

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 23

Sayı: 2

2021



ISSN 1303-6963

İZMİR - 2021



# DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume : 23

Sayı/Number: 2

Yıl / Year : 2021



ISSN : 1303 - 6963

İzmir - 2021

## DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

### HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 23 Sayı: 2 Yıl: 2021

**Yayın No:** 09.1300.0000.000/BY.021.081.1092

**ISSN:** 1303-6963

**Derginin Sahibi :** Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanı)

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

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

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

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

#### Editör Yardımcıları :

Doç. Dr. Uğur TÜTÜNCÜBAŞI (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Engin TOPUZKANAMIŞ (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. İlker TEPE (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Banu ATLI (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Öğr. Görevlisi Serab ŞEN (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

#### Yayın Kurulu :

Prof. Dr. Fevzi DEMİR (Yaşar Üniversitesi)

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi)

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI (İzmir Bakırçay Üniversitesi)

Prof. Dr. Mine AKKAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Doç. Dr. Özge KARAEĞE (İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi)

Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

#### Danışmanlar Kurulu :

Prof. Dr. Uğur ALACAKAPTAN (Bilgi Üniversitesi)

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Aydın Üniversitesi)

Prof. Dr. Erdal ONAR (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Melda SUR (İzmir Ekonomi Üniversitesi)

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (Dokuz Eylül Üniversitesi)

**Yazışma Adresi :** Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Tınaztepe Yerleşkesi 35390 Buca İZMİR  
Tel: 0 (232) 420 18 24 - 25 Fax: 0 (232) 301 60 09  
dergi.hukuk@deu.edu.tr - <https://hukuk.deu.edu.tr>

**Tasarım ve Mizanpaj :** Öğr. Görevlisi Serab ŞEN

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

Dergide yayınlanan makaleler kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

**Basım Yeri :** Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası

**Basım Tarihi :** 26.11.2021

**Basım Adedi :** 200

**Basım Yeri Adresi :** Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası

DEÜ Tınaztepe Kampüsü 35390 Buca - İzmir

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

© Tüm Hakları Saklıdır.

**Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin  
evrensel düzeyde kabul edilmiş;**

### **Öz Değerleri**

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

### **Temel Amacı**

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



## Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

### Yayın İlkeleri

1. Dergimiz, ULAKBİM tarafından taranan “*Hakemli Dergi*” statüsünde olup yılda iki sayı (Mayıs, Kasım) olarak yayımlanır. Dergimiz ayrıca DergiPark, HeinOnline ve Asos Index veri tabanlarında taranmaktadır.
2. Hakem incelemesine tâbi tutulacak makaleler ([dergi.hukuk@deu.edu.tr](mailto:dergi.hukuk@deu.edu.tr)) gönderilmelidir.
3. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde **yayımlanmamış** ya da yayımlanmak üzere **gönderilmemiş** olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
4. Yazarlar, **unvanlarını**, <https://orcid.org/signin> adresinden alınmış **ORCID numarasını** (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası), görev yaptıkları **kurumları**, haberleşme adresleri ile **telefon** numaralarını ve **e-mail** adreslerini bildirmelidir.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek olan **bütün çalışmaların (çeviri hariç) ekinde intihal programı çıktısının da gönderilmesi** gerekir. Kabul edilebilir benzerlik oranı, dipnotlar, alıntılar ve kaynakça hariç olmak üzere en fazla %15’tir. Bunun üzerindeki benzerlik halinde takdir editörler kurulundadır.

Ayrıca makalelerde, ilk dipnota şu cümlenin eklenmesi gerekmektedir.  
“*Yazar, eserinin Dergimize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*”
6. **ULAKBİM/HeinOnline**’ın kriterleri doğrultusunda dergimizde bilimsel yazılar türlerine göre araştırma makalesi, çeviri, karar incelemesi ve diğer çalışmalar (derleme vs) şeklinde sınıflandırılmaktadır. **Yazar, çalışmanın niteliğine dair kanaatini (araştırma makalesi, karar incelemesi, çeviri ve diğer çalışmalar (derleme vs.)) çalışma başlığının altında belirtmelidir.** Gelen yazıların niteliğinin ne olduğu hakemler tarafından değerlendirilir. Hakemlerin yazının türü konusunda görüş farklılığına düşmesi halinde editörler kurulunun kararı esas alınır.
7. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının da gönderilmesi şarttır. Ayrıca çevirilerde, çeviri yapan yazarın, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na uygun olarak yazılı izin almış olması ve bunun çeviri başlığına eklenecek bir dipnotta belirtilmesi gerekir.
8. Dergimizin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.

9. Dergiye gönderilen yazılarda **hem İngilizce hem de Türkçe** olmak üzere yazı **başlığı (title)**, **en az 100 en fazla 200 kelimedenden oluşan öz (abstract)** ve **5 adet anahtar kelime (keywords)** belirtilmiş olmalıdır. Yabancı dilde yazılan makaleler için ise, makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe öz eklenmelidir.
10. Gönderilecek yazıların **Times New Roman** karakterinde, ana metnin **1,5 satır aralığında** ve **12 punto**, dipnotların **10 punto** (tek satır aralığında) olarak hazırlanması, kenar ve alt-üst boşluklarının 2,5 cm olması ve (kaynaklar dâhil) **50 sayfayı (çeviriler için en fazla 30 sayfa)** geçmemesi gerekmektedir.
11. Metin içerisinde başlıklar aşağıdaki şekilde numaralandırılmalı ve gösterilmelidir:

**I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF**

**A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**

**1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**

**a. Kalın ve sadece ilk harf büyük**

**aa. Kalın ve sadece ilk harf büyük**

**aaa. Kalın ve sadece ilk harf büyük**

12. Atıflar, sayfa altında dipnot şeklinde gösterilir. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

13. Dipnot ve Kaynakçada yer alan eserlerin aşağıdaki şekilde gösterilmesi zorunludur:

**Kitaplar:** Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Eserin Adı, Bası Sayısı, Yayınevi, Eserin Basıldığı Yer ve Yılı, Sayfa Numarası

**Edis**, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1993.

- ❖ Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda, eserin başlığı kısaltma şeklinde dipnotlarda ve kaynakçada belirtilmelidir.

**Edis**, Seyfullah: Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, (Hata).

- ❖ Birden fazla yazarlı eserlere yapılan atıflarda tüm yazarların **Soyadı**, Adı/**Soyadı**, Adı şeklinde atıf yapılmalı, “vd., ve diğerleri” şeklinde kısaltma yapılmamalıdır.

**Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, 17. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara 2017, s. 192.

