. 100.

¹¹⁹ NURDOĞAN/ÖZTÜRK, s. 1169.

¹²⁰ HATHAWAY, *The Rights of Refugee*, s. 979-980.

¹²¹ KAYA, s. 102.

nun vatandaşlığın kazanılmasını da içermesidir¹²². Ancak vatandaşlığın kazanılması her ne kadar kalıcı çözüm türü olan yerel entegrasyonun son adımını teşkil etse de yerel entegrasyon sürecinin sonunda geçici korunanlara vatandaşlık verilmesine ilişkin uluslararası hukukta herhangi bir düzenleme olmadığı gibi buna yönelik herhangi bir zorunlulukta yoktur¹²³. Zira 1951 Cenevre Antlaşması mad. 34 hükmünde bile taraf devletlerin mültecileri, vatandaşlığa almaları bir zorunluluk olarak değil sadece mevcut vatandaşlığa alma mevzuatları çerçevesinde imkân tanımak olarak düzenlenmişken¹²⁴, 1951 Cenevre Antlaşması'nın sağladığı haklardan yararlanamadıkları için mültecilere nazaran daha sınırlı haklara sahip geçici korunanların vatandaşlığa alınmaları konusunda herhangi bir zorunluluk olmadığı açıktır.

Yerel entegrasyon sürecinin sonunda vatandaşlığın verilmesi zorunluluk olmadığından, geçici korunanlara vatandaşlığın verilmesinden; askerlik yapma, seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme, muaf olarak araç ithal etme dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanma imkânı veren uzun dönem ikamet izni verilmesi tavsiye edilmektedir¹²⁵. Ancak YUKK mad. 42 hükmü, geçici koruma statüsü sahiplerinin uzun dönem ikamet iznine geçiş yapamayacaklarını açıkça düzenlediğinden bu yönde bir değişiklik yapılmadıkça böyle bir imkân söz konusu değildir.

Yerel entegrasyonun son adımı olarak vatandaşlık verilmesinde; hem vatandaşlığın verilmesi geçici korunanların istek ve talebine bağlı olarak başvuru yapmalarını gerektirmekte¹²⁶ hem de Türk toplumundan farklı olan ve özellikle psikolojik bakımdan zor durumdaki bu kadar büyük bir insan kitlesinin Türk vatandaşlığına bir anda alınmasının toplumun da kabul edebileceği bir durum olmaması¹²⁷ sebebiyle geçici korunan Suriyelilerin toplu olarak vatandaşlığa alınmaması gerekir.

¹²² UNHCR, EC/GC/02/6, paragraf 15.

¹²³ KAYA, s. 122.

¹²⁴ HATHAWAY, *The Rights of Refugee*, s. 987-988, 990.

¹²⁵ KAYA, s. 175, 177.

¹²⁶ EKŞİ, Nuray, "Suriyelilere Toplu Olarak Türk Vatandaşlığı Verilebilir Mi?", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 89, S. 2, 2015, s. 201.

¹²⁷ ERDEM, *Suriyelilerin Durumları*, s. 349.

Geçici korunanların toplu vatandaşlığa alınması yerine, sosyal ve ekonomik bakımdan ülkeye uyum sağlayanlar ya da daha kolay uyum sağlamaları mümkün olanlar yavaş yavaş ve zamana yayarak alınmalıdır¹²⁸. Zira Ekim 2017 tarihi itibarıyla 618.948 Suriyeli öğrenci ile okullaşma oranının % 59 olduğu ancak bunlardan sadece 351.135 öğrencinin devlet okullarına gittiği ve geri kalanının geçici barınma merkezlerinde eğitim aldığı düşünüldüğünde devlet okullarına toplamda giden Suriyeli öğrenci sayısının % 30 gibi düşük bir düzeyde kaldığı ve Türkiye'deki Suriyeli okul çağındaki çocukların ciddi bir bölümünün okul imkânı bulamadığı ve Türkçe bilmediği anlaşılmaktadır¹²⁹. Dolayısıyla sosyal ve ekonomik bakımdan ülkeye uyum sağlamada eğitim ve dil durumunun ne kadar önemli olduğu ve mevcut durumda geçici korunanlar arasında bu oranın henüz istenilen düzeyde olmadığı dikkate alındığında toplu vatandaşlık yerine vatandaşlığın zamana yayılarak verilmesi gerekir.

Türk vatandaşlığının kazanılması ya kişinin iradesi veya talebi olmaksızın kanun gereği kendiliğinden *"doğumla kazanılan vatandaşlık"* ya da kişinin istek ve talebine bağlı olarak yetkili makam kararı veya tespiti ile *"sonradan kazanılan vatandaşlık"* şeklinde gerçekleşir¹³⁰ ve geçici koruma statüsü sahibi bir kişinin de şartlarını taşıması hâlinde, yetkili makam kararı ile istisnai yolla (Türk Vatandaşlığı Kanunu¹³¹ (TVK) mad. 12), evlilik yoluyla (TVK mad. 16) ya da evlat edinme (TVK mad. 17) yoluyla Türk vatandaşlığını kazanması mümkündür. Yetkili makam kararı ile genel yolla Türk vatandaşlığının kazanılmasında ise, öncelikle başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmek şartı arandığından (TVK mad. 11/1/b) ve Türkiye'de yerleşme niyetini göstermeyen sığınmacı gibi amaçlarla ikamete bağlandığı anlaşılan kişilerin başvurusu kabul edilmez olduğundan (Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik¹³² (TVKY) mad. 16/2/c –

¹²⁸ ERDEM, Suriyelilerin Durumları, s. 348.

¹²⁹ KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU, Türkiye'deki Suriyeliler – Özel Rapor, 2018, s. 218-219 https://www.ombudsman.gov.tr/suriyeliler/ozel_rapor.pdf (Erişim Tarihi: 08.02.2021).

¹³⁰ ERDEM B. Bahadır, Türk Vatandaşlık Hukuku, 7.bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019, s. 98.

¹³¹ RG. T. 12.06.2009, S. 27256.

¹³² RG. T. 6.4.2010, S. 27544.

GKY mad. 25) geçici koruma statüsü sahibi kişiler genel yolla vatandaşlık kazanamamaktadır. Geçici koruma statüsündekilerin genel yolla da Türk vatandaşlığına başvurabilmeleri için söz konusu sınırlamanın kaldırılması gerektiği savunulmaktaysa¹³³ da; İçişleri Bakanlığı tarafından 30 Aralık 2019 tarihi itibariyle Türk vatandaşlığı verilen Suriyeli geçici korunan sayısının 53.000 yetişkin ve 57.000 çocuk olmak üzere 110.000 olduğu dikkate alındığında¹³⁴, Türk Vatandaşlık mevzuatında Türkiye’de yerleşme niyetini göstermeyen sığınmacı gibi amaçlarla ikamete bağlandığı anlaşılan kişilerin başvurusunun kabul edilmez olması düzenlemesinin (TVKY mad. 16/2/c – GKY mad. 25) bir eksiklik olarak değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira geçici korunan Suriyeliler istisnai yolla, evlilik yoluyla ve evlat edinme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanabilmektedir. Zaten geçici korunanların tamamının vatandaşlığa alınması mümkün olmayacağından¹³⁵; ancak yerel entegrasyonu sağlanabilmiş ve Türkiye Cumhuriyeti’ne katkı sağlayacak kişilere vatandaşlık verilmesi doğru bir yaklaşımdır¹³⁶.

SONUÇ

Türk yabancılar hukukunda 28.04.2011 tarihinden itibaren kitlesel olarak sınırlarımıza gelenlerin başlangıçta geçici oldukları ve geri dönecekleri düşüncesiyle bir süre sınırı öngörülmezsizin uygulanan ve bu süre içerisinde de bireysel uluslararası koruma başvurusunda bulunulamaması, geçici korunan Suriyelilerin 10 yıla yaklaşan süreçte uluslararası korumaya nazaran daha kısıtlı haklarla belirsizliği yaşamalarına neden olmaktadır.

Geçici korunanların içinde buldukları zor durumu çözüme kavuşturarak, normal yaşam sürmelerine imkân verecek kalıcı çözümlerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu anlamda kalıcı çözümlerin gerçekleştirilmesi, bir devletin tek başına üstesinden gelebileceği bir durum

¹³³ KAYA, s. 177

¹³⁴ MÜLTECİLER DERNEĞİ, Türk Vatandaşlığı Verilen Suriyeli Sayısı, <https://multeciler.org.tr/turkiyedeki-suriyeli-sayisi/> (Erişim Tarihi: 08.02.2021).

¹³⁵ EKŞİ, Suriyelilere Toplu Vatandaşlık, s. 348.

¹³⁶ ERKAN, Mustafa, “Uluslararası Koruma Başvuru Sahipleri, Uluslararası Koruma ve Geçici Koruma Statüsü Sahiplerinin İş Piyasasına Erişimlerinin Değerlendirilmesi”, B.U.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 37, S. 2, 2018, s. 241.

olmadığından; başta BMMYK olmak üzere uluslararası iş birliği ile gerçekleştirilmelidir.

Geçici korunanlara yönelik olarak, gönüllü geri dönüş, üçüncü ülkeye yerleştirme ve yerel entegrasyon kalıcı çözümlerinin birleşiminden oluşan bir program izlenmelidir. Suriye’de istikrarın ne zaman sağlanacağına belirsiz olduğu bir ortamda geçici korunanların, menşe ülkelerine geri dönme eğilimleri azalmaktadır ve Türkiye’deki Suriyeli % 80’inden fazlasının artık geri dönmeyeceği ve sürekli olarak Türkiye’de yaşayacakları ifade edilmektedir¹³⁷. Zaten Suriye’deki mevcut güvenlik sorunlarının devam ettiği süreçte Türkiye’nin geri dönüşlerde erken hareket etmesi geri göndermeme yasağının da ihlaline sebebiyet verebilecektir.

03.02.2021 tarihi itibarıyla üçüncü ülkeye yerleştirilen geçici korunan sayısının toplam 44.558 kişi¹³⁸ olduğu dikkate alındığında, üçüncü ülkeye yerleştirme çözümünün son derece sınırlı sayıda kişi için geçerli olduğu ve Türkiye’nin açık kapı politikası ile ülkesine kabul ettiği bu kişilere yönelik sorumluluğunu büyük ölçüde tek başına yönetmek zorunda olduğu görülmektedir. Bu anlamda Türkiye açısından yerel entegrasyonun kalıcı bir çözüm olarak daha fazla ön plana çıktığı görülmektedir.

Yerel entegrasyon yasal boyutu ile geçici korunanların haklarının kademeli olarak arttırılmasını gerektirirken; geçici koruma rejimi içerisinde, geçici korunanların haklarının kademeli olarak arttırılması imkânı söz konusu değildir. Bu sebeple öncelikle geçici koruma uygulamasına son verilerek, uluslararası koruma statülerine geçiş imkânını sağlanmalıdır. Bunun için Cumhurbaşkanı tarafından verilecek geçici korumanın sonlandırılması kararıyla birlikte; geçici korunanlara, koşullarını taşıdıkları uluslararası koruma statüsü toplu olarak verilmeli ya da uluslararası koruma başvurusunda bulunanların başvuruları bireysel olarak değerlendirilmelidir. Yerel entegrasyonun yasal boyutu ile hedeflenenin geçici korunanların haklarının kademeli olarak arttırılması olduğundan, geçici

¹³⁷ ERDOĞAN, s. 24.

¹³⁸ GİGM, 2014-2021 Yılları Arasında Suriyelilerin Üçüncü Ülkelere Yeniden Yerleştirilmesi, <https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638> (Erişim Tarihi: 08.02.2021).

korunanların başta iş piyasasına erişim hakkı ve aile birleşimi hakkı olmak üzere haklarının iyileştirilmesi bakımından şartlı mülteci statüsü yerine ikincil koruma statüsü verilmesi daha uygun olacaktır. Ayrıca yerel entegrasyon kalıcı çözümü için, uluslararası koruma statüsü verilmesinin yanı sıra zaman içerisinde vatandaşlık verilmesi imkânı da değerlendirilmelidir.

KAYNAKLAR

- AFRICA RESEARCH BULLETIN, Continental Developments, November 16th - December 15th 2018.
- ALLAIN, Jean, "The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement", International Journal of Refugee Law, C. 13, S. 4, 2001, s. 533-55.
- ARIKAN, Gökçe, Göç Hukukunda Yabancıya Sağlanan Uluslararası, Bölgesel ve Ulusal Koruma, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- ASAR, Aydoğan, Göç Yönetimi, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016.
- ASLANTÜRK, Oğuzhan/TUNÇ, Yusuf Erdem, "Türkiye'de Yabancıların Çalışma İzinleri: Suriyeliler Örneği", Ombudsman Akademik, Kamu Denetçiliği Kurumu, C. 5, S. 9, 2018, s. 141-181.
- BARAN-ÇELİK, Neşe, "Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C. 6, S. 3, s. 67-148.
- BARNETT, Michael/FINNEMORE, Martha/BARNETT, Michael N., Rules for the World: International Organizations in Global Politics", Cornell University Press, 2004.
- BAŞAK Cengiz, Mülteciler, Sığınmacılar ve Yasa Dışı Göçmenler, Ankara, İçişleri Bakanlığı Genel Yayın No: 686, 2011.
- BRADLEY, Megan, Refugee Repatriation: Justice, Responsibility and Redress, Cambridge University Press, 2013.
- CHETAIL, Vincent, "Voluntary Repatriation in Public International Law: Concepts and Contents", Refugee Survey Quarterly, C. 23, S. 3, 2004, s. 1-32.
- COLEMAN, Nils, "Non-Refoulement Revised Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law", European Journal of Migration and Law, 2003, s. 23-68.
- CRISP, Jeff, "Repatriation Principles under Pressure", Forced Migration Review, S. 62, 2019, s. 19-23.

- CRISP, Jeff/LONG, Katy, "Safe and Voluntary Refugee Repatriation: From Principle to Practice", *Journal on Migration and Human Security*, C. 4, S. 3, 2016, s. 141-147.
- DALBOY, Elif, "Türk Yabancılar Hukukunda Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancıların Çalışma Hakları", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020.
- DUFFY-TOTF, Monica, "The Myth of the Borderless World: Refugees and Repatriation Policy", *Conflict Management and Peace Science*, S. 24, 2007, s. 139-157.
- ECRE, Asylum Information Database, Country Report: Turkey, 31.12.2018, http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_tr_2018update.pdf.
- EDWARDS, Alice, "Human Rights, Refugees and the Right 'to Enjoy' Asylum", *International Journal of Refugee Law*, C. 17, S. 2, 2005, s. 297-330.
- EDWARDS, Alice, "Temporary Protection, Derogation and The 1951 Refugee Convention", *Melbourne Journal of International Law*, C. 13, 2012, s. 1-41.,
- EKŞİ, Nuray, "Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, S. 6, 2014, s. 65-89.
- EKŞİ, Nuray, "Suriyelilere Toplu Olarak Türk Vatandaşlığı Verilebilir Mi?", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 89, S. 2, 2015, s. 196-201 (Suriyelilere Toplu Vatandaşlık).
- ELÇİN, Doğa, "Türkiye'de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi İle Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 124, 2016, s. 10-80.
- ERDEM, B. Bahadır, "Geçici Koruma Statüsündeki Suriyelilerin Sosyal, Siyasi ve Vatandaşlık Hukuku Bakımından Türkiye'deki Du-

rumları”, *Public and Private International Law Bulletin*, C. 37, S. 2, 2017, s. 332-351 (Suriyelilerin Durumları).

ERDEM, B. Bahadır, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 7. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019.

ERDOĞAN, Murat, *Türkiye’deki Suriyeli Mülteciler*, Eylül 2019, <https://www.kas.de/documents/283907/7339115/Türkiye%27deki+Suriyeliler.pdf/aca9d37-7035-f37c-4982-c4b18f9b9c8e?version=1.0&t=1571303334464> (Suriyeli Mülteciler).

ERDOĞAN, M. Murat/ÜNVER, Can, *Perspectives, Expectations and Suggestions of the Turkish Business Sector on Syrians in Turkey*, 2015, <http://tisk.org.tr/en/wp-content/uploads/2016/01/goc-rapor-ing.pdf>.

ERKAN, Mustafa, “Uluslararası Koruma Başvuru Sahipleri, Uluslararası Koruma ve Geçici Koruma Statüsü Sahiplerinin İş Piyasasına Erişimlerinin Değerlendirilmesi”, *B.U.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 37, S. 2, 2018, s. 221-247.

EXCOM, *Protection of Asylum-Seekers in Situations of Large-Scale Influx*, No: 22, 32nd session, 12A (A/36/12/Add.1), 21 October 1981, <https://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c6e10/protection-asylum-seekers-situations-large-scale-influx.html>. (21 October 1981)

EXCOM, *General Conclusion on International Protection*, 39th session, No. 50, 12A (A/43/12/Add.1), 10 October 1998, <https://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c9510/general-conclusion-international-protection.html>.

EXCOM, *Agenda for Protection*, 43. Session, A/AC.96/965/Add.1, 26 June 2002, <https://www.refworld.org/docid/3d4fd0266.html> (Agenda for Protection).

EXCOM, *Conclusion on Legal Safety Issues in the Context of Voluntary Repatriation of Refugees*, 55th session, A/AC.96/1003, 08 October 2004, <https://www.unhcr.org/excom/exconc/417527674/conclusion->

legal-safety-issues-context-voluntary-repatriation-refugees.html.

FARMER, Alice, "Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection", *Georgetown Immigration Law Journal*, C. 23, S. 1, 2008, s. 1-38.

FITZPATRICK, Joan, "Flight from Asylum: Trends Toward Temporary Refuge and Local Responses to Forced Migrations", *Virginia Journal of International Law*, C. 35, S. 1, 1994, s. 13-70. (Temporary Refuge)

FITZPATRICK, Joan, "Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime", *The American Journal of International Law*, C. 94, S. 2, 2000, s. 279-306.

GİGM, 2014-2021 Yılları Arasında Suriyelilerin Üçüncü Ülkelere Yeniden Yerleştirilmesi, <https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638>.

GOODWIN-GILL, Guy S./MCADAM, Jane, *The Refugee in International Law*, 3. bs, Oxford University Press, 2011.

HATHAWAY, James C., "The Meaning of Repatriation", *International Journal of Refugee Law*, C. 9, S. 4, 1997, s. 551-558.

HATHAWAY James C., *The Rights of Refugee under International Law*, Cambridge University Press, 2005 (The Rights of Refugee).

HATHAWAY, James C./NEVE, R. Alexander, "Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection", *Harvard Human Rights Journal*, C. 10, 1997, s 115-211.

HARILD, Niels/CHRISTENSEN, Asger/ZETTER, Roger, *Sustainable Refugee Return: Triggers, Constraints, and Lessons on Addressing the Development Challenges of Forced Displacement*, Global Program on Forced Displacement, 2015.

HARRELL-BOND, Barbara E., "Under What Conditions Is It the Most Desirable Solution for Refugees? An Agenda for Research", *African Studies Review*, C. 32, S. 1, 1989, s. 41-69.

HOLLOWAY, Kerrie, "Repatriation with Dignity", *Forced Migration Review*, S. 62, 2019, s. 43-54.

- ILO, ILO's Refugee Response in Turkey, 30.01.2020, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_735595.pdf.
- İÇDUYGU, Ahmet/AYAŞLI, Enes Ayaşlı, "Geri Dönüş Siyaseti: Suriyeli Mültecilerin Dönüş Göçü İhtimali ve Gelecek Senaryoları", Mi-ReKoc Çalışma Notları, 2019, https://mirekoc.ku.edu.tr/wp-content/uploads/2019/05/Mirekoc_Rapor_GeriDonusSiyaseti.pdf.
- İNELİ-CİĞER, Meltem, "Uluslararası Hukuka Uygun Geçici Koruma Rejiminin Unsurları Üzerine", Göç Araştırmaları Dergisi C. 2, S. 3, 2016, s. 62-92.
- KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU, Türkiye'deki Suriyeliler – Özel Rapor, 2018, https://www.ombudsman.gov.tr/suriyeliler/ozel_rapor.pdf.
- KAYA, Cansu, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukukunda Kalıcı Bir Çözüm Olarak Yerel Entegrasyon, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- KAYGISIZ, İrfan, "Suriyeli Mültecilerin Türkiye İşgücü Piyasasına Etkileri", Friedrich-Ebert-Stiftung, Ağustos 2017, <http://www.fes-tuerkei.org/media/pdf/Dünyadan/2017/Du308nyadan%20-%20Suriyeli%20Mu308ltecilerin%20Tu308rkiye%20I307s327gu308cu308%20Piyasasina%20Etkileri%20.pdf>.
- KIBREAB, Gaim, "Citizenship Rights and Repatriation of Refugees", International Migration Review, C. 37, S. 1, 2003, s. 24-73.
- LONG, Katy, "Refugees, Repatriation and Liberal Citizenship", History of European Ideas, S. 37, 2011, s. 232-241.
- LONG, Katy, The Point of No Return: Refugees, Rights, and Repatriation, Oxford University Press, 2013 (The Point of No Return).
- LOW, Ana, "Local Integration: a Durable Solution for Refugees?", Forced Migration Review, S. 25, 2006, s. 64-65.
- MÜLTECİLER DERNEĞİ, Türkiye'deki Suriyeli Sayısı Ocak 2021, <https://mülteciler.org.tr/turkiyedeki-suriyeli-sayisi/>.

- NURDOĞAN, Ali Kemal/ÖZTÜRK, Mustafa, "Geçici Koruma Statüsü İle Türki-ye'de Bulunan Suriyelilerin Vatandaşlık Hakkı", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 3, 2018, s. 1163-1172.
- OXFELD, Ellen/LONG, Lynellyn D., Coming Home? Refugees, Migrants, and Those Who Stayed Behind, Ed. LONG Lynellyn D. Long/OXFELD Ellen, University of Pennsylvania Press, 2004.
- ÖZKAN, Işıl/TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur, "Türkiye'nin Yeni Göç Politikası", Yıldırım Uler'e Armağan, Lefkoşa, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Ed. ERDAL Muhammed, 2014, s. 389-430.
- ÖZTÜRK, Neva Övünç, "Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 66, S. 1, 2017, s. 201-264.
- SAHIN-MENCUTEK, Zeynep, "Encouraging Syrian Return: Turkey's Fragmented Approach", Forced Migration Review, S. 62, 2019, s. 28-31.
- SMIT, Anneke, The Property Rights of Refugees and Internally Displaced Persons: Beyond Restitution, Taylor & Francis Group, 2012.
- STEIN, Barry N., Durable Solutions for Developing Country Refugees, The International Migration Review, C. 20, S. 2, 1986, s. 264-282.
- SYDNEY, Chloe, "Return Decision Making by Refugees", Forced Migration Review, S. 62, 2019, s. 11-12.
- TAKAHASHI, Saul, "The UNHCR Handbook on Voluntary Repatriation: The Emphasis of Return over Protection", International Journal of Refugee Law, C. 9, S. 4, 1997, s. 593-612.
- TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, Ülkemize Sığınan Suriye Vatandaşlarının Barındırıldıkları Çadırkentler Hakkında İnceleme Raporu, 2012.
- THE DCR/ECRE, Desk Research on Application of a Safe Third Country and a First Country of Asylum Concepts to Turkey, May 2016, <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/DCR-and-ECRE-Desk-Research-on-application-of-a-safe-third-country->

and-a-first-country-of-asylum-concepts-to-Turkey_May-2016.pdf.

TOKUZLU, Lami Bertan, "Non-refoulement principle in a changing European legal environment: With particular emphasis on Turkey, a candidate country at the external borders of the EU", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Avrupa Topuluğu Enstitüsü, 2006.

TURKISH RED CRESCENT/WORLD FOOD PROGRAMME, Refugees In Turkey: Livelihoods Survey Findings (2019), https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Refugees%20in%20Turkey_Livelihoods%20Survey%20Findings_TRC_WFP_2019.pdf.

UNHCR, Meaning of Material Assistance, UNHCR Reports, No: 24, May-June 1963.

UNHCR, Report of the United Nations High Commissioner for Refugees, A/40/12, 13 September 1985, <https://www.unhcr.org/afr/excom/unhcrannual/3ae68c340/report-united-nations-high-commissioner-refugees.html>.

UNHCR, Note on International Protection, 7 September 1994, 45th session, A/AC.96/830, <https://www.unhcr.org/excom/EXCOM/3f0a935f2.pdf>.

UNHCR, Voluntary Repatriation: International Protection, 1996, <https://www.unhcr.org/3bfe68d32.pdf>.

UNHCR, Global Consultations on International Protection, Protection of Refugees in Mass Influx Situations: Overall Protection Framework, 19.02.2001, EC/GC/01/4, <https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3ae68f3c24/protection-refugees-mass-influx-situations-overall-protection-framework.html> (Mass Influx Situations).

UNHCR, Global Consultations on International Protection, Local Integration, 4th Meeting, EC/GC/02/6, 25 April 2002, <https://www.refworld.org/docid/3d6266e17.html> (EC/GC/02/6).

UNHCR, Global Consultations on International Protection, Strengthening and Expanding Resettlement Today: Dilemmas, Challen-

ges and Opportunities, 4th Meeting, EC/GC/02/7, 25 April 2002, <https://www.refworld.org/docid/3d62679e4.html> (EC/GC/02/7).

UNHCR, Framework for Durable Solutions for Refugees and Persons of Concern, Geneva, May 2003, <https://www.unhcr.org/partners/partners/3f1408764/framework-durable-solutions-refugees-persons-concern.html> (Durable Solutions).

UNHCR, Department of International Protection, Resettlement Handbook, Geneva, November 2004 (Resettlement Handbook 2004).

UNHCR, UNHCR Resettlement Handbook, Geneva, July 2011, <https://www.unhcr.org/46f7c0ee2.pdf> (Resettlement Handbook 2011).

UNHCR, Roundtable on Temporary Protection International Institute of Humanitarian Law, San Remo, Italy, 19–20 July 2012, <https://www.unhcr.org/506d8662c.html> (Temporary Protection).

UNHCR, High-level Meeting on Global Responsibility Sharing through Pathway for Admission of Syrian Refugees, Remarks by Filippo Grandi, 30 March 2016, <http://www.unhcr.org/admin/hcspeeches/56fb8e449/high-level-meeting-global-responsibility-sharing-pathway-admission-syrian.html>.

UNHCR, Comprehensive Protection and Solutions Strategy: Protection Thresholds and Parameters for Refugee Return to Syria, February 2018.

UNHCR, The Global Compact of Refugees: Final Draft (as at 26 June 2018), <https://www.unhcr.org/5b3295167>.

UNHCR, Türkiye: Üçüncü Ülkeye Yerleştirme, Eylül 2018, <https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2018/12/Resettlement-Fact-Sheet-September-2018-TR.pdf>.

UNHCR, An Introduction to International Protection, 2005, <https://www.unhcr.org/publications/legal/3ae6bd5a0/self->

study-module-1-introduction-international-protection-protecting-persons.html?query=Palestine.

- YAHYA, Maha/KASSIR, Jean/EL-HARIRI, Khalil, *Unheard Voices: What Syrian Refugees Need to Return Home*, Carnegie Endowment for International Peace, 2018.
- YILMAZ, Sibel, *Kitleysel Akın (Sığınma) Durumunda Geçici Koruma Rejimi ve Asgari Muamele Standardı*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016.
- YILMAZ-EREN, Esra, *Mülteci Hukukunda Geçici Koruma*, Seçkin Yayınları, 2018.
- ZELLUH, Erhan, "Geçici Koruma Altındaki Suriyelilerin İstihdam Bakımından Yasal Statüleri: Adana Örneği", *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin 2018.
- ZENGİNKUZUCU, Dikran M., "Türkiye'de Geçici Koruma Rejiminin Uluslararası Ölçütler Çerçevesinde Bir Değerlendirmesi", *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu*, S. 1, Aralık 2018, s. 37-62.
- ZIMMERMANN, Susan, "Understanding Repatriation: Refugee Perspectives on the Importance of Safety, Reintegration, and Hope", *Population, Space and Place*, S. 18, 2012, s. 45-57.



HUKUK-AHLAK İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA TÜRK HUKUKUNDA KUMAR

Dr. Öğr. Üyesi Duygu HATİPOĞLU AYDIN*

Öz

Kumar sosyal gerçekliğin bir parçası olarak hukuksal düzenlemelere konu olmuştur ve hem ceza hukukunda hem özel hukukta düzenlenmiştir. Bu çalışmada kumar olgusu ve kumara ilişkin hukuksal düzenlemeler hukuk ve ahlak arasındaki ilişki açısından değerlendirilmiştir. Ahlak alanına ait olguların hukuksal yaptırımlara konu edilmesinde sınır belirsizleşmektedir. Türk hukukunda kumara ilişkin düzenlemelere bakıldığında, genel ahlak gibi belir-siz bir kavramın hukuki değer olarak ele alındığı ve yaptırım konusu haline getirildiği görülmektedir. Her türlü davranışın hukuksal yaptırımlarla düzenlendiği ve yasaklandığı bir toplumda bireysel özgürlükler tehlikeye girer. Öte yandan kumara ilişkin düzenlemelerde yasa koyucunun ekonomik saiklerle hareket ettiğinden, gelir getirici faaliyetlerin genel ahlakın korunmasını öncelediğinden söz edilebilir.

Anahtar Kelimeler

Kumar • Hukuk-Ahlak İlişkisi • Genel Ahlak • Ahlaksızlık • Ahlaksızlığın Cezalandırılması

* Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Prof., Hacettepe University Faculty of Law, Department of Philosophy and Sociology of Law, Ankara, Turkey.

✉ duyguhatipoğlu@hacettepe.edu.tr • ORCID 0000-0002-3153-5310

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: HATİPOĞLU AYDIN, Duygu, "Hukuk-Ahlak İlişkisi Bağlamında Türk Hukukunda Kumar", *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 1477-1499.

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

GAMBLING IN TURKISH LAW IN THE CONTEXT OF THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND MORALITY

Abstract

Gambling has been the subject of legal regulation as part of social reality. Gambling is regulated in both criminal law and private law. In this study, the phenomenon of gambling and legal regulations related to gambling were evaluated in terms of the relationship between law and morality. The limit becomes unclear when cases belonging to the field of morality are subject to legal sanctions. Looking at the rules related to gambling in Turkish law, it is seen that an ambiguous concept such as public morality is considered as legal value and became a subject of sanctions. In a society where all kinds of behavior are regulated and prohibited by legal sanctions, individual freedoms are in danger. On the other hand, related to gambling, the legislator acts with economic motives and that income-generating activities prioritize the protection of public morality.

Key Words

Gambling • The Relation Between Law and Morality • Public Morality • Immorality • Punishment of Immorality

I. GİRİŞ

Kumar, tarihin her döneminde dikkat çekici bir olgu olmuş ve sosyoloji, psikoloji, hukuk ve başka disiplinler tarafından ele alınmıştır. Hukuk disiplini açısından, kumara ilişkin mevzuatın değerlendirilmesi yanında, kumar olgusu hukuk felsefesinin tartışmaları bağlamında irdelenebilir. Bunun sebebi kumarın ahlak alanına ait olması ve bu yönüyle de hukuksal düzenlemeye konu olmasıdır. Ben bu çalışmada kumar olgusuna, hukuk-ahlak ilişkisi ve devletin ahlak alanını hukuksal düzenlemelere konu yapmasının sınırı bağlamında odaklanacağım. Kumar olgusunu hukuksal düzenlemeler ve mahkeme kararları açısından ele alırken, devletin ahlak alanını düzenlemesinin sınırlarını ve bu düzenlemelerin amacı olarak “genel ahlak”, “toplumsal ahlak” kavramlarının içeriğini ortaya koymaya çalışacağım. Çalışmanın problemi, ahlak alanına ait olguların hukuksal yaptırımlara konu edilmesi ve kumar olgusunun ve kumara ilişkin hukuksal düzenlemelerin ahlak-hukuk arasındaki ilişki açısından değerlendirilmesidir.

Çalışmanın problemine ilişkin cevapları bulma sürecinde farklı disiplinlere ilişkin yöntemleri bir arada kullanmak gerekiyor. Öncelikle kumar olgusunu pozitif hukuk açısından ele alacağım. Kumar geniş bir

kavram ve şans oyunları ve bahis de kumar kavramının içinde değerlendiriliyor. Bunu hukuksal düzenlemelerde ve mahkeme kararlarında görmek mümkün. Kumar olgusunun kanun koyucu açısından ne ifade ettiğini, süreç içinde Türkiye’de ne şekilde hukukun konusu haline geldiğini tarihsel ve amaçsal yöntemlerle açıklayacağım. Devletin kumar, bahis ve şans oyunları açısından ahlak alanına müdahalesinin sınırlarını ve saikini ortaya koymaya çalışırken hukuk-ahlak alanındaki tartışmalara değinmek gerekiyor. Bu gereklilik, kumar olgusunun ahlak alanına ait olduğuna dair bir varsayımdan yola çıkıyor. Elbette sosyal gerçeklik söz konusu olduğunda hukuk ve ahlak alanlarını keskin çizgilerle ayırmak, sosyal olguları kat’i bir şekilde o alana ait, bu alana ait diye kategorize etmek mümkün değil. Ancak, aşağıda ayrıntılandığı üzere, yasa koyucu bu alanı düzenlerken sıklıkla genel ahlaka vurgu yapmıştır. Kumar esasen bireysel ahlak alanında sayılabilecek bir olgudur. Kumara ilişkin hukuksal düzenlemelerin yapılış saikine bakarken, hukuk-ahlak ayrımının ve ilişkisinin elverişli bir tartışma zemini yarattığını düşünüyorum.

Bu çalışmada öncelikle kumar olgusunu irdeleyeceğim. Devamında, hukuk-ahlak ilişkisine dair tartışmaları, kumar hakkındaki hukuksal düzenlemelere temel olacak şekilde ele alacağım. Burada hukuk düzeninin ahlaka aykırılığı cezalandırmasının sınırını teorik olarak ortaya koymaya çalışacağım. Bu tartışmalar ışığında kumar konusuna ilişkin güncel hukuksal düzenlemeleri ve mahkeme kararlarını değerlendireceğim. Sonuç kısmında, kumarın bireysel ahlak alanına ait bir olgu olduğunu, kumar konusunda “genel ahlak”, “toplumsal ahlak” gibi belirsiz kavramlara dayanarak çeşitli hukuksal düzenlemeler yapıldığını, ama kumar düzenlemelerinde yasa koyucunun daha çok ekonomik faaliyetlerin getireceği faydayı öncelediğini, yasa koyucunun kumar olgusunu ele alırken korumaya çalıştığı hukuki değer, içeriği belirsiz toplumsal ahlaktan çok kapitalist (ekonomik) değerler olduğunu belirteceğim.

II. KUMAR KAVRAMINA GENEL BİR BAKIŞ

Hukuksal incelemelerin, incelenecek kavramın anlamının ortaya konmasıyla başlaması usulü yaygındır. Bunun altında yatan sebep, hukuk kuralında yorumun lafzi yöntemle başlamasıdır. Hukuk kuralının sözel anlamını bulmak için, tanımların netleştirilmesi önemlidir. Sözcükler, kuralın anlamını bulmakta birincil ve en önemli veri olarak görül-

mektedir.¹ Bu sebeple, ben de kumarın tanımını yaparken önce kelime anlamıyla başlayacağım. Kumar, Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlükte “ortaya para koyarak oynanan talih oyunu” şeklinde tanımlanmıştır. Kumar olgusunda şansın ön planda olduğunu vurgulamak gerekir. Şans vurgusu, kumardan başka talihe bağlı kazanç getirici eylemlerin de kumar kapsamında değerlendirilmesine yol açar. Kumarın kelime anlamından ve yasalardaki kumar tanımından yola çıkıldığında, spor toto, loto, piyango, şans oyunları, at yarışı, borsa gibi oyunlar da sözlük anlamları farklı olsa da kumar sayılacaktır, çünkü bu oyunlarda şans unsuruna bağlı olarak kazanç elde etme amacı mevcuttur. Mesela, Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlükte “görüşünde veya iddiasında haklı çıkacak tarafa bir şey verilmesini kabul eden sözlü anlaşma” olarak tanımlanan bahis ile kumar arasında tanım farklılığı vardır, “kumarda kazanç ve eğlence saiki galip olduğu halde, bahiste tarafların ihtilafli bir mevzudaki iddialarının teyit edilmesi ve bu suretle de manevi, fikri bir itminan temin olunması söz konusudur.”² Öte yandan bu ikisinin birbirinden nasıl ayrılacağı konusu, pratik açıdan önem arz etmez. Kanun koyucu kumar ve bahsi hukuki neticeleri bakımından eşit muameleye tabi tutmuştur.³ Kumar olgusu hem ceza hukuku hem özel hukuk bakımından hukuksal düzenlemelere⁴ konu olmuştur.

TCK'nın 228/4. maddesinde kumar, “kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlar” olarak tanımlanmıştır. TCK kapsamında suç olarak tanımlanan fiil, TCK'nın 228. maddesinde düzenlenen “kumar oynanması için yer ve imkan sağlamadır”.⁵ Kumar oynamak ise TCK kapsamında suç fiili sayılmamış, Kabahatler Kanununun 34. maddesinde, “kumar” başlığı altında düzenlenmiş ve kabahat yaptırımına tabi kılınmıştır. Borçlar hukuku açısından kumar ve bahis

¹ İŞIKTAÇ Yasemin, METİN Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 194,197.

² BİLGE Necip, “Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar”, *İstanbul Hukuk Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 3, S. 1 (1958), s. 7.

³ BİLGE, s. 7.

⁴ Kumar yanında, bahis, piyango, at yarışları, şans oyunları ve benzeri kanundan yönetmeliğe çeşitli hukuksal düzenlemelere konu edilmiştir. Çalışmanın kapsamını sınırlandırmak için, yalnızca kumara ilişkin temel düzenlemeler ele alınmıştır.

⁵ TCK 228. maddeyle ilgili geniş kapsamlı bir değerlendirme için bkz. KARAKEHYA Hakan, “Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 2 (2013), s. 699-713.

eksik borç sayılmaktadır⁶ ve kumarla ilgili olarak Borçlar Kanunu, İcra İflas Kanunu, Ticaret Kanununda hükümler bulunmaktadır.⁷

Kumar hukuki olduğu kadar sosyolojik bir meseledir, hukuksal düzenlemeye konu olması, onun sosyolojik bir olgu olarak çok eski zamanlardan beri toplumsal hayatı etkilemesinden kaynaklanır. Şans unsurunun belirgin ve evrensel olduğu kumarın tarihi oldukça eskidir. Kumar, modern sanayi toplumunun stabil döngüsünden görece kontrollü bir kopuşu, “şansını denemek”, rutinden ayrılmayı ve “risk almayı” ifade eder, farklı açılardan sınırları çizilmiş hayatlarda yeni bir deneyim ve maddi bir başarı fırsatı sunarak az da olsa bir tatmin sağlar,⁸ bu yüzden de farklı biçimleriyle insanların ilgisini çekmiştir. Kumar Türkiye topraklarında da sık sık hukuksal düzenlemelere konu olmuştur. İslam dini ve hukuk tarafından yasaklanmış olsa bile, kumar hep yaşamıştır. Osmanlı İmparatorluğu açısından kumarın en yaygın olduğu ve yoğun şekilde şikayet edildiği dönemin 19. yüzyılın ikinci yarısı olduğu belirtilmektedir.⁹ 1851 ve 1858 tarihli Ceza Kanunnamelerinde kumarın suç olduğuna ilişkin hükümler mevcuttur.¹⁰ Ayrıca Sultan II. Abdülhamit’in özellikle kumar oynamanın yasaklanmasına dair iradeler çıkardığı bilinmektedir.¹¹ Cumhuriyet’in ilanından sonra 1926 tarihli Ceza Kanununda kumar suç olarak düzenlenmiştir. Diğer yandan Osmanlı’da 1800’lerde başlayan piyango yaygınlaşmış, 1926’da sonradan adı Türk

⁶ Borçlar hukuku açısından kumar ve bahisin ayrıntılı incelemesi için bkz. FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin, “Cezaî ve Hukukî Cepheleriyle Kumar ve Bahis”, *Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hatırasına Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1958, ss. 169-204; ayrıca BİLGE, s. 7-15.

⁷ Özel hukuk doktrinin konu hakkındaki görüşlerine dair bir derleme için bkz. TÜZÜNER Özlem, “Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege Ferenda Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 26, S. 107 (2013), s. 250-56.

⁸ BLOCH Herbert A., “The Sociology of Gambling”, *American Journal of Sociology*, C. 57, S. 3 (1951), s. 218.