- ❖ Sonraki dipnotlarda yazarın **Soyadı**, s. (sayfa numarası) şeklinde atıf yapılmalıdır.  
**Ayiter**, s. 79; **Edis**, s. 107.
  - ❖ Çeviri kitaplara atıfta bulunulması halinde çeviren çev. şeklinde kısaltılmadır.  
**von Tuhr**, Andreas (çev. Cevat Edege); Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Ankara 1983, s. 998.
  - ❖ **Makaleler:** Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Makalenin Adı (tırnak içinde), Derginin Adı, Cilt, Sayı, Yıl, Sayfa Numarası (Kaynakçada makalenin yer aldığı sayfa aralığı belirtilmelidir)  
**Öztürk**, Bahri: “CMUK Reformu ve Delil Yasakları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-2, 1994, s. 39-49.
  - ❖ **Kararlar:** Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Karar Tarihi, Esas numarası/ Karar numarası (Kararın Yayın Yeri ve Erişim Tarihi)  
Yarg. 5. HD., T. 6.10.2011E. 2011/7613, K. 2011/15694, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 1.1.2021)
  - ❖ Elektronik kaynaklarda erişim adresinin ve tarihinin de belirtilmesi gerekir.
14. Yazıların ilk değerlendirmesi Editör Kurulunca yapılacak olup, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, yayın/etik ilkelerine açık aykırılık, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, derginin yayın kalitesi ve standardının altında bulunması ve hakemlerin önerdiği düzeltmelerin 20 gün içinde yapılmaması, yazının Editör Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir.
  15. Yapılacak ilk değerlendirmede, hakeme gönderilmesine karar verilen yazılar (**ULAKBİM**) kriterlerine göre ismi saklı tutulan iki hakeme gönderilecek, hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilecektir.
  16. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılacaktır. Hakem raporlarının olumsuz olması durumunda yazı yayımlanmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde ve en geç 20 gün içinde değişiklikler yapılacaktır. Belirtilen sürede düzeltmelerin yapılmaması halinde, editör kurulu yazının geri çevrilmesi konusunda takdir hakkını saklı tutar.  
Yayın Kurulu, hakem incelemesinden geçmiş olmasına rağmen, eserin yayımlanmasına engel oluşturan bir durumun tespit edilmesi halinde, gerekçesi yazara bildirilmek şartıyla eserin yayımlanmaması konusundaki takdir hakkını saklı tutar.



## VIII

17. Dergiye gönderilen yazıların geri çekilmesi, hakem süreci tamamlanana kadar mümkündür.
18. Hakemlerin incelemesinden geçen ve yayımlanmasına ve/ya da düzeltilerek yayımlanmasına karar verilen yazıların son şeklinin Microsoft Word yazılımı formatında (\*.doc, \*.docx) kaydedilerek dosyanın e-posta yoluyla ***dergi.hukuk@deu.edu.tr*** adresine gönderilmesi gerekir.
19. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın yazılı veya elektronik ortamda gönderdiği biçimiyle “**basıma**” verdiği kabul edilir.
20. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayın haklarına sahiptir. Yazarlar telif haklarını Fakülteye devretmiş sayılırlar.

**DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ****Hukuk Fakültesi Dergisi****Cilt: 23 Sayı: 2 Yıl: 2021****İÇİNDEKİLER****ARAŞTIRMA MAKALELERİ****Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT****Arş. Gör. Dr. Günhan GÖNÜL KOŞAR**

Motorlu Aracın İşletilmesinden Doğan Hukuki Sorumlulukta  
“Kusur”un Önemi ve Sorumluluğa Etkisi.....839-872

**Doç. Dr. Mutlu KAĞITCIOĞLU**

Kamu Tüzel Kişisi Kurma İhtiyacını Sorgulamak: Sigortacılık ve  
Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu Üzerinden  
Bir Değerlendirme .....873-904

**Doç. Dr. Sevtap METİN**

Osmanlı Devleti’nden Lozan’a Karantina Teşkilatlanması:  
Yeni Bir Kapitulasyon Muydu?.....905-957

**Dr. Öğr. Üyesi Hakan BİLGEÇ**

Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına İlişkin Anayasal  
İlkeler Işığında Zorunlu Sigortaların Belirlenmesi Usulünün  
Değerlendirilmesi.....959-1000

**Dr. Öğr. Üyesi Özge ERBEK ODABAŞI**

Yargıtay Kararları Işığında Yasal Önalım Hakkının Tapuda  
Düşük Gösterilen Bedel Üzerinden Kullanılması.....1001-1056

**Dr. Öğr. Üyesi Altan Fahri GÜLERCİ**

Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Gümrüksüz Satış  
Mağazaları .....1057-1100

**Dr. Öğr. Üyesi O. Vahdet İŞSEVENLER**

İletişim Süreci ve Ortak Anlam Ortamı Olarak Hukuk .....1101-1118

X

**Dr. Öğr. Üyesi Dilşah Buşra KARTAL**

İsviçre Hukukundaki Güncel Gelişmeler Işığında Bakiye  
Üzerinde Artmirasçı Atama .....1119-1141

**Dr. Ziya KOÇ**

Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçlarında Kişisel Kullanım  
Amacının Belirlenmesi (TCK m. 188/3-TCK m. 191) .....1143-1191

**Dr. Hüsnü TURANLI**

İngiliz Anonim Şirketler Hukukunda Yöneticilerin  
Yükümlülükleri .....1193-1217

**Dr. Öğr. Üyesi Hilal ÜNAL KAYA**

Konkordato Mühlet Sürelerinde Teminat Mektuplarının  
Paraya Çevrilmesi Meselesi .....1219-1243

**Arş. Gör. Dr. Özge ARPACI**

Sağlık Bakanlığı Tarafından Kabul Edilen Geleneksel ve  
Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları ve Bunların Hukuka  
Uygunluğunun Değerlendirilmesi .....1245-1307

**Arş. Gör. Dr. Mehpere ÇAPTUĞ**

Covid-19 Salgınının Kamu Hizmetlerinin Dijitalleşmesi  
Sürecine Etkisi ve Sonuçları .....1309-1327

**Arş. Gör. Dr. Cansu KOÇ BAŞAR**

Antik Yunan'da Cinsiyet Rollerini .....1329-1361

**Arş. Gör. Dr. Sezin ÖZTOPRAK**

Yargı Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Tanık .....1363-1404

**Arş. Gör. Dr. Onur Can SAATCIOĞLU**

Singapur Milletlerarası Ticaret Mahkemesi (SICC) .....1405-1442

**Arş. Gör. Özge ÇELİKTAŞ TÜRK BAY**

Kültürel Mirasın Korunmasının İnsan Hakları Hukuku İle  
İlişkisi ve Kültürel Miras Hakkı .....1443-1481

<b>Arş. Gör. Muradiye ÇEVİKÇELİK</b>	
Anıt Ağaçların Hukuki Rejimi.....	1483-1509
<b>Arş. Gör. Abdurrahman KAYIKLIK</b>	
Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun "Ticari İşlem" Kıtası ve Taraf Bakımından Uygulama Alanı.....	1511-1542
<b>Arş. Gör. Seda Yağmur SÜMER</b>	
Ceza Yargılamasının Geleceği: Robot Hakim.....	1543-1591
<b>Arş. Gör. Burak TAŞ</b>	
Etkin Otorite Yokluğunda Terör Zanlılarını Yargılama Yetkisi: Suriye Örneği.....	1593-1633
<b>Uğur ORHAN</b>	
Manipülasyon (Piyasa Dolandırıcılığı) Suçu.....	1635-1673

## KARAR İNCELEMESİ

<b>Arş. Gör. Ercan UZUN</b>	
Hasılatla Bağlı İşlerde Sözleşmesel İlişki ve Fazla Çalışma Olgusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.03.2021 Tarihli Kararının İncelenmesi.....	1675-1717

**DOKUZ EYLUL UNIVERSITY**

**Faculty of Law Review**

**Volume: 23 Number: 2 Year: 2021**

**CONTENTS**

**RESEARCH ARTICLES**

**Assoc. Prof. Dr. Ferhat CANBOLAT**

**Research Assist. Dr. Günhan GÖNÜL KOŞAR**

*The Importance and Effect of “Fault” in Civil Liability Arising  
from the Operation of the Motor Vehicle.....*839-872

**Assoc. Prof. Dr. Mutlu KAĞITCIOĞLU**

*Questioning the Need to Establish Public Legal Entity:  
An Evaluation by the Insurance and Private Pension Regulation  
and Supervision Agency.....*873-904