⁹ KURNAZ ŞAHİN Feyza, “I. Dünya Savaşı ve Sonrasında Kumarın Yaygınlaşması ve Osmanlı Devleti’nin Aldığı Tedbirler”, *Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, S. 41 (2019), s. 407, doi:10.21497/sefad.586668.

¹⁰ KURNAZ ŞAHİN Feyza, “II. Meşrutiyet Döneminde İstanbul’da Sosyal Bir Problem Olarak Kumar İletti”, *BELLETEN*, C. 84, S. 301 (2020), s. 1145, doi:10.37879/belleten.2020.1143.

¹¹ AKBULUT Uğur, “Tanzimat ve Meşrutiyet Dönemlerinde Kahvehanelerden Kaynaklanan Sosyal Sorunlara Dair Bazı Tespitler”, *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi*, S. 54 (2015), s. 573.

Hava Kurumu olacak Türk Tayyare Cemiyetine nakit piyango tekelini veren bir kanun çıkmıştır.¹² 1939'da Türk Hava Kurumu Piyango Genel Direktörlüğü kaldırılarak, yerine Milli Piyango İdaresi 3670 Sayılı Kanun ile 5 Temmuz 1939'da kurulmuştur.¹³ Milli Piyango 9 Ağustos 2019'da yapılan ihaleyle özelleştirilene kadar piyango ve diğer şans oyunları devlet tekelinde olmuştur. İhaleye tek şirket katılmıştır. Devlet tekelinden sonra şirket tekelinde piyango faaliyeti devam etmektedir. Bahis oyunlarının atası olan Spor Toto ise, 29 Nisan 1959 yılında; "Futbolda Bahsi Müşterek Kanunu" ile yasallaşmıştır.¹⁴ 2008 yılında, Spor Toto Genel Müdürlüğü'nün kurmuş olduğu "İddaa" oyununun özel bir şirket tarafından oynatılacağını belirlemek için ihale düzenlenmiştir. Türkiye'de 1983-1997 yılları arasında kumarhanelerin serbest olduğu bir dönem yaşanmıştır. Kumar niteliğinde olan oyunların ve kumarhaneler döneminde kumarın devlet gözetiminde olduğu, bunların dışındaki fiillerin TCK ve Borçlar Kanunu bakımından kumar sayıldığını belirtmek gerekiyor.

III. HUKUK-AHLAK İLİŞKİSİ VE HUKUKUN AHLAK ALANINI DÜZENLEMESİNİN SINIRI

Ahlak kuralları da hukuk kurallarına benzer şekilde, toplumsal davranışı düzenleyen kurallardandır. Normatiflik, beşeri irade ürünü olmaları, insan davranışını düzenlemeye yönelik olmaları ve ihlali halinde yaptırım öngörülmesi gibi ortak özelliklere sahip bu iki alanın birbirinden kesin çizgilerle ayrılması ya da kesişmemesi mümkün değildir. Hukuk elbette gelişim sürecinde ahlak kurallarından etkilenmiştir, ama hukuk ve ahlak her zaman örtüşmeyebilir. Yani hukuk ve ahlak arasında hem bir ilişki hem de bir ayırım vardır.¹⁵ Hukuk sadece ahlak kurallarıyla değil, din kuralları, örf-adet kuralları, görgü kuralları gibi insan davranışını düzenlemeye yönelmiş kurallar sistemiyle etkileşim halinde olabilir. Hepsini açısından temel düzenleme alanı sosyal gerçekliktir, bu kurallar sistemleri arasında etkileşim olması kaçınılmazdır. Hukuk ve

¹² "Tayyare Piyangosu 1926-1939/ İlk İlan" <http://www.millipiyango.gov.tr/node/18?q=node/49>, (E.T. 2.1.2021).

¹³ Osmanlı'dan Cumhuriyet'e piyango tarihi ile ilgili bilgi için bkz. "Türkiye'de Milli Piyango – Tarih Toplum", <https://www.tarihtoplum.org/osmanlida-milli-piyango/> (E.T. 2.1.2021).

¹⁴ "Spor Toto Teşkilat Başkanlığı", <http://www.sportoto.gov.tr/sayfa/106/tarihce>. (E.T. 2.1.2021).

¹⁵ GÜRİZ Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 8. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2009, s. 16-18.

ahlak birbirinden kesin sınırlarla ayrılamaz ve toplumsal davranışı düzenleyen kurallar açısından hukuk da ahlak da ortak özelliklere sahiptir. Önemli bir tartışma noktası, ahlak gibi değerler sistemiyle hukuk arasındaki ilişkinin niteliğidir. Hukuki geçerliliğin zorunlu ahlaki kriterleri olduğu için adaletsiz hukuk kurallarının olamayacağını iddia eden doğal hukuk görüşüne bir tepki olarak ortaya çıkan hukuki pozitivizm,¹⁶ hukukun varlığının ve içeriğinin, değerlere değil, sosyal olgulara dayandığını ileri sürer. Burada vurgulanması gereken hukukta değerlerin önemsiz, anlaşılmasız olduğu değil, bu değerlerin hukukun varlığına dayanak teşkil etmemesidir.¹⁷

Hukuk-ahlak ilişkisinin bir tarafı da ahlaktır. Kuçuradi, ahlaki, kişiler arası ilişkilerde davranışlara dair, bir grupta, belirli bir zamanda ya da genel olarak geçerli olan, olması istenen çeşitli değer yargıları sistemleri olarak tanımlar.¹⁸ Bu değer yargıları sistemleri, yere, zamana göre değişerek çeşitli ahlaklar halini alır. Bu farklı ahlaklar, bir kısmı değişik ve değişken olan davranış kuralları ve değer yargıları, bir kısmı ise pek değişmeyen davranış kuralları ve değer yargılarından oluşur.¹⁹ Etik ve ahlak ayrımını burada vurgulamak gerekir. Hukukun ahlakla ilişkisi bağlamında, elbette hukukta da ahlaki değerlendirmeler yapılmaktadır. Bu değerlendirme hukuk kurallarının oluşturulmasında ve kuralların uygulanmasında ifade bulur.²⁰ Uygur'a göre, kuralların uygulanması faaliyetinde hakimlerin hem ahlaka hem de hukuka bağlı olmalarını sağlayan şey, hukuki bakış açısındaki etik dayanaktır.²¹

¹⁶ HIMMA Kenneth Einar, *Hukukun Ahlaki Kriterleri- Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma*, çev. Saim Üye, BilgeSu, Ankara 2010, s. 8.

¹⁷ GREEN Leslie, "Legal Positivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta, 2009, <http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>. Hukuki pozitivizm, farklı yaklaşımları bir arada barındıran bir çatıdır. Hukuk ve ahlak arasında ilişkiyi farklı tanımlayan tezler ve yaklaşımlar için bkz. UYGUR Gülriz, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 52 (2003), s. 145-76.

¹⁸ KUÇURADI İoanna, *Uludağ Konuşmaları- Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2009, s. 33.

¹⁹ KUÇURADI, s. 33.

²⁰ UYGUR Gülriz, "Hukuki Bakış Açısında Etik Dayanağa Yer Vermek", *Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar*, ed. İoanna Kuçuradi, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001, s. 99.

²¹ UYGUR, "Hukuki Bakış Açısında Etik Dayanağa Yer Vermek", s. 103.

Hukuk-ahlak ilişkisi bakımından bu çalışmanın da konusu, H.L.A. Hart'ın vurguladığı gibi, ahlakın hukuka dayatımının sınırlarıdır. Hukukun gelişiminin ahlak kurallarının etkilenmesi noktasında, ahlakın çeşitli yollarla hukukun akışını belirlemede tereddüt yoktur.²² Hart, cinsel ahlak bağlamında tartıştığı meseleyi şu şekilde ifade eder:²³

“Belli bir davranışın ortak standartlara göre ahlaka aykırı olması, bu davranışı hukuk tarafından cezalandırılabilir kılmayı meşrulaştırmaya yeterli midir? Kendi başına ahlakı dayatmak ahlaken caiz midir? Kendi başına ahlaksızlık suç olmalı mıdır?”

Hukukun ahlaka aykırılığı cezalandırılması, “ahlakın hukuki dayatımı”²⁴ şeklinde formüle edilir. Ahlak alanındaki değerlerin hukuka dayatımı üç şekilde gerçekleşebilir. İlk olarak, insanların hukukun emrettiğini ya da yasakladığını yapmaları ya da yapmaktan kaçınmaları, hukuki cezalandırma tehdidi ile sağlanır. İkincisi, hukuku ihlal etmiş olanların cezalandırılmasıdır. Ayrıca, hukuka itaatsizliği imkansız kılan ya da güç koşullara bağlayan ve böylece onu cezalandırmak yerine önleyen tedbirlerin alınması yoluyla²⁵ hukuki güç kullanımı gerçekleşebilir. Kabahatler Kanunundaki kumar düzenlemesi ve “yasadışı bahis” fiiline uygulanan yaptırımlarda, kumar bağlamında belirli bir ahlaki anlayışın hukuka dayatılmasından söz edilebilir.

Ahlakın hukuka dayatımı konusunda benzer bir tartışma, ceza hukuku açısından TCK 226. maddede düzenlenen müstehcenlik suçu için de yürütülmüştür. Müstehcenlik suçu ile yasa koyucu “ortak bir duygu olan genel adabı esas alarak gelecek bir kötülüğü yani genel ahlakın düşmesini önlemeyi” amaçlamaktadır.²⁶ Müstehcen, TDK Güncel Türkçe Sözlüğe göre, kelime anlamı olarak açık saçık, edebe aykırı, yakışsız anlamında kullanılmaktadır. Hukuk dünyasında müstehcenlik, halkın ar ve haya duygularını rencide eden, cinsi arzuları tahrik ve is-

²² HART H. L. A., *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, çev. Erol Öz, 3. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2014, s. 14.

²³ HART, s. 15.

²⁴ HART, s. 29.

²⁵ HART, s. 57.

²⁶ BAYTEMİR Erdal, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi 2007, s. 1217.

tismar eden, genel ahlaka aykırılık olarak tanımlanmaktadır.²⁷ Müstehcenin anlamını belirlemek için başvurulan kavramlar da en az müstehcen kelimesi kadar belirsiz ve göreceli kavramlardır. 3266 sayılı yasa ile 765 sayılı eski ceza kanununun 426. maddesi değiştirilirken müstehcenliğin tanımı de yapılmıştır. Buna göre “halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı davranışlar” müstehcendir. Müstehcenliğin tanımında dayanan “genel ahlak” kavramının da içeriği belirsizdir.

Genel ahlak, Anayasa Mahkemesi'nin 1963/128 E., 1964/8 K. sayılı kararında²⁸ “Belli bir zamanda bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılabilir bir anlam” olarak tanımlanmıştır. Bu kararda genel ahlak için üç öge ön plandadır; birincisi zaman ögesidir, ahlak kurallarının zamana göre değişmesi söz konusudur. İkincisi ahlak kurallarının toplumun büyük çoğunluğunu gözetmesi, yani yaygınlıktır. Üçüncüsü de sübjektif unsur olarak, ahlak kurallarının bu çoğunluk tarafından benimsenmiş olmasıdır.²⁹ H.L.A. Hart'ın “belli bir toplumsal grup tarafından fiilen benimsenen ve paylaşılan ahlak” olarak tanımladığı pozitif ahlak,³⁰ toplumsal ahlakla³¹ ve Anayasa Mahkemesi kararındaki genel ahlakla aynı anlama gelmektedir. Anayasa Mahkemesi genel ahlakı tanımlarken, “kolayca anlaşılabilir bir anlam” vurgusuyla “belli bir anda ve belli bir toplumda bireylerce benimsenen etik düşüncelerin asgarisine, ilk bakışta gözlenebilen temel değerlere dikkat çekmektedir.”³² Böylece genel ahlak kavramının belirsizliğini, anlaşılabilir olma ögesiyle gidermek istemiştir.

Ahlaka aykırılık, ahlaksızlık gibi kavramlar, belirli olması gereken ceza hukuku açısından muğlaklık yaratmakla³³ birlikte, özel hukukta

²⁷ MARAKOĞLU Ozan A., *Edepsiz Kitaplar- Edebiyat Eserleri ve Müstehcenlik Suçu Bağlamında Bir Hukuk Eleştirisi*, Liberte Yayınları, Ankara 2014, s. 60.

²⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 28/01/1964 günlü ve 1963/128 E., 1964/8 K. sayılı kararı.

²⁹ BULUT Nihat, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, *AÜEHFD*, C. 4, S. 1-2 (2000), s. 33.

³⁰ HART, s. 28.

³¹ UYGUR, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?”, s. 151. Uygur, 24 nolu dipnotta, günümüzde toplumsal ahlak teriminin yaygınlığına işaret ederek, toplumsal ahlakın, Hart'ın tanımladığı pozitif ahlak yerine kullanıldığını belirtir.

³² BULUT, s. 33.

³³ MARAKOĞLU, s. 52.

kullanımı da problemlidir. Baysal, ahlaka aykırılığın “özel hukukun açıklanmaya en muhtaç kavramlarından” biri olduğunu belirtir ve BK 49/II maddesi³⁴ örneğini verir.³⁵ Bu maddenin uygulanmasında, yani ahlaka aykırılık nedeniyle sorumluluk doğmasında, kişisel ahlakın yansımaları olan durumların, kamu düzenini etkileyecek olaylardan ayrıştırılması gerektiğini vurgular. Sorumluluk doğuran olayın ahlaka aykırılıkla temellendirilmesi, “hukuk düzeninin, hukuka aykırılığı değil ahlaka aykırılığı temel alan tazminat uygulamalarını kabul etmesi”, hukuk güvenliğini sarsacaktır.³⁶

Toplumsal ahlakın hukuka dayatımının ahlaken meşru olup olmadığı sorusu tartışmanın kilit noktalarından biridir. Hart, Lord Devlin’in dayandığı “her toplum açısından, örgütlü bir toplum olarak kendi varlığını korumak için gerekli önlemleri almanın izin verilebilir olduğu yönündeki genel ilke”yi eleştirir ve bunun ahlaksızlığın cezalandırılması için bir meşruiyet noktası olmadığını savunur.³⁷ Zaten, değişken değer yargılarından oluşan genel ahlak belirsizdir³⁸, bu belirsiz haliyle de hukuka dayatımı oldukça problemlidir.

Peki ahlakın hukuka dayatımının sınırını ne oluşturacaktır? Burada Hart, John Stuart Mill’in “uğrunda uygar bir toplumun bir üyesine iradesi dışında haklı olarak güç uygulanabilecek tek amaç, başkalarına gelecek zararı önlemektir”³⁹ şeklinde açıkladığı yaklaşımını ele alır. Mill için, özgürlüğün sınırı başkalarına zarar verilmesidir. Başkalarının zararını söz konusu değilse, kişilerin özgürlüğü kısıtlanamaz.⁴⁰ Ancak, Hart’ın belirttiği gibi, ceza kanunları, başkalarına zarar verici sonuçları olmadığı halde, ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle kınanan fiillerle doludur.⁴¹ Bu

³⁴ BK m. 49/II: “Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür”.

³⁵ BAYSAL Başak, “Kişisel İlişkilere Hukuki Bir Müdahale: Ahlaka Aykırılık”, *Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan*, ed. Hasan Erman vd., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 195.

³⁶ BAYSAL, s. 196.

³⁷ HART, s. 27.

³⁸ UYGUR Gülriz, “Genel ahlakın vazgeçilmezliği(mi)?”, *Güncel Hukuk Dergisi*, (12.2008), s. 13.

³⁹ HART, s. 16.

⁴⁰ UYGUN Oktay, *Hukuk Teorileri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 123.

⁴¹ HART, s. 33.

noktada ceza hukukunda bireyleri kendilerine karşı da korumaya hizmet eden “paternalizm” ilkesi devreye girer.⁴² Hukuki paternalizm, “kanun koyucunun vatandaşları hakkında onların menfaatlerini arttıracak, zararlarını azaltacağını düşündüğü hususlarda onların rızalarını aramaksızın onların muhakemelerini bir şey yapmaya zorlayan ya da yapmaktan alıkoyan yasalar çıkarması”⁴³ olarak tanımlanmıştır. Kumar olgusunun yaptırıma bağlanmasında, genel ahlakın korunması bir noktada paternalizm ilkesini de çağırır.

Devletin müdahalesinin sınırı, başkalarının, fiilden zarar görmesi olmalıdır. Başkalarına zarar vermeyen fiillerin genel ahlakı koruma gayesiyle cezalandırılması, ahlakın hukuka dayatımı, aynı zamanda bireysel özgürlük sınırının aşılmasıdır. Fiil sebebiyle başkalarının zarar görmesi durumunda müdahale makul olsa bile, “müdahale ile amaçlanan genel ahlakın korunması değil; bilakis kişiler üzerinde doğrudan ortaya çıkacak zararların önlenmesi” olmalıdır.⁴⁴ Dolayısıyla genel ahlakın korunması amacıyla, bireysel ahlak alanına dair bir olgunun cezalandırılmaması gerekir.

IV. KUMARA İLİŞKİN HUKUKSAL DÜZENLEMELERİN VE MAHKEME KARARLARININ HUKUK-AHLAK İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Kumar olgusu farklı hukuksal düzenlemelere konu olmuştur. Ceza hukuku açısından kumar oynatma TCK 228. maddede bir suç, kumar oynama ise Kabahatler Kanununda bir kabahat olarak tanımlanmıştır.⁴⁵ Buradaki düzenleme farklılığı, teknik bir meseledir. 5237 Sayılı TCK ile, 765 Sayılı TCK'daki suç ve kabahat ayrımı kaldırılmış ve kabahatler 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile düzenlenmiştir. Kabahatler Kanununun genel gerekçesinde belirtildiği gibi, kabahat ve suç haksızlık ifade eder, hukuka aykırı olan ve haksızlık içeren fiillerin suç veya kabahat

⁴² HART, s. 38.

⁴³ KÖKCÜ Halil, *Paternalizm Kavramı ve Örnek Uygulamalar*, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Trabzon 2016, s. 33.

⁴⁴ KARAKEHYA, s. 705.

⁴⁵ **TCK Madde 228-(1)** Kumar oynanması için yer ve imkan sağlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki yüz günden aşağı olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır. **Kabahatler Kanunu Madde 34 -(1)** Kumar oynayan kişiye, bin Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, kumardan elde edilen gelire elkonularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir.

olarak ayrılmasında nitelik açısından bir fark yoktur. Yasa koyucu açısından kabahat olarak kumar (oynama), bir haksızlık olarak tanımlanmaktadır. Suç ve kabahat arasında nitelik değil, haksızlığın niceliği açısından bir fark olduğu vurgulanmaktadır. Hukuki değerlerin korunmasında ceza kanununun yanında, hukukun diğer disiplinleri de etkilidir. Ceza hukukundaki ölçülülük prensibinin sonucu olarak, hukuki değerleri korumada diğer hukuk disiplinlerine başvurma olanağının olduğu yerde, ceza hukukuna başvurma son çare olarak değerlendirilmelidir.⁴⁶ Kabahatlerin ceza kanununun dışında düzenlenmesi, kabahatlerin “suç olmaktan çıkarma eğilimi” ve “ceza vermekten kaçınma eğilimi” ile ilgilidir.⁴⁷ Kabahatlerin düzenlenmesinde, bu eğilimin yanında, sosyo-ekonomik şartlardaki değişim, kabahat teşkil eden fiillerin sosyal düzeni çok sarsmaması, insanların ve toplumun vicdanında derin yankı uyandırmaması gibi sebepler öne sürülmüştür.⁴⁸

Kabahatler Kanununun amaç ve kapsamını belirten 1. maddesine göre, “Bu Kanunda; toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla; (...) çeşitli kabahatler tanımlanmıştır.” Kumar, Kabahatler Kanununun 34. maddesinde düzenlenirken,⁴⁹ kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçu Türk Ceza Kanununun 228. maddesinde, “genel ahlaka karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Kumar ile ilgili ceza hukukundaki düzenlemelere baktığımızda, korunmak istenen üst değer “genel ahlak” olduğu açıktır. “Genel ahlak”, “toplumsal ahlak” gibi kavramlarla ne kastedildiğinin

⁴⁶ DEMİRTAŞ Soner, “Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan (2019), s. 493.

⁴⁷ KULA Ayşegül, “Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümleri”, *TBB Dergisi*, S. 140 (2019), s. 45.

⁴⁸ KULA, s. 46.

⁴⁹ Kabahatler Kanunu tasarısında 34. maddenin gerekçesi şu şekildedir: “Kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kâr ve zararın talihe bağlı olduğu oyunları ifade etmektedir. Bu bağlamda kumar oynanması için yer ve imkân sağlanması, Türk Ceza Kanununda suç olarak tanımlanmıştır. Tasarının bu maddesinde ise, kumar oynanması, bir kabahat olarak tanımlanmış, karşılığında idarî para cezası ve ayrıca, kumardan elde edilen kazancın mülkiyetinin idarî yaptırım olarak kamuya geçirilmesi öngörülmüştür. Kumar dolayısıyla idarî para cezasına ve bu suretle elde edilen gelire elkonulmasına karar verme yetkisi sadece kolluğa ait bulunmaktadır. Elkonulan gelirin mülkiyetinin kamuya geçirilmesine ise mülkî amir karar verebilecektir.”

anlaşılabilmesi için, kumarın hangi gerekçelerle ceza hukukunun konusu haline getirildiğini ortaya koymak gerekir.

Kumar, ahlaki, sosyal ve ekonomik boyutlarıyla gündemde olan bir konu olmuştur. Kumar konusunda Feyzioğlu'nun "Dâva büyük ve umumîdir. Bu sadece bir hukuk problemi olarak düşünülemez. Belki ondan ziyade bir ahlâk meselesi, bir terbiye işi ve herhalde en geniş mânasiyle bir memleket davasıdır"⁵⁰ sözleri, bu önemin sebeplerini çeşitli açılardan ortaya koyar. Kumarın düzenlenmesinde bireysel ve toplumsal ahlaki koruma gayesine dair aşağıdaki uzun alıntı, kumar olgusunu ve bireysel ve toplumsal açıdan etkilerini ayrıntılı şekilde ele almaktadır.⁵¹

"Kumar'ın yasak edilmesi, toplumsal menfaatler içindir. Kumar iptilâsı, bir kötülüğe olan iptilâyı ifade etmektedir; toplum bakımından da ekonomik zarar doğurucu bir mahiyet taşımaktadır. Cezalandırılan itiyadın kendisi olmayıp ve fakat sebep olduğu toplumsal zarar ve tehliktir. Kumarın yarattığı zarar, ihtirasın ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Kumar bir spekülâsyonun ifadesidir. Aile birliğini ve ailenin ekonomik durumunu sarsması, toplumca ayıp sayılan birtakım davranışlara yol açması, kumarın ceza kanunlarınca cezalandırılması sonucunu doğurmuştur. Ceza Kanunumuz ailenin himayesinde amme menfaati görmüştür ve kumarın aile birliğini parçalayıcı rol oynamasını önlemekle de bu amme menfaatini korumak amacını gütmüştür. Bu bakımdan kumar'ın önlenmesinde, şahsi menfaat kadar amme menfaati de rol oynamış bulunmaktadır. Kumar şahsî, ailevî ve toplumsal tehlike ve zarar doğuracak mahiyettedir. Kumarbazların toplumsal ekonomik yapı içinde millî istihale iştirak etmeyişleri onları, bir parazit haline getirmektedir. Kumar, aynı zamanda ahlâka aykırı bir mahiyet taşıması bakımından da ceza kanununca önlenen bir mahiyet taşımaktadır. Modern ceza hukuku toplum menfaatini savunmak görevini de yüklenmiştir. Bu bakımdan, bu değerlere zarar veren bir hareket olan kumarın önlenmesi devletin hukukî düzen yetkisine girmektedir. Aynı zamanda, bu görüş açısından, devlet fertlerin psikolojik sağlıklarını da korumak ödevindedir ve kumar'ın ferdin psikolojik durumunu bozan etkilerini önleyebilmek için de kumar ceza kanunlarınca yasak edilmiştir. Bu sebepler-

⁵⁰ FEYZİOĞLU, s. 130.

⁵¹ ÖZEK Çetin, "Türk Ceza Hukukunda Kumar Suçu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 29, S. 1-2 (1963), s. 121-22.

ledir ki, kumar yasak edilmiş ve kumarın cezalandırılması ile toplumsal ahlâkın korunduğu kabul edilmiştir.”

Ceza Kanunundaki kumara ilişkin hükümlerin varlığını, bireysel menfaat yanında, aile birliğinin sağlanmasıyla kamu menfaatini korumaya yönelik gören bu anlayış, sırf ahlaksızlığın cezalandırılmasına sıcak bakacaktır. Hart, bu durumu, örneklerin büyük çoğunluğu cinsel ahlak alanında görülebilen “hukuki ahlakçılık” olarak adlandırmaktadır. Hukuki ahlakçılığa göre, ceza hukukunun ‘sırf’ ahlaka aykırılığı cezalandırmada kullanılması mümkündür.⁵² Bu yaklaşım ahlaki muhafazakarlık ile örtüşür. Hart’a göre, ahlaki muhafazakarlık “bir toplumsal ahlâkın, içeriği ne olursa olsun, herhangi bir mevcut kuralın değişimden korunmasının bir değer taşıdığı ve hukuki dayatımını meşrulaştırdığı önermesine denk düşer”.⁵³ Öte yandan yasa koyucunun kumar konusunda katı bir yaklaşıma sahip olmadığı, yani kumarın tamamen yasaklanması taraftarı olmadığı, Anayasa Mahkemesi’nin kararında kumar oynama suçu ile ilgili yorumunda da görülebilir. Anayasa Mahkemesi de 1975/152 E., 1975/202 K. sayılı ve 21/10/1975 günlü, “umuma açık yerlerde” kumar oynanmasının suç sayılırken “umuma mahsus yerlerde” kumar oynanmasının suç sayılmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönündeki iddiayı incelediği kararında, hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiye değinmiştir.⁵⁴

“Ahlâk kuralları alanı, hukuk ve özellikle ceza hukuku alanından daha geniştir. (...) toplumun hoş karşılamadığı, ahlâka uygun görmediği kimi davranışlara ceza yasalarında yer verilmemiştir. Böyle olmasaydı, yani ahlâka uygun görülmeyen bütün davranışlar suç sayılarak ceza yaptırımına bağlı tutulmuş olsaydı, insanlarda ve toplumda ahlâk bilinci değersiz hale gelir, insanlar toplum içinde hemen hemen yaşayamaz duruma düşerlerdi. Genellikle yasaların dışında kalan alanlarda kötü davranışları önleyici iyi bir kuvvetin bulunmasına önem ve değer verilmiştir. Bu kuvvetin de ahlâk kuralları olduğu kuşkusuzdur.”

Kararda çağdaş ceza yasalarının, yalnız toplumun düzenini, huzurunu ve güvenliğini bozucu nitelikteki ahlâka aykırı davranışları kendi alanı içine almakla yetindiği ve kesin bir zorunluk olmadıkça bu nitelikte olmayan ahlâk kurallarına aykırı davranışlara karışmayı kişilerin öz-

⁵² HART, s. 17.

⁵³ HART, s. 70.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 21/10/1975 günlü ve 1975/152 E., 1975/202 K. sayılı kararı.

gürlükleri ve dokunulmazlıkları bakımından zararlı ve hatta tehlikeli gördüğünü vurgulamıştır:⁵⁵

“Çağdaş ceza yasaları ahlâk kurallarıyla pek bağdaşmayan ve kötü bir alışkanlıktan ibaret olan kumar oynamayı her ne suretle olursa olsun, nerede oynanırsa oynansın her halde cezalandırmayı değil yukarıda da işaret edildiği gibi, ancak kamu düzenini bozucu ve halkın rahatını kaçırıcı bir nitelik taşıdığı hallerde ceza alanı içine almayı öngörmüşler ve bu amaçla da bu suçu “umuma mahsus” veya “umuma açık” yer koşullarına bağlı tutmuşlardır.”

Kumar ve bahisten doğan borçların “eksik borç” olarak nitelendirilmesi yine kumara ilişkin ahlaki yaklaşımla ilgilidir. Kumar ve bahis borçlarının eksik borç sayılması, kaybeden tarafın zarar görme ihtimalinden, kazanan tarafın kazancının da ahlaken meşru sayılmamasından kaynaklanır.⁵⁶

“Kumar ve bahis borçlarının pek iyi karşılanmamasının ve böylece ancak eksik bir borç olarak taasis edilmesinin sebebi, taraflar arasında vuku bulan mamelek mübadelesinin iktisadi bakımdan lüzumsuz, faydasız ve gayri makul oluşudur. Gerçekte kumar ve bahis sonunda meydana gelen servet mübadelesi kaybeden taraf için çok zaman tehlikeli ve meşum zararlar doğurabileceği gibi, kazanan taraf için de ahlaki bakımdan tamamen meşru bir kazanç sayılamaz. Bununla beraber kumar ve bahis borcunun ahlak ve adaba aykırı olduğu da iddia olunamaz. Eğer öyle olsaydı borç BK 20. madde gereğince tamamen batıl olur ve isteyerek olsa bile ödenmiş olan şeyin iadesi istenebilirdi (BK. 61).”

Eksik borç olarak düzenlenmesi bakımından kumarın, toptan yasaklanması ya da ahlak ve adaba aykırılığı sebebiyle batıl sayılması gereken bir olgu olarak görülmediği belirtilmektedir. Bu toptan yasaklayıcı olmayan yaklaşım, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıdaki kararında da görülmektedir.

Kumara ilişkin hukuksal düzenlemelerin değişim seyrinde ekonomik gerekçelerin, zaman zaman toplumsal ahlak, genel ahlak gibi kriterlerle kesiştiğini, hatta öne geçtiğini söylemek de mümkündür. Yukarıda belirttiğim gibi, Türkiye'de 1983-1997 yılları arasında kumarhanelerin faaliyet gösterdiği bir dönem olmuştur. Kumarhanelerin ya da

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 21/10/1975 günlü ve 1975/152 E., 1975/202 K. sayılı kararı.

⁵⁶ BİLGE, s. 11.

hukuksal adıyla “talih oyunları işletmelerinin” kuruluşu ve kaldırılması ülke turizmini teşvik etmek ve milli ekonomiye katkı yapmak için ve turizmin gelir getirici özellikleri göz önüne alınarak Turizmi Teşvik Kanununda düzenlenmiştir.⁵⁷ Turizmi Teşvik Kanununun 19. maddesine dayanılarak 18.01.1983 gününde çıkarılan “Talih Oyunları Yönetmeliği” uyarınca, talih oyunları salonlarının açılmasına izin verilmiştir. Bu salonların açılmasında dönemin liberal açılım yaklaşımının etkisi görülebilir. Ayrıca süreç içinde yapılan düzenlemelerin ve değişikliklerin, kumar alanında faaliyet gösteren ciddi müteşebbisleri teşvik etmesi, ayrıca Turizm Bakanlığı’nın maddi gelir elde etme beklentisinin etkisinde yapıldığı da belirtilmiştir.⁵⁸ 1983 yılında turizm konusunda kalkınma sağlama, yurda döviz girişinin artırılması gibi amaçlarla açılan salonlar 07.08.1997 gününde, Turizmi Teşvik Kanununda yapılan değişikliklerle kapatılmıştır. Yasaya göre talih oyunları salonları, kamuoyunda ise “casino”, “kumarhane” olarak adlandırılan işletmelerin kapatılmasını öngören tasarı ve tekliflerin gerekçeleri ve Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporunda⁵⁹ öne çıkan hususları birkaç başlık altında toplamak mümkündür. Kumarhanelerin kapatılmasını isteyen milletvekillerinin taleplerine gerekçe olarak sosyal, ekonomik ve ahlaki sebepleri vurguladıkları görülmektedir. Sosyal ve ahlaki sebepler, kumarhanelerin toplumda kumar alışkanlığını kökleştirmesi, toplum yapısına uymaması, ailelerin parçalanmasına hatta ölümlere yol açması, kumarın toplumsal bir illet haline gelmesi olarak toparlanabilir. Ekonomik sebepler ise hem daha çok hem daha kuvvetli vurgulanmıştır. Kumarhaneler açılırken turizmi teşvik, turizm tesislerine yatırım yapılması, yabancı turistlerin ülkeye gelmesi, vergi gibi beklentilerin, süreç içinde gerçekleşmediği belirtilmektedir. 14 yılda yaşananlardan çıkarılan sonuç, yabancılardan ziyade Türk vatandaşlarının kumarhanelere gitmesi, böylece fazla döviz harcanması ve yüksek gelir grubundan daha çok pay alınması beklentilerinin gerçekleşmemesi olmuştur. Ayrıca kumarhane-

⁵⁷ ÖZDEMİR Mehmet, “Talih Oyunları Salonları”, *Anatolia: Turizm Araştırmaları Dergisi*, C. 3, S. 5 (1992), s. 34.

⁵⁸ ÖZDEMİR, s. 37.

⁵⁹ 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı (...) T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı: B.02.0.KKGI101-11461976, 10.03.1997, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d20/c028/tbmm20028103ss0268.pdf> (E.T. 27.12.2020).

lerin, büyüme hızlarıyla orantısız şekilde az vergi ödedikleri, kumarhanelerin kapa para aklama merkezlerine dönüştüğü vurgulanmıştır. Kumarhanelerin büyük tesisler yapılması için bir araç olarak düşünülmüş olmasına rağmen, 1996 yılı itibariyle belge verilen 76 kuruluştan sadece 14 tanesinin konaklama tesislerinin bünyesinde kalırken 52 işletmenin sektör dışı kuruluşlarca çalıştırıldığı, böylece turizm sektöründe haksız rekabet ortaya çıktığı vurgulanmıştır.⁶⁰ Kumarhanelerin açılması ve kapatılması uygulamasında, yasa koyucunun kumar olgusunu düzenlerken, ekonomik saikleri ön planda tuttuğu ve genel ahlak, toplumsal ahlak, bozulan aile yapısı gibi söylemlerin bu ekonomik saikleri desteklediği söylenebilir. Anayasa Mahkemesi'nin 1997/63 E., 1998/2 K. sayılı ve 21.1.1998 günlü kararında,⁶¹ talih oyunları salonlarının kapatılmasının Anayasa'nın 48., 13. ve 2. maddelerine aykırılık teşkil etmediğini, talih oyunları işletmeleri ile beklenen amaçlara ulaşamadığı, bu nedenle, yasa koyucunun, salonları, toplumsal hayata verdikleri zarar ve kamu güvenliği de gözetilerek yasaklanmak istemesi gerekçesiyle bu düzenlemeyi yaptığını belirtmiştir. Böylece Türkiye'de "yasal" kumarhaneler dönemi kapanmıştır.

Kumarhaneler konusundaki yaklaşım tamamen kapatmaya doğru evrilse de her durumda bir yasaklamadan söz edilemez. Örneğin Anayasa Mahkemesi, 2015/58 E., 2015/117 K. sayılı ve 23.12.2015 tarihli kararında,⁶² rulet, tilt, langırt ve benzer, oyun alet ve makinalarının bulundurulmasının, çalıştırılmasının, imalinin ve yurda sokulmasının TCK 228. maddeden bağımsız şekilde suç sayılmasına ilişkin yasa maddesinin iptali gerekçesinde, yasanın kabul edildiği 1960'lı yıllarda langırt ve benzeri oyunların gerek yetişkinler gerekse gençler arasında yaygınlaşmasının yetişkinlerin iş ve aile düzenlerinin bozulmasına, gençlerin eğitimlerinin aksamasına ve kötü alışkanlıklar edinmesine neden olduğunu, bu durumun toplumda bu gibi oyunlara karşı olumsuz bir tepkiye yol açtığını belirtmektedir. Mahkeme kararında, teknolojik gelişmeler, sosyal değişimler sonucu langırtın kumar aletleri arasında sayılamaya çağına, langırt bulundurmaya suç sayan 13.12.1968 tarihli ve 1072 sayılı

⁶⁰ 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı (...) T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü.

⁶¹ Anayasa Mahkemesi 21.1.1998 günlü ve 1997/63 E., 1998/2 K. sayılı kararı, R .G. Tarih-Sayı 15.12.1998-23554.

⁶² Anayasa Mahkemesi'nin 23.12.2015 günlü ve 2015/58 E., 2015/117 K. sayılı kararı, R.G. Tarih-Sayı: 13.1.2016-29592.

Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanun'un 1.maddesinin ve dolayısıyla ceza yaptırımını öngören 2. maddesinin "langırt" ibaresi yönünden iptaline karar vermiştir.

Kumarın tam anlamıyla yasak olmadığına bir başka göstergesi de yasal kumar oyunlarıdır. Halihazırda, kumarla ilgili yasal düzenlemelere göre, kumar oynatma suç, kumar oynama kabahattir ve çeşitli yaptırımlarla karşılanmaktadır. Ama devletin tekelinde olan (at yarışı gibi) ya da yeni özelleştirilen (milli piyango vb şans oyunları), imtiyaz yoluyla izin verilen (spor bahisleri) şans ve talihe bağlı kazanç getiren, yasakoyucunun tanımıyla kumar faaliyetleri de mevcuttur ve aslında kumar bir noktaya kadar yasaldir. Bloch, bazı sosyal ve kültürel sistemlerin, özellikle de statünün büyük ölçüde rekabetçi parasal standartlara bağlı olduğu toplumlarda, insan yaşamındaki şans unsurunun teşvik edildiğini ve kullanıldığını ifade eder.⁶³ Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde, onaylanmış ve yasal/meşru borsa spekülasyonlarının belirli biçimleri ile kumar ilgisinin gelişmesi arasındaki ayrımın büyük ölçüde bir derece meselesi olduğunu, ancak birinin onaylandığını ve diğerinin kınandığını vurgular.⁶⁴ Hangi kumar faaliyetinin serbest, hangisinin suç sayılacağı hususu yasa koyucunun takdirindedir. Kumar faaliyetinin sınırı "genel ahlaka aykırılık" ile çizilmiş olsa bile, esasen ekonomik gerekçelerle kumar alanının düzenlendiği düşünülebilir.

SONUÇ

Kumar, sosyolojik ve hukuksal bir olgudur. Ve ahlaki bir boyutu da vardır. Elbette ahlak ve hukuk kuralları arasında ayırım olduğu kadar bir ilişki de vardır. Diğer yandan "hukukun işi olmayan, özel bir ahlak ve ahlaksızlık alanı kalmalıdır".⁶⁵ Yasa koyucunun hukuksal düzenlemelerle korumaya çalıştığı hukuki değer, toplumsal süreçlerde şekillenir ve "genel ahlak" ya da "toplumsal ahlak" şeklinde yasa metinlerinde, gerekçelerde, mahkeme kararlarında ifadesini bulur. Mesele "genel ahlak" gibi belirsiz bir kavramın hukuki değer olarak ele alınıp, yaptırım konusu haline getirilip getirilemeyeceğidir. Kumar oynamanın ceza hukukunun konusu haline getirilmemesi gerekir.⁶⁶ Her türlü davranışın hukuksal yaptırımlarla düzenlendiği ve yasaklandığı bir toplumda bi-

⁶³ BLOCH, s. 216.

⁶⁴ BLOCH, s. 216.

⁶⁵ HART, s. 24.

⁶⁶ Kumar konusunda benzer bir yaklaşım için bkz. KARAKEHYA, s. 702-703.

reysel özgürlükler tehlikeye girer. Bu şekilde hareket edildiğinde, zamana, mekana ve insan gruplarına göre farklılık gösteren çeşitli ahlaklardan, değişik değer yargılarından hangisinin diğerine tercih edileceği sorunu da ortaya çıkar. Çünkü aslında “genel ahlak” gibi bir tanımlama aynı zamanda dışlayıcıdır. Hukuk kuralları ve yaptırımlar aracılığıyla, bahsedilen genele dahil olmayanlar açısından, “genel” davranış biçimine zorlama, belirli bir ahlak anlayışının dayatılması söz konusu olabilecektir.