**Assoc. Prof. Dr. Sevtap METİN**

*Quarantine Organization from the Ottoman Empire to Lausanne:  
Was it a New Capitulation? .....*905-957

**Assist. Prof. Dr. Hakan BİLGEÇ**

*Evaluation of the Procedure for Determining Compulsory  
Insurance within the Scope of Constitutional Principles  
Relating to Limitation of Freedom of Contract .....*959-1000

**Assist. Prof. Dr. Özge ERBEK ODABAŞI**

*Exercise of Legal Preemption Right on the Price Shown  
Lower in Registration of Real Estate in the View of the  
Supreme Court Decisions .....*1001-1056

**Assist. Prof. Dr. Altan Fahri GÜLERCİ**

*Duty Free Shops in Turkish Law and Comparative Law.....*1057-1100

**Assist. Prof. Dr. O. Vahdet İŞSEVENLER**

*Law As a Communication Process and Collective Meaning  
Medium* .....1101-1118

**Assist. Prof. Dr. Dilşah Buşra KARTAL**

*Appointment of a Reversionary Heir in Respect of the  
Residue in Light of the Recent Developments in Swiss Law* .....1119-1141

**Dr. Ziya KOÇ**

*Determining the Purpose of Personal Consumption in  
Drugs or Stimulating Substances (TPC Art. 188/3 -  
TPC Art. 191)*.....1143-1191

**Dr. Hüsnü TURANLI**

*Obligations of Directors in English Company Law*.....1193-1217

**Assist. Prof. Dr. Hilal ÜNAL KAYA**

*Issue of Cashing Letters of Guarantee During Concordat  
Respite Terms*.....1219-1243

**Research Assist. Dr. Özge ARPACI**

*Traditional and Integrative Medicine Practices Approved by  
the Ministry of Health and Evaluation of the Compliance of  
These Practices with the Law* .....1245-1307

**Research Assist. Dr. Mehpare ÇAPTUĞ**

*The Effects of the Covid-19 Outbreak on the Digitization of  
Public Services and its Results* .....1309-1327

**Research Assist. Dr. Cansu KOÇ BAŞAR**

*Gender Roles in the Ancient Greek*.....1329-1361

**Research Assist. Dr. Sezin ÖZTOPRAK**

*Witness in Administrative Judicial Procedure in the Light of  
Judicial Decisions*.....1363-1404

**Research Assist. Dr. Onur Can SAATCIOĞLU**

*Singapore International Commercial Court (SICC)*.....1405-1442

**Research Assist. Özge ÇELİKTAŞ TÜRK BAY**

*The Relation of the Cultural Heritage Protection with  
Human Rights Law and the Cultural Heritage as a Right* .....1443-1481

**Research Assist. Muradiye ÇEVİKÇELİK**

*The Legal Regime of Monumental Trees* .....1483-1509

**Research Assist. Abdurrahman KAYIKLIK**

*The Scope of Application of the Law on Non-Possessory  
Pledge in Commercial Transactions in Terms of the  
“Commercial Transaction” Criterion and Parties*.....1511-1542

**Research Assist. Seda Yağmur SÜMER**

*The Future of Criminal Proceeding: Robot Judge* .....1543-1591

**Research Assist. Burak TAŞ**

*Jurisdiction Over Terror Suspects in the Absence of an  
Effective Government: The Example of Syria* .....1593-1633

**Uğur ORHAN**

*Manipulation (Market Fraud) Crime* .....1635-1673

**JUDGEMENT REVIEW**

**Research Assist. Ercan UZUN**

*Contractual Relationship and Overtime in Revenue Dependent Jobs  
Analysis of Assembly of Civil Chamber of Court of Cassation’s  
Decision Dated 02.03.2021* .....1675-1717

## MOTORLU ARACIN İŞLETİLMESİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUKTA “KUSUR”UN ÖNEMİ VE SORUMLULUĞA ETKİSİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998047>

**Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT\***

**Dr. Günhan GÖNÜL KOŞAR\*\***

### Öz

*Motorlu aracın işletilmesinden doğan hukuki sorumluluk bakımından esas itibariyle araç sürücüsünün kusurlu olması aranmaz. Bu sebeple, kural olarak, KTK m. 85/1’den doğan sorumlulukta kusur incelemesi yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bununla beraber, uygulamada bir kusursuz sorumluluk olan tehlike sorumluluğunun özü hiçe sayılarak bu hükmün uygulanması neticesinde belirlenecek tazminat taleplerinde sorumlu işletenin/teşebbüs sahibinin kusurunun bulunmadığından bahisle tazminattan sorumlu olunmadığının ileri sürülmesi ya da kusurunun hafifliği gerekçe gösterilerek tazminatta indirim talep edilmesi kabule şayan değildir. Sigorta şirketi ise, KTK m. 91 gereğince yaptığı zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesi ile işletenin KTK m. 85/1 gereğince ortaya çıkacak olan kusursuz sorumluluğunu üstlenmekte ve ortaya çıkan zararı belirli limitlerle karşılamayı taahhüt etmektedir. Dolayısıyla şartları gerçekleştiğinde sorumluluğunun doğması bakımından sigorta şirketi, işletenin kusurunun bulunup bulunmadığına bakılmaksızın sorumlu tutulacaktır.*

### Anahtar Kelimeler

*Motorlu Araç, Kusur, İşleten, Sigorta Şirketi, Tazminat*

\* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara (f.canbolat@hacettepe.edu.tr), ORCID: 0000-0003-2894-7119 (Geliş Tarihi: 22.03.2021-Kabul Tarihi: 26.04.2021)

\*\* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Ankara (gunhangonul@hacettepe.edu.tr), ORCID: 0000-0002-2695-6954 (Geliş Tarihi: 22.03.2021-Kabul Tarihi: 26.04.2021)



**THE IMPORTANCE AND EFFECT OF “FAULT” IN CIVIL  
LIABILITY ARISING FROM THE OPERATION OF  
THE MOTOR VEHICLE**

*(Research Article)*

**Abstract**

*In terms of civil liability arising from the operation of the motor vehicle, it is not required that the driver of the vehicle be at fault. Therefore, as a rule, fault inquiry is not necessary for liability arising from Highway Traffic Law Art. 85/1. However, to claim that the liable operator/undertaking company is not liable for compensation on the grounds that the liable operator/undertaking company is not at fault, or to demand a reduction in compensation on the grounds of the lightness of the fault is utterly unacceptable; otherwise, the essence of dangerous liability, which is a type of strict liability would be ignored. Insurance company, with the compulsory liability insurance contract made in accordance with Highway Traffic Act Art. 91, assumes the strict liability that arises under Highway Traffic Act Art. 85/1 and undertakes to compensate the resulting damage. Therefore, the insurance company shall be held liable, regardless of whether the operator is at fault or not, when conditions of the liability are met.*

**Keywords**

*Motor Vehicle, Fault, Operator, Insurance Company, Compensation*

## GİRİŞ

Türkiye İstatistik Kurumu'nun verilerine göre ülkemizde 2019 yılında 1 milyon 168 bin 144 tane trafik kazası meydana gelmiş, bu kazaların 993 bin 248'ini maddi hasarlı, 174 bin 896'sını ise ölümlü-yaralanmalı kazalar oluşturmuştur<sup>1</sup>. 2019 yılında gerçekleşen bu kazalarda toplam 5 bin 473 kişi hayatını kaybetmiş, 283 bin 234 kişi de yaralanmıştır. Kazaların çok sık, ölüm ve yaralanmaların çok fazla olduğu ülkemizde bir motorlu aracın işletilmesinden doğan hukuki sorumluluğun belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Motorlu aracın işletilmesinden doğan sorumluluğa ilişkin en temel norm, motorlu aracı işletenin tehlike esasına dayanan ve kusursuz sorumluluğunun öngörüldüğü Karayolları Trafik Kanunu (KTK) m. 85/1 hükmüdür. Hüküm uyarınca motorlu aracın işletilmesi sırasında ölüm, yaralanma veya bir şeyin zarara uğraması durumunda işletenin sorumluluğu doğacaktır.

KTK m. 85/1'de işletenin sorumluluğu bakımından tehlike sorumluluğu kabul edilmiştir. Bu hükümde düzenlenen sorumluluk rejimi tehlike esasına dayanmasına rağmen yargı kararlarında tek bir aracın karıştığı kazada dahi kusur incelemesi yapıldığı ve bu kusur değerlendirmesine göre tazminata hükmedildiği görülmektedir. Bu durum kusursuz sorumluluk rejiminin düzenlendiği KTK m. 85/1 hükmünü anlamsızlaştırmaktadır. Bu nedenle KTK m. 85/1 hükmünün kusur açısından incelenmesine ihtiyaç duyulmuştur.

Kanun koyucu KTK m. 91'de, KTK m. 85/1 uyarınca doğacak sorumluluğun karşılanmasını temin etmek üzere Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası sistemi öngörmüştür. Bu durumda motorlu aracın işletilmesi sırasında bir zarar ortaya çıktığında zarar gören, belirlenen sınırlar içinde doğrudan doğruya sigortacıdan tazminat talebinde bulunabilecektir. Buna göre, bir motorlu aracın işletilmesi sırasında bir zararın meydana geldiği durumlarda zarar gören, farklı hukuki sebeplerle hem işletene hem de araca yönelik zorunlu sigortayı sağlayan sigorta şirketine zararının tazmin edilmesi amacıyla başvurabilmektedir. İşletenin ve sigorta şirketinin sorumluluğunun belirlenmesinde motorlu aracın sürücüsünün kusurunun önem taşıyıp taşımayacağı belirlenmelidir. Buna ek olarak, tek bir aracın veya birden fazla aracın kazaya karıştığı durumlarda sorumluluğun belirlenmesinde kusurun sorumluluğa etkisinin ne şekilde olacağı sorularının cevaplanması ihtiyacı bulunmaktadır. Bu çerçevede, çalışmada, gerek işletenin sorumluluğuna başvuru-

<sup>1</sup> <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Karayolu-Trafik-Kaza-Istatistikleri-2019-33628>  
(E.T. 08.03.2021)

rulmasında gerekse aynı zarar sebebiyle sigorta şirketinin sorumluluğuna başvurulmasında kusurun önemi ve sorumluluğa etkisi incelenecektir.

## I. İŞLETENİN KTK m. 85/1 BAĞLAMINDA HUKUKİ SORUMLULUĞUNDA “KUSUR”UN ÖNEMİ

### A. Genel Olarak Kusur ve Karayolları Trafik Kanunu Uyarınca Kusurun Belirlenmesi

#### 1. Genel Olarak Kusur ve Etkisi

Türk sorumluluk hukukunda, kusur, temel bir sorumluluk ilkesidir. Hem sözleşme sorumluluğunun hem de haksız fiil sorumluluğunun doğumu için kusur aranır. Kusur sadece sorumluluğun doğumunda değil, aynı zamanda sorumluluğun kapsamı ve paylaşılmasında da önemli rol oynar. Kusur, kusursuz sorumluluğun kapsamı ve paylaşılmasında da etki doğurur.

Kusur böylesine büyük bir öneme sahip olmakla beraber, Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK) tanımlanmamış ve kusurun tanımını yapma ödevi doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Kusur, kısaca, bilerek ve istenerek (kasten) ya da gerekli özenin gösterilmemesi suretiyle (ihmalen) zarara sebebiyet verilmesidir. Türk doktrin ve uygulamasındaki hâkim görüş olan objektifleştirilmiş kusur teorisi uyarınca kusurun belirlenmesinde, failin davranışı soyut ve ortalama tipin örnek davranışı (“örnek davranış”) ile kıyaslanır ve failin davranışı örnek davranıştan saparsa kusurlu olarak nitelendirilir<sup>2</sup>. Kusur değerlendirmesine esas teşkil eden tip, failin bizatihi ken-

<sup>2</sup> **Türk hukukunda:** Tandoğan, Haluk: Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), (1961 Tıpkı Bası) İstanbul 2010, s. 50-54; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016, s. 594, 599; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: II, İstanbul 2014, s. 56; Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 416; Antalya, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:II, İstanbul 2018, s. 31; Erdoğan, İhsan: “Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Yıl: 1990, s. 130 vd.; Baysal, Başak: Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012, s. 107-110; Altınok Ormancı, Pınar: Zararı Azaltma Külfeti, İstanbul 2016, s. 89; Gönül Koşar, Günhan: Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, İstanbul 2020, s. 93. YHGK E. 2003/11-756, K. 2003/743, T. 10.12.2003 sayılı karar için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). **İsviçre hukukunda:** Oftinger, Karl/Stark, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht Erster Bd.: Allgemeiner Teil, Zürich 1995, §5 N. 63 vd. Huguenin, Claire: Obligationenrecht- Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2014, N. 1978; Kessler, Martin A.: Basler Kommentar, Obligationenrecht I: Art. 1–529 OR, 6. Auflage 2015, Art 41, N. 48a; Schwenger, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2016, N. 22.15; Brehm, Roland: Berner

disi değil, failin mensup olduğu sosyal veya mesleki gruba ait, aynı şartlar altında yaşayan, makul, dürüst ve orta zekâlı bir insan tipidir. Buna göre, failin kıyaslanacağı davranış, “soyut ve ortalama tipin örnek davranışı”dır ve bu davranıştan sapan fiil, kusurlu olarak değerlendirilir. Buna göre, ayırt etme gücü kusurun sübjektif yönünü, örnek davranıştan sapma ise kusurun objektif yönünü teşkil eder.

Kusur, kasıt ya da ihmal derecesinde ortaya çıkabilir. Kasıt, zararlı sonucun fail tarafından bilinmesini ve istenmesini ifade eder<sup>3</sup>. Zararlı sonucu istememekle beraber, bu sonucun meydana gelmemesi için durum ve koşulların gerektirdiği tedbirlerin alınmamasına ve özenin gösterilmemesine ise ihmal denir<sup>4</sup>. İhmal, ağır ihmal, orta ihmal ya da hafif ihmal biçiminde olabilir. Ağır ihmal, failin en temel tedbir kurallarını, bir diğer deyişle, aynı şartlar altında bulunan her makul kişinin riayet edeceği dikkat kurallarını ihlal etmesi anlamına gelir. Aynı şartlar altında bulunan değil ancak dikkatli kişilerin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesine ise hafif ihmal denir. Ağır ihmal ve hafif ihmal arasında bir ihmalin varlığı halinde orta ihmal söz konusu olur. Kusura ilişkin olarak başvurulacak bir diğer derecelendirme ise ağır kusur-hafif kusur biçimindedir. Ağır kusur, kasıt ve ağır ihmali ifade ederken; hafif kusur ise orta ihmal ve hafif ihmali kapsamaktadır<sup>5</sup>.

---

Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 4. Auflage 2013, Art. 41, N. 169 vd.; **Werro**, Franz: Commentaire romand, Code des obligations I Art. 1-529 CO, 2. édition 2012, art. 41, n. 59 vd.