Pozitif hukuk kurallarına bakıldığında, Türkiye’de devlet tekeli dışında gerçekleşen kumar oynama/oyun oynama fiillerinin çeşitli yaptırımlarla karşılanması söz konusudur. Bu yaptırımlar cezai ya da idari tedbirler, yaptırımlar şeklinde ortaya çıkar. Hapis cezaları, banka hesaplarına el koyma, idari para cezaları yanında, içeride kumar oynandığı tespit edilen ama kapısı kilitli olan mekanlara, duvarın dozerle kırılarak girilmesi⁶⁷ gibi uygulamalar da görülmektedir. Hatta, pratikte kumar oynama kabahatine uygulanan yaptırımlar suç fiiline öngörülen cezalardan daha ağır sonuçlara yol açabilmektedir. Türk hukuku açısından kumar oynama ve oyun oynama fiillerinin yaptırımlarla karşılanması açısından kumarın yasak olduğu düşünülebilir. Öte yandan özel hukuk alanındaki kumar ve bahis borçlarına ilişkin eksik borç yaklaşımı, kumar oynamayı suç sayan eski TCK düzenlemesindeki “umuma mahsus” ve “umuma açık yerler” ayrımı, yeni ceza kanununun yürürlüğe girişiyle, kumar oynamanın kabahat olarak düzenlenmesi, devlet tekelinde olan şans oyunları ve bahis göz önüne alındığında, kumar/bahis/şans oyunları olgularının hukuksal düzenlemeye konu edilmesinde yasaklayıcı tavırdan uzaklaşma görülür. Aslında yasa koyucu bir yere kadar, gelir getirci bir faaliyet olarak, dolayısıyla ekonomik gerekçelerle kumarı kabul etmektedir. Kumarhanelerin kapatılması, kumar oynamanın kabahat, kumar oynatmanın suç olarak düzenlenmesiyle ve kumar hakkındaki diğer hukuksal düzenlemeler, yasa koyucunun beklediği sosyal, ekonomik ve ahlaki faydanın karşılanıp karşılanmadığı belirsizdir. Toplumsal ahlak açısından bakıldığında, piyango, spor toto, at yarışı gibi uygulamaların varlığı, “genel ahlak” kavramının içeriğinin müphem olduğunu, ekonomik gerekçelerle genel ahlakın esnetilebileceğini göstermektedir.

⁶⁷ “Jandarmadan kumar operasyonu! Dozerle mekana baskı düzenlendi”, *Milli Gazete*, 02.01.2021, <https://www.milligazete.com.tr/haber/5945863/jandarmadan-kumar-operasyonu-dozerle-mekana-baski-duzenlendi>. (E.T. 5.1.2021).

Kumara ilişkin düzenlemeler açısından, kumar olgusunun çeşitli görünümleri olarak kumar oynatmanın (kumar oynama için yer ve imkan sağlama), kumar oynamanın, kumar ve bahis sebebiyle kazanılan alacaklı-borçlu statülerinin, genel ahlaka dair bir değer yargısının hukuk normu olarak dayatılmasıyla düzenlendiği söylenebilir. Dolayısıyla bireysel ahlak alanına ait bir konunun hukuk tarafından düzenlenmesi ve içeriği belirsiz bir genel ahlakın hukuka dayatımı söz konusudur. Kumar oynamak, bireysel ahlak alanına ilişkin bir olgudur. Bireyler kumar oynamayı ya da oynamamayı tercih etmekte serbest bırakılmalıdır. Hukuk eliyle, toplumda ahlaksız olduğu ancak iddia edilebilen bir fiilin cezalandırılması/ yaptırıma konu edilmesi, bireysel özgürlüklere makul olmayan bir müdahale anlamına gelir.

KAYNAKLAR

- AKBULUT, Uğur, “Tanzimat ve Meşrutiyet Dönemlerinde Kahvehanelerden Kaynaklanan Sosyal Sorunlara Dair Bazı Tespitler”, Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi, S. 54 (2015), ss. 561-83.
- BAYSAL, Başak, “Kişisel İlişkilere Hukuki Bir Müdahale: Ahlaka Aykırılık”, Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan, ed. Hasan Erman vd., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, ss. 193-202.
- BAYTEMİR, Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi 2007.
- BİLGE, Necip, “Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar”, İstanbul Hukuk Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 1 (1958), ss. 7-15.
- BLOCH, Herbert A., “The Sociology of Gambling”, American Journal of Sociology, C. 57, S. 3 (1951), ss. 215-21.
- BULUT, Nihat, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, AÜEHFD, C. 4, S. 1-2 (2000), ss. 29-42.
- DEMİRTAŞ, Soner, “Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan (2019), ss. 491-515.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, “Cezaî ve Hukukî Cepheleriyle Kumar ve Bahis”, Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1958, ss. 129-214.
- GREEN, Leslie, “Legal Positivism”, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, ed. Edward N. Zalta, Fall 2009., 2009, <http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>.
- GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi, 8. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2009.
- HART, H. L. A., Hukuk, Özgürlük ve Ahlak, çev. Erol Öz, 3. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2014.
- HIMMA, Kenneth Einar, Hukukun Ahlaki Kriterleri- Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma, çev. Saim Üye, BilgeSu, Ankara 2010.
- IŞIKTAÇ, Yasemin, METİN, Sevtap, Hukuk Metodolojisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.

- KARAKEHYA, Hakan, “Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2 (2013), ss. 699-713.
- KÖKCÜ, Halil, Paternalizm Kavramı ve Örnek Uygulamalar, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans, Trabzon 2016.
- KUÇURADI, İoanna, Uludağ Konuşmaları- Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2009.
- KULA, Ayşegül, “Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümleri”, TBB Dergisi, S. 140 (2019), ss. 43-70.
- KURNAZ ŞAHİN, Feyza, “I. Dünya Savaşı ve Sonrasında Kumarın Yaygınlaşması ve Osmanlı Devleti’nin Aldığı Tedbirler”, Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, S. 41 (2019), ss. 405-26, doi:10.21497/sefad.586668.
- — —, “II. Meşrutiyet Döneminde İstanbul’da Sosyal Bir Problem Olarak Kumar İletti”, BELLETEN, C. 84, S. 301 (2020), ss. 1143-74, doi:10.37879/bellekten.2020.1143.
- MARAKOĞLU, Ozan A., Edepsiz Kitaplar- Edebiyat Eserleri ve Müstehcenlik Suçu Bağlamında Bir Hukuk Eleştirisi, Liberte Yayınları, Ankara 2014.
- ÖZDEMİR, Mehmet, “Talih Oyunları Salonları”, Anatolia: Turizm Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 5 (1992), ss. 34-37.
- ÖZEK, Çetin, “Türk Ceza Hukukunda Kumar Suçu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 29, S. 1-2 (1963), ss. 121-56.
- TÜZÜNER, Özlem, “Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege Ferenda Düşünceler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 26, S. 107 (2013), ss. 245-72.
- UYGUR, Gülriz, “Genel ahlakın vazgeçilmezliği(mi)?”, Güncel Hukuk Dergisi, (12.2008).
- — —, “Hukuki Bakış Açısında Etik Dayanağa Yer Vermek”, Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar, ed. İoanna Kuçuradi, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001, ss. 99-111.
- — —, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 52 (2003), ss. 145-76.

İnternet Kaynakları

- "Jandarmadan kumar operasyonu! Dozerle mekana baskı düzenlendi", Milli Gazete, 02.01.2021, <https://www.milligazete.com.tr/haber/5945863/jandarmadan-kumar-operasyonu-dozerle-mekana-baski-duzenlendi> (E.T. 5.1.2021).

-"Spor Toto Teşkilat Başkanlığı", <http://www.sportoto.gov.tr/sayfa/106/tarihce>. (E.T. 2.1.2021).

-"Tayyare Piyangosu 1926-1939/ İlk İlan" <http://www.millipiyango.gov.tr/node/18?q=node/49>, (E.T. 2.1.2021).

- T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü Sayı:B.02.0.KKGI101-11461976, 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ile Trabzon Milletvekili Kemalettin Gökteş ve 23 Arkadaşının, 12.3.1982 Tarihli ve 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanununun 19 uncu Maddesinin (b) Fıkrasının Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Teklifi, Manisa Milletvekili Erdoğan Yetenç'in, 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Doğru Yol Partisi Grup Başkan vekilleri Ankara Milletvekili Saffet Arıkan Bedük, Aydın Milletvekili Ali Rıza Gönül, Denizli Milletvekili Mehmet Gözlükaya ile Refah Partisi Grup Başkan vekili Malatya Milletvekili Oğuzhan Asiltürk'ün 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ve 1072 Sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ve Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporu (1/580, 2/114,2/223, 2/637), 10.03.1997, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d20/c028/tbmm20028103ss0268.pdf> (E.T. 27.12.2020).

-"Türkiye'de Milli Piyango – Tarih Toplum", , <https://www.tarihtoplum.org/osmanlida-milli-piyango/>. (02.01.2021).

Mahkeme Kararları

- Anayasa Mahkemesi'nin 28/01/1964 günlü ve 1963/128 E., 1964/8 K. sayılı kararı.

- Anayasa Mahkemesi'nin 21/10/1975 günlü ve 1975/152 E., 1975/202 K. sayılı kararı.

- Anayasa Mahkemesi 21.1.1998 günlü ve 1997/63 E., 1998/2 K. sayılı kararı, R .G. Tarih-Sayı 15.12.1998-23554.

- Anayasa Mahkemesi'nin 23.12.2015 günlü ve 2015/58 E., 2015/117 K. sayılı kararı, R.G. Tarih-Sayı: 13.1.2016 – 29592.



GERÇEK OLMAYAN GEÇMİŞE YÜRÜME V.S. HAKLI BEKLENTİLERİN KORUNMASI İLKESİ: 7194 SAYILI KANUN ÖRNEĞİ ÜZERİNDEN BİR DEĞERLENDİRME

Dr. Öğr. Üyesi Ercan SARICAOĞLU* Arş. Gör. Abdullah ARIKAN**

Öz

Geçmişe yürümezliğe dair hukukilik denetiminde kökenlerini hukuki güvenlik ilkesinden alan iki ilkeye odaklanmak gerekir. Gerçek geçmişe yürüme bakımından kazanılmış haklara saygı, gerçek olmayan geçmişe yürüme bakımından ise haklı beklentilerin korunması ilkesi, yürürlükteki kurallara duyulan güvenin zedelenmemesi suretiyle hukuk güvenilirliğinin tesis edilmesine yönelmektedir. Kanunların anayasal denetiminde haklı beklentilerin korunması ilkesine yer veren Anayasa Mahkemesi, henüz vergi kanunlarına dair norm denetimlerinde bu ilkeye uygun yaklaşım sergilememiştir. Vergi kanunlarına yönelik gerçek olmayan geçmişe yürüme hallerinin metodik olarak haklı beklentilerin korunması kapsamında incelenmesi gerektiği düşünülmektedir. Çalışmamızda 7194 sayılı Kanun ile vergi tarifesinde yükümlüler aleyhine yapılan bir değişikliğin dönem başından itibaren geçerli kılınması durumunun gerçek olmayan geçmişe yürüme türü olduğu tespiti yapılmış ve geçiş hükmüyle tezahür eden bu halin, söz konusu ilkenin koruma şartlarını haiz surette haklı beklentiyi ihlal edip etmediği, böylece hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturup oluşturmadığına dair değerlendirmelerde bulunulmuştur.

* Dr. Öğr. Üyesi, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Trabzon, Türkiye | Assistant Professor, Trabzon University Faculty of Law, Trabzon, Turkey.

✉ esaricaoglu@trabzon.edu.tr • ORCID 0000-0002-7065-3977.

** Arş. Gör., Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Trabzon, Türkiye | Research Assistant, Trabzon University Faculty of Law, Trabzon, Turkey.

✉ abdullah.arikan@trabzon.edu.tr • ORCID 0000-0002-3881-9949.

📄 **Atf Şekli** | Cite As: SARICAOĞLU Ercan / ARIKAN Abdullah, "Gerçek Olmayan Geçmişe Yürüme v.s. Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi: 7194 Sayılı Kanun Örneği Üzerinden Bir Değerlendirme", *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 1501-1540.

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

Anahtar Kelimeler

Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi • Gerçek Olmayan Geçmişe Yürüme

- Hukuki Güvenlik İlkesi • Vergilendirme
- Vergi Kanunlarının Geçmişe Yürümezliği.

RETROSPECTIVITY V.S. THE PRINCIPLE OF PROTECTION OF LEGAL EXPECTATIONS: AN EVALUATION ON THE EXAMPLE OF LAW NO: 7194

Abstract

It is necessary to focus on two principles that take their roots from the principle of legal certainty in the legality control of non - retroactivity. The principle of respect for the acquired rights in terms of going back to the retroactivity and the protection of legal expectations in terms of retrospectivity, is directed towards the establishment of legal reliability by not damaging the trust in the rules in force. The Constitutional Court, which includes the principle of protecting legal expectations in the constitutional control of laws, has not yet adopted an approach in accordance with this principle in norm audits of tax laws. It is thought that the retrospective situations regarding tax laws should be methodically examined within the scope of protecting legal expectations. In our study, it was determined that the validation of a change made against obliged parties in the tax table with Law No. 7194 from the beginning of the period is a type of going back to the past, and this state, which manifests with the provision of transitional law, violates the legal expectation by meeting the protection conditions of the said principle, thus It has been evaluated whether there is a violation of the principle of legal certainty or not.

Key Words

The Principle of the Protection of Legitimate Expectations • Retrospectivity

- The Principle of Legal Certainty • Taxation • Non - Retroactivity Tax Laws.

I. GİRİŞ

Hukuk devletinde bireyler, mevcut durumlarının o anda yürürlükte bulunan hukuk kurallarına tabi olduğuna güvenir ve geleceğe yönelik planlarını şekillendirirken söz konusu kuralları esas alırlar. Hukuk kurallarına güven, bu kurallara riayet edildiği müddetçe mevcut duruma göre alınan karar ve yürütülen faaliyetlerden dolayı gelecekte herhangi bir müeyyide veya beklenmedik bir külfetle karşı karşıya kalınmayacağı

inancını doğurmaktadır. Böylece bireyler gerek yaşamlarını gerekse ekonomik pozisyonlarını mevcut kurallar doğrultusunda endişeye kapılmaksızın belirleme imkanına sahip olmaktadır. Esasında bu yaklaşım hukuk kavramının doğal yapısına uygundur. Zira kişilerden gelecekte ihdas edilecek kuralları önceden öngörüp, bunlara göre konum alarak mevcut durumlarını belirlemesini beklemek hukuk kavramı ile bağdaşmayacaktır¹.

Hukuk kurallarının geçmişe yürümemesi diğer bir ifadeyle yürürlüğe girdikleri andan itibaren geleceğe etkili olacak şekilde² tasarlanmaları hukukun öngörülebilir bir alanda doğmasını sağlamaktadır. Hukuk devleti olabilmenin bir parçasını ihtiva eden ve olmazsa olmaz unsur olan hukuki güvenlik ilkesinin amaçlarından birisi budur.

Bu çerçevede, hukuk devleti olma idealini taşıyan devletlerin bu idealin mihenk taşı mahiyetindeki hukukun güvenilir olması³ anlamı ihtiva eden hukuki güvenliği⁴ temin edebilmeleri, geçmişe yürür nitelikte

¹ ULER, Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 281, Ankara, 1970, s.17; NARTER, Recep, "Vergi Ödevi İlişkisinde Hukuki Güvenlik İlkesi", Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı Cilt: I (Kamu Hukuku), Editör: ABDULHAKİMOĞULLARI Erdal / YOLÇİYEV Mübariz / ŞAHİNKAYA Yalçın, Adalet Yayınevi, 2012, s.579.

² BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda, "Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi", Kamu Hukukçuları Platformu: Hukuk Güvenliği, Editör: GÖZTEPE Ece, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 277, Ankara, 2015, s.195.

³ RADBRUCH, Gustav, Der Mensch im Recht, 2. unveränderte Auflage, Göttingen, 1961'den aktaran: ARAL Vecdi, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.231; "Hukuka güvenilirlik, hukukun kendisinin güvenilir olması" biçiminde bir kullanım da bulunmaktadır. Bu yönde bkz. KÖKÜSARI, İsmail, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.9.

⁴ "Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin gereklerinden olan hukuki güvenlik ilkesi, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar." Bkz. Anayasa Mahkemesi, 2.11.2016, E: 2015/61, K: 2016/172, para. 106.

hukuk kurallarına yer verilmemesini gerektirmektedir⁵. Ancak böyle bir durumda bireylerin hukuka olan güvenleri korunmuş olacaktır⁶.

Hukuki güvenliğin temini noktasındaki önemli rolüne rağmen pek çok ülke Anayasasında olduğu gibi ülkemizde de maddi ceza hukukuna ilişkin hükümler haricinde geçmişe yürümezlik, genel nitelikte uygulanacak bir anayasal ilke olarak açıkça düzenlenmemiştir. Diğer taraftan hukuk devleti ve kanunilik ilkesine temas eder yönü aşikâr olan geçmişe yürümezlik ilkesinin pozitif hukukta genel nitelikte anayasal bir ilke olarak yer almayışı belli koşullarda haklı bir temele sahiptir. Zira bazı durumlarda, kamu düzeni veya kamu yararı kavramlarının hukuki güvenliğin muhtevasında çatışan veya yarışan değerler arasında baskın bir hale evrilmesi, geçmişe yürümezliğin hâkim tarafından makul ve adil bir denge içinde ele alınabilmesi ihtiyacını gerektirebilmektedir⁷. Böylece geçmişe

⁵ "...Geçmiş, yeni çıkarılan bir kanunun etki alanı dışında kalır..." Bkz. Anayasa Mahkemesi, 14.5.2015, E: 2014/177, K: 2015/49; "Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurlarından biri kanunların hukuk güvenliğini sağlaması, bu doğrultuda geleceğe yönelik, öngörülebilir kurallar içermesi gerekliliğidir. Bu nedenle, hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak kanunlar, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanırlar..." Bkz. Anayasa Mahkemesi, 29.3.2017, E: 2017/47, K: 2017/84, para. 15.

⁶ Alman hukuk öğretisinde geçmişe yürümezlik esası güvenin korunması ilkesi (vertrauensschutzprinzip) bünyesinde değerlendirilmekte ve irdelenmektedir. Bkz. BAŞARAN YAVAŞLAR, "Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi", s.195; ŞİRİN Tolga, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.614.

⁷ ÇAĞAN, Nami, Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982, s.181, 183-184; AKILLIOĞLU, Tekin, "Ekonomik Alanda Yönetmelik İşlemlerin Geriye Yürümezlik Kuralı Karşısında Çeşitli Durumları", Prof. Dr. Aziz Köklü'nün Anısına Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 535, Ankara, 1984, s.42; Şirin, s.630; Anayasa Mahkemesi de hukuk kurallarının esas itibarıyla geçmişe yürümemeleri gerektiğini, ancak bazı hallerde geçmişe yürüme olgusuna cevaz verilebileceğini sıkça kullandığı şu ifadeleriyle kabul etmektedir: "Kural olarak hukuki güvenlik, kanunların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturur. "Kanunların geriye yürümezliği ilkesi" uyarınca kanunlar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, mali hakların iyileştirilmesi gibi ayırksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır." Bkz. Anayasa Mahkemesi, 13.2.2019, E: 2018/103, K: 2019/4, para. 15.

yürümezlik ilkesinin her bir somut düzenleme açısından genel ve yeknesak uygulanmasından ziyade, ayrı ayrı ele alınan olgular yoluyla tesis edilerek denge sağlamayı hedef tutacak surette uygulanması amaçlanmalıdır⁸.

Geçmişe yürümezlik, ifade edilen yaklaşım odak alınarak genel bir bakış açısıyla tüm hukuki düzenlemeler açısından temel bir gereklilik olmakla birlikte, bazı hukuk alanlarında kendisine daha yoğun biçimde yer bulmaktadır. Anayasa m.38/1 bu halin açık bir örneğidir⁹.

Diğer taraftan bahsi geçen hükümde maddi ceza hukukuna dair hükümlere yer verildiğinden, bunun bir neticesi olarak ceza hukuku dışındaki alanlarda bu ilkenin uygulama ve kapsamı ayrıca belirlenmelidir. Bu belirleme bu alanlarda (çalışma konumuz itibarıyla vergi hukukunda) gerek geçmişe yürümezlik ilkesine gerekse daha genel bir bakış açısıyla hukuki güvenliğe hangi düzeyde ihtiyaç duyulduğuna göre şekillenecektir. Bu noktada değinilen düzeyin tayininde ilgili alanda temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin yoğunluğunun kıstas olarak dikkate alın-

⁸ ÖNCEL, Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami / GÖKER, Cenker, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş Değişiklikler İşlenmiş 28. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s.57; Tabii belirtmek gerekir ki, her zaman belli bir değer korunuyor olması halinde söz konusu dengenin kurulabildiğinden de söz edilemeyecektir. Diğer bir ifadeyle, hukuki güvenliğin kamu düzeni ya da kamu yararına veyahut da bunlardan birinin hukuki güvenliğe nazaran her koşulda baskın geldiğinden söz edilemeyecektir. Bu nedenle Anayasa koyucununun 38. maddedeki düzenleme haricinde sessiz kalmak suretiyle değinilen dengenin kurulması görevini Anayasa Mahkemesine ya da Danıştay'a bıraktığı düşünülmektedir.

⁹ "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez." Bu konuda ayrıca Anayasanın 15. maddesindeki düzenlemelerden de söz etmek gerekir. Buna göre savaş, seferberlik ya da olağanüstü hallerde belli şartlar altında temel hak ve özgürlüklerin kullanımı kısmen ya da tamamen durdurulabilir ya da bunlara aykırı önlemler alınabilir. Ancak aynı maddenin 2. fıkrasında, değinilen hallerde dahi suç ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceği açıkça hüküm altına alınmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 7. maddesinde (ve ona atfen 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 5. maddesinde) de daha teferruatlı bir düzenlemeye yer verilmek suretiyle ilgili anayasal hükümler pekiştirilmiş ve detaylandırılmıştır.

ması gerektiği ifade edilmelidir. Zira hak ve özgürlüklere müdahale yoğunluğu arttıkça söz konusu müdahalenin koşul ve detaylarının belirliliğine, erişilebilirliğine ve öngörülebilirliğine olan ihtiyaç da artacaktır¹⁰.

Vergilendirme pek çok temel hak ve özgürlüğe etkin ve yoğun bir biçimde müdahale oluşturan bir olgudur¹¹. Bu hak ve özgürlüklerin yanında da kuşkusuz mülkiyet hakkı gelmektedir. Devletin vergi gelirin ulaşma adına yürüttüğü faaliyetler, bireylerin kesesine hukuki cebir vasıtasıyla el atmaktadır¹². Mülkiyet hakkının yanı sıra özel yaşamın gizliliği ya da yerleşme ve seyahat özgürlüğü gibi daha birçok hak ve özgürlük, vergilendirme sürecinde kamu gücü tarafından çeşitli müdahalelere maruz bırakılmaktadır¹³.

Vergi kanunlarının söz konusu hak ve özgürlüklere bu surette ve doğrudan yöneldiği göz önünde bulundurulduğunda, bu alanda hak ve özgürlüklerin özü ve sınırının aynı zamanda vergilendirme yetkisinin de sınırını meydana getirdiğini¹⁴ ve bu nedenle değinilen sınır ve müdahale

¹⁰ Alman Anayasa Mahkemesi kanunların hangi düzeyde belirlilik taşımaları gerektiğini sözü edilen esas doğrultusunda denetlemektedir. Bkz. CAN, Osman, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 9, 1-2, 2005, s.98.

¹¹ ÇAĞAN, Nami, "Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi", Anayasa Yargısı Dergisi, 1, 1984, s.171.

¹² ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s.4.

¹³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. YALTI, Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Yayınları, İstanbul, 2006; BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda, "Vergilendirme Yoluyla Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahalede Sınır", Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği ve Bireysel Özerklik Sempozyumu, Editör: ULUSAN İhsan ve ÖZTÜRK Bahri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.147-199; GÜMÜŞKAYA, Gamze, Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahaleler Bakımından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010; TAYLAR, Yıldırım, "Vergi Borcu İlişkisinin Pasif Süjesi Olarak Birey ve Vergilendirme Yetkisinin Bireyin Hak, Özgürlük ve Ödevlerine Etkisi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 16, Özel Sayı, 2014, s.4943-4981; TÖRALP, Funda, Temel Hak ve Özgürlüklerin Vergilendirme Yetkisinin Kullanımına Etkisi", Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler, Editör: YENİSEY Feridun / GÜNEŞ Gülsen / ŞİRİN Z. Ertunç, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.163-181.

¹⁴ ÇAĞAN, Nami, "Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Değerlendirme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 37, 1, 1980, s.140.

koşullarının vergi yükümlülerince mümkün olan en yüksek düzeyde belirli, erişilebilir ve öngörülebilir olması ihtiyacı doğurduğunu ifade etmek gerekir¹⁵. Ayrıca söz konusu ilkenin, devletin ülkesi üzerinde sahip olduğu egemenlik yetkisinin mali alandaki görünümü ile vergi alma konusundaki hukuki ve fiili gücü ifade eden vergilendirme yetkisinin¹⁶ keyfi ve sınırsız kullanımının önüne geçilmesinde kanunilik ilkesinden sonra gelen en önemli güvencelerden olduğunun altı çizilmelidir¹⁷. Nitekim geçmiş tecrübelerin oluşturduğu tarihsel birikim göstermektedir ki, kanunilik ilkesi vergilendirmede keyfiliğin önüne geçilebilmesi için tek başına yeterli olamamaktadır. Keyfiliğin önüne geçebilmek adına kanunilik ilkesinin yanı sıra, adalet ve eşitlik gibi değerler hukuki güvenlik temininde önemli kavramlardır. Bu nedenle hak ve özgürlüklere oldukça duyarlı bir alan olan vergi hukukunda, geçmişe yürümezlik ve hukuki güvenlik ilkeleri çok önemli bir konuma sahiptir¹⁸. Dolayısıyla vergisel düzenlemeler bakımından geçmişe yürüme olgusuna oldukça temkinli yaklaşılması gerektiğini ifade etmek gerekir.

¹⁵ ÖZGÜVEN, A. Volkan, Türk Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2007, s.6; YILMAZ, Elif, Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Gereği Olarak Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi – Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s.3.

¹⁶ ÇAĞAN, Vergilendirme Yetkisi, s.2-3.

¹⁷ "...Devletin vergilendirme yetkisinin sınırı, aynı zamanda kişilerin hak ve özgürlüklerinin de sınırını oluşturduğundan, bu yetkinin keyfiliğe kaçacak biçimde kullanılmasının önlenmesi, hukuk devleti olmanın gerekleri arasında öncelikli bir yere sahip bulunmaktadır. Vergilendirme alanında olası keyfi uygulamalara karşı düşünülen ilk önlem, kuşkusuz yasallık ilkesidir. Ancak vergilerin yasayla getirilmesi, yalnız başına vergilendirme yetkisinin keyfi kullanılarak adaletsiz sonuçlar doğurmasını engelleyemeyeceğinden, yasallık ilkesi yanında verginin genel ve eşit olması, idare ve kişiler yönünden duraksamaya yol açmayacak belirlilik içermesi, geçmişe yürümemesi, öngörülebilir olması ve hukuk güvenliği ilkesine de uygunluğunun sağlanması gerekir." Bkz. Anayasa Mahkemesi, 7.10.2007, E: 2003/73, K: 2003/86.

¹⁸ Değinen ilkelerin gereklerine riayet edilmesi halinde vergi yükümlüleri gelecek zaman dilimlerinde beklenmedik veya sürpriz vergi yükleri ile karşılaşmamış olacaklardır. Bkz. ERGİNAY, Akif, Vergi Hukuku İlkeler Vergi Tekniği Türk Vergi Sistemi, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1982, s.46; Böyle bir durumun varlığı vergi sisteminin istikrarlı bir yapıya bürünebilmesi açısından büyük bir önem taşımaktadır. İstikrarlı bir vergi sistemi ise doğrudan yabancı yatırımların ülkeye çekilebilmesi gibi pek çok iktisadi gayenin gerçekleşebilmesinde varlığı aranan bir olgudur. Bkz. AKTAN, Coşkun Can ve GENCEL, Ufuk, "Türkiye'de Geriye Doğru Vergileme ve Verginin Hukukiliği İlkesinin İhlali", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 5, 1, 2003, s.18-19.

Çalışmamızda 7194 sayılı Kanun ile vergi tarifesinde yükümlüler aleyhine¹⁹ yapılan bir değişikliğin dönem başından itibaren geçerli kılması halinde, geçmişe yürümezlik ilkesi kapsamında hukuka uygunluğu ele alınmaktadır. Somut düzenlemenin, gerçek olmayan geçmişe yürüme²⁰ türü olduğu tespiti üzerine; geçmişe yürümezlik kapsamında yapılacak değerlendirmelerin metodik olarak haklı beklentilerin korunması ilkesine olan temas ile ele alınması gerektiği ve Anayasaya uygunluk denetiminde teorik temelini hukuki güvenlikten alan bu ilkenin sorgulanması neticesinde ulaşılabilecek sonuç ile gerekçelenebileceği düşüncesi açıklanmıştır. Bu doğrultuda çalışmamızda, öncelikle normların zaman bakımından uygulanmasına ve geçmişe yürüme türlerine dair genel açıklamalara yer verilecek ve gerçek olmayan geçmişe yürüme açısından değerlendirme kriterini oluşturan haklı beklentilerin korunmasına ilkesi özellikle Anayasa Mahkemesinin ilkeye yaklaşımı odak alınarak ifade edilerek, 7194 sayılı Kanunun ilke karşısındaki durumuna dair değerlendirmelerde bulunulacaktır.

II. ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMA NORMLARI VE GEÇMİŞE YÜRÜME TÜRLERİ

Toplumun dinamik yapısına bağlı olarak, hukukta ortaya çıkan değişim ihtiyacının neticesinde bir hukuk kuralının sonsuza kadar yürürlükte kalmasını beklemek mümkün olmayıp, kuralların belli hallerde değişebileceğini kabul etmek gerekir. Diğer taraftan böyle bir değişim süreci içine tekabül eden bir uyumsuzluğun çözümünde, onun temelinde yatan hukuki durum, işlem ya da olaylara zaman bakımından hangi hukuk ku-

¹⁹ "...Geçmişe yürüme yasağının amacı, kişilerin hukuka olan güvenini korumak olduğuna göre, kişilere yükümlülük yüklemeyen aksine, kişiler lehine elverişli durumlar doğuran ve kişilere menfaat sağlayan düzenlemelerin geçmişe yürütülmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır." Bkz. Anayasa Mahkemesi, 14.5.2015, E: 2014/177, K: 2015/49; Alıntılanan Yüksek Mahkeme kararında da ifade edildiği üzere, muhatapları yönünden aleyhe hükümler içermeyen aksine lehe koşullar yaratan kanuni düzenlemelerin geçmişe yürümezlik esası ya da hukuki güvenlik ilkesi yönünden bir ihlale yol açtığı söylenemez. Burada somut düzenleme koşulları çerçevesinde belki eşitlik ilkesi yönünden bir değerlendirme yapılabilir. Bu yönde bkz. Çağan, Vergilendirme Yetkisi, s.186-187; ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s.57.

²⁰ Geçmişe yürüme türlerinden birisi olarak kabul edilen kavramın anlamı II. numaralı başlık altında açıklanacaktır.

ralının uygulanacağını tespit etmek zor bir haldir. Bu noktada esasen kuralların zaman bakımından birbirlerini izlemesini beklemek gerekir. Aynı konuyu farklı şekillerde düzenleyen ve normlar hiyerarşisinde aynı seviyede bulunan birden fazla kuralın ilgili uyuşmazlığa aynı anda uygulanması mümkün değildir. Bu doğrultuda tarih bakımından sonraki hukuk kuralının önceki kuralı ilga etmesi ve her kuralın yürürlükte bulunduğu zaman kesitindeki işlem ve olaylara uygulanması genel bir hukuk yaklaşımıdır²¹. Ancak aynı konuyu düzenleyen hukuk kurallarının zaman bakımından uygulanmasını belirleyen geçiş hükümleri her zaman bu çerçevede olmayabilmektedir.

Bu haliyle normların zaman bakımından uygulanması, basit olmanın ötesinde oldukça karmaşık ve bünyesinde pek çok sorunu barındıran bir konudur²². Zira zaman bakımından uygulama muhtevası; geçmişe yürüme, derhal uygulama ve etkiyi sürdürme gibi göreceli yapıya sahip normların doğumuna neden olmuştur. Genel anlamda bu normların hangisinin tercih edilmesi gerektiğine dair anayasal düzeyde bir hüküm getirilmediğinden bunların birbirlerine nazaran üstünlük yahut ayrıcalıklarının bulunduğu bahsedilememektedir. Ancak suç ve ceza içeren düzenlemeler bakımından Anayasa m.38 gereğince geçmişe yürümenin yasaklanmış olduğu açıktır. Söz konusu istisnai düzenleme haricinde belli bir kuralın zaman bakımından uygulanmasında, hangi uygulamanın tercih edileceği anayasal sınırlar dahilinde Kanun koyucunun takdirindedir²³.

Geçmişe yürüme halinde, yürürlüğe girecek (yeni) norm yürürlükten kalkan (eski) norm zamanında oluşumunu tamamlamış, hüküm ve sonuçlarını doğurmuş hukuki olgulara temas etmektedir. Derhal uygulama, yeni normun tamamlanmış hukuki olgulara dokunmamakla birlikte henüz tamamlanmamış yani süregelen ve oluşum aşamasındaki olguları kapsama alabilmesidir. Etkiyi sürdürme ise yeni normun sadece

²¹ AKILLIOĞLU, Tekin, "Yasaların (Anayasa Dahil) Zaman İçinde Uygulanması", Anayasa Yargısı Dergisi, 1, 1984, s.279.

²² AKILLIOĞLU, "Yasaların (Anayasa Dahil) Zaman İçinde Uygulanması", s.279.

²³ AKILLIOĞLU, "Yasaların (Anayasa Dahil) Zaman İçinde Uygulanması", s.280.

yürürlük tarihinden sonra başlayan, meydana gelen süreç ve olgulara uygulanması halidir²⁴.

Söz konusu değinilen normlardan geçmişe yürüme ve derhal uygulanmanın kabulü halinde, geçmişe yürümezlik ilkesinin hukuka olan güvenin korunması yönünden Anayasaya uygunluğunu denetlenmek gerekecektir. Bu noktada uygunluk denetimi hukuki güvenlik (ve dolayısıyla hukuk devleti) ilkesi ekseninde ele alınmalıdır²⁵. Diğer taraftan etkiyi sürdürme halinde ise geçmişe temas söz konusu olmadığından, bu açıdan hukuki güvenlik ilkesi yönünden denetim gerektirecek bir hal bulunmayacaktır.

Geçmişe yürüme olgusuna dair zaman bakımından uygulama normları baz alınarak gerçek (dar anlamda) ve gerçek olmayan (geniş anlamda ya da görünüşte) geçmişe yürüme ayrımı yapılabilmektedir. Bu ayrım ilk kez Alman Anayasa Mahkemesince 1960 yılında yapılmış

²⁴ Bu konuda bkz. AKILLIOĞLU, “Yasaların (Anayasa Dahil) Zaman İçinde Uygulanması”, s.280; BERGE, Gio ten ve WİDDERSHOVEN, Rob, “The Principle of Legitimate Expectations in Dutch Constitutional and Administrative Law”, Netherlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law, Editör: HONDIUS E. H., Intersentia Rechtswetenschappen, Bristol, 1998, s.431.

²⁵ Vergilendirme alanında; Anayasa m.73'te düzenlenmiş olan vergi ödevi ile ilgili kurallar, özellikle “*vergilerin yasallığı*”, “*hukuk devleti*”, “*eşitlik*” ve “*yasama yetkisinin devredilmezliği*” hükümlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılan “temel ölçü normlar” a örnek gösterilebileceği, Anayasada yer almayan “*vergilerin geriye yürümezliği ilkesi*”nin Anayasa Mahkemesince hukuk devletinde kazanılmış haklara saygı olarak değerlendirilmiş olduğu yönündeki görüşleri için bkz. SABAN, Nihal, “Vergi Hukukunda “Ölçü Normlar Bloku” Üzerine Bir Deneme”, Vergi Sorunları Dergisi, 117, 1998, <http://www.vergisorunlari.com.tr>, (Erişim Tarihi: 11.4.2021); SABAN, Nihal, Vergi Hukuku, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s.17.

olup²⁶, Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında benimsendiğini ifade etmek mümkündür²⁷. Öğretide ise farklı yaklaşımlar²⁸ bulunmakla beraber

²⁶ TUNCER, Selahattin, “5228 Sayılı Yasanın Yürürlük Maddesi”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, 10, 2004, <https://www.lebibyalkin.com.tr/mevzuat/yayinlar/lebib-yalkin-mevzuat-dergisi>, (Erişim Tarihi: 8.4.2021).

²⁷ “Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında, kanunların geriye yürümezliği ilkesi ile ilgili olarak gerçek geriye yürüme ve gerçek olmayan geriye yürüme ayrımı yapılmaktadır. Gerçek geriye yürüme, yeni getirilen kuralın eski kural döneminde tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanmasıdır. Gerçek olmayan geriye yürüme ise yeni getirilen kuralın eski kural yürürlükte iken başlamakla beraber henüz sonuçlanmamış hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanması anlamına gelmektedir.” Bkz. Anayasa Mahkemesi, 9.2.2012, E. 2010/93, K. 2012/20.

²⁸ Saban’a göre, ceza hukukunun temel prensibi olan “geriye yürümeme” vergi hukukunun da temel ilkelerinden birisidir. Ancak bazı durumlarda vergi yasaları geriye yürürebilir. Anayasa Konseyi “eşitlik-hukuki eşitlik-yasa önünde eşitlik” ilkesini anayasa-daki “yasallık ilkesi”yle birlikte değerlendirerek, vergilendirme alanında “vergi önünde eşitlik” olarak tanımlamıştır. Anayasa Konseyi bazı yasaların geriye yürümesinin, vergi yükümlülüğünde farklı kategoriler ve durumların varlığı halinde, vergi yasalarının nihai amacı “eşitlik” ile çelişmeyeceğine karar vermiştir. Nihayetinde Saban’a göre eşitlik kavramının içeriği ödeme gücü olarak belirlendiğinden, ödeme gücünü esas olan vergilerde geriye yürüme eşitlik ilkesini ihlal etmeyecektir. Bkz. SABAN, Nihal, “Vergi Hukukunda “Ölçü Normlar Bloku” Üzerine Bir Deneme”, <http://www.vergisorunlari.com.tr>, (Erişim Tarihi: 11.04.2021); Akkaya’ya göre ise, yalnızca dönemsel vergileri kapsadığı için söz konusu ayrımı geçmişe yürümeye dair yürütülen tartışmaların merkezine almamak gerekir. Ne zaman ki, yeni düzenleme geçmişe teması nedeniyle yükümlü ya da sorumlu açısından olumsuz neticeler doğurur, o vakit, sözü edilen neticelerle geçmişe temasa dayanak olarak alınan sebepler kıyaslanmak suretiyle çatışan menfaatler arasında denge tesis edilmeye çalışılır. Ancak geçmişe yürümeye dair ileri sürülen söz gelimi olağanüstü durumlar nedeniyle kamu giderlerini finanse etmek gibi sebepler sağlam bir zemine oturtulamamaktadır. Bunun temel nedeni olağanüstü durum nedir, ek finansman gereksinimi doğmuş mudur, doğmuşsa miktarı ne kadardır, miktarı saptanabilse dahi mevzu bahis durum geçmişe teması ne ölçüde haklı kılmaktadır gibi yanıtı belirsiz sorular yumağının varlığıdır. Ayrıca sözü geçen finansman gereksinimi geçmişe yürüyen vergiler yerine vergi harici kaynaklarla veyahut da mevcut vergilerde yapılacak artışlarla karşılanabilir. Değinen sebeplerle her ne kadar açık bir anayasal düzenleme ile hüküm altına alınmamış olsa da Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ve onun bir unsuru olan hukuki güvenlik ilkeleri vergi kanunlarının geçmişe yürümesine engel teşkil etmektedir. Bkz. AKKAYA, Mustafa, “Vergi Aslı ve Feri’leri Bakımından Geriye Yürümezlik Esası: “Haklılık” Ölçütü Üzerine Değerlendirmeler”, Editör: Billur Yaltı, Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik Esası, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s.120-124.

geçmişe yürüme olgusunun genellikle bahsi geçen ayırım dikkate alınarak açıklandığını ve değerlendirildiğini belirtmek gerekir²⁹.

Bu noktada gerçek geçmişe yürüme yukarıda değinilen geçmişe yürüme normunun tercih edilmesi ihtimalinde ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda geçmişe yürüyen düzenlemeler hukuka uygunluk denetimine tabi tutulduğunda, hukuki güvenlik ilkesine bağlı kazanılmış haklara saygı ilkesi belirleyici olmaktadır. Gerçek olmayan geçmişe yürüme ise derhal uygulama normuyla ilgilidir. Bu durumda, geçmişe yürüyen düzenlemelerin hukuka uygunluk denetiminin, hukuki güvenlik ilkesine bağlı haklı beklentilerin korunması ilkesine göre yapılması gerektiği düşünülmektedir³⁰.