<sup>3</sup> **Honsell**, Heinrich/**Isenring**, Bernhard/**Kessler**, Martin A.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2013, §6, N. 30; **Roberto**, Vito: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N. 235; **Fellmann**, Walter/**Kottmann**, Andrea: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bern 2012, N. 559; **Schwenzer**, N. 22.12; **Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2015, s. 146; **Özsunay**, Ergun: “Türk Hukukunda İşleten’in Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından Kusur’un Etkisi ve Önemi”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu 1977, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını 1980, s. 71; **Nomer**, Haluk Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015, s. 153; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 46; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 596; **Oğuzman/Öz**, s. 55; **Kılıçoğlu**, s. 415; **Antalya**, s. 28; **Erdoğan**, 125; **Baysal**, Zarar Gören, s. 131. YHGK E. 2003/11-756, K. 2003/743, T. 10.12.2003 sayılı karar için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Kasıttan söz etmek için failin hukuka aykırılığın bilincinde olmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. **Gönül Koşar**, s. 183.

<sup>4</sup> **Fellmann/Kottmann**, N. 563; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 598; **Oğuzman/Öz**, s. 56; **Kılıçoğlu**, s. 415; **Hatemi/Gökyayla** s. 147; **Özsunay**, s. 71; **Erdoğan**, s. 126; **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 153; **Baysal**, Zarar Gören, s. 131; YHGK E. 2003/11-756, K. 2003/743, T. 10.12.2003 sayılı karar için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

<sup>5</sup> Kusur derecelerine ilişkin olarak detaylı bilgi için bkz. **Gönül Koşar**, s. 175 vd.

Haksız fiil ve sözleşme sorumluluğunun kurucu unsuru olan kusur, hem kusur sorumluluğunda hem de kusursuz sorumlulukta tazminatın belirlenmesi ve sorumluluğun paylaşılmasında etkileyici rol oynar. Tazminat miktarının belirlenmesinde gerek sorumlu kişinin kusuru (failin kusuru ya da kusursuz sorumluluk hali nedeniyle sorumlu tutulan kişinin -ek- kusuru) gerekse zarar görenin kusuru önem taşır. Kusur, hem maddi tazminat hem de manevi tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınır. Ayrıca kusur, müteselsil borçlular arasındaki rücu ilişkisinde belirleyici rol oynar.

## 2. Karayolları Trafik Kanunu Uyarınca Kusur ve Belirlenmesi

### a. Karayolları Trafik Kanunu Uyarınca Kusur

Kusurun belirlenmesinde failin davranışının kıyaslanacağı davranış olan soyut ve ortalama tipin örnek davranışının belirlenmesinde başvurulacak yardımcı kıstaslardan biri de kanuni düzenlemelerdir<sup>6</sup>. Buna paralel olarak, KTK uyarınca kusurun belirlenmesi için esas alınacak ortalama tipin sergilemesi gereken davranış kanun koyucu tarafından hâlihazırda KTK'da tasvir edilmektedir<sup>7</sup>. Bu bağlamda kusur, çoğunlukla trafik kurallarının ihlali anlamına gelir, bu da kusurun objektif yönünü ifade eder.

Belirttiğimiz üzere, özel hukukun genelinde kullanılan kusur derecelendirmesi kasıt-ağır ihmal-orta ihmal-hafif ihmal ya da ağır kusur-hafif kusur biçimindedir. Ağır kusur ve hafif kusur da esasen bu ayrımlara ilişkindir. Ağır kusur, kasıt ve ağır ihmal; hafif kusur ise orta ihmal ve hafif ihmal ifade eder<sup>8</sup>. KTK'da ağır kusurun aranacağı haller öngörülerek ağır kusur-hafif kusur ayırımına yer verilmiştir. Buna ek olarak KTK'da asli kusur ifadesi geçmekte ve asli kusur-tali kusur biçiminde bir ayırım da öngörülmektedir. Esasen burada kusur ile kastedilen trafik kurallarının ihlali olup asli kusur ve tali kusur ise trafik kurallarının önemine dair bir ayırımdır. Böylelikle KTK, somut olayda kusurun belirlenmesini sağlayan kıstaslar getirmiştir. KTK m. 84 uyarınca asli kusur sayılan hallerden bazıları, kırmızı ışıkta geçme, taşıt giremez işareti bulunan yola girme, geçme yasağı olan yerlerde geçme, kavşaklarda geçiş önceliğine uymama ve uygun şekilde park

<sup>6</sup> Kusurun belirlenmesinde failin davranışının kıyaslanacağı davranış olan soyut ve ortalama tipin örnek davranışının belirlenmesinde başvurulacak kıstaslar hakkında detaylı bilgi için bkz. **Gönül Koşar**, s. 157 vd.

<sup>7</sup> **Brehm**, Roland: *Motorfahrzeughaftpflicht*, Bern 2008, N. 14.

<sup>8</sup> **Gönül Koşar**, s. 203.

edilmiş araçlara çarpmadır<sup>9</sup>. Failin KTK m. 84’te listelenen asli kusur hallerinden birine giren davranışı çoğunlukla ağır kusur anlamına gelecek olmakla birlikte somut olayın özellikleri dahilinde hafif kusurlu ya da kursosuz olarak değerlendirilmesi mümkündür. Kusur değerlendirmesi kategorik bir değerlendirme olmayıp bu değerlendirmenin her somut olayın özellikleri çerçevesinde dikkatle yapılması gerekir.

### ***b. Karayolları Trafik Kanunu Uyarınca Kusurun Belirlenmesinde Bilirkişinin Rolü***

Motorlu aracın sebep olduğu zarara ilişkin uyuşmazlıklarda kusurun belirlenmesinde bilirkişiye başvurulmaktadır. Bu noktada özellikle alanında uzman trafik bilirkişilerinden kusur raporu alınmakta ve sorumluluk bu çerçevede belirlenmektedir. Kusur raporlarında olayın özelliklerine ve kazanın gerçekleşme şartlarına göre sürücünün asli/tam kusurlu olduğu ya da belirli oranda kusurunun bulunduğu (%75, %60, %50, %30, %25 vb.) tespiti yapılmaktadır. Karayolları Trafik Kanunu’nun uygulama alanı bakımından somut olayda kusur tespiti yapılacak kişi araç sürücüsüdür. Kusurun belirli bir oran ile tespit edildiği durumlarda aynı zamanda zarar görenin de kusuru varsa bilirkişi raporlarında zarar görenin kusuruna ilişkin olarak da tespit yapılmaktadır.

Hâkimin bilirkişi raporlarındaki kusur dağılımıyla bağlı olmayarak olayın bütün özelliklerini dikkate alarak tazminata ayrıca karar verecek olması, kusurun belirlenmesinde bilirkişiye başvurulmasına ilişkin olarak dikkat edilmesi gereken önemli bir noktadır. Bazı durumlarda bilirkişi

<sup>9</sup> “Trafik kazalarında sürücü kusurlarının tespiti ve asli kusur sayılan haller” başlıklı KTK m. 84 hükmü şu şekildedir: “Araç sürücüleri trafik kazalarında; a) Kırmızı ışıklı trafik işaretinde veya yetkili memurun dur işaretinde geçme, b) Taşıt giremez trafik işareti bulunan karayoluna veya bölünmüş karayolunda karşı yönden gelen trafiğin kullandığı şerit, rampa ve bağlantı yollarına girme, c) İki kideden fazla şeritli taşıt yollarında, karşı yönden gelen trafiğin kullandığı şerit veya yol bölümüne girme, d) Arkadan çarpma, e) Geçme yasağı olan yerlerde geçme, f) Doğrultu değiştirme manevralarını yanlış yapma, g) Şeride tecavüz etme, h) Kavşaklarda geçiş önceliğine uymama, i) Kaplamanın dar olduğu yerlerde geçiş önceliğine uymama, j) Manevraları düzenleyen genel şartlara uymama, k) Yerleşim birimleri dışındaki karayolunun taşıt yolu üzerinde, zorunlu haller dışında park etme veya duraklama ve her durumda gerekli tedbirleri almama, l) Park için ayrılmış yerlerde veya taşıt yolu dışında kurallara uygun olarak park edilmiş araçlara çarpma, hallerinde asli kusurlu sayılırlar. Ancak, kazada bu hareketlerden herhangi biri, kazaya karışan araç sürücülerinden birden fazlası tarafından yapılmış veya kaza bu hareketler dışında kurallarla, yasaklamalara, kısıtlamalara ve talimatlara uyulmaması nedenlerinden doğmuşsa, karayolunu kullananlar için kusur oranı yönetmelikte belirtilen esaslara göre tespit edilir.”

raporlarında kusur dağılımı adı altında zarar görene %30, zarar verene %30 ve beklenmedik olaya %40 pay verilmek gibi bir paylaşım ile tazminatın belirlenmesinde bir dağılım yapılmaktadır. Ancak bu dağılım, kusur dağılımı değildir. Kusur sorumlu kişiler, zarar gören ve beklenmedik olayın hepsi bakımından söz konusu olabilecek ortak bir kavram değildir<sup>10</sup>. Kusur dağılımı adı altında yapılan bu dağılım, esasen zararlı sonucun doğumuna etkide bulunan etkenlerin her birinin (diğerlerine kıyasla) hangi oranda bu zararlı sonuca sebebiyet verdiğini ifade etmektedir<sup>11</sup>. Bu sebeple olayın tüm özellikleri dikkate alınarak olayın bütünlüğü içerisinde araç sürücüsünün ve zarar görenin kusur durumlarının, bilirkişi raporu da dikkate alınmak suretiyle hâkim tarafından ayrıca belirlenmesi gerekir.

Hâkimin takdir yetkisinin yerine bilirkişinin teknik tespitinin geçmesinin isabetsizliğine öteden beri dikkat çekilmiştir: “*Uygulamada trafik polislerince trafik kazasına karışan kişilerin kusur derecelerini belirten raporlar düzenlendiği ve mahkemelerin bunlara dayanarak kusur oranına göre tazminata hükmettikleri görülmektedir. Aslında kusur oranı ancak mağdurun kusuru bakımından bir indirim sebebi olarak, bir de sorumlukların çatışması halinde zararı paylaşmak, sorumlulukların yarışması halinde de iç ilişkide rücu oranını belirlemek bakımından göz önüne alınabilir. Öte yandan Yargıtay’ın bir kararında değindiği gibi ‘trafik zabıta memurlarının görevleri gereği düzenledikleri trafik kaza raporlarında trafik kazasına neden olan tarafların olaydaki kusur derecelerini belirtme yetkileri yoktur. Kusur derecesini belirten trafik kaza raporunun kusur derecesi ile ilgili bölümü yok farz edilir. Trafik polisleri sadece olayın meydana geliş şekli ile yol, hava koşulları ve motorlu araçların olay sırasındaki teknik durumlarını tespitle yetinmek zorundadırlar’*”<sup>12</sup>.

Hâkimin bilirkişi raporlarındaki kusur dağılımıyla bağlı olmayarak olayın bütün özelliklerini dikkate almak suretiyle tazminata ayrıca karar

<sup>10</sup> **Nomer**, Haluk Nami: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 91. Kusurun yüz üzerinden derecelendirilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. **Yılmaz**, Hamdi: “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Kusur 100 (Yüz) Üzerinden Belirlenebilir Mi?”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Yıl: 2005, s. 295 vd.

<sup>11</sup> Aynı yönde bkz. **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 91.

<sup>12</sup> **Tandoğan**, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 250. Bahsi geçen karar: 11. HD. 24.3.1980, E. 1609/K.1474. YKD c. VI (1980), s. 824 vd. (**Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 250, dn. 154.) Bu yöndeki eleştirilere ilişkin olarak detaylı açıklama için bkz. **Aşcıoğlu**, Çetin: Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları, Ankara 2012, s. 214 vd.

verecek olmasını vurgulamak üzere Karayolları Trafik Yönetmeliği’nde<sup>13</sup> 2012 yılında değişiklik yapılmıştır. Yönetmelik m. 156/b.3’e göre, “*Tutanak düzenleyenler, tutanakta taraflar için kusur oranı belirtmeksizin sadece kazanın oluşumunda kimin hangi trafik kuralını ihlal ettiğini belirtirler.*”

## B. İşletenin Sorumluluğunun Belirlenmesinde Sürücünün Kusurunun Önemi

### 1. İşletenin Sorumluluğunun Belirlenmesinde Sürücünün Kusurunun Önem Taşımaması

Motorlu araç işletenin hukuki sorumluluğunun belirlenmesine ilişkin olarak KTK’da motorlu aracın işletilme halinde olup olmamasına göre ikili bir ayırım yapılmıştır. İşletilme halindeki motorlu aracın sebep olduğu zarardan sorumluluk KTK m. 85/1 hükmünde “*Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.*” biçiminde düzenlenmiştir. Bu hükümlerle, işletilme halindeki motorlu aracın sebep olduğu zarardan dolayı sorumluluk bakımından, bir kusursuz sorumluluk rejimi olan tehlike sorumluluğu kabul edilmiştir<sup>14</sup>. Bu sorumluluğun kabul edilmesinin altında yatan düşünce, bir diğer deyişle, sorumluluğun temeli, işletme tehlikesidir<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> 18.07.1997 tarih ve 23053 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

<sup>14</sup> **Nomer**, Haluk Nami: “2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:66, Sayı:1-2-3, Yıl: 1992, s. 28; **Baysal**, Başak: Haksız Fiil Hukuku, İstanbul 2019, s. 337; **Çeliktaş**, Demet: 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nda İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İzmir 1987, s. 19; **Bolatoğlu**, Bolat: Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu (İşleten Kavramı ve Sorumluluğun Şartları), Ankara 1988, s. 19; **Tunç**, Ramazan: “Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve İşletene Tanınan Genel Kurtuluş Kanıtı (I)”, Yargıtay Dergisi, Cilt:17, Sayı: 4, Yıl: Ekim 1991, s. 530; **Havutçu**, Ayşe/**Gökyayla**, K. Emre: Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Hukuki Sorumluluk, Ankara 1999, s. 29; **Akipek Öcal**, Şebnem: “Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Motorlu Taşıt Aracı İşletenin Sorumluluğu”, Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı, Ankara 2016, s. 527; **Çekin**, Mesut Serdar: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2016, s. 56; **Karacan Çetin**, Hatice: Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk (Türk, İsviçre ve Alman Hukukları Karşılaştırmalı), Ankara 2016, s. 58; **Oğuzman/Öz**, s. 196; **Kılıçoğlu**, s. 485; **Antalya**, s. 479; **Nomer**, Borçlar Hukuku s. 190.

<sup>15</sup> **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 691; **Karacan Çetin**, s. 58.



İşletme tehlikesi, motorlu aracın kütle ve hızına ek olarak motor ve elektrik donanımı nedeniyle zarar verme potansiyeli anlamına gelir<sup>16</sup>. İşletme tehlikesi belirlenirken kaza anında ortaya çıkan somut tehlike esas alınır.