²⁹ Bu yönde bkz. ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s.54; KANETİ, Selim / EKMEKÇİ, Esra / GÜNEŞ, Gülsen / KAŞIKÇI Mahmut, Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 65—66; KIZILOĞLU, Şükrü / ŞENYÜZ, Doğan / TAŞ, Metin / DÖNMEZ, Recai, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2007, s.54-55; ŞENYÜZ, Doğan / YÜCE, Mehmet / GERÇEK Adnan, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 9. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018, s.57-58; GÜNEŞ, Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, 4. Tıpkı Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.157-161; YALTI, Billur ve ÖZGENÇ, A. Selçuk, Vergi Hukuku (Pratik El Çalışma Kitabı), Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s.56; PEHLİVAN, Osman, Vergi Hukuku (Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi), Celepler Matbaacılık, Trabzon, 2017, s.37; KARAKOÇ, Yusuf, Genel Vergi Hukuku (Ders Kitabı), Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.119; BİLİCİ, Nurettin ve CANDAN, Turgut, "Vergi Hukukunda Geriye Yürüme Sorunu", 30. Türkiye Maliye Sempozyumu Bildiri Kitabı, Antalya, 20-24 Mayıs 2015, s.877-878; TAŞKAN, Yusuf Ziya, Vergi Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.83; Özgüven, s.23-28, 66-88; ÜSTÜN, Ümit Süleyman, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.76.; ÖZ, Ersan ve AKÇAY, Fatih, "Uygulama Örnekleriyle Türk Vergi Hukukunda Gerçek ve Gerçek Olmayan Geriye Yürümler ve Hukuki Güvenlik İlkesine Etkisi", Vergi Sorunları Dergisi, 288, 2012, s.164-166.

³⁰ Haklı beklentilerin korunması ilkesine dayanak olarak hukuki güvenlik ilkesinin yanı sıra hakkaniyetin de esas kabul edildiği Anayasa Mahkemesinin bazı kararları bulunmaktadır. *"Kanunların uzun süreli uygulanmasına güvenerek hayatını yönlendiren, hukuki iş ve işlemlere girişen bireyin, bu kanunların uygulanacağı yolunda oluşan beklentisinin mümkün olduğunca korunması gerekmektedir. Ancak, hukuki güvenlik ilkesi, her türlü beklentinin korunmasını zorunlu kılmaz. Bir beklentinin hukuken koruma görebilmesi için, meşru (haklı) beklenti seviyesine ulaşması gerekmektedir. Beklentinin meşru olup olmadığı tespit edilirken başvurulacak ölçüt, 'hakkaniyet'tir. Hakkaniyet, Medeni Kanun'da düzenlenen olup, hâkime takdir hakkı tanınan durumlarda, hâkimin bu takdir hakkını somut olayın özelliklerine uygun olarak ve adalet ilkelerini gözeterek kullanması anlamına gelmektedir. Her ne kadar hakkaniyet kavramı daha çok medeni hukuk alanında işlense de aynı zamanda hukukun genel bir ilkesi olduğundan, anayasa yargısında da dikkate alınmalıdır. Kanun koyucu*

Dolayısıyla geçmişe yürüme olgusunun yargısal denetimi, esas itibariyle köklerini hukuki güvenlik ilkesinden alan söz konusu iki ilkeye odaklanarak gerçekleştirilmektedir. Her iki ilkenin temel gayesi yürürlükteki kurallara duyulan güveni zedelememek suretiyle hukuk güvenirliliğini tesis etmektir. Diğer taraftan dikkatle ifade edilmelidir ki, değinilen ilkeler kapsam itibariyle hukuki düzenlemelerin geçmişe yürümesi olgusundan daha geniş bir koruma alanı sağlamaktadır. Diğer bir ifadeyle, kuralların geçmişe yürümesi olgusu ele alınan bu ilkelerin belli bir yönünü meydana getirmektedir. Nitekim sözü edilen ilkeler yalnızca hukuki düzenlemeler bağlamında ele alınmamaktadır. Örneğin, kazanılmış haklara saygı ilkesini bireysel idari işlemlerin geri alınması bakımından bazı sınırlamalar getirmesi veya haklı beklentilerin korunması ilkesini idarenin vermiş olduğu taahhütlere duyulan güvenin gereklerine uygun davranılmasını temin etmesi gibi hallerde de ele almak mümkündür.

Biri tamamlanmış olgulara diğeri ise devam eden süreçlere temas eden farklı geçmişe yürüme türlerinin değişik ve farklı düzeylerde hukuk güvenliğini zedeliyor olması mümkündür. Kazanılmış haklara saygı ilkesinin, haklı beklentilerin korunmasına nazaran daha yüksek düzeyde koruma gerektirdiği fark edilebilmektedir³¹. Ancak diğer taraftan bu hal, her koşulda gerçek geçmişe yürümenin hukuk güvenliğine aykırı, gerçek olmayan geçmişe yürümenin ise hukuk güvenliğine uygun olduğu anlamı

da tıpkı mahkemeler gibi takdir yetkisi kullanırken hakkaniyeti gözetmekle yükümlüdür. Nitekim Anayasa Mahkemesi birçok kararında hukuk devleti ilkesini tanımlarken 'hakkaniyet ölçütünün gözetilmesini' hukuk devletinin unsuru olarak saymaktadır." Bkz. Anayasa Mahkemesi, 20.9.2012, E. 2012/65, K. 2012/128. Bu kapsamda ilke dayanağı olarak hakkaniyetin kabul edildiği norm denetimlerinde Yüksek Mahkeme, kanuni düzenlemenin devam edeceğine dair muhataplar nezdinde ortaya çıkan beklentinin hukuken korunabilir olup olmadığı ile ilgili beklentinin karşılanmaması halini, hakkaniyete aykırı düşüp düşmediğine odaklanmak suretiyle karar vermektedir.

³¹ ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017, s.150; OĞURLU, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.; GÖKSU, Hasan Tuna, "6494 Sayılı Kanun ile Yargıtay ve Danıştay Üyeliği İçin Getirilen 20 Yıl Hizmet Şartının Anayasa'ya Uygunluğu", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 3, 2013, s.166-169; SAYGIN, Engin, "Haklı Beklentilerin Korunması İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Analiz", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 126, 2016, s.216-217.

taşıdığını ifade etmemektedir. Zira bu mahiyette bir düzenleme ile karşılaşılan hâkimin çeşitli değerler arasında bir tartım ve dengeleme faaliyeti yapması, diğer bir ifadeyle düzenleme muhataplarının hukuki güvenliklerinin kamu düzeni veya kamu yararı karşısında korunmaya değer olup olmadığını ayrıca sorgulaması gerekmektedir³².

III. 7194 SAYILI KANUN İLE YAPILAN DÜZENLEMENİN GEÇMİŞE YÜRÜME TÜRLERİ BAKIMINDAN NİTELENDİRİLMESİ

Geçmişe yürüme türleri olarak ele alınan gerçek geçmişe yürüme ve gerçek olmayan geçmişe yürüme, vergi kanunlarının zaman bakımından uygulanmasında kullanılan ve geçerli olan bir ayırmadır. Gerçek geçmişe yürüme, bir vergi kanununun eski kanun döneminde tamamlanmış ve hukuki sonuçları doğurmuş hukuki durum ve olaylara uygulanması, gerçek olmayan geçmişe yürüme ise, yeni kanununun eski kanunun yürürlükte iken başlamasına karşın henüz sonuçlanmamış hukuki durum, olay ve ilişkilere uygulanması olarak tanımlanmaktadır³³.

Gerçek ve gerçek olmayan geçmişe yürüme bakımından vergisel düzenlemelerin değerlendirilmesinde ölçütün vergiyi doğuran olay olduğu kabul edilmektedir³⁴. Zira devlet (ya da devredilmiş vergilendirme yetkisine sahip kamu tüzel kişisi) ile yükümlü arasındaki vergi ilişkisinin başlangıcı vergiyi doğuran olayın meydana gelmesidir. Vergiyi doğuran olay meydana geldikten sonra vergi düzenlemeleri yoluyla vergi yükünde bir artışa gidilmesi, söz konusu artışın gerçek geçmişe yürür mahiyette olduğunu ortaya koyarken, henüz vergiyi doğuran olay meydana

³² ÇAĞAN, Vergilendirme Yetkisi, s.182; ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s.54; KARAKOÇ, Yusuf, Türk Hukuku'nda Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.121.

³³ ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s.54; KANETİ / EKMEKÇİ / GÜNEŞ / KAŞIKÇI, s.65; KIZILOT / ŞENYÜZ / TAŞ / DÖNMEZ, s.54-55; ŞENYÜZ / YÜCE / GERÇEK, s.57-58; BİLİCİ/CANDAN, s.877-878; PEHLİVAN, s.37; KARAKOÇ, Genel Vergi Hukuku (Ders Kitabı), s.119; TAŞKAN, s.83; ÖZGÜVEN, s.23-28; ÜSTÜN, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, s.76; ÖZ/AKÇAY, s.64-66.

³⁴ Bu yönde bkz. ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s.54; ŞENYÜZ / YÜCE / GERÇEK, s.57-58; BİLİCİ VE CANDAN, s.877-878; GÜNEŞ, s.157-161; YALTI VE ÖZGENÇ, s.56; PEHLİVAN, s.37; TAŞKAN, s.83; ÖZGÜVEN, s.78-81; ÜSTÜN, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, s.76; ÖZ VE AKÇAY, 162, 165; YILMAZ, 154-155.

gelmeden yapılmış olan artışlar ise gerçek olmayan geçmişe yürümeyi ifade etmektedir³⁵.

Sözü geçen ayırım Türk vergi sisteminde dönemsellik esasının geçerli olduğu vergiler bakımından önem taşımaktadır. Zira vergiyi doğuran olay bazı vergiler bakımından belli bir anda vuku bulmaktayken, bazı vergiler açısından ise belli bir zaman dilimine yayılı şekilde, oluşumunu sürdürür biçimde meydana gelebilmektedir. Örneğin, motorlu taşıtlar vergisinde; 1 Ocak itibariyle ilgili sicillerde adına verginin konusuna giren motorlu bir taşıt kayıt ve tescilli bulunan kimseler, söz konusu verginin yükümlüsü kabul edilmekte, değinilen tarih itibariyle sadece vergiyi doğuran olay değil tarh ve tahakkuk aşamaları da tamamlanmış olmaktadır. Diğer taraftan belirli bir zaman dilimi vergilendirme dönemi olarak ele alındığında, vergiyi doğuran olay için belli bir süreç önem arz etmektedir. Bu dönem içerisinde gerçekleşen tekil veya çok sayıdaki vergiye tabi işlem ya da olaylar ayrı ayrı vergiyi doğuran olay olarak nitelendirilmemekte, bunların tamamı bir bütün olarak vergiyi doğuran olayı ifade etmektedir. Kural olarak geçmiş takvim yılının vergilendirme dönemi olarak kabul edildiği gelir vergisi, kurumlar vergisi veya farklı vergilendirme dönemlerine sahip katma değer vergisi ile özel tüketim vergisi bu

³⁵ Vergi borcunun vergiyi doğuran olayın meydana gelmesi ile değil de mezkûr olayı takiben idare tarafından gerçekleştirilecek muameleler (tarh) neticesinde doğduğunu savunan istisnai görüşler de bulunmaktadır. Bu konuda bkz. FEYZİOĞLU, B. N., "Mükellefiyet Doğurucu Vakıa (Vergiyi Doğuran Hadise)", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 7, 1-4, 1952, s.74-76, 86-88; Özgüven, s.78.

hale örnek olarak gösterilebilmektedir³⁶. Buna göre gerçek ve gerçek olmayan geçmişe yürümenin tespiti her bir vergi türü için ayrı ele alınabilmektedir³⁷.

Farklı düzenlemeleri ihtiva eden 05.12.2019 tarih ve 7194 sayılı Kanunun konumuz kapsamında ele aldığımız geçmişe yürüme örneği teşkil eden düzenlemesi, bir geçiş hükmüdür³⁸. 7194 sayılı Kanun yoluyla gelir vergisine tabi olanlar için gelir vergisi tarifesinde değişiklikler yapılmıştır. Artan oranlı vergi tarifesini haiz 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na yeni bir gelir dilimi ve vergi oranı ilave eden 7194 sayılı Kanununun 17. maddesi, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu m.103 hükmünü değiştirmiştir. Kanun koyucunun takdirine bağlı olarak değiştirilen gelir vergisi tarife ve oranının hukuka uygun olup olmadığı farklı bir tartışma konusudur.

Diğer taraftan 05.12.2019 tarih ve 7194 sayılı Kanun m.52 Yürürlük kenar başlıklı düzenleme Kanunun çeşitli hükümleri için farklı ve özel

³⁶ TEKBAŞ, Abdullah, Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirmesi, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 2009/396, Ankara, 2009, s.275-278; Dönemsellik esasının geçerli olduğu kurumlar vergisi açısından yukarıda sözü edilen hususların bir kararda şu şekilde ifade edildiğini görebilmek mümkündür: "5520 sayılı Kanun'un "Safi kurum kazancı" kenar başlıklı 6. maddesinde "(1) Kurumlar vergisi, mükelleflerin bir hesap dönemi içinde elde ettikleri safi kurum kazancı üzerinden hesaplanır./ (2) Safi kurum kazancının tespitinde, Gelir Vergisi Kanununun ticarî kazanç hakkındaki hükümleri uygulanır..." denilmek suretiyle ticarî kazançla ilişkin vergiyi doğuran olayın tespitinde 31/12/1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na gönderme yapılmaktadır. 193 sayılı Kanun'un 38. maddesinde ise "Bilanço esasına göre ticari kazanç, teşebbüsteki öz sermayenin hesap dönemi sonunda ve başındaki değerleri arasındaki müspet farktır" denilerek kurumlar vergisi açısından vergiyi doğuran olay tanımlanmaktadır. Buna göre kurumlar vergisinin konusunu teşkil eden ticarî kazanç açısından vergiyi doğuran olayın tespitinde hesap dönemi sonunun esas alınması gerekir. Vergi Usul Kanunu hesap dönemini takvim yılı olarak belirlediğinden hesap döneminin sonu 31 Aralık tarihidir. Dolayısıyla kurumlar vergisi açısından vergiyi doğuran olay, kurumlar vergisi mükelleflerinin bir takvim yılı itibarıyla öz sermayelerindeki artış miktarı olup bu kazanç 31 Aralık tarihinde yapılan dönem sonu kapanış kayıtlarıyla ortaya çıkmaktadır." Bkz. Anayasa Mahkemesi, 13.2.2019, E: 2018/103, K: 2019/4, para. 20.

³⁷ ÖZGÜVEN, s.79.

³⁸ 7194 sayılı Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 05.12.2019 tarihinde kabul edilmiş ve 07.12.2019 tarihli Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

yürürlük tarihi belirlemektedir.³⁹ Burada 7194 sayılı Kanun m.17 düzenlemesi için m.52/1-e' de yürürlük tarihi şu hükümle belirlenmiştir:

"... e) 17 nci maddesi 1/1/2019 tarihinden itibaren elde edilen gelirlere uygulanmak üzere yayımı tarihinde ..."

Buna göre söz konusu vergi tarifesi, vergilendirme dönemi başından itibaren elde edilen gelirlere uygulanmak üzere Kanunun yayım tarihinde yürürlük kazanmıştır. Burada Kanun koyucu özel bir geçiş hükmüyle yeni tarifenin uygulanmasında, gelecek takvim yılının beklenilmesi yerine mevcut bulunan dönemin başından itibaren uygulanması tercinde bulunmuştur.

Değişiklik öncesi gelir vergisi tarifesine göre 500.000 TL'nin (2019 yılı için) üzerinde elde edilen gelirler %35 tutarında vergi oranına tabi iken, söz konusu düzenleme kapsamında yeni tarifeye göre bu gelirler artık %40 tutarında vergi oranına tabi olacaktır. Bu noktada ifade etmek gerekir ki bahsi geçen tutarı aşan gelir elde eden mükellefler açısından, aleyhe nitelik taşıyacak yeni bir gelir dilimi ve vergi oranı ihdas edilmiştir. Açıkça ki 7194 sayılı Kanun, yükümlüler bakımından vergi yükü artışı anlamı taşıyan bir düzenlemeyi ihtiva etmektedir. Söz konusu yapılan değişikliğin 01.01.2019 tarihinden itibaren elde edilen gelirlere uygulanmak üzere yayım tarihinde yürürlüğe girmesiyle de yükümlüler yeni bir vergi yüküne Kanunun yayım tarihinden sonra değil, söz konusu vergilendirme dönemi başından itibaren maruz bırakılmıştır.

Geçiş hükmüyle Gelir Vergisi Kanunu'nda yapılan değişikliğin, mevcut bulunan takvim yılının başından itibaren geçerli kılınması 2019 takvim yılı başından itibaren elde edilen gelire, yeni tarifenin uygulanmasını gerektirmektedir. Buna göre 07.12.2019 tarihinde yayımlanan 7194 sayılı Kanunun mezkûr hükmü 11 ay 7 gün geçmişe etkili sonuç doğuracak şekilde geçmişe yürümüştür. Bu haliyle halihazırda içerisinde bulu-

³⁹ 7194 sayılı Kanunun 22. maddesi ile GVK'ya eklenen geçici m.91'in ilk fıkrasında şu hükme yer verilmiştir: *"1/1/2019-31/12/2019 tarihleri arasında elde edilen ücret gelirlerine, bu maddeyi ihdas eden Kanunla 103 üncü maddede yapılan değişiklik öncesi tarife uygulanır."* Bu düzenleme, beyana tabi ve ilgili tutarı aşan ücret geliri elde edenler bakımından ortaya çıkabilecek geçmişe yürüme olgusunun önüne geçilmesine dönük önemli bir hükümdür.

nulan takvim yılında bir vergi artışı niteliği haiz düzenleme, dönem başından itibaren geçerli kabul edildiğinden, söz konusu hüküm yoluyla gerçek olmayan türde bir geçmişe yürüme yapılmıştır. Kanunun yayım tarihi olan 07.12.2019 tarihinde, gelir vergisi açısından 2019 takvim yılı vergilendirme dönemi henüz tamamlanmamış olup, vergiyi doğuran olay devam eden süreç içerisinde bulunduğundan, ortada gerçek bir geçmişe yürüme yoktur. Bu nedenle 7194 sayılı Kanun m.52/1-e hükmünün yükümlüler nezdinde kazanılmış bir hakkı ihlal ettiği söylenemeyecektir⁴⁰.

Ancak bu haliyle yapılan yeni düzenleme karşısında, eski tarifenin 2019 takvim yılında uygulanacak olmasına dönük yükümlülerin beklenen bir hakkından⁴¹ söz edilebilecektir. Bu nedenle söz konusu gerçek olmayan geçmişe yürümenin, ilgili yükümlülerin hukuka olan güvenlerinin kamu yararı karşısında korunup korunmaması yönünden haklı beklentilerin korunması ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

IV. HAKLI BEKLENTİLERİN KORUNMASI İLKESİ

A. Kavram ve Koşullar

Haklı beklentilerin korunması ilkesinin ortaya çıkışı yakın bir tarihsel geçmişe dayanmaktadır. İctihat hukuku kökenli söz konusu ilkeye kavramsal olarak ilk kez Lord Denning tarafından 1969 tarihli *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs* kararında yer verilmiştir⁴². Değinilen ka-

⁴⁰ Gelir vergisi açısından yaklaşıldığında, geçmişe yürür bir düzenlemenin takvim yılı tamamlanmadan çıkarılması halinde kazanılmış hakları zedeleyen bir durumun söz konusu olmayacağı yönünde bkz. YALTI ve ÖZGENÇ, s.56.

⁴¹ “Beklenen hak, eski yasa zamanında henüz tüm sonuçlarıyla doğmamış bulunan fakat doğması olasılık içinde olan haktır...” Bkz. Anayasa Mahkemesi, 18.9.2008, E: 2006/76, K: 2008/142; “...Kazanılmış hakka dönüşmemiş beklentiler, doktrinde haklı beklenti kavramı çerçevesinde ele alınmaktadır.” Bkz. Anayasa Mahkemesi, 8.2.2018, E: 2016/195, K: 2017/158, para. 68.

⁴² FORSYTH, C. F., “Haklı Beklenti’lerin Doğuşu ve Korunması”, İdare Hukuku İlimleri Dergisi, Çeviren: Esin Örcü, 7, 1-3, 1986, s.121; WRIGHT, David, “Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law”, Osgoode Hall Law Journal, 35, 1, 1997, s.146; Oğurlu, s.230; Saygın, s.211, 215; Karar, Birleşik Kralliyete belli bir süre ile girmesine izin verilen kişinin bu süre içinde ülkede kalabileceğine dair haklı bir beklenti içerisinde bulunduğu ve söz konusu beklentiye aykırı

rarla filizlenen ilke daha sonra meydana gelen farklı uyuşmazlıklar bağlamında da ele alınmaya devam edilmiş ve neticede hukukun genel ilkelere birisi olarak kabul görmeye başlamıştır⁴³. İngiliz hukukunun yanı sıra 1960'lı yıllardan bu yana özellikle Alman Hukuk sistemi olmak üzere Avrupa Hukukunda da kendisine yer bulan ilke⁴⁴, farklı hukuk sistemleri nezdinde gelişimini sürdürmeye devam etmektedir.

Haklı beklenti (legitimate expectation) ilkesine dair tartışmalar⁴⁵ bulunmasına ve içerik, kapsam ve koşullar yönünden farklı ele alınmasına karşın, ilkenin halihazırda uygulanır olduğunu ifade etmek gerekir. Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan ülkemiz açısından özellikle Anayasa Mahkemesi kararları vasıtasıyla geçerlilik taşıdığını söylemek mümkündür.

Haklı beklentinin korunması ilkesinin kapsamı, diğer bir ifadeyle beklentinin kaynağının nelerden ibaret olduğu hususu ilkeye dair yaşanan tartışmaların başında gelmektedir⁴⁶. Zira başlangıçta idare tarafından verilen taahhütlerin ya da yerleşik idari uygulamaların aksi yönünde eylem ya da işlemlere girişilmesi hallerinde söz konusu taahhüt veya uygulamalara güvenen kimselere söz ve savunma hakkı tanınması şeklinde ortaya çıkan söz konusu ilke, günümüzde yasal ya da düzenleyici idari işlemlerin geniş anlamda geçmişe yürümeleri ihtimallerinde onlara duyulan güvenin korunmasını da bünyesine alan bir hale evrilmiştir. Ancak diğer taraftan hukuki düzenlemelerin haklı beklentilerin kaynağı olup

davranılması halinde ilgiliye Bakanlığa başvurma imkanının tanınması gerektiğiyle ilgilidir. Bkz. FORSYTH, s.121.

⁴³ İlkenin İngiliz Hukukundaki diğer uygulama örnekleri için bkz. Wright, s.147-155; OĞURLU, s.231-233; GİŞİ, Selçuk, Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.37-40.

⁴⁴ ALTINDAĞ, Halil, Yürürlükte Olan Yasalara ve İdari Düzenleyici İşlemlere Güven-den Kaynaklanan Haklı Beklenti Kavramı ve Korunması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi – Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s.6-7; İlkenin Avrupa Birliği Adalet Divanı (ya da eski adı ile Avrupa Toplulukları Adalet Divanı) kararlarındaki gelişimi için bkz. ÖZCAN, Nur, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararları Işığında Haklı Beklentilerin Korunması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi - Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s.67 vd.

⁴⁵ Bu konuda bkz. OĞURLU, s.238-240; ALTINDAĞ, s.36-42; GİŞİ, s.147-172.

⁴⁶ ALTINDAĞ, s.5-6.

olamayacağı hususu üzerinde öğretide mutabakat bulunduğu söylene-
memektedir. Bu tartışmalar daha çok İngiliz hukuku eksenli olup⁴⁷ gerek
meseleyi güvenin korunması etrafında irdeleyen Alman Hukukunda
(benzer durum Avrupa Hukukunda da söz konusu) gerekse Türk huku-
kunda hukuki metinlerin de haklı beklentilerin korunmasına zemin ha-
zırlayabileceği genel olarak kabul edilmektedir.

İlkeye dair tartışmalı olan bir diğer husus, hukuken korunmaya de-
ğer beklentilerin hangi yöntemlerle korunması gerektiğine ilişkindir. Bu
sorun esas itibariyle beklentinin taahhüt ya da yerleşik idari uygulama-
lardan kaynaklandığı durumlarda gündeme gelmektedir. Gerçekten de
ilke çerçevesinde bazen söz ve savunma hakkı tanınması gibi usulî birta-
kım güvenceler sağlanırken bazı durumlarda ise işlemin iptali ya da taz-
minat ödenmesi gibi esasa ilişkin güvenceler de getirilmektedir. Litera-
türdeki usulî ve maddi haklı beklenti ayrımı da değinilen farklılıktan kay-
naklanmaktadır⁴⁸.

Çalışmamızda gerçek olmayan türde geçmişe yürüyen bir yasal dü-
zenleme ele alındığından, burada düzenleme muhatapları yönünden be-
nimsenebilecek koruma yöntemi anayasa yargısında iptal kararı veril-
mesi olup, bu karar esasa ilişkin bir güvenceye tekabül etmektedir. Ana-
yasa Mahkemesinin yasal düzenlemeler bazında haklı beklentilerin ko-
runması ilkesini benimseyip norm denetimlerinde dikkate aldığı düşü-
nüldüğünde, Türk hukuk uygulamasında bahsi geçen ilkenin esasa iliş-
kin güvenceler getirilmesine imkân tanıdığını ifade etmek yerinde olacak-
tır.

Haklı beklentilerin korunması ilkesinin uygulanmasında, beklenti-
nin korunma koşullarının tespit edilmesi gerekir. Beklenen hakların şüp-
hesiz kazanılmış haklar ile aynı düzeyde korunması mümkün değildir.
Ancak hukuki güvenliğin temini bakımından belli ölçüde, hukuki koru-
madan istifade etmelidir⁴⁹.

⁴⁷ SAYGIN, s.227.

⁴⁸ FORSYTH, s.122-123; OĞURLU, s.234-237; ALTINDAĞ, s.16-17; SAYGIN, s.221-222.

⁴⁹ "...Kanunlara güvenerek hayatını yönlendiren, hukuki iş ve işlemlere giren bireyin, bu ka-
nunların uygulanmasına devam edileceği yolunda oluşan beklentisinin mümkün olduğunca
korunması hukuki güvenlik ilkesinin gereğidir." Bkz. Anayasa Mahkemesi, 4.12.2014, E:

Dikkatle ifade etmek gerekir ki yürürlükteki mevzuatın devam edeceği yolundaki her beklenti bu kapsamda hukuk düzeninin koruması altında değildir. Bu haliyle sadece belli koşulların varlığı halinde gelişim ve oluşum aşamasındaki olgu veya süreçlere duyulan güven, haklı beklenti ihtiva ederek hukuki güvence istenilebilecek niteliktedir⁵⁰. Bu haliyle haklı beklentilerin korunması ilkesi kapsamına dahil olmanın koşulları netleştirilmelidir.

Buna göre öncelikle ortada bir beklenti bulunmalıdır. Örneğin, gerçek olmayan türde geçmişe yürüyen yeni bir düzenlemenin ilgililer aleyhine olacak bazı değişiklikleri içermesi halinde, önceki düzenlemenin bir

2013/114, K: 2014/184, para. 58; “Kişilere belirli haklar sağlayan hukuk kurallarının muhataplarında bir beklentiye yol açması mümkündür. Hak beklentisi, bir kişinin mevcut kurallar uyarınca bir hakkı elde etme beklentisini ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen koşulları taşıyan kişilerin o kuralın ilişkin olduğu hakkı hukuken ve fiilen elde etmeleri, kendileri yönünden kazanılmış hak oluşturmakla birlikte henüz bu hakkı kazanmamış kişilerin de söz konusu hakkı elde etme noktasında bir beklenti içinde olmaları olağandır. Kişilerin hukuka güveni, hukuk devleti yönünden önemli olup kişilerin bu güveninin yine hukuk tarafından korunması asıldır ve bu koruma, hukukî güvenlik ilkesi olarak adlandırılmaktadır.” Bkz. Anayasa Mahkemesi, 15.11.2018, E: 2016/133, K: 2017/155, para. 96; “...Hukuk devletinin önemli bir unsuru olarak hukuki güvenlik ilkesi, sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duyduğu güveni değil aynı zamanda yürürlükteki mevzuatın süreceğine duyulan güveni de içerir. Bu nedenle hukuki güvenlik ilkesi, yürürlükte bulunan hukuk kurallarına uygun olarak teessüs etmiş kazanılmış hakları korumanın yanında, kazanılmış hakka dönüşmemiş beklentileri de belli ölçüde korumaktadır...” Bkz. Anayasa Mahkemesi, 8.2.2018, E: 2016/195, K: 2017/158, para. 68.

⁵⁰ “...Güvenin korunması, mevcut bir hukuki durumun dokunulmazlığı anlamında da değerlendirilmemelidir. Hukuki güvenliğin mevcut bir hukuki durum için dokunulmazlık şeklinde algılanması, dinamik toplum yapısının kurallarla statik, durağan hâle getirilmesi sonucunu doğurur ki bu da toplumun çağın gerisinde kalmasına neden olabilir...” Bkz. Anayasa Mahkemesi, 7.11.2014, E: 2014/61, K: 2014/166, para. 166; “Kişilerin mevcut kurallar çerçevesindeki tüm beklentilerinin mutlak suretle hukuken korunması ise kuralların değişmezliğine yol açabileceği gibi kuralların değiştirilmesini anlamsız kılacak sonuçlara da yol açabilecektir. Oysa hukuk, toplumun değişimine ve gelişimine koşut olarak değişime açık ve yaşayan bir varlıktır. Bu nedenle her değişiklikte olduğu gibi kişilerin değişen kurallardan etkilenmesi söz konusu olabilir. Bir kuralda yapılan değişikliğin kişilerin elde etmeyi bekledikleri haklara etkisinin saptanmasında, söz konusu kuralın değiştirilme gerekçelerinin de gözetilmesi zorunludur. Bu anlamda değiştirilen kuralın, beklenen hakların yanı sıra kazanılmış haklar yönünden dahi etkili olabileceği de belirtilmelidir. Kamu düzeni, genel sağlık gibi haklı nedenlerle daha önce elde edilmiş bir hakkın kullanımı yönünden getirilen ek koşulların mevcut hak sahipleri yönünden gözetilebilmesi de mümkündür. O hâlde her beklentinin hukuken korunmasının söz konusu olmadığını öncelikle belirtilmesi zorunludur...” Bkz. Anayasa Mahkemesi, 15.11.2018, E: 2016/133, K: 2017/155, para. 97-98.

beklenti doğurduğu ifade edilebilecektir. Ancak yeni düzenlemenin ilgililer lehine olması durumunda, haklı beklentilerin korunması ilkesinin öznesi olabilecek bir beklenti mevcut değildir.

Bir beklentinin varlığı sabit ise bu halde, beklentinin haklılığı, diğer bir ifadeyle hukuken korunmaya değer olup olmadığı saptanmalıdır. Bu noktada beklentiye dair bazı nitelikleri aramak gerekecektir. Beklentinin objektif bir nitelik taşıması⁵¹, düzenlemeye yönelik güvenin zarar doğurucu bir güvene dayanması⁵² ve yeni düzenlemenin öngörülemesiz⁵³ olması, beklentinin haklılık düzeyini açığa çıkartacak durumlardır⁵⁴.

⁵¹ Bununla kastedilen, benzer koşullar altında başka kimselerin de aynı beklenti içerisinde bulunabilecek olmalarıdır. Bkz. ALTINDAĞ, s.55.

⁵² ALTINDAĞ, s.52, 56.

⁵³ Geçmişe temas eden bir düzenleme eğer muhatapları nezdinde öngörülebilsen ise kural olarak hukuki güvenlik ilkesinin ihlal edilmiş bulunduğundan söz edilemeyecektir. Zira ileride yürürlüğe girecek bir düzenlemenin geçmişe dönük olacağına ilgili kimselerce halihazırda kestirilebiliyor olması, eski düzenlemenin devam edeceği yolundaki beklentinin hukuk düzenince korunmasındaki temel gayeyi ortadan kaldırmaktadır. Somut düzenlemenin koşullarına bağlı olarak değişiklik gösterebilecek öngörülebilsenlik halinin mevcudiyetine dair Alman Anayasa Mahkemesinin kabul ettiği birtakım ihtimaller söz konusudur. Bu ihtimaller esas itibarıyla kazanılmış haklara dokunmanın hukuki güvenliği ihlal edeceği esasına dair getirilen istisnalar olmakla birlikte haklı beklentiler açısından da evleviyetle dikkate alınabileceklerdir. Söz gelimi yasa değişikliğinin yürürlük tarihinden önce kamuoyunun gündemine taşınması ya da ilgili alanda geçmişe dönük düzenleme yapılmasını gerektirebilecek düzeydeki bir boşluk ya da belirsizlik halinin mevcut olması bu kapsamdadır. Bu konuda bkz. ÇAĞAN, Vergilendirme Yetkisi, s.182-183; ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s.54-55; ŞİRİN, s.624-629.

⁵⁴ Beklentinin haklı olarak nitelendirilebilmesi için yukarıda sözü edilen koşullara ilave olarak beklenti sahibinin iyi niyetinin de bir koşul ya da unsur olarak aranması gerektiğine dair bkz. GİŞİ, s.112-115; *“Bir beklentinin hukuken koruma görebilmesinin ön koşullarından biri beklentinin haklı (meşru) beklenti seviyesine ulaşmasıdır. Haklı beklenti, bireyin kendisine güvenerek hareket ettiği lehine olan bir kanunda öngörülemes bir değişiklik yapılması ve bu öngörülemes değişikliğin herkes yönünden objektif olarak beklenebilecek bir beklentiye sonuçsuz bırakması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gündeme gelmektedir. Ancak bir beklentinin hukuken korunabilmesi için anılan koşulların gerçekleşmesi yeterli olmayıp bu beklentinin korunmasına engel teşkil eden bir kamu yararının da bulunmaması gerekmektedir. Bu yönüyle anayasa yargısında kişi yararıyla kamu yararının karşı karşıya geldiği durumlarda ancak önemli bir kamu yararının bulunmadığı durumlarda haklı beklentinin korunması kabul edilebilir. Aksi takdirde kanun koyucunun kamu yararını gerçekleştirmek üzere değişen koşullara göre yeni politikalar belirlemesi imkân önemli ölçüde zedeledenebilir.”* Bkz. Anayasa Mahkemesi, 4.5.2017, E: 2015/41, K: 2017/98, para. 247;

Beklentinin haklı olması ihtimalinde, bu kez onun korunmamasına yol açabilecek baskın bir kamu yararının bulunup bulunmadığı sorgulanmalıdır. Yeni düzenlemenin derhal yürürlüğe girecek olması nedeniyle sağlanacak kamu yararı, etkiyi sürdürme normunun tercih edilmesi halinde temin edilecek özel yarardan baskınsa ortada haklı beklentinin ihlali söz konusu olmayacaktır. Ancak aksi bir durumda, diğer bir ifadeyle mevzuatın devam edeceği yolundaki güvenin korunması yoluyla gerçekleştirilecek özel yarar, düzenlemenin etkilerini derhal göstermesi ile sağlanacak kamu yararından baskınsa bu kez ilgili düzenlemenin haklı beklentiye ihlal etmiş olduğu ifade edilmelidir. Zira bu ihtimalde Kanun koyucunun geçiş hükmü çatısı altında etkiyi sürdürme normunu benimsemesini beklemek gerekir⁵⁵.

Bu noktada özellikle vurgulamak gerekir ki baskın kamu yararı varlığının saptanmasında dikkate alınması gereken, düzenleme değişikliğinin etkilerini derhal göstermesindeki kamu yararadır. Kanun koyucunun zaman bakımından uygulamaya dair normlardan etkiyi sürdürmeyi değil de derhal uygulama normunu tercih etmesindeki sebep araştırılmalıdır. Bu sebebin derhal uygulamayı haklı kılan kamu yararına hizmet eden gerekçelerle örtüşmesi halinde, baskın bir kamu yararından bahsedilebilecektir. Böyle bir sorgulama sonuçsuz kalıyorsa bu ihtimalde, düzenleme değişikliğine gidilmesi ile ulaşılmaması hedeflenenin kamu yararı olmadığı tespit edilebilecektir⁵⁶.

“...Bir beklentinin hukuken koruma görebilmesinin ön koşullarından birini haklı beklenti seviyesine ulaşması oluşturmaktadır. Haklı beklentinin tespitinde ise kişilerin bu hakkı elde etmeye ne kadar yakın olduklarının ve kural değişikliğinin bu hakkın elde edilmesine etkilerinin, kural değişikliğine neden olan gerekçelerin gözetilmesi gerekir. Bu kapsamda kuralda gerçekleşen değişiklik sonucu ilgililerin bu haktan mahrum kalıp kalmadıkları ya da söz konusu değişikliğin bu hakkı elde etmeleri yönünden zorlaştırıcı bir etkisi olup olmadığı da dikkate alınır. Haklı beklentinin var olup olmadığı, yapılan bu inceleme sonucunda tespit edilir. Bazen de kişinin haklı beklentisi, kişiye mutlak olarak eski kuralın bir hak kazandırmasını değil ancak yeni kurala geçiş sürecinde özellikli konumunun gözetilerek farklı ve geçici bir düzenleme yapılmasını gerekli kılabilir.” Bkz. Anayasa Mahkemesi, 15.11.2018, E: 2016/133, K: 2017/155, para. 97-98.

⁵⁵ Bkz. ALTINDAÇ, s.52-61.

⁵⁶ CRAIG, P. P., “Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law”, Cambridge Journal Law, 55, 2, 1996, s.197; KNIGHT, Dean R., Estoppel (Prin-

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılabilceği üzere haklı beklentilerin korunması koşullarının belirlenmesine yönelik en önemli aşama baskın bir kamu yararının bulunup bulunmadığına dair sorgulamada ortaya çıkmaktadır. Baskın bir kamu yararının tespitinde kullanılan değerlendirme ölçütü, varılacak karar bakımından oldukça önemli bir konuma sahiptir. Bu konuda ölçülülük odak alınması gereken bir standarttır. Bu çerçevede kamu yararı ile hukuki güvenlik arasındaki gerilimde, farklı değerler arasında kurulacak dengede gerçek olmayan geçmişe yürümenin düzenleme muhatapları yönünden ölçsüz olup olmadığına bakılmalıdır⁵⁷.

Konuya vergi yükünde artış meydana getiren düzenlemeler açısından yaklaşıldığında ise gerçek olmayan mahiyetteki geçmişe yürümelelerin, hangi hallerde baskın kamu yararı bakımından ölçsüz kabul edilecek olduğunun saptanmasının zor olduğu görülebilecektir. Bu noktada öğretilerde iptale yol açabilecek iki ayrı ihtimalin gündeme gelebileceği kabul edilmektedir. Bunlardan ilki geçmişe temasın vukuu bulduğu zaman aralığının oldukça uzun olması (başka bir ifadeyle yeni düzenlemenin zaman bakımından ölçsüz olması⁵⁸), diğeri ise vergi yükünde meydana getirilen artışın ölçsüz olmasıdır⁵⁹. Bu gibi hallerde dönem başından itibaren geçerli olacağı öngörülen düzenlemelerin haklı beklentileri zedeledi-

cipler?) in Public Law: The Substantive Protection of Legitimate Expectations, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, The University British Columbia, 2004, s.140; Altındağ, s.57-58.

⁵⁷ OĞURLU, s.276; ŞİRİN, s.693; Altındağ, s.58-59; GİŞİ, s.207; "Geriye yürümezlik ilkesi hakkında Anayasa'da açık bir kural bulunmamasına karşın, Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti ilkesi ve ölçülülük yönlerinden yargısal denetim yapar..." Bkz. Anayasa Mahkemesi, 7.11.1989, E: 1989/6, K: 1989/42.

⁵⁸ ÇAĞAN, Vergilendirme Yetkisi, s.184.

⁵⁹ ÇAĞAN, "Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi", s.181; ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s.57; KARAKOÇ, s.129; TEKBAŞ, s.277; 08.04.2006 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 5479 sayılı Kanun kapsamında gelir vergisi tarifesinde ücretliler aleyhine olacak surette yapılan değişikliğe dair ölçülülük değerlendirmesi için bkz. ÜSTÜN, Ümit Süleyman, "Anayasa Mahkemesinin Ücret Gelirlerine İlişkin Gelir Vergisi Tarifesi İptal Kararı ve Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14, 2, 2010, s.604.