Araç sürücüsü işletenin kendisi olabileceği gibi, işletenin fiillerinden sorumlu olduğu bir başka kişi de olabilir. Sorumluluğun doğması için işletenin ya da bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin kusurlu olup olmaması aranmaz, bu kimseler ayırt etme gücünden yoksunluk veya başka bir nedenle kusursuz olsalar bile işletme tehlikesi gerçekleştiği an sorumluluk doğar<sup>17</sup>. Bu nedenle, işleten gereken tüm dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlasa bile sorumluluktan kurtulamayacaktır. İşletenin ya da teşebbüs sahibinin kusurlu olması durumunda da KTK m. 85/1 uyarınca sorumluluk tehlike sorumluluğu rejimi uyarınca doğacaktır. Bununla beraber sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde kusur dikkate alınacaktır. Özetle, KTK m. 85/1, bir kusursuz sorumluluk rejimi olup, kusursuz sorumluluk hali olarak sorumluluğun doğumu için kusur aranmaz.

İşletenin ya da teşebbüs sahibinin KTK m. 85/1 uyarınca tehlike sorumluluğu rejimine göre sorumlu tutulabilmesinin genel şartları, zararın doğması, motorlu aracın sebep olduğu trafik kazası ve motorlu aracın sebep olduğu trafik kazası ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunmasıdır. Sorumluluğun özel şartları ise işleten veya teşebbüs sahipliği sıfatı, trafik kazasından doğan zararın aracın işletilmesinden doğması ve de işletenin sorumluluğu ortadan kaldıracak tarzda illiyet bağının kesildiğini ispatlayamamış olmasıdır<sup>18</sup>.

Motorlu aracı, kendi menfaat ve hesabına işleten, tehlike ve masraflarını üstlenen ve araç üzerinde fiili hakimiyete ve doğrudan doğruya tasarruf yetkisine sahip olan kişiye işleten denir<sup>19</sup>. İşletenin tespiti için şekli ölçü ve maddi ölçüye başvurulur<sup>20</sup>. Şekli ölçü uyarınca işleten, trafik tescil

<sup>16</sup> **Karacan Çetin**, s. 328.

<sup>17</sup> **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 691; **Karacan Çetin**, s. 58.

<sup>18</sup> **Altunkaya**, Mehmet: "Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1-2, Yıl: 1999, s. 182; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 695; **Çeliktaş**, s. 31; **Bolatoğlu**, s. 129; **Havutçu/Gökyayla**, s. 31; **Baysal**, Haksız Fiil, s. 337; **Tunç**, Kurtuluş Kanıtı-I, s. 533.

<sup>19</sup> **Tandoğan**, Haluk: "İsviçre Hukukunda Motorlu Taşıt Aracı İşletenin Sorumluluğunun Niteliği, Şartları, Birden Fazla İşletenin Sorumluluğu ve Türk Hukuku İçin Öneriler", Trafik Sigortası V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (25-28 Nisan 1973), Ankara 1975, s. 199; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 702; **Oğuzman/Öz**, s. 204; **Antalya**, s. 373; **Çeliktaş**, s. 66; **Bolatoğlu**, s. 54; **Nomer**, İşleten, s. 13.

<sup>20</sup> **Karacan Çetin**, s. 67. **Altunkaya**, s. 178. Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay uygulaması hakkında detaylı bilgi için bkz. **Antalya**, s. 376.

sicilinde veya trafik belgesinde motorlu aracın maliki görünen ya da sigorta poliçesinde adı yazılı kişidir. Maddi ölçüye göre işletense, araç ve aracın işletilmesine katılan yardımcı kişiler üzerinde fiili hakimiyete sahip, aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işleten, aracın işletilmesinden ekonomik olarak fayda sağlayan ve masraflarına katlanan kişidir. Maddi ölçü uyarınca belirlenen işleten gerçek işletendir. Şekli ölçü uyarınca belirlenen kişinin işleten olduğu yönünde karine mevcuttur, bu karine karşısında işleten sayılan kişi, işleten olmadığını ispatlamalıdır. Araç sahibi, aracı mülkiyeti muhafaza kaydıyla satın alan alıcı, aracın uzun süre kiralanması halinde kiracı, ariyet veya rehin alınması halinde aracı ariyet alan ya da rehin alan kişiler gerçek işleten olup bu tür durumlar bakımından birden çok kişi gerçek işleten olabilir. Motorlu araçla ilgili mesleki faaliyette bulunan teşebbüs sahipleri, yarış düzenleyicileri, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, bir motorlu aracı çalan ya da gasp eden kişilerin de “işleten gibi” sorumlu olacakları öngörüldüğünden bu kimseler “farazi işleten” olarak nitelendirilmektedir<sup>21</sup>.

Motorlu aracın işletilmesine gelince, bu kavram kanunda tanımlanmadığı gibi, tartışmalıdır. Motorlu aracın işletilmesini belirlemek üzere farklı görüşler savunulmuştur<sup>22</sup>. Bu hususta dile getirilen görüşler makine tekniği görüşü, trafik tekniği görüşü ve motorlu araca özgü işletme tehlikesi görüşüdür. Doktrin ve yargı kararlarında hâkim görüş olan makine tekniği görüşüne göre, motorlu aracı harekete geçiren mekanik aksamın, özellikle motorun ve ışık donanımının çalışması halinde motorlu aracın işletilmesi koşulu sağlanmaktadır. Öte yandan görüş bu haliyle tehlike sorumluluğunun uygulama alanını daralttığından Yargıtay kararlarında pek çok istisna getirilmiştir.

## 2. Sürücünün Kusurunun Bulunması (Ek Kusur) Halinde İşletenin Sorumluluğu

Ek kusur ya da bir diğer adıyla munzam kusur, hakkında kusursuz sorumluluk hali öngörülmüş olan kişinin -sebeplilik- ayrıca kusurlu olmasına verilen addır. Ek kusur, kasıt, ağır ihmal, orta ihmal ya da hafif ihmal biçiminde olabilir.

Uygulamada, kusursuz sorumluluğun özü yok sayılarak, hiçbir kusuru olmadığı halde kural olarak sorumlu olan işletenin tam tazminle yükümlü tutulması gerekirken, kusurunun bulunmadığı ya da hafif kusurlu olduğun-

<sup>21</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 705.

<sup>22</sup> Detaylı bilgi için bkz. Karacan Çetin, s. 173 vd.

dan bahisle sorumlu olan işletenin ödeyeceği tazminat miktarında indirimle gidilmesi talep edilebilmekte ve bu tür talepler yerinde bulunarak sorumluluğun doğmadığı veya indirim uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılabilmektedir. Bu tür bir uygulama tehlike ilkesi esasına dayanan kusursuz sorumluluk rejimine ve aynı zamanda kanuna (KTK m. 85/1) aykırıdır. Kusursuz sorumluluğun bulunduğu durumlarda sorumlu kişinin ek kusurunun hafif olması ya da kusurunun bulunmaması indirim sebebi olamaz<sup>23</sup>.