ğini ve bu sebeple önüne bu mahiyette düzenleme gelen Anayasa Mahkemesi ya da Danıştay'ın yargılamayı iptalle neticelendirmesi gerektiği ifade edilmelidir.

B. Haklı Beklentilerin Korunması İlkesine Dair Anayasa Mahkemesinin Genel (Vergisel Düzenlemeler Dışındaki) Yaklaşımı

Tarihsel gelişimi dikkate alındığında 1960'lı yıllardan bu yana gelişmiş ülkelerin hukuk uygulamalarında kendisine yer bulmaya başlayan ilkenin, Anayasa Mahkemesi nezdinde 2000'li yıllardan sonra benimsenmeye başlandığı görülebilmektedir. Anayasa Mahkemesi, uzun bir süre geçmişe yürümezlik esası kapsamında önüne gelen yasal düzenlemelerin Anayasaya uygunluk denetimlerinde, sadece kazanılmış haklara saygı ilkesinden hareket etmiştir. Pek çok kararında Mahkeme, geçmişe yürümenin sadece kazanılmış haklara müdahale alanında, diğer bir ifadeyle gerçek geçmişe yürüme hallerinde vuku bulacağını ve kazanılmış hak seviyesine çıkamamış beklenen hak varlığının hukuki güvenliği ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesini ihlal etmeyeceğini kabul etmiştir. Bu çerçevede hukuki düzenlemeler nezdinde kazanılmış haklar ile geçmişe yürümezlik arasında Anayasa Mahkemesince bir ayniyet ilişkisinin kurulduğundan söz etmek mümkündür⁶⁰.

⁶⁰ TAN, Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 298, Ankara, 1970, s.59; Özgüven, s.56-57; "Öte yandan, "kazanılmış hak", kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir. Bu nedenle, dava konusu 1. madde kazanılmış hakları ihlâl etmediğinden hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturmamaktadır." Bkz. Anayasa Mahkemesi, 3.4.2001, E: 1999/50, K: 2001/67; "Kazanılmış hakkın ihlâl edildiğinin kabul edilebilmesi için öncelikle kişinin bulunduğu statüden doğan ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş bir hakkın bulunması gerekir. Dava dilekçesinde de böyle bir haktan değil bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen hakların ihlâlinden söz edilmektedir. Henüz kişisel bir hak haline dönüşmemiş ileriye dönük beklenen haklar, kazanılmış hak olarak kabul edilemeyeceğinden Geçici 2. maddesinin ikinci fıkrası hukuk devleti ilkesine aykırı görülmemiştir." Bkz. Anayasa Mahkemesi, 15.10.2003, E: 2003/36, K: 2003/91.

Anayasa Mahkemesi bu doğrultudaki yaklaşımını ilk kez 2008 yılında vermiş olduğu bir karar ile değiştirmiştir⁶¹. Zira Mahkeme, gerçek olmayan mahiyetteki bir geçmişe yürümeyi, karar metninde somut düzenlemenin kazanılmış bir hakka değil de beklenen bir hakka vücut verdiğini açıkça belirterek, hukuki güvenlik ilkesine aykırı bulmuş ve iptal etmiştir⁶². Bu karar yoluyla gerçek olmayan geçmişe yürüme hallerinde hukuki güvenlik ilkesinin ihlal edilebileceği hususu, ulaşılan netice vasıtasıyla ortaya konulmuş bulunmaktadır. Ayrıca Mahkemenin 2010 yılında vermiş olduğu bir kararda, bu kez haklı beklenti kavramına açıkça yer verilmiş ve ilgili düzenleme hukuki güvenlik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir⁶³.

⁶¹ Kararda, açıkça haklı beklentilerin korunması ilkesinden söz edilmemiştir. Bu karar ile söz konusu ilkenin kavramsal olmasa da içerik itibarıyla kabul edildiğini belirtmek mümkündür. Bkz. DEVİNER ERGUVAN, Derya, "Türk İdare Hukuku'nda Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan), 21, Özel Sayı, 2019, s.1728.

⁶² Söz konusu karar ile 4638 sayılı Kanun aracılığıyla Emniyet Teşkilatı Kanunu'na eklenen geçici 20. maddede yer alan "dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile" ibaresi iptal edilmiştir. İlgili ibare esas itibarıyla önceki mevzuata güvenerek (A) grubu polis amiri olma beklentisi içerisinde bulunan dört yıllık yüksek öğrenimi bitirmiş fakat komiser yardımcılığı kursunu henüz tamamlayamamış olan kimseler aleyhine gerçek olmayan mahiyette bir geçmişe yürümeye yol açmaktadır. Nitekim yeni düzenleme ile (A) grubu polis amiri olma imkânı yalnızca hükmün yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla dört yıllık yüksek öğrenimi bitirmenin yanı sıra komiser yardımcılığı kursunu da tamamlamış olan kimselere tanınmıştır. Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 7.2.2008, E: 2005/38, K: 2008/53; Söz konusu geçici maddenin iptal edilen kısmı haklı beklentileri zedeler mahiyetteki geçmişe yürümeyi tam manasıyla ortadan kaldıramamıştır. Zira iptal kararı sonrası da madde bünyesinde şu ihtimal yürürlükte kalmaya devam etmiştir: Komiser yardımcılığı kursunu bitirmiş fakat bu kez de dört yıllık yüksek öğrenimi tamamlamamış kimseler (A) grubu polis amiri olamamaktadırlar. Bu konu da önüne gelen Yüksek Mahkeme meseleye yukarıda değinilen perspektiften bakmış ve aynı maddede yer alan "bulunduğu rütbede yükseköğretim kurumlarından mezun olup" ibaresini de iptal etmiştir. Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 17.3.2011, E: 2010/106, K: 2011/55.

⁶³ İptale konu düzenleme, 5947 sayılı Kanununun 6. maddesi ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa eklenen geçici 57. maddedir. Mezkûr düzenleme ile 2547 sayılı Kanunun önceki düzenlemeleri doğrultusunda iki yıllık kısmi çalışma statüsünde çalışmaya başlayan ve iki yıl boyunca bu statüden yararlanma beklentisi içerisinde bulunan doçent ya da profesörlerin bu beklentileri göz ardı edilmiştir. Çünkü yeni düzenleme ile halihazırda kısmi statüde çalışma imkanından yararlananların hükmün yürürlük tarihinden başlayarak bir yıllık süreç içerisinde devamlı statüye başvurmaları gerektiği, aksi takdirde istifa etmiş sayılacakları öngörülmüştür. Söz konusu

Ancak bahsi geçen iki kararda da ilkenin kapsam, koşul ve içeriğine dair detaylı açıklamalarda bulunulmamıştır. Bu iki kararla ilkeye dair atılan temelin ardından kapsam ve içeriğe dair ayrıntılar sonraki kararlarda ele alınmaya başlanılmış ve metodik olarak belirli bir birikime ulaşılmıştır⁶⁴.

Diğer taraftan bazı kararlarında Anayasa Mahkemesinin, gerçek olmayan geçmişe yürüme hallerinde haklı beklentiler yönünden herhangi bir değerlendirme yapmadığı da olabilmektedir⁶⁵. Ancak bu yaklaşımın genele yayılmadığını ve söz konusu ilkenin Anayasa Mahkemesince kabul gördüğünü ifade etmek gerekir.

C. Vergisel Düzenlemeler Açısından Gerçek Olmayan Geçmişe Yürüme ile İlgili Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

1982 Anayasasında vergi kanunlarının geçmişe yürümezliği ilkesi ile ilgili bir hüküm bulunmamakla birlikte Anayasa Mahkemesi, geriye

hükmü değerlendiren Anayasa Mahkemesi ilgili akademisyenlerin iki yıllık bir süre ile kısmi statüde çalışmak bakımından kazanılmış haklarının bulunmadığını ancak bu konuda haklı (kararda meşru kelimesi kullanılmıştır) beklentilerinin mevcut olduğunu ve hukuki güvenlik ilkesi bağlamında korunmaları gerektiğini ifade ederek iptal kararı vermiştir. Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 16.7.2010, E: 2010/29, K: 2010/90.

⁶⁴ Bu yöndeki kararlar şunlardır: Anayasa Mahkemesi, 20.9.2012, E: 2012/65, K: 2012/128; Anayasa Mahkemesi, 7.11.2014, E: 2014/61, K: 2014/166; Anayasa Mahkemesi, 8.12.2015, E: 2014/87, K: 2015/112; Anayasa Mahkemesi, 4.5.2017, E: 2015/41, K: 2017/98; Anayasa Mahkemesi, 1.11.2017, E: 2016/20, K: 2017/145; Anayasa Mahkemesi, 15.11.2017, E: 2016/133, K: 2017/155; Anayasa Mahkemesi, 16.11.2017, E: 2016/195, K: 2017/158; Anayasa Mahkemesi, 13.12.2017, E: 2016/32, K: 2017/168; Anayasa Mahkemesi, 25.7.2019, E: 2017/18, K: 2019/66; Belirtmek gerekir ki, burada künyeleri verilen kararların tamamı iptalle sonuçlanmamıştır. Bu tarz kararlara burada yer verilmesindeki temel gaye, iptalle sonuçlanmasalar dahi, haklı beklentilerin korunması ilkesine dair Anayasa Mahkemesinin geliştirdiği içeriğin sözü edilen kararlarda yer almasıdır.

⁶⁵ “Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır. Kanunlarda yapılan değişiklikler kazanılmış hakları etkilemediği ve hukuk güvenliğini zedelediği sürece bu değişikliklerin hukuk devleti ilkesine aykırı oldukları ileri sürülemez.” Bkz. Anayasa Mahkemesi, 9.5.2013, E: 2011/42, K: 2013/60; “Hukuk güvenliği ilkesi, aynı zamanda eski kanun döneminde oluşmuş ve tamamlanmış hukuki durumların korunmasını gerektirmektedir. Kanunların geçmişe yürütülme yasağıyla, geçmiş dönemde yürürlükte bulunan kanunlara uygun olarak oluşmuş kazanılmış hakların korunması sağlanmaktadır...” Bkz. Anayasa Mahkemesi, 14.5.2015, E: 2014/177, K: 2015/49.

yürütülen vergi kanunlarını hukuk devleti ve ölçülülük ilkesi bakımından yargısal denetime tabi tutabilmektedir⁶⁶. Mahkeme, vergiye dair geçmişe yürüme niteliğindeki kanuni düzenlemelerin Anayasaya uygunluk denetimlerinde hukuki güvenliğin ihlali için dar anlamda geçmişe yürümenin varlığını sorgulamaktadır. Böyle bir geçmişe yürüme türünün bulunmaması halinde, hukuki güvenlik ilkesi yönünden iptal isteminin reddedilebilmesi mümkündür.

Diğer taraftan gerçek olmayan geçmişe yürüme hallerinde vergi kanununun geçmişe yürütüldüğü dönemin uzunluğu, getirilen ek vergi yükünün ölçsüz oluşu gibi hukuki güvenliğe ters düşen hallerde hukuki güvenlik ihlal edilmektedir⁶⁷. Bu noktada haklı beklentilerin korunması ilkesi önem taşımaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi vergisel düzenlemeler açısından kararlarında henüz bu ilkeye yer vermeye başlamamıştır.

Anayasa Mahkemesi genel olarak haklı beklentilerin korunması ilkesine dair belli bir metot geliştirmiştir. Bu doğrultuda önüne gelen gerçek olmayan mahiyetteki geçmişe yürümelerde artık ilkeye dair inşa etmiş olduğu bu metodu uygulamak suretiyle karar vermektedir. Buna karşılık söz konusu ilke vergisel düzenlemeler açısından yürütülen norm denetimlerinde henüz dikkate alınmamıştır.

Tespit edilebilen kararları içinde Mahkemenin söz konusu ilkeye değinmeksizin sadece hukuki güvenlik ilkesine aykırı bulmak suretiyle verdiği bir iptal kararı bulunmakta, bunun haricindeki kararlarda geçmişe yürümezlik olgusunun kazanılmış hak muhtevasında ele alındığı ve gerçek olmayan mahiyetteki geçmişe yürümelerin iptal edilmediği görülmektedir. Bu noktada Mahkemenin yakın tarihli bir kararında⁶⁸ yer alan aşağıdaki ifadelerde konuya dair yaklaşımın ortaya konulabilmesi mümkündür⁶⁹;

⁶⁶ ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s.57.

⁶⁷ ÇAĞAN, "Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi", s.181; ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s.57; KARAKOÇ, s.129; TEKBAŞ, s.277.

⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, 13.2.2019, E: 2018/103, K: 2019/4, para. 16, 17, 21, 22.

⁶⁹ Ayrıca aynı doğrultudaki farklı kararlar: "...Vergilendirme işleminin ögesini oluşturan vergiyi doğuran olaydan sonraki artışları içeren düzenlemeler geriye yürümeyi kapsarsa uygunluk denetimine bağlı tutulabilir...Bu tür bir vergilendirme, yukarıdaki bölümde açıklanan

“Kanunların geriye yürütülmesi, getirilen yeni kuralın eski kural döneminde tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanmasıdır. Yeni kuralın eski kural yürürlükte iken başlamakla beraber henüz sonuçlanmamış hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanması ise kanunların geriye yürütülmesi olarak nitelendirilemez. Anayasa Mahkemesi vergi kanunlarının geriye yürütüldüğü iddiasıyla yapılan başvurularda öncelikle vergiyi doğuran olayı tespitini yapmakta; bu tespiti yaptıktan sonra da geriye yürütmeyi, vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesinden sonra yapılan düzenlemelerin, ilgili döneme etki edecek şekilde uygulanması olarak tanımlamaktadır... Hesap dönemi devam etmekte olan bir yıla ilişkin olarak ise ticari kazanç henüz oluşmadığı ve esasen tespiti de mümkün olmadığından vergiyi doğuran olay henüz meydana gelmemiştir. Kurumlar vergisi açısından hesap döneminin bitmediği bu sebeple de vergiyi doğuran olayın henüz gerçekleşmediği bir tarihte, ödenecek olan kurumlar vergisini etkileyecek şekilde bir değişiklik yapılması kanunların geriye yürütülmesi olarak nitelendirilemez. Kurumlar vergisi matrahını etkileyecek nitelikteki bir düzenlemenin vergiyi doğuran olay henüz gerçekleşmeden uygula-

vergi yasalarının geriye yürütülmesi ilkesine de ters düşmemektedir. Zira, düzenlemede, gerçek anlamda bir geriye yürüme, yani, önceki yasa döneminde tamamlanmış ve hukuksal sonuçlarını doğurmuş hukuksal durum ve ilişkilerin, yeni yasaya bağlı olması değil, önceki yasa yürürlükte iken başlamakla birlikte henüz sonuçlanmamış hukuksal ilişkilere yeni kuralların uygulanması, daha açık bir anlatımla gerçek bir geriye yürütülme söz konusudur.” Bkz. Anayasa Mahkemesi, 7.11.1989, E: 1989/6, K: 1989/42; “Vergiyi doğuran olay tamamlandıktan sonra, vergi yükünün artırılması geriye yürütülmesi olarak nitelendirilebileceğinden kazanılmış hakların zedelenmesine yol açar. İtiraz konusu kuralda, 1999 ilâ 2002 yıllarına ait gelirlerin vergilendirilmesinde gelir dilimlerine karşılık gelen vergi oranlarının beş puan artırılmak suretiyle uygulanacağı belirtilmiştir. Vergi oranları 14.8.1999 tarihinde yürürlüğe giren bu kural ile artırıldığına göre, 2000, 2001 ile 2002 yılları için vergilendirme dönemi başlamamış, vergiyi doğuran olay da meydana gelmemiştir. Bu durumda geriye yürütülmesi ve buna bağlı olarak kazanılmış bir hakkın ihlali söz konusu olmadığından vergilendirmede hukuk güvenliği ilkesinin zedelenmediği sonucuna varılmıştır.” Bkz. Anayasa Mahkemesi, 14.1.2003, E: 2001/34, K: 2003/2. “...Önceki yasa yürürlükte iken başlamakla birlikte henüz sonuçlanmamış hukuksal ilişkilere yeni yasa kuralının uygulanması geriye yürütülmesi olarak nitelendirilemeyeceğinden vergiyi doğuran olay tamamlanmadan yürürlüğe giren kuralın uygulanması, mükelleflerin hukuksal güvenliklerini sarsmaz.” Bkz. Anayasa Mahkemesi, 16.1.2003, E: 2001/36, K: 2003/3; “...önceki Yasa döneminde başlamış ve henüz sonuçları doğmamış bir hukuksal ilişki, yeniden düzenlendiğinden bu durumun geriye yürütülmesi olarak nitelendirilmesi olanaklı değildir.” Bkz. Anayasa Mahkemesi, 23.6.2004, E: 2004/14, K: 2004/84.

maya girmesi ve ilgili yıla ilişkin olarak da uygulanması kuralın geçmişe yürütmesi ve hukuki güvenlik ilkesinin ihlali anlamına gelmeyeceğinden, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir."

Hukuki güvenlik ilkesi, vergi kanunlarının geçmişte meydana gelen olaylara uygulanmamasını gerektirmektedir. Sonradan çıkartılan vergi kanunlarla geçmiş dönemler için vergi yükünün artırılması, yükümlülerin devlete ve hukuk düzenine olan güvenlerini sarsmakta, ekonomik ve ticari hayatında belirlilik ve istikrarı bozabilmektedir⁷⁰. Bu doğrultuda Mahkemenin geçmişe yürüme ilkesinin kapsamını daha ayrıntılı surette ele alması, hukuki güvenliğin ihlal edilip edilmediğinin tam anlamıyla ortaya konulması gerekmektedir. Bu nedenle geçmişe yürümenin, kökenlerini hukuki güvenlik ilkesinden alan haklı beklentilerin korunması ilkesi kapsamında da test edilmesi lüzumludur.

Anayasa Mahkemesinin vergi kanunlarında gerçek olmayan geçmişe yürüme hallerini, haklı beklentilerin korunması ilkesi kapsamında ele almaması yerinde olmayan, eksik bir uygulamadır. Zira bu durumda, hukuki güvenliğe yüksek düzeyde gereksinim duyan vergi kanunları için anayasal denetimde haklı beklentiler korunmamış olmaktadır. Ayrıca Mahkemenin hukuki güvenliğin bu yönünü değerlendirmeye almaması etkin bir denetim gerçekleştirilmediğine dair zafiyet içermektedir. 2008 yılından bu yana pek çok kararda yer verilen ilkeye vergi kanunlarının anayasal denetiminde yer verilmemesi tutarlı olunmasına da ters düşmektedir.

IV. 7194 SAYILI KANUNDAKİ DURUMUN HAKLI BEKLENTİLERİN KORUNMASI İLKESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

7194 sayılı Kanunda gelir vergisine tabi olanlar için gelir vergisi tarifesi hususunda aleyhe hükümler ihtiva eden değişikliklerle, yeni bir tarife ihdas edilmiştir. Geçiş hükmü niteliği haiz yürürlük maddesiyle, mevcut bulunan vergilendirme döneminin başından itibaren elde edilen gelirler için yeni tarifenin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Böylece yukarıda yapılan tespit çerçevesinde; mükellef aleyhine vergi yükü getiren bir vergi kanunu 11 ay 7 gün geçmişe etkili sonuç doğuracak şekilde

⁷⁰ ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s.54.

geçmişe yürümüştür. Kanunun zaman bakımından uygulanması bakımından değerlendirildiğinde mezkûr hüküm, gerçek olmayan geçmişe yürüme türüdür.

Söz konusu gerçek olmayan geçmişe yürüme halinin kazanılmış hakkı ihlal eder bir yönü bulunmasa da hukuki güvenlik ilkesi bakımından haklı beklentinin korunması ilkesi yönünden ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Zira gerçek olmayan geçmişe yürüme hukuken geçerli kabul edilen bir hal olmakla birlikte, yargı organlarında mükellefin hukuki güvenliğinin korunmaya değer olup olmadığı konusunun ayrıca sorgulanması ihtiyacı vardır⁷¹.

Bu doğrultuda 7194 sayılı Kanunun haklı beklentilerin korunması ilkesinin gerekleriyle test edilmesi neticesinde ulaşılabilecek kanaat önem arz etmektedir. Hukuki güvenlik koruması altında olan haklı beklenti koşullarının mezkûr hükmün oluşturduğu hukuki durumda oluşup oluşmadığı incelenmelidir.

2019 takvim yılının başından itibaren yürüttüğü gelir getirici ekonomik faaliyetlerde, 7194 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmasından önce yürürlükte olan gelir vergisi tarifesi esas alan yükümlüler için tarifenin yılın tamamında geçerli olacağı yolunda bir beklentiye sahip olmak doğal bir durumdur. 2019 takvim yılının başından itibaren elde edilen gelirlere 07.12.2019 tarihinde yayımlanan bir vergi kanunu hükmünün uygulanması gerçek olmayan bir geçmişe yürümedir. Söz konusu tarihte yayımlanan yeni vergi kanunu tarifesi mükellefin aleyhine olduğundan, önceki vergi kanununda yer alan gelir vergisi tarifesine göre takvim yılının ele alınması mükellef için beklenti doğurmaktadır.

Bir beklentinin varlığı sabit olduğuna göre haklı olup olmadığı değerlendirilmelidir. Benzer koşullar altında herkes için aynı beklentinin geçerli olduğu, diğer bir ifadeyle beklentinin objektif nitelik taşıdığı söylemek mümkündür. Bu durum sadece bir veya birkaç mükellef için karşılanması gereken bir beklenti değildir. Ayrıca beklentinin iyiniyetli olmayan bir yaklaşımın ürünü olduğu da düşünülmemelidir.

⁷¹ ÖNCEL / KUMRULU / ÇAĞAN / GÖKER, s.54.

Diğer taraftan düzenlemeye yönelik güven zarar doğurucu nitelikte olup, yeni düzenlemenin öngörülebilirliği yoktur. 07.12.2019 tarihinde yayımlanarak gelir vergisi dönemi başından itibaren yürürlüğe giren tarifenin, geçmişe dönük uygulanacağı yükümlülerce kestirilebilir değildir. Zira yeni vergi tarifesinin mevcut bir eksikliği kapattığını, buradaki ihtiyacın herkesçe bilindiğini, geçmişe dönük düzenleme yapılması ihtiyacı doğuran bir boşluk veya belirsizlik halinin mevcut bulunduğunu ifade etmek mümkün değildir. Ayrıca değişiklik kamuoyu gündemiyle oluşan bir farkındalık sonrasında ürününü de değildir. Tüm bu halde yükümlülerin böyle bir değişikliği beklediğinden söz etmek, geçmişe dönük uygulama yapılacağını öngörmelerini düşünmek olağan değildir. Buna göre söz konusu beklentinin haklı, diğer bir ifadeyle hukuken korunmaya değer olduğu ifade edilmelidir.

Diğer taraftan haklı beklentilerin korunması ilkesine uygulama kabiliyeti verecek esas unsur, söz konusu haklı beklentinin korunmamasını gerektirecek düzeyde baskın bir kamu yararının bulunup bulunmadığının saptanması oluşturmaktadır. Esasında bu husus, kamu yararı ile mükelleflerin hukuki güvenliğinin karşılaştırılması sürecidir.

Söz konusu düzenlemeyle Kanun koyucunun, yeni tarifenin uygulanma tarihini vergilendirme dönemi başından itibaren geçerli kılması şüphesiz kamu gelirlerini arttırmayı hedefleyen bir haldir. Zira etkiyi sürdürme normu tercih edilseydi, diğer bir ifadeyle yeni tarifenin 2020 yılının başından itibaren geçerli olması gerektiği hüküm altına alınsaydı, 2019 yılında elde edilip 2020 yılında beyan edilecek kazançlara yeni tarifenin uygulanması mümkün olmayacaktı. Kanun koyucu düzenleme etkilerinin derhal gösterilmesini amaçlamıştır.

Bu noktada söz konusu amacın dayandığı kamu yararı düşüncesinin, yükümlülerin somut düzenleme bazında hukuka duydukları güvenin zedelenmesi için baskın bir nitelik taşıyıp taşımadığını tespit etmek gerekir. Kanun koyucunun söz konusu hükmün derhal uygulamasını haklı kılan kamu yararına hizmet eden gerekçeleriyle, onu böyle bir tercihe iten sebebin uyuşup uyuşmadığı değerlendirilmelidir. Oldukça zorlu bir değerlendirmeye ihtiyaç duyan bu tespit için ölçülülük ilkesini odak almak yerinde olacaktır. Bu haliyle gerçek olmayan geçmişe yürür

hüküm yoluyla vergi yükünde meydana getirilen artışların ölçülü olup olmadığı ile ilgili iki test ön plana çıkmaktadır.

Birinci teste göre somut düzenleme ile vuku bulan geçmişe temasın zaman bakımından uzunluğunun ele alınmasıdır. Diğer hal ise vergi yükünde meydana getirilen artışın orantısız olup olmadığına ortaya konulmasıdır.

7194 sayılı Kanun kapsamındaki yeni düzenlemeye göre, yeni gelir dilimi olan 500.000 TL'lik tutarı aşan kazanç ve iratlar için öncesinde %35 tutarında olan oran %40'a çıkartılmıştır. %5'lik bir artış rakamsal olarak orantılı görülse de %35'ten %40'a çıkartılan bir oran, ülkenin ekonomik koşulları altında kamu geliri beklentisi ile üst gelir tarifesinde gelir elde eden bireye katlanabilir bir vergi yükü bırakılması arasındaki denge sorunudur.

Diğer taraftan vergilendirme döneminin on iki aylık periyodunda son aya tekabül eden Aralık ayında yürürlüğe giren ve her ne kadar mutlak surette orantısız kabul edilmese de önemsiz addedilemeyecek bir vergi yükü artışının, dönem başından itibaren yürütülüyor olması zaman yönünden ölçsüzlüğe yol açmaktadır.

Varsayımsal olarak değerlendirildiğinde beklenen hak ile kazanılmış hak arasında sınır 31 Aralık tarihidir. Bu tarihe oldukça yakın bir tarihte yapılan değişiklik için yürürlük tarihi olarak yeni dönemin belirlenmesi yerine, mevcut dönemin başında itibaren yürürlüğe giriş tarihi tercih edilmesi Kanun koyucunun geçmişe makul sayılmayan uzunlukta temas eden bir kanun ihdas etmiş olduğu anlamı taşımaktadır. Zira 07.12.2019 tarihinde yayımlanmış bir yasanın 01.01.2019 tarihinden itibaren geçerli olacağına dair hüküm ihdas edilmiştir. Söz konusu yasanın 01.01.2020 tarihinde yayımlanıp 01.01.2019 tarihinden itibaren geçerli olacağına dair düzenleme yapılmış olması ihtimalinde, zaten gerçek bir geçmişe yürümeden bahsedilecektir. Gelir vergisinde vergilendirme dönemi 1 Ocak-31 Aralık tarihleri arası olduğundan söz konusu geçmişe yürüme, gerçek olmayan geçmişe yürüme olarak nitelenebilecek tarihin sınırındadır. Bu nedenle 11 ay 7 günlük süreyle, gerçek olmayan geçmişe yürümenin tam sınırındaki böyle bir uygulamayı uzunluk yönünden makul saymamak gerekir.

Diğer taraftan başlangıcın dönem başına yürütülüyor olması karşısında, kamu hizmetlerini daha çok finanse edebilme maksadına dayanan kamu yararının baskın olduğuna dair ilave gerekçelere ihtiyaç duyulmaktadır. Kamu gelir beklentisini kamu yararı ile çerçeveye bağlayabilecek bireyin hukuki güvenliği için sıra dışı kabul edilmeyecek olağanüstü bazı hallerin varlığı söz konusu geçmişe teması haklı kılabilir nitelikte kabul edilebilirdir. Ancak mezkûr hükmün hazırlanma ve yayım tarihinde geçmişe etkiyi haklı kılabilir, böyle bir kamu yararını baskın addedecek sebep bulunmamaktadır. Dolayısıyla önceki tarifeyi esas alarak ekonomik pozisyonlarını belirlemiş olan yükümlülerin haklı beklentilerinin zedelendiği ve netice olarak ilgili hükmün hukuki güvenlik ilkesini ihlal ettiği düşünülmektedir.

Bu haliyle haklı beklentilerin korunması ilkesi kapsamında bir yasa hükmünün mevcut ilkeyi ihlal ettiği değerlendirilmektedir. Söz konusu haklı beklentinin korunması yöntemi anayasa yargısında iptal davasıdır. Böylece varılacak karar ile esasa ilişkin güvence ihtiva eden bir koruma sağlanabileceği düşünülmektedir.

SONUÇ

Bireylerin tabi olacakları hukuk kurallarını önceden bilmesine imkân veren hukuki güvenlik ilkesi hukuk devleti olabilmenin unsurlarındandır. Mükellefler işlemlerini, kararlarını ve ekonomik faaliyetlerini mevcut kurallara güvenerek yapmaktadır. Diğer taraftan hukuk kurallarının sabit olmasını beklemek mümkün değildir. Vergi kanunları vergi politikası, sosyal, ekonomik, teknik sebep ve gelişimlerden ötürü değiştirilebilirdir. Söz konusu değişiklikler karşısında hukuki güvenlik ilkesinin tam anlamıyla uygulanması gerekir.

Gerçek ve gerçek olmayan geçmişe yürüme somut durumlara bağlı olarak hukuki güvenlik ilkesini ihlal edebilmektedir. Bu noktada gerçek olmayan geçmişe yürüme halinin haklı beklentilerin korunması ilkesiyle birlikte okunması elzemdir. Bir yasa düzenlemesi karşısında haklı beklenti, anayasa denetimine tabi tutulup iptal edilme yöntemiyle koruma altına alınabilecektir. Anayasa Mahkemesi genel olarak haklı beklenti kavramını kabul etmekte ve bu yönde kararlarını ilkeye göre şekillendirmektedir. Diğer taraftan nispeten yeni uygulanmaya başlanan bu ilkenin

henüz vergi kanunlarının anayasal denetiminde ele alınmadığı ve bunun bir eksiklik oluşturduğu, hukuki güvenlik ilkesine dair etkin bir inceleme adına muhakkak değerlendirilmesinin gerekli olduğunu ifade etmek gerekir.

7194 sayılı Kanun yoluyla 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu m.103 hükmünde yer alan gelir vergisi tarifesine yönelik değişiklik yapılmıştır. Yükümlüler aleyhine nitelik taşıyan söz konusu değişiklik 01.01.2019 tarihinden itibaren elde edilen gelirlere uygulanmak üzere Kanunun yayım tarihinde yürürlüğe girmiştir. Böylece bir geçiş hükmüyle vergi kanunu 11 ay 7 gün geçmişe etkili sonuç doğuracak biçimde, gerçek olmayan türde geçmişe yürümüştür. Çalışmamız kapsamında mezkûr hüküm yoluyla ortaya çıkan gerçek olmayan geçmişe yürüme halinin haklı beklentilerin korunması şartlarını ihtiva eden bir yapıda olduğu ve böylece hukuki güvenlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği yönünde tespitlerde bulunulmuştur.

KAYNAKLAR

- AKILLIOĞLU, Tekin, “Ekonomik Alanda Yönetmeliklerin Geriye Yürümezlik Kuralı Karşısında Çeşitli Durumları”, Prof. Dr. Aziz Köklü’nün Anısına Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 535, Ankara, 1984.
- AKILLIOĞLU, Tekin, “Yasaların (Anayasa Dahil) Zaman İçinde Uygulanması”, Anayasa Yargısı Dergisi, 1, 1984.
- AKKAYA, Mustafa, “Vergi Aslı ve Feri’leri Bakımından Geriye Yürümezlik Esası: “Haklılık” Ölçütü Üzerine Değerlendirmeler”, Editör: Billur Yaltı, Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik Esası, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.
- AKTAN, Coşkun Can ve GENCEL, Ufuk, “Türkiye’de Geriye Doğru Vergileme ve Verginin Hukukiliği İlkesinin İhlali”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 5, 1, 2003.
- ALTINDAĞ, Halil, Yürürlükte Olan Yasalara ve İdari Düzenleyici İşlemlere Güvenden Kaynaklanan Haklı Beklenti Kavramı ve Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi – Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- ARAL, Vecdi, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi”, Kamu Hukukçuları Platformu: Hukuk Güvenliği, Editör: GÖZTEPE Ece, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 277, Ankara, 2015.
- BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda, “Vergilendirme Yoluyla Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahalede Sınır”, Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği ve Bireysel Özerklik Sempozyumu, Editör: ULUSAN İhsan ve ÖZTÜRK Bahri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- BERGE, Gio ten ve WIDDERSHOVEN, Rob, “The Principle of Legitimate Expectations in Dutch Constitutional and Administrative Law”, Netherlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law, Editör: HONDIUS E. H., Intersentia Rechtswetenschappen, Bristol, 1998.

- BİLİCİ, Nurettin ve CANDAN, Turgut, "Vergi Hukukunda Geriye Yürüme Sorunu", 30. Türkiye Maliye Sempozyumu Bildiri Kitabı, Antalya, 20-24 Mayıs 2015.
- CAN, Osman, "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 9, 1-2, 2005.
- CRAIG, P. P., "Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law", Cambridge Journal Law, 55, 2, 1996.
- ÇAĞAN, Nami, "Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Değerlendirme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 37, 1, 1980.
- ÇAĞAN, Nami, "Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi", Anayasa Yargısı Dergisi, 1, 1984 (Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi).
- ÇAĞAN, Nami, Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982 (Vergilendirme Yetkisi).
- DEVİNER ERGUVAN, Derya, "Türk İdare Hukuku'nda Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan), 21, Özel Sayı, 2019.
- ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017.
- ERGİNAY, Akif, Vergi Hukuku İlkeler Vergi Tekniği Türk Vergi Sistemi, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1982.
- FEYZİOĞLU, B. N., "Mükellefiyet Doğurucu Vakıa (Vergiyi Doğuran Hadise)", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 7, 1-4, 1952.
- FORSYTH, C. F., "Haklı Beklenti'lerin Doğuşu ve Korunması", İdare Hukuku İlimleri Dergisi, Çeviren: Esin Örucü, 7, 1-3, 1986.
- GİŞİ, Selçuk, Haklı Beklentilerin Korunması İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- GÖKSU, Hasan Tuna, "6494 Sayılı Kanun ile Yargıtay ve Danıştay Üyeliği İçin Getirilen 20 Yıl Hizmet Şartının Anayasa'ya Uygunluğu", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 3, 2013.

- GÜMÜŞKAYA, Gamze, Mülkiyet Hakkına Vergisel Müdahaleler Bakımından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- GÜNEŞ, Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, 4. Tıpkı Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- KANETİ, Selim / EKMEKÇİ, Esra / GÜNEŞ, Gülsen / KAŞIKÇI Mahmut, Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- KARAKOÇ, Yusuf, Genel Vergi Hukuku (Ders Kitabı), Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- KARAKOÇ, Yusuf, Türk Hukuku'nda Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- KIZILOT, Şükrü / ŞENYÜZ, Doğan / TAŞ, Metin / DÖNMEZ, Recai, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2007.
- KNIGHT, Dean R., Estoppel (Principles?) in Public Law: The Substantive Protection of Legitimate Expectations, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, The University British Columbia, 2004.
- KÖKÜSARI, İsmail, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- NARTER, Recep, "Vergi Ödevi İlişkisinde Hukuki Güvenlik İlkesi", Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı Cilt: I (Kamu Hukuku), Editör: ABDULHAKİMOĞULLARI Erdal / YOLÇİYEV Mübariz / ŞAHİNKAYA Yalçın, Adalet Yayınevi, 2012
- OĞURLU, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- ÖNCEL, Mualla / KUMRULU, Ahmet / ÇAĞAN, Nami / GÖKER, Cenk, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş Değişiklikler İşlenmiş 28. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- ÖZ, Ersan ve AKÇAY, Fatih, "Uygulama Örnekleriyle Türk Vergi Hukukunda Gerçek ve Gerçek Olmayan Geriye Yürümler ve Hukuki Güvenlik İlkesine Etkisi", Vergi Sorunları Dergisi, 288, 2012.

- ÖZCAN, Nur, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararları Işığında Haklı Beklentilerin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi - Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- ÖZGÜVEN, A. Volkan, Türk Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2007.
- PEHLİVAN, Osman, Vergi Hukuku (Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi), Celepler Matbaacılık, Trabzon, 2017.
- SABAN, Nihal, "Vergi Hukukunda "Ölçü Normlar Bloku" Üzerine Bir Deneme", Vergi Sorunları Dergisi, 117, 1998, <http://www.vergi-sorunlari.com.tr>, (Erişim Tarihi: 11.04.2021).
- SABAN, Nihal, Vergi Hukuku, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.
- SAYGIN, Engin, "Haklı Beklentilerin Korunması İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Analiz", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 126, 2016.
- ŞENYÜZ, Doğan / YÜCE, Mehmet / GERÇEK Adnan, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 9. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018.
- ŞİRİN, Tolga, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- TAN, Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 298, Ankara, 1970.
- TAŞKAN, Yusuf Ziya, Vergi Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- TAYLAR, Yıldırım, "Vergi Borcu İlişkisinin Pasif Süjesi Olarak Birey ve Vergilendirme Yetkisinin Bireyin Hak, Özgürlük ve Ödevlerine Etkisi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 16, Özel Sayı, 2014.
- TEKBAŞ, Abdullah, Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirmesi, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No: 2009/396, Ankara, 2009.
- TÖRALP, Funda, Temel Hak ve Özgürlüklerin Vergilendirme Yetkisinin Kullanımına Etkisi", Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler, Editör: YENİSEY Feridun / GÜNEŞ Gülsen / ŞİRİN Z. Ertunç, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

TUNCER, Selahattin, "5228 Sayılı Yasanın Yürürlük Maddesi", *Lebib Yal-kin Mevzuat Dergisi*, 10, 2004, <https://www.lebibyal-kin.com.tr/mevzuat/yayinlar/lebib-yalkin-mevzuat-dergisi>, (Erişim Tarihi: 8.4.2021).

ULER, Yıldırım, *İdari Yargıda İptal Kararının Sonuçları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 281, Ankara, 1970.

ÜSTÜN, Ümit Süleyman, "Anayasa Mahkemesinin Ücret Gelirlerine İliş-kin Gelir Vergisi Tarifesi İptal Kararı ve Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14, 2, 2010.

ÜSTÜN, Ümit Süleyman, *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yet-kisi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

YALTI, Billur ve ÖZGENÇ, A. Selçuk, *Vergi Hukuku (Pratik El Çalışma Kitabı)*, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.

YALTI, Billur, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.



CRIMINAL RESPONSIBILITY ARISING FROM TRANSMITTING COVID-19 TO ANOTHER PERSON

Dr. Kübra TUNÇ*

Öz

A new phenomenon of our lives, COVID-19 has shown its effect in the way people commit crimes. For this reason, defining the criminal responsibility in COVID-19 related issues is a notable and significant matter. This study deals with the COVID-19 transmitting-related criminal issues that have been published in the media and aims to define criminal responsibility, potentially arises there. In the study firstly, the acts of COVID-19 transmission are generally analysed in terms of moral element of the perpetrator. Secondly, the suitability of the actus reus in terms of perpetrator, transmission act and victim is evaluated. Then, two real-life COVID-19 examples are examined by defining the offences committed and joinder relationship of these offences.

Anahtar Kelimeler

COVID-19 • Transmitting Coronavirus • Criminal Responsibility •
Contrariness to The Precautions Relating to Epidemics • Joinder of Offences

* Araştırma Görevlisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Research Asst., İstanbul Medeniyet University, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, İstanbul, Turkey.

✉ kubra.tunc@medeniyet.edu.tr • ORCID 0000-0002-2198-2838

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: TUNÇ Kübra, "Criminal Responsibility Arising from Transmitting Covid-19 to Another Person", *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 1541-1556.

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

COVID-19 BULAŞTIRMADAN DOĞAN CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU

Abstract

Hayatımızın yeni bir olgusu olan COVID-19, insanların suç işleme şeklini de etkilemiştir. Bu sebeple, COVID-19'a ilişkin olaylardaki ceza hukuku sorumluluğunu belirlemek önemli bir mesele teşkil etmektedir. Bu çalışma, medyada yer alan COVID-19 bulaştırma olaylarını ele almakta ve bu somut olaylardaki oluşması muhtemel ceza hukuku sorumluluğunu belirlemeyi amaçlamaktadır. Çalışmamızda öncelikle, COVID-19 bulaştırma eylemleri failin manevi unsuru açısından ele alınmaktadır. İkinci olarak ise, bulaştırma eylemlerinin fail, virüsü bulaştırma ve mağdur bakımından elverişliliği değerlendirilmektedir. Sonrasında ise, yaşanmış iki somut COVID-19 bulaştırma olayı, oluşması muhtemel suçların belirlenmesi ve bu suçların içtimaı hususunun değerlendirilmesi suretiyle incelenmektedir.

Key Words

COVID-19 • Koronavirüs Bulaştırma • Ceza Hukuku Sorumluluğu • Salgın Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırılık • Suçların İçtimaı

I. INTRODUCTION

COVID-19, i.e. new Coronavirus, is an infectious disease which arose in the city of Wuhan, China and spread to almost all countries of the world¹. Incidents occurring around the World about transmitting COVID-19 caused curiosity about criminal responsibility of the transmitting person. In this study, criminal responsibility of the COVID-19-transmitting person is examined with the help of real life examples.

Incident Nr. 1

A man, quarantined in a student dormitory after omrah visit to Saudi Arabia, rebelled as *"Release me. I'm going to kill you all if it (COVID-19) really exists. There is no doctor, no treatment, no release. You have put me in prison. Call the doctor, give me treatment, you have prisoned me. There is no treatment, nothing"* and spitted around. The man also said *"I'm going to make you all sick"*².

¹ <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/tr/covid-19-yeni-koronavirus-hastaligi-nedir> (Date of Access 11.05.2020).

² [Umreden dönen amca ortalığı birbirine kattı: "Sizi de hasta edeceğim"](http://umreden.com.tr), günboyu-gazetesi.com.tr (Date of Access 22.04.2020).

Incident Nr.2

A health worker allegedly spits on her neighbor's face in quarrel and says "I give people infected with coronavirus rides in ambulance all day. It's probably transmitted also to me; I will transmit it to you". Later on, the neighbor's COVID-19 diagnostic test came out positive, yet the health worker's negative³.

GENERAL EVALUATION

First of all, it is significant to state that transmitting an infectious disease to someone is not regulated as an offence in Turkish Criminal Code. Therefore, the acts of transmitting an infectious disease can be regarded as intentional/negligent homicide (Art 81,82,83,85 TPC), intentional/negligent injury (Art 86,88,89 TPC), aggravated injury (Art 87 TPC) in respect of the moral element of the perpetrator and the result of the act. Besides, other crimes such as insult (Art 125 TPC), duress (Art 106 TPC) etc. can also be regarded.

This study examines the criminal responsibility, arising from the acts (*actus reus*) relating to transmitting COVID-19 in regard to the moral element of perpetrator and suitability of the criminal act. Thereafter, possible joinder problems are also handled.

A. Moral Element of the Perpetrator

Moral element of the perpetrator is one of the issues to be examined in order to define the criminal responsibility of transmitting COVID-19. The criminal act of perpetrator, which is suitable to transmit COVID-19, might be performed to commit homicide or injury. First of all, the perpetrator has to know or estimate that s/he has the virus in order to have *mens rea*⁴. If the perpetrator's desire is killing the victim, when s/he transmits COVID-19, her/his responsibility shall be defined as intentional homicide. If the victim does not die after medical treatment, the responsibility shall be attempt to homicide.

³ <https://www.haberler.com/tartistigi-saglik-calisaninin-yuzune-tukurdugunu-13241121-haberi/> (Date of Access 20.5.2020).

⁴ ERDEM, Mustafa Ruhan, Cinsel İlişki Yoluyla Başkasına HIV Bulaştırmanın Cezalandırılabilirliği Sorunu, AÜEHFD, Vol VIII, Iss 1-2, 2004 (pp. 73-91), p.80.

For sure, defining the moral element requires the examination of the all circumstances of the incident⁵. For *mens rea*, death or bodily harm of victim has to be inevitable or highly probable result of the perpetrator's actions⁶. The man in the Incident Nr.1 spat at people around after saying "I'll kill you all". In order to have *mens rea* for homicide, he has not only to know or estimate that he has COVID-19 but also to believe that he can kill others by spitting at them, i.e. he has to know or estimate that his act is suitable for homicide. Otherwise, his act cannot be regarded as an attempt to homicide. If his knowledge of having COVID-19 or suitability of his act cannot be determined, he may not be responsible for homicide according to the principle of *in dubio pro reo*.

Perpetrator can transmit COVID-19 in order to commit injury. In this case, if the victim shows symptoms, so if the act of transmitting is suitable in respect of victim, the criminal responsibility of perpetrator shall be defined as intentional injury. If the result is not only injury but also loss of any organ, loss or decrease in function of any organ or death, the criminal responsibility shall be defined as aggravated injury (Art 87 TPC). Yet, it is important to note that for the aggravated result, the perpetrator must have acted with at least negligence.

Perpetrator can transmit COVID-19 by violating the obligation of attention and care, in this case, s/he is responsible for the result with negligence. If perpetrator's act against to the obligation attention and care is suitable in terms of transmitting and the victim and this act causes injury, then s/he is responsible for negligent injury and if it causes death, then s/he is responsible for negligent homicide.

In order to accept that the perpetrator violates the obligation of attention and care, there must be such an obligation in advance. Violation of the precautions taken in the fight against COVID-19 is regarded as violation of the obligation of attention and care. The precautions can be

⁵ KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6th edn, Ankara, 2019, p. 87; ERDEM, p.81.

⁶ TAŞKIN, Ozan Ercan, Korunma Tedbiri Alınmaksızın Gerçekleşen Cinsel İlişki Yoluyla HIV Virüsünün Bulaştırılmasında Manevi Unsurun Belirlenmesi Sorunu, TBB Dergisi, Iss 79, 2008 (pp. 61-72), p.70.

compulsory usage of mask and gloves, to keep social distance, self-quarantine, etc.

B. Suitability

Holding the perpetrator criminally responsible for transmitting COVID-19 to others depends on the suitability of the act in terms of the crimes mentioned above. Art 35 TPC regulates attempt to crime and adopts a holistic approach in evaluating the suitability of act. According to the preamble of Art 35 TPC, suitability of act is not evaluated only in terms of the tool used in crime, but also in terms of whole aspects of crime, including the object of the crime⁷. It is significant to note that, lack of suitability, i.e. attempt is unsuitable for any reason (unsuitability of perpetrator, object, tool, etc.⁸), perpetrator cannot be held responsible for attempt to crime. Because, TPC does not regulate criminal responsibility for unsuitable attempt.

1. Suitability in terms of perpetrator

Suitability in terms of perpetrator can vary in accordance with the offence. For instance, a COVID-19 carrier is suitable to commit the offence of homicide or injury. On the other hand, a non-carrier of COVID-19 is not suitable to commit homicide or injury by causing bodily harm⁹. A non-carrier of COVID-19 can commit other offences such as duress or insult by typical acts of transmission, e.g. spit.

2. Suitability in terms of actus reus of transmitting COVID-19

Another issue to be checked for suitability is the suitability of transmission act. Since COVID-19 spreads via respiratory droplets, spitting, coughing and sneezing acts can be accepted suitable in this respect.

⁷ Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), 22nd edn, Ankara, 2018, p. 191.

⁸ Unsuitability of act can be classified as unsuitability resulting from the object of offence, unsuitability of tool, double unsuitability in terms of both object and tool of offence and unsuitability resulting from perpetrator (KAZAKER, Gözde, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, Ankara, 2019, p. 224). Normally unsuitability of victim is examined under the title of unsuitability of object of offence. Yet, unsuitability of victim in case of COVID19 is *sui generis* form of unsuitability and is not mentioned in any examples relating to unsuitability.

⁹ A non-carrier of COVID-19 is suitable to commit injury by causing a mental harm.

Besides, regarding the lasting time of COVID-19 on surfaces, handing over a tissue, that has been sneezed into the day before, is not suitable to transmit COVID-19.

3. Suitability in terms of victim

In order COVID-19 transmission to be suitable for the offences that perpetrator aims to commit, victim must be suitable for these offences. Not each COVID-19 transmission case results in homicide, injury or aggravated injury. What defines these results is immunity system of the victim as well as the strength of the virus. So, COVID-19 causes mild to moderate symptoms in many healthy persons and more severe symptoms such as loss of organ or organ's function or death in persons who has weaker immunity due to age, chronic disease or any other reason.

That's why, spitting on a healthy person with intent for homicide cannot be held suitable for intentional homicide. In this case, the criminal responsibility of the perpetrator shall be intentional injury if victim presents any symptoms. Because, the act of perpetrator is only suitable for injury but not homicide. Even the will of the perpetrator is to murder but not to injure, the rule of "more contains the less" applies here and intent for homicide is accepted to contain intent for injure.

The special information about victim must be taken into account by defining the suitability. For example, a simple act of injury is suitable for homicide when the victim suffers from hemophilia¹⁰. However, if perpetrator does not know this fact, s/he is no longer responsible for the results arising from it¹¹.

¹⁰ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14th edn, Ankara, 2018, p. 499.

¹¹ See the case that the perpetrator was not held responsible for intentional homicide, rather negligent homicide because there is no certain proof that he knew the heart disease of the victim (Ceza Genel Kurulu (Grand Penal Chamber, Abbreviated as GPC), File Nr. 2015/695, Decision Nr. 2019/128, 26.02.2019, <karararama.yargitay.gov.tr> Date of Access 9.6.2020).

INCIDENT ANALYSES

A. Incident Nr. 1

1. Offences committed in the case

The man in the incident threatened others with transmitting COVID-19 and spat around. As is not known whether the man carries COVID-19 or not, criminal responsibility of him shall be defined according to assumptions.

a) If the man does not carry COVID-19, it is not possible for him to commit homicide via COVID-19 transmission. Since his transmitting acts such as spitting etc. are not suitable for homicide. His transmitting acts are not also suitable for injury by causing bodily harm. Intentional injury is regulated in Art 86 TPC as “*Person intentionally giving harm or pain to another person or executes an act which may lead to deterioration of health or mental power of others, is sentenced to imprisonment from one year to three years*”¹². The acts of injury do not have to cause a concrete bodily harm. It is enough to cause a mental confusion¹³. Injury can be either physical or physiological¹⁴. As a result, spit of the perpetrator can be thought of injury, as spit may cause victim to suffer physiologically.

b) If the man carries COVID-19, the suitability of his acts to transmit COVID-19 should be examined in respect of intentional homicide, intentional injury or aggravated injury. The suitability must be defined in accordance with the immune system of victims. If victim is old, sick or suffers from a chronic disease, transmitting COVID-19 can be regarded as suitable to commit homicide. However, if victim is healthy, transmitting COVID-19 can be regarded as suitable to commit only injury. The moral element of perpetrator is intent for homicide, and as a result of the general principle of “*more contains the less*”, his moral element is regarded to be

¹² For translation see <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/tr/tr171en.pdf> (Date of Access 06.06.2020).

¹³ ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku-Özel Hükümler, 14th edn, Ankara, 2019, p. 205.

¹⁴ SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11th edn, İstanbul, 2016, p. 155.

intent for injury¹⁵. It is important to note that in case victim presents no symptoms at all, the act is not suitable for injury.

Whether or not victim suffers from a disease and the disease can be recognized by the perpetrator does not make any difference in this case, since perpetrator has already presented his intention for homicide by his actions and words.

c) Regardless of whether or not the man carries COVID-19, his act of threatening may constitute the offence of duress (Art 106 TPC) and his act of spitting may constitute insult (Art 125 TPC). Offence of duress is regulated in Art 106 TPC as “*to threaten another person with an assault to life, bodily or sexual integrity of her/himself, her/his close acquaintances or someone else*”. Since it is not known by others that whether or not the man carries COVID-19, threatening with homicide has an effect on victims’ willpower and that’s why his threat is suitable for the offence of duress (Art 106 TPC).

The spit of perpetrator can be thought to constitutes the offence of insult. The offence of insult, stated in Art 125 TPC, is defined as “*attacking another person’s honor, dignity and good reputation by attributing facts which are able to harm her/his honor, dignity and good reputation or reviling*”. The offence of insult can be committed only with specific types of acts which are attributing specific facts and reviling. Yet, reviling does not have a specific form¹⁶. So, spitting can be regarded as an act of insult, since act of

¹⁵ Turkish Court of Cassations also reaches the same result in its decisions by applying the rule *in dubio pro reo*. When there is a doubt whether perpetrator has intent for homicide or not in a case s/he attacks victim, the court decides that s/he has intent for injury by using the rule *in dubio pro reo* (GPC File Nr. 2019/59, Decision Nr. 2019/493, 25.06.2019; GPC File Nr. 2014/253, Decision Nr. 2015/46, 17.05.2015, Date of Access < karararama.yargitay.gov.tr> 9.6.2020).

¹⁶ ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994, p. 243; TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17th edn, Ankara, 2019, pp. 607-608; ARTUÇ, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, 2nd edn, Ankara, 2018, pp. 1323, 1337-1338. “*Insult is a statement of thought. Yet it is not committed via words all the time. Sometimes it can be committed via actions. Such as giving someone the middle finger, tearing a petition or report and throwing it into the face of an officer or throwing cash in to the face of an officer (p.1323)*”; ÜZÜLMEZ, İlhan, “Hakaret Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Vol 5, Iss 12, 2010 (pp. 41-71), p. 41, p. 50, “*Reviling does not have a specific form. It can be performed via writing, saying, picture, sign or action*” (ÜZÜLMEZ, p. 50); ÖZEN,

spitting is able to harm someone's honor, dignity and good reputation. If the victims are public officers, aggravated version of insult applies (Art 125/3-a). Besides, insult is made in public, which also another aggravated version of insult (Art 125/4).

Finally, the offence of contrariness to the precautions relating to epidemics (Art 195 TPC) shall also be examined in this case, since the incident emerged in quarantine. Art 195 TPC states that "*Any person who refuses to comply with the precautions imposed by the authorized bodies at places under quarantine to avoid spread of disease from an ill or death person, is punished with imprisonment from two months to one year.*"¹⁷. The acts of threatening and spitting out violate the quarantine precautions and compose the offence stated in Art 195 TPC.

2. The joinder of offences¹⁸ issue

Under this title firstly the joinder of offence among the offences of duress, injury/homicide and insult must be examined according to two probabilities.

a) If the act of transmitting COVID-19 is suitable for intentional or aggravated injury or intentional homicide, he will be responsible only for these offences. Act of threatening can be regarded as "unpunished previous act" in the scope of supposed joinder of crimes (*görünüşte içtima*)¹⁹.

Mustafa, "Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi", TBB Dergisi, Iss 75, 2008 (pp.94-108), p. 94, "*In a crowded and prestigious meeting, leaving a question unanswered can be regarded as insult to the person who asked the question.*" (ÖZEN, p. 97); SINAR, Hasan, "Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu ve Bu Suçun Karşılaştırmalı Hukukta Gelişen Hakaretin Suç Olmaktan Çıkartılması Eğilimi Yönünden Değerlendirilmesi", CHD, Vol 9, Iss 24, 2004 (pp. 75-119), pp. 75, 84.

¹⁷ For translation see <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/tr/tr171en.pdf> (Date of Access 05.06.2020).

¹⁸ The term of joinder of offences contains several terms, which are joint offences (Art 42 TPC), successive offences (Art 43/1 TPC), ideal concurrence among the same types of crime (Art 43/2 TPC) and ideal concurrence among the different types of crime (Art 44 TPC). For the usage of the terms ideal concurrence among the same types of crime and ideal concurrence among the different types of crime see DEMİREL, Muhammed/ KARTAL, Melik, "The Conditions for the Application of Successive Crime in the Turkish Criminal Code", Istanbul Hukuk Mecmuası, Vol 77, Iss 1, 2019 (pp.451-461), pp. 451, 452.

¹⁹ Özbek, Doğan and Bacaksız also states that in case of a threat to injury and act of injury in succession, the perpetrator shall be responsible for only injury. However, the

Moreover, suitable act of injury/homicide can also cause offence of insult. Since a single act of spitting causes more than one crime, the perpetrator shall be responsible for the crime that requires a heavier punishment as Art 44 TPC states.

Furthermore, joinder of offences between the offence of contrariness to the precautions relating to epidemics (Art 195 TPC) and injury/homicide must be examined. According to our opinion, there is a primary norm-subsidiary norm relationship, which is a form of supposed joinder of offences, between offence of contrariness to the precautions relating to epidemics (Art 195 TPC) and the other offences.

There are two reasons of this opinion:

1) The offence of contrariness to the precautions relating to epidemics (Art 195 TPC) is an offence of danger. Since there is a primary norm-subsidiary norm relationship between offences of danger and offences of harm²⁰, in case of that an act constitutes both an offence of harm and an offence of danger, offence of harm (the primary norm) must be applied²¹.

authors claims that in case of a threat to homicide and act of injury in succession, the perpetrator shall be responsible for both threat and injury (ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, p. 413). Additionally, it is important to note that the act of spitting was not performed by aiming threat but homicide. For this reason, there is no way to apply Art 106/3 even if both duress and injury are accepted to be committed and Art 44 applies.

²⁰ HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 23rd edn, Ankara, 2020, p. 642; DOĞAN, Koray, "Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimai Sorunu", *TAAD*, Iss 16, 2014 (pp. 179-208), pp. 179, 198; DEMİREL, Muhammed, "Karar Analizi Tehlike Suçları- Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi", *Journal of Istanbul University Law Faculty*, Vol 71, Iss 1, 2013 (pp. 1479-1488), pp. 1479, 1485. *Hakeri* also states that even he does not agree with, it is possible to admit the existence of joinder of offences and application of Art 44 TPC in this case (HAKERİ, p. 642). To constitute primary norm-subsidiary norm relationship between offence of danger and offence of harm, protected legal values of the offences should be totally or partially the same. Yet, if the victims are not the same, it is not possible to constitute primary norm-subsidiary norm relationship between the offence of danger and offence of harm. For instance, if the victim of the offence of danger is society and the victim of the offence of harm is an individual, there is no primary norm –subsidiary norm relationship between these offences. In the case of different victims, if the offences are committed by a single act, joinder of offences should be applied (DOĞAN, p. 199).

²¹ *İçel* asserts that in case of primary-subsidiary norm relationship (a form of supposed joinder of offences), it is not important whether the offences are results of a

For instance, if quarantine precautions are violated by an act such as coercion or threat to public officers, not the offence in Art 195 but interference with public duty (Art 265 TPC) is composed²². Similarly, if quarantine precautions are violated by transmitting an epidemic disease, not the offence in Art 195, but intentional or negligent injury is composed²³.

2) Protected legal values of these offences partially the same²⁴. The protected legal value of Art 195 (offence of danger) is public health and the protected legal values of homicide or injury (offences of harm) are life and body integrity. The protected legal values of these offences are the same in part. For that reason, primary norm-subsidiary norm

single act or multiple acts. What's important in this case is that there are more than one offences which seem to be applicable, indeed only one of them is really applicable (İÇEL, Kayıhan, Suçların İçtimai, İstanbul, 1972, p. 211).

²² YAŞAR, Osman/ GÖKCAN, Hasan Tahsin/ ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 4. Cilt (Md.141-196), 2nd edn, Ankara, 2014, pp. 6037-6038.

²³ YAŞAR/ GÖKCAN/ ARTUÇ, p. 6039; YENERER ÇAKMUT, Özlem, "Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m.195)" in Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan C.I (İstanbul, 2014, pp. 543-553), p. 550; KANGAL, Zeynel, "Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma" in Özel Ceza Hukuku Cilt V (İstanbul, 2019, pp. 433-450) p. 447. Doğan asserts that there can be no primary norm-subsidiary norm relationship between intentional offences and negligent offences. Because for this kind of relationship, there must be a temporal sequence between these offences which does not exist in between intentional offences and negligent offences. Moreover, in primary norm-subsidiary norm relationship, even the perpetrator causes two offences, it is unnecessary and impossible to apply both at the same time. It is not valid for the relationship between intentional offences and negligent offences (DOĞAN, p. 198). Kangal accepts the responsibility for a single offence when the perpetrator leaves quarantine (Art 125 TPC) and transmits a disease to another person (depends on the moral element, Art 86-88 or 89). However, he claims also that in case the perpetrator violates the precautions of quarantine by insulting the competent public officers, s/he shall be punished with aggravated insult as a result of joinder of offences (KANGAL, p. 447).

²⁴ In doctrine there is a view that asserts in order to constitute primary norm-subsidiary norm relationship between offence of danger and offence of harm, protected legal values of the offences should be totally or partially the same (Doğan, p. 198). However, the same author claims that if the victims are not the same, it is not possible to constitute primary norm-subsidiary norm relationship between the offence of danger and offence of harm. For instance, if the victim of the offence of danger is society and the victim of the offence of harm is an individual, there is primary norm – subsidiary norm relationship between these offences. In the case of different victims, if the offences are committed by a single act, joinder of offences (Art 44 TPC) should be applied (DOĞAN, p. 198).

relationship is to be constituted between offence of contrariness to the precautions relating to epidemics and intentional homicide and injury.

Additionally, if there is more than one victim in the incident, application of ideal concurrence among the same types of crime (Art 43/2 TPC) can be thought. However, as Art 43/3 states, in case of intentional injury and homicide the institution of ideal concurrence among the same types of crime does not apply.

b) If the act of transmitting COVID-19 is unsuitable for intentional or aggravated injury or intentional homicide, acts of threatening and spitting can be regarded as a single act in terms of law, since the acts have been performed in succession at the same place and are the outputs of the same will. In this instance, both duress (Art 106 TPC) and insult (Art 125 TPC) are committed by a single act in terms of law. Moreover, this lawfully single act violates the precautions relating to epidemics (Art 195 TPC) as well. Since all offences of duress, insult and contrariness to precautions relating to epidemics are crimes of danger, there is no need to examine supposed joinder of crimes like it has been done above. As Art 44 TPC states, perpetrator is punished with the offence of aggravated insult in public (Art 125/3-a & Art 125/4 TPC), which foresees a heavier punishment.

In addition, if there is more than one victim, also the institution of ideal concurrence among the same types of crime (Art 43/2 TPC) applies, because with a single act of insult, more than one crime is committed.

B. Incident Nr. 2

1. Offences committed in the case

It is remarkable that the COVID-19 diagnostic test of the perpetrator came out negative. Actually, it does not mean that the perpetrator has never carried COVID-19, but it only means that in the time of the test was made, she did not carry it. To be sure, COVID-19 antibody test shall be made in order to find out whether she has ever carried COVID-19 or not. Since it is a matter of evidence, we assume that she has never carried COVID-19 and analyze the incident according to this assumption.

Since the health worker in Incident Nr.2 has tested negative for COVID-19, she cannot commit homicide by transmitting COVID-19, i.e.

the perpetrator is unsuitable in order to commit homicide by transmitting COVID-19. As a result, responsibility for attempt to homicide cannot be accepted because TPC does not provide a punishment for an unsuitable attempt. As Art 35 TPC states, for attempt to crime, the act must be suitable and the act can be punishable as soon as it is suitable in terms of a crime. However, she can be regarded suitable for injury, as spit may cause victim to suffer physiologically which is addressed as deterioration of health or mental power in Art 86 TPC²⁵.

Moreover, spit of perpetrator can be thought to constitutes the offence of insult, since act of spitting is able to harm someone's honor, dignity and good reputation.

Besides, she said to the victim "*I'll transmit it to you*" and threatened the victim with giving harm to her life and body integrity which constitutes the offence of duress (Art 106 TPC).

2. The joinder of offences issue

Act of spitting can be thought in the context of insult. Here, one act of spitting causes two offences, intentional injury and insult, so according to ideal concurrence among the different types of crime provision, Art 44 TPC, perpetrator shall be punished with the offence which requires heavier punishment, intentional injury in the incident.

Moreover, the sentence "*I'll transmit it to you*" constitutes offence of duress in principle. Yet, in the incident it should be regarded as "an unpunished previous act", a form of supposed joinder of offence, because she first threatened and then, did what she had threatened about²⁶. The perpetrator shall be responsible for only intentional injury²⁷.

²⁵ The concept of deterioration of health contains the concept of deterioration of mental power in terms of meaning. There is not necessary to state the phrase of "deterioration of mental power" in the article, but only a repetition (CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt:I, 4th edn, İstanbul, 2017, p. 142).

²⁶ It should be noted that, intentional injury is not performed in order to threaten in this case, for that reason, there is no way to apply Art 106/3 TPC.

²⁷ Özbek, Doğan and Bacaksız also states that in case of a threat to injury and act of injury in succession, the perpetrator shall be responsible for only injury. However, the authors claims that in case of a threat to homicide and act of injury in succession,

CONCLUSION

Real-life examples about COVID-19 may cause several criminal questions relating to moral element, suitability and joinder of offences. These questions are examined meticulously in the study, by giving general and incident-based evaluations.

Incident Nr. 1 deals with a man in a COVID-19 quarantine, who threatens and spits around. His criminal responsibility is defined in accordance with whether or not he carries COVID-19. If he has COVID-19, then his act of spitting is suitable for intentional homicide/injury or aggravated injury according to the suitability of the victims. In this case, his act of threatening relating to killing must be regarded as “unpunished previous act”, evaluated under supposed joinder of offences. Additionally, there is a primary norm-subsidiary norm relationship, which is a form of supposed joinder of offences between the intentional homicide/injury or aggravated injury and the offence of contrariness to the precautions relating to epidemics (Art 195 TPC). Even if the perpetrator does not have COVID-19, his act of spitting can be held suitable in terms of intentional injury, as long as it injures the victims physiologically. Besides, his act constitutes offences of duress and insult and Art 44 TPC applies.

Incident Nr. 2 deals with a woman who spitted on her neighbor’s face. The perpetrator’s COVID-19 diagnostic test came out negative while her neighbors’ positive. Since the perpetrator does not have COVID-19, she is not suitable to transmit it to anybody. However, her act may cause a physiological pain, that’s why it is regarded as an act of injury. Her threat to transmit COVID-19 must be also regarded as an “unpunished previous act”, as she did what she had threatened before.

the perpetrator shall be responsible for both threat and injury (ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAŞIZ, p. 413).

KAYNAKLAR

- Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), 22nd edn, Ankara, 2018.
- ARTUÇ, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, 2nd edn, Ankara, 2018.
- CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt:I, 4th edn, İstanbul, 2017.
- DEMİREL, Muhammed, “Karar Analizi Tehlike Suçları- Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi”, Journal of Istanbul University Law Faculty, Vol 71, Iss 1, 2013 (pp. 1479-1488), <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9188/115226> (Date of Access 6.6.2020).
- DEMİREL, Muhammed/ KARTAL, Melik, “The Conditions for the Application of Successive Crime in the Turkish Criminal Code”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Vol 77, Iss 1, 2019 (pp. 451-461).
- DOĞAN, Koray, “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtima Sorunu”, TAAD, Iss 16, 2014 (pp. 179-208).
- ERDEM, Mustafa Ruhan, Cinsel İlişki Yoluyla Başkasına HIV Bulaştırmanın Cezalandırılabilirliği Sorunu, AÜEHFD, Vol VIII, Iss 1-2, 2004 (pp. 73-91).
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 23rd edn, Ankara, 2020.
- İÇEL, Kayıhan, Suçların İçtima, İstanbul, 1972.
- KANGAL, Zeynel, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma” in Özel Ceza Hukuku Cilt V (İstanbul, 2019, pp. 433-450).
- KAZAKER, Gözde, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, Ankara, 2019.
- KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6th edn, Ankara, 2019.
- ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994.**
- ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku-Özel Hükümler, 14th edn, Ankara, 2019.
- ÖZEN, Mustafa, “Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi”, TBB Dergisi, Iss 75, 2008 (pp. 94-108).
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14th edn, Ankara, 2018.

- SINAR, Hasan, "Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu ve Bu Suçun Karşılaştırmalı Hukukta Gelişen Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılması Eğilimi Yönünden Değerlendirilmesi", CHD, Vol 9, Iss 24, 2004 (pp. 75-119).
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11th edn, İstanbul, 2016.
- TAŞKIN, Ozan Ercan, Korunma Tedbiri Alınmaksızın Gerçekleşen Cinsel İlişki Yoluyla HIV Virüsünün Bulaştırılmasında Manevi Unsurun Belirlenmesi Sorunu, TBB Dergisi, Iss 79, 2008 (pp. 61-72).
- TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17th edn, Ankara, 2019.
- ÜZÜLMEZ, İlhan, "Hakaret Suçu", Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Vol 5, Iss 12, 2010 (pp. 41-71).
- YAŞAR, Osman/ GÖKCAN, Hasan Tahsin/ ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 4. Cilt (Md.141-196), 2nd edn, Ankara, 2014.
- YENERER ÇAKMUT, Özlem, "Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m.195)" in Prof. Dr. Feridun Yenişey'e Armağan C.I (İstanbul, 2014, pp. 543-553).
- <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/tr/covid-19-yeni-koronavirus-hastaligi-nedir> (Date of Access 11.05.2020).
- <https://jurix.com.tr>.
- <https://karararama.yargitay.gov.tr>.
- Umreden dönen amca ortalığı birbirine kattı: "Sizi de hasta edeceğim"
günboyugazetesi.com.tr (Date of Access 22.04.2020).
- <https://www.haberler.com/tartistigi-saglik-calisaninin-yuzune-tukurdu-gunu-13241121-haberi/> (Date of Access 20.5.2020).
- <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/tr/tr171en.pdf> (Date of Access 06.06.2020).



BİLİMSEL ETİK İHLALİ OLARAK İNTİHAL KAVRAMI VE İLMÎ VE EDEBİ ESERLERDE İNTİHAL SUÇU

Dr. Uğur ARSLAN*

Öz

Bir bilimsel eserin en önemli özelliklerinden birisi güvenilir olmasıdır. Güvenilirlik eserin güncel ve orijinal bir yapıda olması demektir. Orijinalliği sağlayacak olan eserin bilim dünyasına yeni bir şey katmış olması daha önce söylenmeyi söylemiş olmasıdır. Eser sahibi çalışmasını yaparken elbette bazı kaynaklardan faydalanacaktır. Burada etik olan, yazarın yapmış olduğu iktibasları veya alıntıları usulünce göstermesi ve herhangi bir aşırıya tenezzül etmemesidir. Günümüzde kaynaklara ulaşmak kolaylaşmış fakat “intihal” olarak isimlendirilen emek hırsızlıkları artmıştır. Özellikle akademideki rekabetçi yapı, unvan ve para kazanma hırsı ya da bilinçsizlik intihale neden olan başlıca etmenler arasında sayılmaktadır. Bu çalışmada ilim ve edebiyat eserlerindeki “intihal” kavramı ve FSEK’teki intihal suçları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

İntihal • Bilimsel Etik • İktibas • Eser • Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

AS A SCIENTIFIC ETHICAL VIOLATION PLAGIARISM AND PLAGIARISM CRIME IN SCIENTIFIC AND LITERATURE WORKS

Abstract

One of the most important features of a scientific work is its reliability. Reliability means that the work is up-to-date and original. The fact that the work that will provide originality has added something new to the world of science is that it has said what has not been said before. Of course, the author will benefit from some sources while doing his work. The ethical thing here is that the author duly cites

* Dr. Avukat, Ankara, Türkiye | Dr., Lawyer, Ankara, Turkey

✉ uarslantr@gmail.com • ORCID 0000-0002-3987-8465

📄 **Atıf Şekli** | **Cite As:** ARSLAN Uğur, “Bilimsel Etik İhlali Olarak İntihal Kavramı Ve İlmî Ve Edebi Eserlerde İntihal Suçu”, *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 1557-1590.

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

quotations and does not bother with any plagiarism. Nowadays, it is easier to access resources, but labor theft called "plagiarism" has increased. Especially the competitive structure in the academy, the title and the ambition to earn money or unconsciousness are among the main factors causing plagiarism. In this study, the concept of plagiarism in science and literature works and plagiarism crimes in FSEK were examined.

Key Words

Plagiarism • Scientific Ethics • Quotation • Work • Law on Intellectual and Artistic Works

I. İNTİHAL KAVRAMI

A. GİRİŞ

Bilimsel çalışmaların gayesi bilinmezi bilinir hale getirmek, neden sonuç ilişkisini ortaya koyarak bir kuram ortaya koymak, evvelki bilimsel çalışmaların doğruluğunu test etmek, elde edilen bilgilerden bir senteze ulaşmaktır.¹ Bilimsel çalışmalar sadece bilime değil; teknolojiye, ticarete, ekonomik gelişmeye, sanata hülusa birçok alana katkı sunmaktadır. Bu yüzden özgün-orijinal eserler ortaya koymak, bu çalışmalarını teşvik etmek ve bunları ödüllendirmek önemlidir.

Türkiye Bilimler Akademisinin 2020 Türkiye Bilim Raporu'nda kişi başına düşen gayri safi yurt içi hasıla ile akademik yayınlar arasında doğrudan bir ilişki olduğu ifade edilmiştir. Gerçekten de bir ülke zenginleştikçe o ülkeye ait bilimsel çalışmaların da kalite ve kantite olarak, gelişmekte olan ülkelere oranla, ileride olduğu görülmektedir. ABD, Kanada Kuzey Avrupa ülkeleri ve Japonya Güney Kore böyledir.²

Eser sahibi ortaya bir eser koyarken orijinallikten uzaklaşır, hazıra kaçar, başkasının emeğini aşırırsa yeni bir eser ortaya koymamış olacak, bilim dünyasına herhangi bir katkıda bulunmamış olacaktır. Bu da bilimin yerinde sayması, hatta geri gitmesi, sonucunu doğurur. İnsanların ve toplumun bilime-bilim insanına güveni kaybolur.

¹ ÖZENÇ UÇAK, Nazan / BİRİNCİ, Hatice Gülşen, "Bilimsel Etik ve İntihal", *Türk Kütüphaneciliği*, S.22, 2008, s.187-204.

² TÜBA, 2020 Türkiye Bilim Raporu, s.15, <http://www.tuba.gov.tr/tr/yayinlar/suresiz-yayinlar/raporlar/turkiye-bilim-raporu>, (E.T.:29.11.2020)

Güvenilirlik bilimsel eserlerin en önemli özellikleri arasında belki de en başta gelenidir. Bu bakımdan eser sahibinin/yazarın eserindeki bilgilerin orijinal olması, özgün olması, kendi düşüncelerini kendine has üslupla yansıtması, faydalandığı kaynakları doğru ve usulüne uygun olarak eserinde göstermesi beklenir.

İntihal, Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi'nin 8. maddesinde bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırı fiiller (çarpıtma, tekrar yayım, dilimleme ve haksız yazarlık ile birlikte) arasında gösterilmiştir. İntihal üniversite öğretim mesleğinden çıkartılma cezasını gerektirecek kadar ağır bir etik ihlalidir.

İntihalin neden olduğu en büyük sorunlardan birisi de bu haksız eylemin akademik saygınlığına gölge düşürmesi, haksız rekabete yol açması, bir bilim insanının güvenilirliğinin zedelenmesi, itibarının törpülenmesi ve erozyona uğramasıdır. Akademik dünyadaki rekabetçi yapı bilimsel bilginin kümülatif olarak ilerlemesinde katkı sunmakla beraber çeşitli emek hırsızlıklarına yol açtığı da göz ardı edilemeyecek bir gerçek olarak karşımızda durmaktadır. Öğrencisine kitap/makale yazdırıp üzerine kendi adını koymak, yabancı bir dildeki eseri tercüme edip kendi eseri imiş gibi yayımlatmak bilim çevrelerinde bir vakıa haline gelmiştir. İnternetin yaygınlaşması kopyala-yapıştır mantığını beraberinde getirmiş ve olumsuz anlamda da inanılmaz kolaylıklar sağlamıştır. Yeterli zamanı olmayan çeşitli idari görevleri bulunan akademik personel maalesef zaman baskısıyla intihale tevessül edebilmektedir. Bütün bu olaylara bir de ülkemizdeki akademik bilincin zayıf olması, farkındalığın olmayışı, mevzuatı bilmeme, teşvikler, para ödülleri, puanlar, yükselme, mevki kazanma hırsı ve saygınlık kazanma isteği gibi saikler de eklenince sorunun kök nedenleri ortaya çıkmış olmaktadır.

Türkiye'de 2007-2015 yılları arasında yazılmış 600 adet yüksek lisans ve doktora tezlerinden altı yüz adetinin örneklem olarak seçildiği bir araştırmada bahsedilen eserlerin benzerlik oranları %28,7 olarak ortaya çıkmıştır. Bu oran vakıf üniversitelerinde yazılan tezler bakımından %31,28'dir.³

³ TOPRAK, Ziya, "Türkiye'de Akademik Yazı: İntihal ve Özgünlük", *Boğaziçi Üniversitesi Eğitim Dergisi*, C. 34 (2), 2017, s. 6, 7.

Bilimsel çalışmalarda usulüne uygun olarak atıf yapma, kaynak gösterme bilimsel bilginin sorgulanması ve test edilmesi açısından önemli ve gerekli bir husustur. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında alıntı yapmanın faydalı bir mecburiyet olduğu fakat bunun yerleşmiş evrensel prosedürlerine uygun olarak yapılmasının elzem olduğunu ifade etmiştir.⁴

B. İNTİHAL KAVRAMI

İntihal kelimesi Arapça “*nhl*” kökünden gelen intihāl (انتحال) “*ken-dine mal etme, benimseme*” sözcüğünden alıntıdır. Arapça nahl (نحل) kelimesi ise “*birine mal etme, bir eseri yanlış şaire atfetme*” anlamında kullanılmaktadır.⁵ Türk Dil Kurumu (TDK) Sözlüğü’ne göre intihal “*aşırmak*” anlamına gelmektedir.⁶ Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü’nde de kelimenin TDK Sözlüğü’nde olduğu gibi tanımlandığını görülmektedir.⁷

Teknik ya da akademik anlamı olarak “*aşıрма*” kelimesi Türkiye Bilimler Akademisinin Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü’nde “*Bilimsel ya da sanatsal çalışmalarda, bir başkasının ürününün, görüşünün tümünü ya da bir*

⁴ “Bir eserin yazılmasında, elbette kaynaklardan yararlanma olabilir. Hatta o eserin zenginleştirilmesi, karşılaştırma yapılması bakımından zorunlu ve yarar da sağlayabilir. Böyle bir yöntem izlenirken, alınan düşünce ve örneğin kime ve hangi eserine ait bulunduğuna yollama yapılması yerleşmiş ve zorunlu bir yazım kuralıdır. Aksi halde, başkasına ait düşünce ve üretimleri kendinize aitmiş gibi bir sonuç çıkarılmış olur ki, bilim ve yazım kuralları bunu hoşgörüyü ile karşılamaz. Hatta düşüncesinden yararlanan esere yollama yapılmakla (basım tarihi, yeri ve sayfa numarası gösterilmekle) okuyucunun gerektiğinde o eserden daha geniş biçimde yararlanma olanağını da sağlamış olur. Bu yöntem, bilim çevrelerince tartışılmaz ve yerleşmiş bir kuramdır. Özellikle bilimsel bir eserin yazılmasında bu kurala uymak ve bunu izlemek hukukun vazgeçemeyeceği bir sonuçtur.” (Yargıtay HGK, 10.5.2006, 2006/226 E., 2006/288 K.)

⁵ <https://www.etimolojiturkce.com/arama/intihal>, (E.T.:25.10.2020); İntihal kavramının İngilizce karşılığı olan “*plagiarism*” teriminin, kökeni Roma hukukundaki çocuk ve köle hırsızlığı anlamındaki “*plagium*” kavramına dayandığı belirtilmiştir. (DAVID, Lucas, in BUREN/DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter-und Wettbewerbsrecht I/3, Lexicon des Immaterialgüterrechts, Helbing und Lichtenhahn, Basel 2005, s.255’ten aktaran BELLİCAN, Cüneyt, “Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Hakların Korunması”, Doktora Tezi İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s.479.)

⁶ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori=1=veritbn&kelimesec=24523, (E.T.:24.10.2020)

⁷ Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü, <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/intihal>, (E.T.:20.01.2020)

bölümünü kaynak göstermeden kullanma; bilim ve sanat alanında hırsızlık" şeklinde tanımlanmıştır. ⁸

Yükseköğretim Kurumları Etik Davranış İlkeleri'nde intihal/aşırma (Plagiarism): "*Bilimsel usullere uygun biçimde gerekli atıfları yapmadan ve kaynak göstermeden başkalarının fikir, veri, eser ve yayınlarını kendisine aitmiş gibi yayımlamak*" ⁹ olarak tanımlanmıştır.

YÖK Bilimsel Araştırmalar ve Yayın Etiği Yönergesine göre ise intihal; "*Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek*"tir. ¹⁰ Yargıtay HGK ise intihali yukarıdaki tanımlara benzer biçimde tarif etmiştir. ¹¹

C. İNTİHAL TÜRLERİ

Doktrinde intihal türleri ve intihal olarak kabul edilen davranışlar genellikle aşağıdaki başlıklar altına toplanmaktadır:

- Klonlama: Eser sahibinin başkasının çalışmasını kendi eseri gibi sunması.

- Kopyalama: tek bir kaynaktaki metnin önemli bölümleri değişiklik yapmadan alma.

- Bulma-Değiştirme: Kaynağın önemli içeriğine dokunmadan kaynaktaki anahtar kelimeleri ve cümleleri değiştirerek kullanma.

- Remiks Yapma: Birçok kaynaktan alınan uyumlu ifadeleri kendi sözcükleriyle yineleme.

⁸ TÜBA Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü, <http://www.tubaterim.gov.tr/>, (E.T.:04.02.2019)

⁹ Yükseköğretim Kurumları Etik Davranış İlkeleri, <https://www.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/6/2015/01/etik-davran%C4%B1%C5%9F-ilkeleri.pdf>, (E.T.:24.02.2019)

¹⁰ YÖK Bilimsel Araştırmalar ve Yayın Etiği Yönergesi, https://www.yok.gov.tr/Documents/Mevzuat/yuksekogretim_kurumlari_bilimsel_arastirma_ve_yayin_etigi_yonergesi.pdf, (E.T.:24.02.2019)

¹¹ "5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda (FSEK) açıkça tanımlanmamış olmakla birlikte sözlük anlamı itibariyle aşırma, başkasına ait eseri kendininmiş gibi gösterme, kaynak göstermeksizin başkasının eserinden parça alma ... anlamında olup, hukuk düzenince de bu anlam yüklenmiş ve yasaklanmıştır." (Yargıtay HGK, 29.01.2003, 2003/4-47 E., 2003/37 K.)

- Geri Dönüştürme: Yazarın önceki kendi çalışmalarını kaynak göstermeden fazlaca kullanması.¹²

- Melezleme: Kaynak göstermeden kopyalanan metinler ile kaynağı gösterilen metinleri fark edilmeyecek şekilde birleştirme.

- Lapa Yapma: Kolayca fark edilmemesi için birçok kaynaktan kopyalanan materyali karıştırma.

- 404 Hatası Yapma: Olmayan kaynağı var gibi gösterme ya da kaynak hakkında hatalı bilgiler sunma.

- Toplama: Prosedüre uygun olarak kaynak gösterme fakat neredeyse hiç orijinal çalışma olmama.

- Yeniden Tweetleme: Prosedüre uygun olarak kaynak gösterme fakat orijinal metne çok fazla bağlı olma orijinal kaynaktan fazlaca alıntı yapma şeklindedir.¹³

¹² Eser sahibinin işin kolayına kaçmak, alıntı sayısını ve skorunu üst seviyeye çıkarmak vs. gibi nedenlerle daha önce yayımlanmış olan kendi eserinden alıntı yapmasına literatürde "*self plagiarism*" denmektedir. Danıştay kararlarında anılan durum intihal olarak kabul edilmez ama kendinden aşırma "*yanıltıcı, yanlış ya da eksik beyanda bulunma*" şeklinde bir etik ihlaldir: "*doktora tezinden alıntı yapılarak birden fazla makale üretildiği halde üretilen makalelerin kaynakçasında doktora tezinin gösterilmemiş olmasından ve de söz konusu yayınların lisansüstü tezlerden üretilmediği yönünde beyanname verdiği halde bu hususa uyup uymamasından kaynaklandığından uyumsuzluğun çözümü için bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek görülmeyle, dava dosyasındaki jüri üyelerinin kişisel raporları, etik alt komisyonu ve etik komisyonu raporlarının birlikte değerlendirilmesi sonucunda; davacının jüri üyeleri ve alt komisyon üyelerinin birbirini destekleyen tespitine göre doktora tezindeki kimi paragrafların değiştirilmeden makalelere aktarıldığı, buna karşılık söz konusu tezin kaynak olarak gösterilmeme davranışının doçentlik başvurusunda jüri üyelerini yanıltıcı, yanlış ya da eksik beyanda bulunmak şeklinde etik ihlali oluşturduğu sonucuna varıldığından ...davacının doçent unvanı alınabilmesi için doktora tezi dışında bir konuda özgün yeni bir araştırma yapma gerekliliğinden kurtulabilmek için doktora tezinin kaynakçalarda belirtilmeyerek sanki doktora çalışmasından başka bir konuda yeni bir araştırma yapılmış izleniminin yaratılmaya çalışıldığı hususlarına yer verilerek davacının etik ihlalinde bulunduğu belirtilmesi...*" (Danıştay 8. Dairesi, 26.09.2013, 2010/8937 E., 2013/6639 K.)

¹³ GÜCÜKOĞLU, Behlül/AYVAZ REİS, Zerrin, "Türkiye' de ve Dünyada İntihalin Yapıtları", *Akademik Bilişim*, XVI. *Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri*, Mersin, 2014, s.191.; Yükseköğretim Kurumları Etik Davranış İlkeleri, <http://kurul.odu.edu.tr/files/akademik-etik-ilkeler.pdf>, (E.T.:02.01.2019)

D. FSEK'E GÖRE İLMÎ VE EDEBÎ ESERLER

FSEK madde 2'de ilmi ve edebi eserler tanımlanmıştır.¹⁴ Maddeye göre yazılı eserler, bilgisayar programları, sahne eserleri, mimari projeler, teknik resimler, planlar, haritalar, coğrafi maketler vs. ilim ve edebiyat eseri olarak kabul edilmiştir.^{15 16}

¹⁴ "I – İlim ve edebiyat eserleri:

Madde 2 – İlim ve edebiyat eserleri şunlardır:

1. (Değişik: 7/6/1995 - 4110/1 md.) *Herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları,*

2. (Değişik: 1/11/1983 - 2936/1 md.) *Her nevi rakıslar, yazılı koreografi eserleri, Pandomimaller ve buna benzer sözsüz sahne eserleri*

3. (Değişik: 7/6/1995 - 4110/1 md.) *Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topografyaya ait maket ve benzerleri, herçeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri.*

(Ek: 7/6/1995 - 4110/1 md.) *Arayüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler eser sayılmazlar."*

¹⁵ "Mahkemece benimsenen bilirkişi raporunda, dava konusu haber yazılarının hazırlık süreci ve sunum tarzı bakımından belirli bir üslubu olduğu ve FSEK 1/B anlamında hususiyet arzeden, aynı Kanun'un 2. maddesi kapsamında ilim ve edebiyat eseri olduğu mütealaa edilmiş ise de, uyumsuzluk konusu yazıların davacı yayın kuruluşunun haber servisi tarafından hazırlanan günlük olaylara yönelik haber yorumları niteliğinde oldukları tartışmasızdır. Haber niteliğinde hazırlanan yazıların gazete okuyucusunun ilgisini çekecek tarzda ve habercilik mesleğine özgü haber diliyle yazılacağı, bu haliyle de genel anlamda yazılan açıklama ve ifadelerden farklı bir haber üslubuna sahip olacağı tabiidir. Esasen, habercilik mesleğinin genel prensipleri gereği bir olay hakkında edinilen bilgilerin ve düşüncelerin kamunun anlayabileceği biçimde doğru, kısa ve kolayca anlaşılabilir kılmak suretiyle haber diline dönüştürülmesi başlı başına 5846 sayılı FSEK 1/B maddesi anlamında hususiyet unsuru içeren ilim ve edebiyat eseri olarak kabulü sonucunu doğurmaz. Bu bakımdan, bilirkişilerden dava konusu haber yazılarının genel olarak habercilik mesleğinin gerektirdiği üslup ve sunum, bir başka deyişle gazetecilik gereği haber anlatımı, haber yazım kuralları ve haber dili dışında ayrıca 5846 sayılı FSEK 1/B maddesi anlamında haberi hazırlayan kişilerin de hususiyetini taşıyan, dolayısıyla FSEK 2. maddesi kapsamında ilim ve edebiyat eseri vasfı bulunan yazılar olup olmadığı hususunda değerlendirme içeren görüş alınıp sonucuna göre uyumsuzluğun hukuki nitelendirmesinin yapılması gerekirken, eksik inceleme sonucu yazıların eser olduğundan bahisle hüküm tesisi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir." (Yargıtay 11. HD, 2014/15492 E., 2015/42 K.)

¹⁶ Bahse konu madde edebi ve bilimsel eser mahiyetinde olmayan raks, pandomim gibi sahne eserlerinin bu kategoriye dahil edilmesi ayrıca üç bent halinde sayılan eserlerin aynı kategoriye sokulmasını icap ettirecek ortak bir yön taşımamaları ve başlığın içerikle uyumsuzluğu nedeniyle eleştirilmiştir. (EREL, Şafak, "İlim ve Edebiyat

E. İLGİLİ MEVZUAT

Ülkemizde kanun anlamında salt olarak intihal konusunu düzenleyen müstakil bir düzenleme bulunmamakla beraber çeşitli kanun ve yönetmeliklerde intihal konusunun dolaylı olarak düzenlenmiş olduğu görülmektedir. İntihal konusu daha çok bazı kurumların etik ile ilgili kendi mevzuatında ele alınmakta konunun cezai yönüne değil; idari ve etik boyutuna vurgu yapılmaktadır. Bu düzenlemelerde intihal yapan akademik personel hakkında kamu görevinden çıkarılmaya kadar varan çeşitli idari yaptırımlar söz konusu olabilmektedir.

Hukukumuzda intihali suç olarak düzenleyen tek kanun 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'dur. Bu Kanun dışında hukukumuzda intihale yer veren başlıca mevzuat ise şunlardır:

- 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu,
- 15 Nisan 2018 tarihli Doçentlik Sınav Yönetmeliği,
- YÖK Bilimsel Araştırmalar ve Yayın Etiği Yönergesi,
- TÜBİTAK Araştırma ve Yayın Etiği Yönetmeliği,
- YÖK Öğrenci Disiplin Yönetmeliği.

II. HUKUKUMUZDA İNTİHAL SUÇU

A. GENEL AÇIKLAMALAR

Yukarıda belirttiğimiz gibi, hukukumuzda intihal kavramına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Fakat bu düzenlemelerin neredeyse tamamı konunun idari ve etik boyutuyla ilgilidir. İntihali gerçek anlamda ceza hukuku boyutuyla ele alan tek düzenleme 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'dur.¹⁷ Aslında bu Kanun, yasalaşmış olduğu 1951

Eserlerinde Çoğaltma ve Yayama Haklarının Kullanılması", İlim ve Edebiyat Eserlerinde Çoğaltma ve Yayama Haklarının İhlali ve Bunun Sonuçları Paneli, 1999, s.16)

¹⁷ Alman hukukunda "intihal" ("plagiat") kavramının temelinde, başkasının meydana getirdiği fikri değer ("geistesgut") haksız olarak sahiplenilmesi olduğu ifade edilmiştir. Alman mevzuatında da salt intihal suçunun yer aldığı hükümler bulunmakla birlikte doktrin ve içtihatlarla kavramın yasal altyapısı oluşmuştur. Bu bağlamda Alman hukukunda bir kişinin kasten başkasının eser sahipliğinin inkârı ("anmaßung") olarak yorumlanabilecek her türlü mali hak ve manevi hak ihlali "intihal" olarak değerlendirilmiştir. (SCHRICKER/LOEWENHEIM, § 23, Kn.22'den aktaran BELLİCAN, s. 480.)

yılında, bilim etiğinden ziyade, eser sahibinin ticari, maddi ve manevi haklarını korumak için yola çıkılmış ve hazırlanmış bir kanundur.¹⁸

Şüphesiz intihal fiili sadece ilim ve edebiyat dünyası ile sınırlı bir kavram değildir. Müzik ve sinema eserlerinde de intihal eylemleri irtikap olunabilmektedir. Çalışmamız sadece ilim ve edebiyat eserleri ile sınırlı olduğu için çalışmamızın konusu 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu “*Hukuk ve Ceza Davaları*” başlıklı 5. Bölümü’nde, 5728 Sayılı Kanun ile değişik¹⁹ “*Manevi Mali ve Bağlantılı Haklara Tecavüz*” başlıklı 71.

¹⁸ “Meşrutiyet devrinin mahsulü olup, bundan 40 yıl önce hazırlanmış olan ve 8 Mayıs 1326 (1910) gününden beri yürürlükte bulunmuş olan Hakkı Telif Kanunu gerek şümül ve gerek ruh itibariyle tanzim edilmiş olduğu zamanın izlerini taşımaktadır. Şümül itibariyle kanun, tekniğin son 40 yıl içindeki umulmadık bir inkişafı neticesinde, kültür hayatı için son derece mühim önem kazanan filim ve radyoyu tabiatıyla hiç nazara almadığı gibi, işaret, resim ve ses nakline yarıyan âletler, hususıyla fotoğraf makinesi ve gramofon plâklarının yardımıyla yapılabilen çoğaltma ve yayım imkânlarını da gereği gibi takdir etmemiştir. Ruh itibariyle kanun, o zaman hukuk sahasında hâkim olan «sırf mamelek hakkı» nazariyesine dayanarak fikir eserlerini vücuda getirenlerin sırf maddî ve malî menfaatlerini korumakla uğraşmış, manevî menfaatlerini ise (ki buna frenkçe «droit moral» denir) kale almamıştır. Zikri geçen hususlardan sarfinazar, milletin fikir ve kültür hayatıyla çok yakından ilgili olan bu Telif Hakkı Kanunu, bundan 40 yıl önceki Osmanlı imparatorluğunun daha doğrusu o zaman fikir cereyanlarının merkezi olan İstanbul’un fikrî durumuna az çok uyabilmiş ise de, memleketimizin son 25 yıl içindeki kültür ve hukuk inkılâpları neticesinde meydana gelmiş olan bugünkü millî fikir ve kültür hayatıyla modern mevzuatımıza asla tekabül etmemektedir Bu durumdan daha doğrusu bu uygunsuzluk ve kıfayetsizlikten zarar gören, yalnız ilim, fikir ve sanat erbabı değil, bütün memleketin irfan hayatıdır. Çünkü milletin serveti demek olan vatandaşların ibda kabiliyeti, kolay para kazanmak hırsı ile hareket edenlerin istismar yollarına karşı kâfi derecede korunmadıkça ilim, fikir ve sanat adamlarımızdan memleketimizin muhtaç olduğu keyfiyet ve kemmiyette fikir mahsulleri, hele dünya çapında eserler beklenemez. Bu sebeplerden dolayı Telif Hakkı Kanununun değiştirilmesinin bir zaruret olduğu fikri yıllardan beri ilgilileri meşgul ederek 1938 yılında toplanmış olan Neşriyat Kongresinde açık ifadesini bulmuştur. Hem kongrenin çalışmalarından hem de son on yıl içinde bu sahaya taallük eden ilmî yayımlardan faydalanılarak memleketimizin özel ihtiyaçlarına ve en modern yabancı kanunlarla milletlerarası andlaşmalara uygun gelen bu tasarı hazırlanmıştır.” (TBMM Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Kanun Tasarısı ve Millî Eğitim ve Adalet komisyonları raporları, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d09/c010/tbmm09010010ss0289.pdf>, (E.T.:07.01.2019))

¹⁹ “Kanunun mevcut metninde suçlar tanımlanırken, manevî haklara tecavüz ve malî haklara tecavüz ayırımı esas alınmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu Kanunun koruma altına aldığı malî ve manevî haklara tecavüz fiilleri iç içe bir mahiyet taşımaktadır. Bir fiille, bir kişinin sadece manevî hakkı veya malî hakkı ya da bunların her ikisi de ihlal edilmiş olabilir. Korunan haktan hareketle aynı fiilin iki ayrı suç olarak nitelendirilmesi yoluna gidilmesi, ceza hukukundaki suç tanımlamalarında esas alınan suç politikası ilkeleriyle bağdaşmamaktadır... Yapılan değişiklikle, madde kapsamında çeşitli suç tanımlarına yer verilmiştir. Bütün

maddesinde yer alan intihal suçlarından 2, 3 ve 5 bentlerde yer alan suçlarla sınırlandırılmıştır.

FSEK'e göre, intihal teşkil eden eylemler için ceza davası ile beraber (intihal fiili eser sahibinin manevî veya malî haklarına tecavüz teşkil ettiğinden) eser sahibinin uğradığı zararlar veyahut manevî veya malî haklarının ihlâli dolayısıyla tazminat davası (FSEK madde 70), tecavüzün men'î (FSEK madde 69) ve tecavüzün ref'i (FSEK madde 66 vd.) davaları ve eser sahipliğinin tespiti (FSEK madde 15/3) davası da açılabilir.²⁰ Nitekim, intihal suçu ile fail eser sahibinin manevi ve malî haklarına tecavüz etmektedir. Anılan haklar mutlak haklar kategorisinde yer aldıklarından herkese karşı ileri sürülebilir ve herkes tarafından ihlal edilebilirler. Somut olayda herhangi bir hukuka uygunluk sebepleri mevcut değilse bu haklara yönelen tecavüz fiilinin varlığı, başlı başına hukuka aykırılık oluşturmaktadır.²¹

Benzer biçimde, mali hakları ihlal edilen eser sahibi, tecavüz edenin kusurlu olması halinde, FSEK madde 70/II uyarınca TBK'nın haksız fiillere ilişkin genel hükümleri çerçevesinde tazminat talep edebilir. Bu durumda TBK'nın haksız fiillere ilişkin hükümleri [*haksız fiilin şartları (TBK m. 49), zarar ve tazminat miktarının tayini (TBK m. 50, 51), tazminatın indirilmesi (TBK m. 52), müteselsil sorumluluk (TBK m. 61, 62) ve zamanaşımı (TBK m. 72)*] kıyasen uygulanacaktır.²²

*bu tanımların ortak özelliği, suç oluşturan fiillerin bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi ve malî hakları ihlal etmesidir. Maddenin (4) ve (5) numaralı bentlerinde çeşitli intihal fiilleri bağımsız suçlar olarak tanımlanmıştır. (5) numaralı bentte bilimsel etik kurallarına aykırı olarak bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma fiili ceza yaptırımına altına alınmıştır.” (5728 Sayılı Kanun madde 138 gerekçesi, TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, [²⁰ ŞAFAK N. Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 345; TEKİNALP, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 303.](https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarNo=54956&pkanunnurasi=5728,(E.T.:05.01.2019)”)</i></p>
</div>
<div data-bbox=)*

²¹ YILMAZTEKİN, Hasan Kadir, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Eser Sahipliği ve Hak Sahipliği ile Bunların Tecavüz Davaları Bağlamında Davacı Sıfatına Etkileri”, *Adalet Dergisi*, 2020/2 Sayı 65, s. 502; YAVUZ, Levent/ALICA, *Türkey/MERDİVAN*, Fethi, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, Cilt II, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 1881.

²² YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s. 2213.

Somut olayda intihal fiilinin varlığı hakkındaki değerlendirme hukuki nitelikte olduğundan davaya bakan hâkimin CMK madde 63 ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu madde 3/3'te hükmü kapsamında uzman bilirkişilere başvurularak sonucuna göre karar vermesi uygun bir hareket tarzı olacaktır.²³

B. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

FSEK madde 71 ile eser sahibinin manevi, mali ve bunlarla bağlantılı hakları korunmakta ve himaye altına alınmış olmaktadır.²⁴ Gerçekten, eser sahibinin eseri üzerinde; eserini kamuya arz, adının belirtilmesi, eserde değişiklik yapılmasından menetme, eseri üzerinde mutlak şekilde tasarrufta bulunabilme yetkisi gibi yetkileri haizdir. Bahse konu manevi haklar, eser sahibinin şahsına sıkı sıkıya bağlı, devredilemeyen, vazgeçilemeyen, miras yoluyla mirasçılara intikal etmeyen, herhangi bir tasarrufun caiz olmadığı haklardır.²⁵ Ayrıca; işleme, çoğaltma, yayma ve temsil hakları da eser sahibinin mali hakları olarak FSEK'te tanınmıştır.

Eser sahibinin bilim dünyasına bir eser kazandırmış olması ile maddi kazanç, itibar, şöhret, eser ortaya çıkarmanın verdiği haz duygusu, şeref gibi bir takım manevi ve ulvi duygular söz konusu olmaktadır.²⁶ İşte FSEK madde 71'de çeşitli suçlar ve cezalar ihdas olunarak eser sahibinin bahsettiğimiz hem maddi hem de manevi kazançları hukuki koruma altına alınmış olmaktadır. Eser sahibinin maddi ve manevi haklarından bağımsız olarak anılan hükümlerle bilim camiasının etik ilkeleri, akademik dürüstlük, bilim etiği ve kamunun bilim çevresine olan güveni koruma altına alındığını söylemek yanlış olmayacaktır.

²³ 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu madde 3/3: "Genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiyeye başvurulamaz"; Yargıtay HGK, 2017/63 E., 2019/86 K.

²⁴ "Açıktır ki, ister tam, ister kısmi nitelikte olsun, intihalin (aşırmanın, çalıntının) varlığı hâlinde, buna maruz kalan hak sahibi, hukukun kendisine tanıdığı yasal yollara başvurma hakkına sahiptir. Zira intihal, hak sahibinin mali ve manevi haklarının ihlali anlamı taşımaktadır." (Yargıtay HGK, 2017/63 E., 2019/86 K.)

²⁵ YAZICIOĞLU, R. Yılmaz, *Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 180.

²⁶ YAMAN, Dilara, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Bir Eserden Kaynak Göstermeksizin İktibasta Bulunma Suçu (m. 71/1-III)" *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, 2010. s.1559.

C. SUÇUN UNSURLARI

1. Suçun Maddi Unsurları

a. Fail

Kanun metninden intihal suçunda fail bakımından herhangi bir özelleştirilmeye gidilmediği için failin herhangi bir kimse olabileceğini söyleyebiliriz. FSEK madde 71/2, 3 ve 5 fıkralarındaki suçlar açısından başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyan, bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan ve bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösteren kişi faildir. Öte yandan Basın Kanunu madde 11'deki ; "*Sürelî yayımlar ve süresiz yayımlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur.*" hükmü de bu nevi suçlarda failin tespiti bakımından önemlidir.

b. Mağdur

İntihal suçunun mağduru failin hareketleri sonucunda yani kendi eserine başkasının ismi konulan, kaynak göstermeksizin eserinden iktibasta bulunulan, eseriyle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterilen eser sahibidir.²⁷ Eser sahibi ise FSEK madde 8'e göre, "*eseri meydana getiren kişi*"dir.²⁸ Eser sahipliği, kanundan kaynaklanan malî ve manevi hakların öznesi olma, eserinden istifade etme, eserinden başkalarının izinsiz yararlanmasını men etme ve malî ve manevi haklar üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine sahip olmayı ifade eden bir terimdir.²⁹

Sadece gerçek kişiler eser sahibi olabileceklerinden suçun mağduru olabilirler. Tüzel kişilere devredilen bir hak söz konusu ise bunlar da suçtan zarar gören sıfatıyla açılan davaya katılabilirler.³⁰

²⁷ Doktrinde intihal suçunun mağdurunun bizatihi eser sahibi olduğundan bahisle intihal suçunun özgü suç mahiyetinde olduğu savunulmuştur. (YAZICIOĞLU, s. 259.)

²⁸ Eser sahipliğinin maddi bir fiille kazanıldığı için, bir fikri ürün meydana getiren gerçek kişinin tasarruf ehliyetinin bulunup bulunmadığının önem taşımadığı, dolayısıyla küçükler, kısıtlılar veya ayırt etme gücü bulunmayanların da eser sahibi olabileme yetkisini haiz oldukları ifade edilmiştir. (ATEŞ, Mustafa, *Fikri Hukukta Eser*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 12.)

²⁹ YILMAZTEKİN, s. 501.

³⁰ BAYINDIR, Sinan, "Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu", *TBB Dergisi*, 2014 (113) s.318.

Mağdur birden fazla olabilir. Birden çok yazarlı bir kitabın suçun konusu olması bu kabildendir. Nitekim FSEK madde 9 ve 10'da da eser sahiplerinin birden fazla oluşu düzenlenmiştir.³¹ Dolayısıyla birden fazla yazarın birlikte vücuda getirdikleri eser kısımlara ayrılabilir ve her bir yazarın eserin hangi parçasının sahibi olduğu anlaşılabilirse mağdur da buna göre belirlenir.

c. Suçun Konusu

İntihal suçlarının konusu failin kaynak göstermeden faydalandığı, kendisine ait olmadığı halde haksız olarak kendi ismini yazar olarak gösterdiği veyahut kendi eserini oluştururken faydalanmış olduğu eser hakkında yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterdiği eserdir.³² Eserin tanımı FSEK madde 1/B de yapılmıştır. Kanun'a göre eser; "*sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*"ni, eser sahibi ise; "*eseri*

³¹ "II – Eser sahiplerinin birden fazla oluşu:

Madde 9 – Birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her biri vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılır. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, eseri birlikte vücuda getirenlerden her biri bütün eserin değiştirilmesi veya yayımlanması için diğerlerinin iştirakini isteyebilir. Diğer taraf muhik bir sebep olmaksızın iştirak etmezse, mahkemece müsaade verilebilir. Aynı hüküm mali hakların kullanılmasında da uygulanır.

III – Eser sahipleri arasındaki birlik:

Madde 10 – Birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir. Birliğe adi Şirket hakkındaki hükümler uygulanır. Eser sahiplerinden biri, birlikte yapılacak bir muameleye muhik bir sebep olmaksızın müsaade etmezse, bu müsaade mahkemece verilebilir. Eser sahiplerinden her biri, birlik menfaatlerine tecavüz edildiği takdirde tek başına hareket edebilir.

Bir eserin vücuda getirilmesinde yapılan teknik hizmetler veya teferruata ait yardımlar, iŐtirake esas teşkil etmez.

(Ek: 21/2/2001 - 4630/6 md.) Birden fazla kimsenin iştiraki ile vücuda getirilen eser, ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa bir sözleşmede veya hizmet Őartlarında veya eser meydana getirildiğinde yürürlükte olan herhangi bir yasadaki aksi öngörülmediği takdirde birlikte eser üzerindeki haklar eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişi tarafından kullanılır. Sinema eseri ile ilgili haklar saklıdır."

³² "İntihalden bahsedebilmek için her Şeyden önce kıyaslamaya konu fikri  r nlerin FSEK anlamında eser olması gerekmektedir. FSEK'e göre eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleridir. Başka bir deyişle, bir fikri ürün  n eseri olarak kabul edilebilmesi için sahibinin hususiyetini taşıması ve kanunda sınırlı sayıda belirtilmiş olan eser türlerinden birine dâhil edilebilmesi koşulları bulunmalıdır." (Yargıtay HGK, 2017/63 E., 2019/86 K.)

meydana getiren kişi”yi ifade eder. Aynı Kanun’un “İlim ve Edebiyat Eserleri” başlıklı 2. maddesine göre; “herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları ...” eser olarak kabul edilmektedir.

FSEK’te çok geniş bir eser yelpazesine yer verildiği görülmektedir. FSEK, ilim ve edebiyat eserlerinin haricinde musiki eserleri, sinema eserleri, işlenmeler ve derlemeleri de eser sayarak bu ürünleri de koruma altına almıştır. Burada önemli olan eserin sahibinin hususiyetini taşıması ve fikir-sanat mahsulü olmasıdır. Yine madde metninden eserin sözlü veya yazılı olabileceği, herhangi bir şekil şartına tabi olmadığı da anlaşılmaktadır. Yargıtay’a göre FSEK ile eser sahibine sağlanan hak bizatihi fikrin kendisi olmayıp onun eser sahibince ifade edildiği tarzıdır.³³

d. Fiil

FSEK madde 71’de 6 ayrı fıkrada (EK 4. madde de eklenirse 7 ayrı fıkra) çeşitli suçlara yer verilmiştir.³⁴ Çalışmamızı ilgilendirmesi bakımından biz sadece 2, 3 ve 5. fıkralarda yer verilen suçları ele alacağımızı yukarıda belirtmiştik. Nitekim madde 71’de sayılan suçlardan sadece 2, 3 ve 5. fıkralarda yer alan suçlar salt intihal suçu vasfındadır. Ayrıca TCK

³³ “5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uyarınca, bir eser korumasından yararlanabilmek için ortaya çıkan eserin mutlaka Kanun’da sayılan eser türlerinden birine girmesi gerektiği gibi, ortaya çıkan eserlerde ise korunan unsur, eserin arkasındaki duygu ve düşünce olmayıp, o düşüncenin ifade edildiği şeklidir. Herhangi bir ifadenin eser kapsamında korunabilmesi için de eserin tümü ya da koruma talep edilen parçasının FSEK m. 1/B-a uyarınca, sahibinin hususiyetini taşıması gerekmektedir.” (Yargıtay 11. HD, 17.7.2017, 2016/9284 E., 2017/4126, K.)

³⁴ “Madde 71 – (Değişik: 23/1/2008-5728/138 md.)

Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek:

...

2. Başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır. Bu fiilin dağıtmak veya yayımlamak suretiyle işlenmesi hâlinde, hapis cezasının üst sınırı beş yıl olup, adli para cezasına hükümlenemez.

3. Bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır.

...

5. Bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösteren kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

madde 5 mucibince TCK'nın genel hükümleri cezai hükümler içeren özel kanunlar için de geçerli olduğundan cezai hükümler içeren 5846 sayılı Kanun açısından TCK'nın genel hükümlerinin tatbik olunacağını hatırlatmakta fayda vardır.

i. 2. Fıkradaki Suç Açısından

Maddenin ilk fıkrasında suçun maddi unsurunun hareket kısmı fiilin, “başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyma” sı olarak formüle edilmiştir. Fıkroda fiilin “dağıtmak veya yayımlamak suretiyle” irtikâp olunması ise suçun nitelikli hali olarak gösterilmiştir.

FSEK madde 15 mucibince esere ad koyma yetkisi bizatihi eser sahibine aittir. Eser sahibi rızası ile bu yetkisini 3. kişilere devredebilir. Böyle bir rıza olmaksızın suç konusu esere başka bir isim koyma eser sahibinin hakkına tecavüz teşkil etmektedir.³⁵ Failin başkasına ait esere, kendine ait bir esermiş algısı uyandıracak şekilde ismini yazması “ad koyma” şeklinde belirlenen fiili oluşturmaktadır.³⁶

³⁵ YENİDÜNYA, Caner, “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, S. 3-4, 2006, s.250.

³⁶ “Davacı vekili, müvekkilinin 2000 yılında Yenidoğanlarda Plexus Brachialisin İncelemesi isimli yüksek lisans tezini tamamladığını, müvekkilinin tesadüfen internette yaptığı taramada, davalı Dr.'ın 2005 yılında, Üniversitesi Tıp Fakültesinde uzmanlık tezi hazırladığını, bu tezin adının Plexus Brachialis Yapısı, Varyasyonları ve Cerrahi Önemi olduğunu gördüğünü, davalının bu tezle beyin cerrahisi alanında uzman olmaya hak kazandığını, davalının uzmanlık tezinin kendi tezinin kopyası olduğunu, müvekkilinin ismi ve eseri hiç zikredilmeksizin tezinin içeriği, içindeki resimler ve çizimler tamamen, sadece küçük rötuşlarla ...'ın tezinde kullanıldığını, davalının haksız uzmanlık elde ettiğini, haksız kazanç da sağladığını ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla, 40.000,00 TL manevi tazminatın ve şimdilik 1.000,00 TL maddi tazminatın haksız fiilin işlendiği günden itibaren işleyecek faiziyle birlikte davalıdan alınarak müvekkiline verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, müvekkilinin tezini hazırlarken birçok dergi, makale, bu konuda hazırlanmış eski tezler, bilimsel kitaplar ve internet ortamında yaptığı inceleme ve araştırmalardan yararlandığını, bu nedenle iktibas ya da sözde intihal yaptığı ileri sürülen davacının teziyle genel bilgiler bölümünün benzerlik göstermesinin doğal olduğunu, bilgilerin davacıya ait olmadığını, belirtilen kaynaklardan derlenen bilgiler olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davacının tezinin ilim ve edebiyat eseri olduğu, davacı tarafından yazılan tezdaki metin ve resimlerin, şekillerin çok büyük bir bölümünün aynen alındığı, davacının tezinden alıntı yapıldığının belirtilmediği, kendi görüşü gibi sunulduğu, davacının tezinden alınan kısımlardaki dipnotların olduğu gibi davalı tezine aktarıldığı bu hali ile davalı tarafından intihal eyleminin gerçekleştirildiği, olayın özelliği gereği ispatı zor olduğundan dava tarihi itibarıyla yürürlükte

Öte yandan, başkasına ait esere kendi eseriymiş gibi ad koymanın Yükseköğretim Kurumları Etik Davranış İlkelerine göre; “*Bilimsel usullere uygun biçimde gerekli atıfları yapmadan ve kaynak göstermeden başkalarının fikir, veri, eser ve yayınlarını kendisine aitmiş gibi yayımlamak*” olduğu ifade edilmiştir.³⁷

Madde metninde suçun nitelikli hali olarak yer verilen “*dağıtmak veya yayımlamak suretiyle*” ibaresinden anlaşılması gereken husus failin eserinin maddi/maddi olmayan aslının veyahut nüshalarının işaret, ses veya görüntü nakline yarayan dijital, telli veya telsiz araçlarla umuma iletilmesi, kişilerin seçtikleri yer ve zamanda erişimine imkân sağlanmasıdır (FSEK madde 7, 25). Gerçekten de, madde 14’e göre umuma iletim hakkı eser sahibinin eser üzerindeki manevi haklarından bir tanesidir ve bir eserin umuma arz edilip edilmeyeceğini, bunun yayımlanma zamanını ve tarzını münhasıran eser sahibi tayin eder. Burada tecavüz olarak belirlenen fiilin umuma iletim olmayıp eser sahibinin manevi haklarından olan umuma arz etme hakkı olduğunu da belirtmekte fayda vardır. Çünkü esere ad koyma ve bunu da yayımlama bir kez yapılabilecek bir eylemdir. Failin bunu defalarca yapma şansı yoktur. Nitekim umuma arz, ancak bir kez gerçekleşebilen ve eser sahibinin iradesi ile eserin ilk defa aleniyete kavuşması demektir. Kanımızca madde metnindeki “*dağıtmak veya yayımlamak suretiyle*” ibaresinden de eserin ilk defa kamuoyuna tanıtılması kastedilmektedir.³⁸

FSEK madde 71/2’de tarif edilen suç “*ad koyma*” fiili ile ika edildiğinden suç bu anda tamamlanır ve biter. Bu nedenle anılan suç ani,

olan BK hükümleri doğrultusunda talep edilen maddi tazminatın hakkaniyete uygun olduğu, ... Davra dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve haksız eylem sonucu uğranılan zararın kanıtlanamamış olmasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir. Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenle davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, ... karar verildi.” (Yargıtay 11. HD, 9.5.2018, Esas 2016/10824 E., 2018/3384 K.)

³⁷ EREL’e göre, başkasına ait bir esere ad koyma suretiyle sahip çıkılması durumunda FSEK madde15/3’e göre tespit davası da açılabilir. (EREL, 2009, s.121) Aksi yönde TEKİNALP, 2005, s.294.

³⁸ Aynı yönde BAYINDIR, s.310; Eser sahibi tarafından umuma arz yetkisinin ihlali neticesinde tecavüzün kaldırılması davası ile beraber, mali hak ihlali nedeniyle maddi tazminat davası da tecavüz eden faile karşı açılabilir.

hareketin nasıl yapılacağı belirlenmiş olduğundan bağlı hareketli suç olarak formüle edilmiştir. Öte yandan suçun gerçekleşmesi için herhangi bir zarar mevcudiyeti aranmadığından suç soyut tehlike suçu vasfındadır.

ii. 3. Fıkradaki Suç Açısından

Maddenin 3. Fıkrasında kaynak göstermeden iktibasta bulunma suç olarak düzenlenmiştir. FSEK madde 35'te düzenlenen iktibas bir eser ya da eser parçasının başka bir eser içerisinde kullanılmasıdır. TDK Sözlüğüne göre "iktibas" ödünç alma ve alıntı anlamına gelmektedir.

3. fıkradaki suçun maddi unsurunun hareket kısmı failin kendi eserini oluştururken yararlanmış olduğu başka bir yazara ait eserdeki fikri veyahut fikrin ifade edilmiş tarzını alması fakat iktibası kendi eserinde göstermekten imtina etmesidir. Başka bir deyişle, yazarın kendi eserini oluştururken fikir aldığı/yararlandığı kaynağı hiç mezkur eserde zikretmemesidir.³⁹ Bir başka kaynağı kelimesine kopyalamak, birçok kaynaktan faydalanıp kendine ait gibi göstermek, paragraf içindeki anahtar kelimeleri değiştirmek veya gizlemek kaynak göstermeden yapılan iktibas fiilleri arasında gösterilebilir.⁴⁰

İntihal fiili açısından kaynak eserin tamamının veya bir kısmının; bir paragrafının veya bir cümlesinin alınması arasında bir fark yoktur. Kes-yapıştır tekniğiyle, kaynağı olduğu gibi almak, kelimelerin yerini değiştirmek veyahut eş anlamlı kelime kullanarak failin kaynağı kendisine aitmiş gibi göstermesi durumlarında da intihal vardır.⁴¹

Yapılan iktibasta yararlanan eserin sahibini belli edecek, ona ulaşılmasını sağlayacak bilgilere yer verilmemiş ya da eserin alındığı mecaz gösterilmemişse de somut olayda intihal suçunun varlığından söz edebiliriz.

3. fıkradaki suç açısından, fail hareketsiz kalma şeklinde yani ihmalen hareket ederek suçun maddi unsurunun hareket kısmını ika etmektedir. İhmalin söz konusu olabilmesi için faile muayyen bir icraî davranışta

³⁹ HAFIZOĞULLARI, Zeki, "Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 48, S. 1, 1999, s.6.

⁴⁰ ÖZENÇ UÇAK / BİRİNCİ, s.191.

⁴¹ YAVUZDOĞAN, Seçkin, "İdari Yargı Kararlarından Hareketle İntihal", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, 2017, s.242.

bulunma yükümlüğünün yüklendiği hallerde bu mükellefiyete uygun davranmaması veyahut failin hukuk düzeni tarafından yapılması emredilen hareketleri yapmaması veya geç yapması mevzu bahis olmalıdır.⁴²

Yargıtay, intihal fiilinin tespitinde;

- Kaynak eserdeki metin ve resimlerin, şekillerin çok büyük bir bölümünün aynen alınması ve alıntı yapıldığının belirtilmemesi,

- Kaynak eserdeki fikirlerin yazarın kendi görüşü gibi sunulması, dipnotların olduğu gibi aktarılması,

- Kaynak eser ile suç konusu eserin başlıkların aynı olması, aynı kelimeler kullanılarak ifade edilmesi,

- Kaynak eserdeki cümlelerin, cümlelerin akış yapılarının aynı veya büyük ölçüde benzer olması,

- Kaynak eser ve suç konusu eser arasında asgari %50 oranında benzerlik olması gibi parametrelerden faydalandığı görülmektedir.⁴³

⁴² ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara, 2015, s. 221.

⁴³ "Katılanlar ... ve ... tarafından uzun bir araştırma sonucu hazırlanan *The Potential Of Remote Sensing for Monitoring Kayisdagi and Its Surroundings (İstanbul) Land Cover Changes and their Effects on Physical Geography Conditions* başlıklı tebliğin 22 Mayıs 2006 tarihinde Şanlıurfa'da yapılan 18. Uluslararası Toprak Sempozyumuna sunulduğunu, 2006 yılında sempozyumu düzenleyen kuruluş tarafından hazırlanan bildiri kitabında da yayımlandığını, sanığın kendi bilimsel alanları ile ilgili olmayan bu çalışmayı izinsiz olarak Springer Verlag tarafından çıkarılan *Environ Moint Assess (2008) 140:33-42*'de diğer sanık ... ile kendi isimlerini koyarak, büyük ölçüde aynen *The Potential Of Remote Sensing for Monitoring Land Cover Changes and their Effects on Physical Geography in the area of Kayisdagi Mountain and its surroundingis (İstanbul)* başlığı altında yayımlanmaktan ibaret olayda; sanıklar davalı sıfatı ile İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin 2009/64 Esas sayılı dosyasında yargılanmış olup tazminata mahkum edilmişler ve Yerel Mahkemenin kararı Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 27/03/2014 tarih, 2013/17163 Esas, 2014/6008 Karar sayılı kararı ile onanarak kesinleşmiştir. Yerel Mahkemece, İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin 2009/64 Esas sayılı dava dosyası içerisinde mevcut bilirkişi raporları karara dayanak yapılmış ve dosya arasına birer suretleri koyulmuştur. Yerel Mahkemenin kararına dayanak yaptığı bilirkişi raporlarından da anlaşıldığı üzere, başlıkların içerik olarak aynı olduğu, aynı kelimeler kullanılarak ifade edildiği, özet kısmındaki cümlelerin birebir aynı olduğu veya çok az değişikliklerin bulunduğu giriş bölümündeki makalelerin amaçlarına ilişkin bölümün aynı olduğu ve aynı kelimelerle ifade edildiği, her iki makalede çalışma alanlarını sınırlandırmak için kullanılan koordinatların birebir aynı olduğu, geri kalan cümlelerin birebir aynı veya büyük ölçüde benzer olduğu, cümlelerin akış yapılarının aynı olduğu, metod bölümünde her iki makalede de yöntemin iki temel aşamada özetlendiği ve aynı veya benzer cümleler kullanıldığı, makalenin metod bölümünde kullanılan kısımların büyük ölçüde benzer olduğu, çıkan sonuçların özetlendiği tablolarda yüzdeler ve alan değerlerinin aynı olduğu,

Suçun tekemmülü için bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma fiili tek başına yeterli olmayıp suç konusu eserin alenileşmesi iktiza etmektedir. Nitekim kişisel alanda yapılan ve FSEK madde 71'deki fiillere vücut veren hareketler alenileşmediği sürece herhangi bir suça vücut vermez.

Bu fıkra kapsamında değinilmesi iktiza eden bir başka husus ise esinlenme ve iktibas kavramları arasındaki ayırmadır. Bir eserden izinsiz iktibas yapılması ile bir eserden esinlenilerek başka bir eser yaratma farklı olaylardır. Yazarın bir eserden esinlenilerek, kendi üslubu ile başka bir eser oluşturması için ilk eser sahibinin iznine ihtiyaç yoktur.⁴⁴ Nitekim,

teknik olarak birbirinden ayrı yapılmış iki çalışmada çalışma alanlarını birebir aynı seçilmesinin ve uygulama aşamasında aynı parametrelerin tercih edilmesinin ve de sonuçların birebir aynı olmasının mümkün bulunmadığı, 2005 verileri için de konulan şekil ve sonuç tabloları yönünden de aynı değerlendirmenin yapıldığı, sonuç bölümünde kullanılan cümlelerin de birbirini aynı veya büyük ölçüde benzer olduğu, söz konusu yayınların en az %50 oranında aynı olduğu ve sanığa ait makalelerin daha önce yayınlanan tebliğden intihal edilerek yayımlandığı tespit edilmiştir. 5728 sayılı Kanun ile değişik 5846 sayılı Kanun'un 71/3. maddesi hükmü "Bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır. şeklinde düzenlenmiş olup yapılan açıklamalar neticesinde, sanığın eyleminin 5846 sayılı Kanun'un 71/3. maddesine uyduğu gözetilmeyerek aynı Kanun'un 71/1. maddesi uyarınca mahkumiyet hükmü kurulması suretiyle sanık hakkında fazla ceza tayin edilmesi Kanuna aykırı ve sanık müdafinin temyiz nedenleri bu itibarla yerinde görüldüğünden, HÜKMÜN ... BOZULMASINA...", (Yargıtay 19. CD 2016/7859 E., 2017/7407 K.); "...İntihal, özü itibarıyla haksız fiilin fikir ve sanat eserleri hukukuna yansıyan bir görünümüdür. O hâlde iki eser arasında intihal incelemesi yapılırken; sonraki eser sahibinin eyleminin, ilk eser sahibinin mali ve manevi haklarından en az birisini ihlal edip etmediği; sonraki eserin ilk eserden hareketle oluşturulup oluşturulmadığı; eserler arasında benzerlik varsa ilk eser sahibinin hususiyetinin sonraki esere aynen geçirilip geçirilmediği ve son olarak da tespit edilen benzerliğin FSEK'in 35. maddesinde belirlenen iktibas serbestisi veya esinlenme kapsamında kalıp kalmadığı hususlarının bir bütün olarak araştırılması gerekmektedir." (Yargıtay HGK, 2017/63 E., 2019/86 K.)

⁴⁴ "İntihal kavramının yanında ayrıca "iktibas" ve "esinlenme" kavramlarına değinmek yerinde olacaktır. İktibas kavramı da FSEK'te açıkça tanımlanmamış olup, FSEK'nin 35. maddesinin birinci fıkrasında dört bent hâlinde düzenlenen hükümlerde başka bir eserden diğer bir esere iktibas yapılabilmesinin esasa ilişkin koşulları, ikinci fıkrasında ise madde kapsamında yapılacak bir iktibasın geçerli olması için gereken şekli koşullar düzenlenmiştir. Buna göre iktibas, alenileşmiş bir eserden bazı cümlelerin, paragrafların, motif ve tınlaların hatta ezgilerin veya alenileşmiş bir güzel sanat eserinin resimlerinin aynen, kaynak gösterilerek başka bir esere konulmasıdır Başka bir deyişle iktibas, üçüncü kişilere, eserden herhangi bir ücret ödemedi ve eser sahibinin izin ve icazetine gerek kalmadan hukuk düzenince öngörülen şartlarla ve objektif iyiniyet kurallarına uygun olarak yararlanma konusunda tanınmış sınırlı bir yetkidir. Buna karşılık FSEK'in 35. maddesinde belirlenen iktibas serbestisinin şekle ve esasa

intihal için aranan temel şart, özgün eser sahibinin hususiyetinin suç konusu esere aynen geçmesi olduğundan bir eserden esinlenip kendi hususiyetini yansıtarak meydana getirilmiş eserlerde intihalden söz edilemez.⁴⁵ *Tekinalp*'e göre bir eserin sahibinin özelliğini taşıyıp taşımadığının tespiti için yazarın üslubuna bakılması icap eder. Çünkü üslup öznellik ihtiva eder.⁴⁶ Bu bakımdan somut olayda intihal iddiası söz konusu ise yazarların üsluplarına bakılması ve her iki eser arasında üslup açısından bir karşılaştırma yapılarak sonuca gidilmesi gerekir.

FSEK madde 71/3'te tarif edilen suç, "iktibas" fiili ile ika edildiğinden suç bu anda tamamlanır ve biter. Bu nedenle anılan suç ani, kaynak göstermeden iktibasta fiili ile suç meydana geldiğinden bağlı hareketli olarak formüle edilmiştir.⁴⁷ Öte yandan suçun gerçekleşmesi için herhangi bir zarar mevcudiyeti aranmadığından suç soyut tehlike suçu vasfındadır.

iii. 5. Fıkradaki Suç Açısından

Maddenin 5. fıkrasında yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterme suçu düzenlenmiştir. Doktrinde yanlış veyahut aldatıcı mahiyette kaynak gösterme fiili yanlış künye vererek kaynağın orijinaline ulaşılma ihtimalini ortadan kaldırmak olarak tarif edilmiştir.⁴⁸ Gerçekten de, "atıf sahteciliği" olarak da ifade edilen bu eylemde fail (çeşitli saiklerle) eserinde kaynak göstermekte ve fakat yapılan atıf aldatıcı veyahut yanlış bilgiler içerdiğinden iktibas/alıntının gerçek kaynağına ulaşma ihtimalini

ilişkin şartlarına uyulmadan yapılması her zaman intihal sonucunu doğuracaktır." (Yargıtay HGK, 2017/63 E., 2019/86 K.); "Bir eserden izinsiz iktibas yapılması, eserden esinlenme (ilham alma) ve yararlanma serbestisiyle karıştırılmamalıdır. İktibas bir eserin oluşturulmasında, bir başka eserin parçalarının alıntı yapılarak eserde aynen ve belirli ölçülerde kullanılmasıdır. Esinlenme ise, bir eserin oluşturulmasında, kendisinden önceki eserlerde ortaya konulan düşüncelerden yararlanılması ve bu fikirlerden yola çıkılarak yeni eserin biçimlendirilmesidir. Telif koruması, düşünceyi kendisini değil o düşünceyi ifade edilmiş şeklini kapsar. Bir düşünceyi ifade edilmiş şeklinin kısmen dahi alınarak bir başka eserde kullanılması halinde artık esinlenmeden değil, ifadenin kullanılmasından söz edilir." (Yargıtay 11. HD, 27.02.2017, 2015/13399 E., 2017/1106 K.)

⁴⁵ TEKİNALP, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Arıkan Yayıncılık, Aralık 2005, s. 147.

⁴⁶ TEKİNALP, s. 99.

⁴⁷ YAZICIOĞLU, s. 260.

⁴⁸ ÖZENÇ UÇAK/BİRİNCİ, s.192.

ortadan kaldırmakta veyahut gerçekte olmayan bir kaynağı varmış gibi göstermektedir.⁴⁹

FSEK madde 71/5'te tarif edilen suç "*yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterme*" fiili ile ika edildiğinden suç anılan hareketin ortaya çıkmasıyla bu anda tamamlanır ve biter. Bu nedenle anılan suç ani, hareketin nasıl yapılacağı belirlenmiş olduğundan bağlı hareketli olarak formüle edilmiştir. Öte yandan suçun gerçekleşmesi için herhangi bir zarar mevcudiyeti aranmadığından bu suç soyut tehlike suçu vasfındadır.

2. Manevi Unsur

İntihal suçu taksirle irtikap olunamaz. Kanun koyucu bu suçlar için manevi unsur olarak genel kast aramıştır. Fail başkasına ait esere kendi adını koyarken eserin başkasına ait olduğunu bilmeli ve buna rağmen kendi ismini koyma isteğiyle hareket etmelidir.

Bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma suçu bakımından ise failin kastı eserindeki iktibas edilen kısımların başkasına ait olduğunu bilmesi ve anılan fikri kendisininmiş gibi kamuoyuna sunmayı istemesidir.

Yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterme suçunda ise failin iktibas edilen kısımlara ilişkin olarak yapılan atıfların gerçeğe aykırı olduğunu bilmesi ve bu şekilde atıf yapmayı istemesi gerekir. Bu suçların olası kastla da işlenmesi mümkündür.⁵⁰

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

FSEK'te eser sahibinin rızasının aranmadığı hâllerden birisi olan iktibas serbestisi; "*alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve içeriğini aydınlatmak maksadıyla bir ilim eserine konulması*" olarak tarif edilmiştir.

⁴⁹ YAZICIOĞLU, s. 257.

⁵⁰ DEMİRAL BAKIRMAN, Büşra, "İntihal Suçları", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3, S. 2, 2015, s.71; Aksi yönde YAZICIOĞLU, s. 262.

Benzer biçimde herkesin kullanımına açık olan tarihi ve maddi vakalara ilişkin bilgiler tüm insanlığın malı olup, kimsenin tekelinde değildir ve bunlar telif hakkı ile de korunmamaktadır.⁵¹

Ayrıca FSEK madde 30 ve devamı maddelerinde kamu düzeni, kamu yararı (örneğin eğitim öğretim amaçlı olarak okullarda kullanma) veya kişisel kullanım amaçlı olarak eser sahibinin izni olmadan söz konusu eserlerin temsili, açıklanması bastırılması, çoğaltılması ve yayımlanması serbesttir. Fakat bütün bu hallerde bile olsa eser sahibinin adının zikredilmesi gerekmektedir.

Kanun'da eser sahibinin rızasının aranmadığı diğer bir istisna ise EK madde 11'de sayılmıştır.⁵² Maddeye göre yazılı ilim ve edebiyat

⁵¹ "Somut olayda, davalı tarafça yayımlanan ... isimle eserin %14'lük kısmında, davacı tarafından daha önce yayımlanan çeşitli eserlerden doğrudan veya mealen izinsiz iktibas yoluyla intihal yapıldığı bilirkişi raporlarında zikredilmiş ise de, yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda, alıntı yapıldığı söylenen noktaların, herkesin kullanımına açık olan tarihi ve maddi vakalara ilişkin bilgiler olup olmadığı, söz konusu bilgilere birçok kaynaktan ulaşıp ulaşılamayacağı, alıntı yapıldığı söylenen kısımlar yönünden, tarihi ve maddi vakalar dışında, FSEK 1/B-a kapsamında sahibinin hususiyetini yansıtan ve bir eser türü olarak korunan ifadelerin bulunup bulunmadığı tartışılmaksızın intihal suretiyle davacı tarafın çoğaltma ve yayma haklarının ihlal edildiği düşüncesinden hareketle davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamış ve hükmün davalılar yararına bozulmasını gerektirmiştir. Kabule göre de, davacı tarafından daha önce yayına konulan eserlerin birer tarih kitabı niteliğinde bilimsel eser, davalı tarafından yayına konulan dava konusu ... isimli eserin ise bir edebiyat eseri niteliğinde roman olduğu, davalının eserinin 14. sayfasında, romanı yazarken davacının eserlerinden de yararlandığından bahsetmiş olması karşısında, roman türündeki eserlerde, diğer bilimsel eserlerde olduğu gibi her alıntılama atf yapılmasının mutad olup olmadığı, bu tür eserlerde eser sahibince olayların seçiliş ve kurgulanışlarının sahibinin hususiyetini de yansıtabilecek şekilde edebi bir dil ve yöntemle aktarılıp aktarılmadığı da dikkate alınarak atf eşiğinin oldukça düşük tutulmasının gerekip gerekmediği hususunda, aralarında edebiyat ve bilimsel eserlerde ilgili öğretim üyelerinin de olduğu yeni bir bilirkişi heyetinden görüş alınmadan, atf kurallarına uyulmadığı gerekçesiyle mahkemece davacının telif haklarının ihlal edildiği sonucuna ulaşılması doğru görülmemiş ve hükmün bu sebeple de davalılar yararına bozulmasını gerektirmiştir." (Yargıtay 11. HD., E. 2016/9284, K. 2017/4126, T. 17.7.2017)

⁵² "Ek Madde 11- (Ek: 3/3/2004-5101/26 md.) Ders kitapları dahil, alenilemiş veya yayımlanmış yazılı ilim ve edebiyat eserlerinin engelliler için üretilmiş bir nüshası yoksa hiçbir ticarî amaç güdülmeksizin bir engellinin kullanımı için kendisi veya üçüncü bir kişi tek nüsha olarak ya da engellilere yönelik hizmet veren eğitim kurumu, vakıf veya dernek gibi kuruluşlar tarafından ihtiyaç kadar kaset, CD, brail alfabeti ve benzeri formatlarda çoğaltılması veya ödünç verilmesi bu Kanunda öngörülen izinler alınmadan gerçekleştirilebilir. Bu nüshalar hiçbir şekilde satılamaz, ticarete konu edilemez ve amacı dışında kullanılamaz ve kullandırılmaz. Ayrıca bu nüshalar üzerinde hak sahipleri ile ilgili bilgilerin bulundurulması ve çoğaltım amacının belirtilmesi zorunludur."

eserlerinden ticari amaçlı olmadan ve engellilerin kullanımı için ihtiyaç kadar çoğaltılması veya ödünç verilmesi, hak sahibine ilişkin bilgilerin bulundurulması şartıyla, serbesttir.⁵³

FSEK madde 35/f.-b.1 (ilim ve edebiyat eserlerinde küçük iktibas)'de hangi koşullar altında bir eserden iktibas yapılacağı belirtilmiş olup bu maddelerde belirtilen şartlara uygun şekilde yapılan iktibaslar intihal suçuna vücut vermez. Hukuka uygun bir iktibastan söz edilebilmesi için iktibasın amacın gerektirdiği ölçüde yapılması, kendisine iktibas yapılacak eserin FSEK kapsamında bağımsızlık özelliği taşıması, kendisinden iktibas yapılacak eserin ise alenileşmiş bir eser vasfında olmasıdır. İktibas, kendisinden iktibasta bulunan eserdeki cümle ve fıkralar ile sınırlı (küçük iktibas) olup iktibasta kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka ilgili parçanın alındığı kısım da gösterilmelidir (kaynak gösterme zorunluluğu).⁵⁴

Hukuka uygun bir iktibastan bahsedilebilmesi için kaynak eser sahibinin hususiyetini/üslubu birebir kopyalanmadan eser sahibi yazar kendi üslubunu/ tarzını/ hususiyetini atıf kurallarına uygun biçimde ortaya koyması icap etmektedir.

Alenileşme için yayımlama şartı aranmaz. Ancak alenileşme eserin umuma arz edilmesi ile mümkündür ve bu eser sahibine ait münhasır bir

⁵³ "...dava konusu fiil, sanığım fiilen sorumlusu olduğu web sitesi aracılığıyla ve gerçek kişi adına gerçekleştirilmiştir. Bu itibarla anılan kullanımın sadece engellilere mahsus tutulduğu kabul edilse dahi bu içeriği (eserleri) erişime sunmak suretiyle gerçekleştirilen içerik sağlayıcılık faaliyeti 5846 sayılı Kanun'un şart koştuğu anlamda "engellilere yönelik hizmet veren eğitim kurumu, vakıf veya dernek gibi kuruluş" tarafından yürütülen bir faaliyet olmaması nedeniyle istisna kapsamında kabul edilemeyecektir. Diğer taraftan kanun koyucu söz edilen istisnayı sadece "çoğaltma veya ödünç verme" kullanım biçimleriyle ve "ihtiyaç kadar olmak kaydıyla" sınırlı tutmuştur. Bu anlamda bir eserin izinsiz olarak bilişim ağları ortamında erişime sunulması Kanun'un 25/2. maddesi anlamında eser sahibinin umuma iletim hakkının ihlal edilmesi anlamına gelecek olup, kanun koyucu engelliler yönünden belirtilen istisna kapsamında eserlerin umuma iletimine imkan tanımamıştır. Bir diğer anlatımla bir eseri bilişim ağları ortamında kişilerin diledikleri yer ve zamanda erişimine sunmanın Kanun'un imkan tanıdığı "ihtiyaç kadar" sınırlaması kapsamında da olamayacağı ve adil (dürüst) kullanım ilkesini ihlal edeceği kuşkusuzdur...."

⁵⁴ Ancak bilimsel eserlerde caiz olan büyük iktibas eserin tamamının veyahut büyük bir kısmının iktibas demektir. (ÖNCÜ, Özge, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İktibas Serbestisi ve Sınırları", Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2009, s. 182.)

yetkidir.⁵⁵ FSEK madde 7'ye göre, hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilen bir eser alenileşmiş sayılır. Yine hak sahibinin rızasıyla bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshalarının satışı çıkarılması veya dağıtılması ile de o eser yayımlanmış sayılır. Buna göre alenileşme için gerekli olan iki unsur hak sahibinin rızası ve eserin kamuoyunun bilgisine sunulmuş olmasıdır. Eserin alenileşmesi hak sahibinin rızasıyla onun herhangi bir şekilde, söz gelimi basım, internete yükleme, derste anlatma vs. yöntemlerle, umumun bilgisine sunulmasıdır.

D. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

FSEK madde 71'de düzenlenen suçlar hareketin tamamlanması ile oluşacağından bir başka deyişle bu suçlar ani suç olarak formüle edildiğinden bahse konu suçlara teşebbüs caiz değildir. Buna göre, suçun tamamlanmış olması için başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koymak, eseri dağıtmak veya yayımlamak ve bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak fiillerinin gerçekleşmiş olması gerekir. Fakat, icra hareketleri bölünebiliyorsa veyahut bu hareketler tek başına ayrı bir suç teşkil ediyorsa hareketin bu kısmı için failin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

2. İştirak

İştirak bakımından genel kurallar geçerlidir. Dolayısıyla iştirakin her hali madde FSEK madde 71' de yer alan suçlar bakımından mümkündür. Suçun kanunî tanımında yer alan fiilleri (*başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koymak, eseri dağıtmak veya yayımlamak ve bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak*) birlikte ika eden kişilerden her birinin müşterek fail olarak sorumluluğu doğacaktır. Başka bir deyişle, anılan suçu birden fazla kişi birlikte irtikâp etmişse bu şahıslardan her birinin müşterek fail olarak cezaî sorumlulukları vardır (TCK madde 37/1). Suçun işlenmesine iştirak eden kişiler suçu birlikte işlemeye karar vermişler (birlikte suç işleme iradesi) ve her bir kişi de ayrı ayrı fiil üzerinde fonksiyonel hakiyet kurmuş ise bu kişilerden her biri müşterek faildir.

⁵⁵ ÖNCÜ, s. 76, 115.

Eserin hangi yazara ait olduğu belli ise ve intihal fiili eserin belli bir kısmıyla sınırlı ise bu durumda iştirak hükümleri söz konusu olmayabilir. Bir editörün koordinesinde çıkarılan bir kitapta bağımsız yazarlardan herhangi birisi intihale başvurmuşsa bu suçtan salt olarak müstakil yazar sorumlu tutulacaktır.

Birden fazla eser sahibinin katkılarının iç içe geçmesiyle meydana gelen ve eserin niteliği bozulmaksızın her bir yazarın katkısının diğerinden ayrılması mümkün olmayan bir eser söz konusu ise iştirak halinde eser sahipliği gündeme gelir. Böyle durumlarda her bir yazar intihal fiilinden birlikte sorumlu olacaktır. Gerçekten de hangi bölümün hangi yazar tarafından yazıldığına tespitinin mümkün olmadığı ortak yazarlı eserlerde tüm eser sahipleri iştirak halinde sorumlu olurlar (elbirliği halinde eser sahipliği).⁵⁶ Somut olayda elbirliği halinde eser sahipliğinin söz konusu olabilmesi için birden fazla eser sahibi ve her biri bağımsız olarak FSEK kapsamında korunan birden fazla eser söz konusu olmalıdır. Çünkü müşterek eserde, birbirinden bağımsız eserler aynı çatı altında, yani tek bir eser olarak, cisimleşmektedir.⁵⁷ Gerçekten de, iştirak halinde eser sahipliğinde eser sahiplerinden katkısı eserin bütününden ayrı ve bağımsız olarak değerlendirilemez. *Tekinalp*'e göre iştirak halinde eser sahipliğinden bahsedebilmek için;

- Eserin birden fazla kişi tarafından meydana getirilmesi,
- Eser sahiplerinin her birisinin eserin meydana getirilmesinde esaslı katkısının olması,
- Yazarlarda eseri iştirak halinde meydana getirmeye yönelik iradenin bulunması ve eserin yazarlarının yardımlaşması ile vücuda getirilmiş olması,
- Son olarak eser sahiplerinin eserin meydana gelmesindeki katkılarının birbirinden ayrılmasının mümkün olmaması gereklidir.⁵⁸ Bu durumda iştirak kurallarının uygulanabilmesi için her bir yazarın birlikte suç işleme kararının varlığı ve suç konusu eser üzerinde ortak hâkimiyet kurmuş olup olmadıklarına bakmak icap eder.

⁵⁶ YAVUZDOĞAN, s. 249; YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, C. I, s. 208.

⁵⁷ TEKİNALP, 2012, s. 143.

⁵⁸ YILMAZTEKİN, s. 514, 515.

Suç konusu bir derleme eser (seçme ve toplama eserler) ise eserin yetkili editörü üslubunu ve hususiyetini bu derleme esere yansıtmışsa editör eserin sahibi olarak kabul edileceğinden eserde yer alan intihal eylemlerinden kendisi bizatihi sorumlu olur. Ve fakat derleme eserde müstakil bölümler varsa o bölümü meydana getirenlerin eser sahipliği ve sorumluluğu bulunmaya devam edeceğinden yazarın kendisi intihal fiilinden sorumlu tutulacaktır.⁵⁹

3. İçtima

Fail eylemi ile madde 71’de yer alan suçlardan birden fazlasını ika etmişse madde metninde sayılan suçlar aynı suçun seçimlik hareketi olmayıp bağımsız suçlar olduklarından, failin her bir eylemden ayrı ayrı sorumluluğu söz konusu olacaktır. Failin suç konusu eserde hem kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmuş olması hem de yetersiz yanıltıcı veya hut aldatici mahiyette kaynak göstermesi böyledir.

Somut olayda failin aynı mağdura ait birden fazla eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunulması söz konusu ise zincirleme suç hükümleri gündeme gelebilir.

Fail, suç konusu eserde farklı yazarlara ait farklı eserlerden kaynak göstermeksizin iktibas yapmış ise, fiil tekliği mevzu bahis olduğundan, aynı neviden fikri içtima kuralları mucibince hakkında hükmolunacak cezanın artırılarak tatbik edilmesi iktiza eder.

E. SORUŞTURMA, KOVUŞTURMA ve YETKİLİ MAHKEME

Çalışmamızın konusunu oluşturan FSEK madde 71’de 3 ayrı fıkrada sayılan intihal suçları için başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koyan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezasıyla; fiilin dağıtmak veya yayımlamak suretiyle işlenmesi hâlinde, beş yıla kadar hapis cezasıyla; bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezasıyla; bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatici mahiyette kaynak gösteren kişi altı aya kadar hapis cezası belirlenmiştir. Buna göre fail alt sınırı 1 ay (TCK md.49/1) üst sınırı ise 5 yıl olan bir yaptırımla karşı karşıyadır. Anılan cezaların hapis veya adli para cezası olarak birlikte düzenlendiği

⁵⁹ YILMAZTEKİN, s. 517.

görülmektedir. Buna göre hâkim, faili hapis veya bunun yerine adli para cezası ile cezalandırabilecektir.

Yapılan yargılama sonucuna göre nihai ceza 1 yıl ve daha az süreli olursa, şartları da varsa, sonuç ceza adli para cezası ve diğer seçenek yaptırımlara çevrilebilir (TCK md.50).

Kanun'un "Soruşturma ve Kovuşturma" başlıklı 75. maddesine göre; intihal suçlarından dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete bağlıdır.⁶⁰ Maddeye göre şikâyet hakkı eser üzerinde manevi ve malî hak

⁶⁰ "Dosyanın incelenmesinden; "Relationship Between The Results of Selected Motor Tests and Competitive successfulness in Tennis For Different Age Categories" isimli makale üzerinde manevi ve mali hak sahibi Prof.....'in şikayeti olmadan, şüphelinin 2010 yılında Hırvatistan'da yayımlanan adı geçene ait makaleyi Türkiye'deki bir dergide tekrar yayımladığı, bu makalede araştırmacı isimleri arasında adı yer almamasına rağmen, bunlar arasına kendi ismini yazdığı iddialarıyla, Hakkında Adnan Menderes Üniversitesince yapılan soruşturma sonucunda, şüphelinin lüzum-u muhakemesine karar verildiği anlaşılmıştır. Ancak, şüphelinin atılı suçların takibi şikayete bağlı suçlardan olduğu, eser sahibi sıfatıyla eser üzerindeki manevi hakları tecavüze uğrayan kişinin söz konusu suçlarla ilgili şikayetin bulunmadığı anlaşıldığından, itirazın kabulüyle Adnan Menderes Üniversitesi Rektörlüğüne oluşturulan Yetkili Kurulun 02/06/2016 tarih ve 2016/8 sayılı lüzum-u muhakeme kararının bozulmasına, 1'inci ve 2'nci maddelerde atılı suçlar nedeniyle..... hakkında kovuşturmaya yer olmadığına..." (Danıştay 1. D, 2016/1430 E., 2016/2035 K.); "5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 35'inci maddesinde, alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması iktibasın belli olacak şekilde yapılması ve iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bir kısmın alındığı yerin de belirtilmesi koşuluyla caiz görüldüğü, aynı Kanununun 71'inci maddesinin üçüncü bendinde, bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan kişinin altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağı, 752 inci maddesinde ise, 71 ve 72 'inci maddede sayılan olduğu, yapılan şikayetin geçerli kabul edilmesi için hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve şair delilleri Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri gerektiği, bu belge ve delilleri kavuşturmaya yer olmadığı kararı verileceği, bu Kanunda yer alan soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı suçlar dolayısıyla başta Milli Eğitim Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilileri olmak üzere ilgili gerçek tüzel kişiler tarafından, eser üzerinde manevi ve mali hak sahibi kişilerin şikayet haklarını kullanabilmelerini sağlamak amacıyla durumdaki haberler edilecekleri hükümlerine yer verilmiştir. Dosyanın incelenmesinden, şüpheliye atılı suçun 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71'inci maddesinin ikinci bendine ilişkin olduğu, söz konusu suçun Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Elektronik Dergisinde yayınlanan "Türk Sinemasında Kadının Değişen İmgesi" adlı makalenin yayın tarihi olan 6.4.2012 tarihinde işlendiği, bu suç nedeniyle . tarafından 27.3.2018 tarihli dilekçeyle Üniversitesine, 2018 Yılı için de İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına başvurulduğu, takibi şikayete bağlı bu suç için 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 73'üncü maddesinin birinci bendi uyarınca 6 aylık şikayet süresinin geçirilmesi nedeniyle isnat edilen suçla ilgili olarak soruşturma ve kovuşturma yapılamayacağı anlaşıldığından, itirazın kabulüyle Dokuz Eylül Üniversitesi Rektörlüğüne oluşturulan Yetkili

sahibi kişilere ve hak sahibinin üyesi olduğu meslek birliklerine ait bir haktır. FSEK madde 42/A'ya göre, yetki belgesi veren üyelerinin temsilcisi durumunda olan meslek birlikleri, eser sahiplerinden ve bağlantılı hak sahiplerinden aldıkları yetki belgelerine göre hakların takibini yapma yetkisini haiz olduklarından meslek birliklerinin; icra takibi, dava, karşı dava, temyiz, tahkim ve tenfiz davası bakımından aktif dava ehliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir.⁶¹

Madde metninde eser sahibi yerine hak sahibinden bahsedilmiş olması eser sahibinin mali haklarını devrettiği kişilerin de şikâyet hakkını haiz oldukları anlamına gelmektedir. Fakat münhasıran eser sahibine ait olan manevi haklara tecavüz söz konusu olduğunda şikâyet hakkı sadece eser sahibine aittir. Eser sahibi eser üzerindeki maddi haklarını devretmişse şikâyet hakkı bu hakları devralana geçmiş olmaktadır. Kısmi devir söz konusu ise hem eser sahibinin hem de, kendisine devredilen kısımla sınırlı olarak, devralanın ortak şikâyet hakkı söz konusu olacaktır.

Suç konusu eser birden fazla yazara aitse şikâyet hakkı her bir yazara ait kısım için ilgili yazara aitken (FSEK madde 9); eser yazarlara ait parçalara bölünemiyorsa şikâyet hakkı artık tüm yazarlara aittir (FSEK madde 10).

Şikâyet üzerine Cumhuriyet savcısı suç konusu eşya ile ilgili olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre el koyma ve koruma tedbiri uygulayabilir. Cumhuriyet savcısı gerek görmesi hâlinde, suç konusu eserin çoğaltılmasının durdurulmasına karar verebilir. Ancak, bu karar yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulması iktiza eder (FSEK m. 75/3).

Söz konusu suçlarla ilgili davalar 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un "*Asliye ceza mahkemesinin görevi*" başlıklı 11. maddesine göre suçun işlendiği yer asliye ceza mahkemelerin görev alanı içerisindedir.

Kurulan 24.9.2019 tarih ve C.K.K./2019-45 sayılı lüzum-u muhakeme kararının bozulmasına, atılı suç nedeniyle ...hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına, ... karar verildi." (Danıştay 1. D, 1106.2020, 2020/520 E., K.);

⁶¹ YILMAZTEKİN, s. 547.

5187 sayılı Basın Kanunu madde 11; “*Basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur.*” hükmünü amir olduğundan intihal suçu, suç konusu eserin yayımı anında oluşur. Her ne kadar suçun işlendiği yer, başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyma, bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma, bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterme fillerinin irtikap olunduğu yer olarak kabul edilse de yukarıda yaptığımız açıklamalar muvacehesinde suçun işlendiği yer ekseriyetle eserin alenileştiği/yayımlandığı yer olacaktır. Yetkili mahkeme buna göre belirlenir.

Zincirleme suçun söz konusu olduğu durumlarda yetkili mahkeme suçun son işlendiği yer mahkemesi olacaktır.

Fail eseri yurtdışında yayımlamışsa TCK m.14 ve FSEK m. 71 uyarınca Türkiye’de yargılama yapılması (başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koyma suçunun nitelikli hali ve bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterme suçu hariç) caiz değildir.⁶²

SONUÇ

Bu çalışmada ilmi ve edebi eserlerde intihal suçu ele alınmıştır. “*Bilimsel ya da sanatsal çalışmalarda, bir başkasının ürününün, görüşünün tümünü ya da bir bölümünü kaynak göstermeden kullanma; bilim ve sanat alanında hırsızlık*”⁶³ olarak tanımlanan intihali gerçek anlamda ceza hukuku boyutuyla ele alan tek düzenleme 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’dur. FSEK madde 71 ile eser sahibinin manevi, mali ve bunlarla bağlantılı hakları, bilim camiasının etik ilkeleri, akademik dürüstlük, bilim etiği ve kamunun bilim çevresine olan güveni himaye ve koruma altına alınmıştır.

FSEK madde 71’deki intihal suçu kapsamında fail herhangi bir kişi olabilirken bu suçun mağduru ise eser sahibidir. Soruşturulması ve kovuşturulması eser sahibinin şikayetine bağlı olan intihal suçu bakımından

⁶² “Seçimlik cezalarda soruşturma

MADDE 14. - (1) 11 ve 12 nci maddelerde belirtilen hallerde, soruşturma konusu suçun yer aldığı kanun maddesinde hapis cezası ile adli para cezasından birinin uygulanması seçimlik sayılmış ise soruşturma veya kovuşturma açılmaz.”

⁶³ TÜBA Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü, <http://www.tubaterim.gov.tr/>, (E.T.:04.02.2019)

iktibas serbestisi; herkesin kullanımına açık olan tarihi ve maddi vakıalara ilişkin bilgiler; kamu düzeni, kamu yararı veya kişisel kullanım amaçlı olarak eser sahibinin izni olmadan söz konusu eserlerin temsili, açıklanması bastırılması, çoğaltılması ve yayımlanması ve yazılı ilim ve edebiyat eserlerinden ticari amaçlı olmadan ve engellilerin kullanımı için ihtiyaç kadar çoğaltılması veya ödünç verilmesi hukuka uygunluk nedenleri olarak belirlenmiştir. Anılan suç bakımından teşebbüs genel olarak mümkün değilken iştirak ve içtima açısından ise genel hükümler caridir.

Ülkemizde ve dünyada bilim çevrelerinin önemli etik sorunları arasında intihal bulunmaktadır. Ülkemizde intihalle ilgili olarak yasal düzenlemeler özellikle üniversitelerin yönetmelik ve yönergeleri ile üniversite üst kuruluşlarının mevzuatlarında bulunmaktadır. Fakat öğretim görevinden uzaklaştırmaya sebep olacak kadar ciddi idari yaptırımların söz konusu olduğu bu başlıkta salt bu konuyu düzenleyen bir müktesebat bulunmamaktadır. İdari düzenlemeler ve yaptırımlar söz konusu olsa bile, intihal tespit edilen bir eserde genellikle kıdemli ve “arkası olmayan” personel takibata uğrarken kıdemli /referanslı olan hocalara bir işlem yapılmadığı, konunun sümenaltı edildiği görülmektedir.

Çalışmamızda kısaca sebeplerini ve halihazırdaki hukuki durumunu ortaya koymaya çalıştığımız intihal probleminin önüne geçebilmek için öncelikle intihalle mücadele bakımından kurumların politika ve prosedürler belirlemesi, orta öğretimden itibaren öğrencilerin akademik yazım becerilerinin geliştirilmesi, bununla beraber bir bilimsel araştırmanın öncelikle etik olması gerektiği, intihalin etik dışı olduğu, kınanacak bir husus olduğu, bilim insanına yakışmayan emek hırsızlığı olduğu, haksız rekabete yol açtığı, intihale başvuru durumlarında herhangi bir orijinallik ortaya konulmadığı, bu gayretin havanda su dövmekten farksız olduğu hususlarında farkındalık yaratılması önemlidir. Ayrıca intihalin kamu düzenini, kamu yararını, ilgilendiren boyutu dikkate alındığında tarafsız bir denetleme sisteminin kurulması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Konunun yasal çalışma boyutunu ilgilendiren tarafı ile beraber bağımsız ve tarafsız iç ve dış denetim ve mer’i hukukun tatbiki caydırıcılığı sağlayacaktır.

FSEK’te intihal suçlarının takibinin şikâyete bağlı olması bizce hatalı bir düzenleme olmuştur. Nitekim, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere,

bahse konu suçlarla sadece eser sahibinin maddi ve manevi hakları değil, akademik dürüstlük, bilim etiği ve kamunun bilim çevresine olan güveni de ihlale uğramaktadır. Bu meyanda FSEK'te yapılacak bir düzenleme ile bu nevi suçların resen soruşturulması gereken bir kamu davası olarak formüle edilmesinin caydırıcılık açısından daha etkin olacağı değerlendirilmektedir.

KAYNAKLAR

- ATEŞ, Mustafa, *Fikri Hukukta Eser*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- BAYINDIR, Sinan, "Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu", *TBB Dergisi*, C. 113, Ankara, 2014, s. 307-338.
- BELLİCAN, Cüneyt, "Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Hakların Korunması", Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- DEMİRAL BAKIRMAN, Büşra, "İntihal Suçları", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C.3, S. 2, 2015, s. 57-78.
- EREL, N. Şafak, "İlim ve Edebiyat Eserlerinde Çoğaltma ve Yayma Haklarının Kullanılması", İlim ve Edebiyat Eserlerinde Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali ve Bunun Sonuçları Paneli, 1999, s. 16-20.
- EREL, N. Şafak, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- GÜCÜKOĞLU, Behlül/AYVAZ REİS, Zerrin, "Türkiye'de ve Dünyada İntihalin Yaptırımları", *Akademik Bilişim*, XVI. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, Mersin, 2014, s. 189-197.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, "Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 48, Sayı 1, Ankara, 1999, s. 1-14.
- ÖNCÜ, Özge, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İktibas Serbestisi ve Sınırları", Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2009.
- ÖZENÇ, UÇAK, Nazan/BİRİNCİ, Hatice Gülşen, "Bilimsel Etik ve İntihal", *Türk Kütüphaneciliği*, C. 22, 2008, s. 187-204.
- ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara, 2015.
- TEKİNALP, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Arıkan Yayıncılık, 2005.
- TEKİNALP, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- TOPRAK, Ziya, "Türkiye'de Akademik Yazı: İntihal ve Özgünlük", *Boğaziçi Üniversitesi Eğitim Dergisi*, C. 34, S. 2, İstanbul, 2017, s. 1-12.

- YAMAN, Dilara, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Bir Eserden Kaynak Göstermeksizin İktibasta Bulunma Suçu (m. 71/1-III)” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, İzmir, 2010, s. 1551-1567.
- YAVUZ, Levent/ALICA, Türkey/MERDİVAN, Fethi, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, Cilt I-II, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2014.
- YAVUZDOĞAN, Seçkin, “İdari Yargı Kararlarından Hareketle İntihal”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, 2017, s. 225-254.
- YAZICIOĞLU, R. Yılmaz, *Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- YENİDÜNYA, Caner, “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, S. 3-4, 2006, s. 237- 272.
- YILMAZTEKİN, Hasan Kadir, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Eser Sahipliği ve Hak Sahipliği ile Bunların Tecavüz Davaları Bağlamında Davacı Sıfatına Etkileri”, *Adalet Dergisi*, 2020/2 Sayı 65, s. 499-557.

İnternet Kaynakları:

- Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü, <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/intihal>, (E.T.:24.12.2020)
- Danıştay Karar Arama Portalı, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/Bilgi-BankasiIstemciWeb/>
- <https://www.etimolojiturkce.com/arama/intihal>, (E.T.:25.10.2020)
- Türk Dil Kurumu Sözlüğü, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori1=veritbn&kelimesec=24523, (E.T.:24.10.2020)
- TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=54956&pkanunnumarasi=5728>, (E.T.:05.01.2019)
- TBMM Tutanak Dergisi, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d09/c010/tbmm09010010ss0289.pdf>, (E.T.:07.01.2019)

TÜBA, 2020 *Türkiye Bilim Raporu*, <http://www.tuba.gov.tr/tr/yayinlar/suresiz-yayinlar/raporlar/turkiye-bilim-raporu>, (E.T.:29.11.2020)

TÜBA Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü, <http://www.tubaterim.gov.tr/>, (E.T.:04.02.2019)

Yargıtay Karar Arama Portalı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

Yükseköğretim Kurumları Etik Davranış İlkeleri, <http://kurul.odu.edu.tr/files/akademik-etik-ilkeler.pdf>, (E.T.:02.01.2019)

Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi, http://www.yok.gov.tr/web/guest/icerik//journal_cotent/56_INS_TANCE_rEHF8BIsfYRx/10279/18187, (E.T.:25.12.2020)