KTK m. 86/1 uyarınca, işletenin, araç sürücüsünün (araç sürücüsünün işletenden farklı bir kişi olması durumunda araç sürücüsünün kusuru işletene izafe edilir<sup>24</sup>) veya bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin ek kusuru, bu kişilerin mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ya da üçüncü kişinin ağır kusurundan dolayı sorumluluktan kurtulmasına engel olur. Görüldüğü üzere ek kusur, KTK'da ağırlaştırılmış bir sorumluluğa yol açmakta ve böylece sorumluluktan kurtulmaya engel olmaktadır. Kusur sorumluluğunda bile zarar gören ağır kusurlu olmasına rağmen failin hafif kusurlu olması halinde fail kural olarak sorumluluktan kurtulamayacakken<sup>25</sup>; tehlike sorumluluğunda (ek) kusuru bulunan işletenin zarar görenin ağır kusurunu öne sürerek sorumluluktan kurtulması mantıkla bağdaşmaz.

Ek kusur, müteselsil sorumlulukta sorumlular arasında zararın paylaşılmasında da önemli rol oynar. Bir genel sorumluluk ilkesi olan ek kusurun müteselsil sorumlular arasında zararın paylaşılmasında dikkate alınacağı KTK m. 88/2'de zikredilmiştir. Yine bir genel sorumluluk ilkesi olarak, ek kusurun, işletenler ve/veya bağlı oldukları teşebbüs sahipleri arasında zararın paylaşılmasında dikkate alınacağı KTK m. 89'da ifade olunmuştur<sup>26</sup>.

### C. İşletenin Sorumluluğunun Belirlenmesinde Zarar Görenin Kusurunun Önemi

Zarar görenin, zararın ortaya çıkmaması ya da zararın artmasını önlemek için makul önlemler almamasına zarar görenin kusuru denir.

<sup>23</sup> Tiftik, Mustafa: Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s. 92; Brehm, Berner Kommentar, Art. 43, N. 41; Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht I, §7 N. 12a; Huguenin, N. 1898; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 317; Nomer, Maddi Tazminat, s. 76; Antalya, s. 456.

<sup>24</sup> KTK m. 85/5: "İşleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur."

<sup>25</sup> Gönül Koşar, s. 247.

<sup>26</sup> KTK m. 88/2 ve m. 89 hükümleri aşağıda ayrı bir başlık altında incelenmektedir.

Zarar görenin kusurundan söz edebilmek için, zarar görenin davranışı ile kaçınılabılır zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır<sup>27</sup>. Doktrindeki hâkim görüş ve yargı kararlarına göre, zarar görenin kusurunun belirlenmesinde objektifleştirilmiş kusur ölçüsüne başvurulmalıdır<sup>28</sup>. Zarar görenden beklenen davranış, zarar görenin bulunduğu yer ve zamanda bulunan ve zarar görenin yaş, meslek vd. yönlerden mensup olduğu çevredeki normal ve makul bir insandan göstermesi beklenen davranıştır. Bu şekilde belirlenecek olan soyut ve ortalama tipin örnek davranışından sapan zarar görenin davranışı, zarar görenin kusuru olarak nitelendirilecektir.

Tazminatın belirlenmesinde başvurulabilecek şu ilkedden faydalanılmalıdır<sup>29</sup>: Kusur sorumluluğunun söz konusu olduğu bir durumda hem fail hem de zarar gören kusurlu ise failin ve zarar görenin kusurları tartılıp karşılaştırılacak ve buna göre sorumluluk paylaşılacaktır<sup>30</sup>. Kusursuz sorumluluk hallerine gelince; olağan sebep sorumluluğu hallerinde, zarar görenin kusuru ile sebep sorumlusunun sorumluluğunu doğuran sebep; tehlike sorumluluğunda ise zarar görenin kusuru ile tehlikenin büyüklüğü karşılaştırılır. Bu ise şu anlama gelmektedir: Fail, sebep sorumlusuysa ve zarar görenin kusuru mevcutsa, bu durumda, sorumluluk doğuran olaya düşen pay ile

<sup>27</sup> **Kurt**, Leyla Müjde: “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 64, Sayı:3, Yıl: 2015, s. 800; **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5 N. 137; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 44, N. 19a; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 322.

<sup>28</sup> **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5 N. 146; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 44, N. 18; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 320; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 604; **Tiftik**, s. 109-110; **Baysal**, Zarar Gören, s. 114; **Kurt**, s. 799-800; **Altınok Ormancı** s. 78; **Gönül Koşar**, s. 240. Yargıtay da zarar görenin kusurunun objektif ölçüye göre belirleneceği görüşündedir. YHGK E. 2017/3-1524 K. 2018/1442 T. 16.10.2018: “Zararla sonuçlanan hukuka aykırı bir davranışta bu maddenin (44. madde) uygulanabilmesi için öncelikle ortak kusurun belirlenmesi gerekir. Bunun için de zarar görenin zarardan kaçınma görevini yerine getirmemesi ile ortaya çıkan davranışının objektif ölçütlerle (kusurun objektifleştirilmesi) bir kusur sayılıp sayılmayacağı ve bu kusurun zararın meydana gelip gelmemesinde bir payı (illiyet bağı) olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.” Karar için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

<sup>29</sup> Hem zarar verenin hem de zarar görenin kusurunun bulunduğu durumlarda tazminat miktarının nasıl belirleneceği sorununa ilişkin olarak detaylı açıklama için bkz. **Gönül Koşar**, s. 245 vd.

<sup>30</sup> **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §7 N. 26; **Werro**, Commentaire romand, art. 44, n. 16; **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 44, N. 20; **Baysal**, Zarar Gören, s. 134; **Altınok Ormancı**, s. 59.

zarar görenin kusurlu fiiline düşen pay tartılır. Ancak sebep sorumlusunun ek kusuru varsa ona düşen pay daha da artacaktır<sup>31</sup>.

Zarar görenin kusurunun özellik arz ettiği bir nokta, illiyet bağının kesilmesi halini oluşturabilecek olan zarar görenin ağır kusurudur. İşletenin sorumluluktan kurtulması için zarar görenin kusurunun, motorlu aracın işletme tehlikesini arka plana atacak ve dolayısı ile aracın işletilmesi ile zarar arasındaki nedensellik bağını kesecek derecede ağır olması aranmaktadır<sup>32</sup>. Nitekim KTK m. 86/1 uyarınca “İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.” Bu noktada dikkat edilmelidir ki, araç işletenin kusuru varsa veya araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemişse, bu durumda zarar gören ağır kusurlu olsa bile, işleten sorumluluktan kurtulamaz<sup>33</sup>. Zira işletenin kendisinin kusuru ya da fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru (ki bu iki durum da işletenin ek kusuru anlamına gelir) ya da aracın bozuk olması tehlikeyi arttırır ve bunun sonuçlarına işleten katlanır<sup>34</sup>. İşletenin kusurunun hafif kusur derecesinde olması durumunda da işleten sorumluluktan kurtulamaz. Yayanın ya da bisikletlinin dikkatsiz biçimde yola çıkması<sup>35</sup>, motorlu araç sürücüsünün aşırı hızla giderken sinyal vermeden öndeki iki aracı sollamaya çalışması<sup>36</sup>, bisiklet sürücüsünün geceleyin lambasız bisiklet sürmesi<sup>37</sup>, hareket halindeki

<sup>31</sup> İşletenin ek kusurunun ağır kusur, zarar görenin kusurunun hafif kusur derecesinde olduğu durumlarda zarar görenin hafif kusurunun dikkate alınmayarak bu nedenle tazminatta indirim yapılmaması gerektiği gibi genellemelerden kaçınılmalıdır.

<sup>32</sup> **Giger**, Hans: SVG Kommentar Strassenverkehrsgesetz mit weiteren Erlässen, Zürich 2014, Art. 59, N. 4; **Tunç**, Ramazan: “Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve İşletene Tanınan Genel Kurtuluş Kanıtı (II)”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 1-2, Yıl: Ocak 1992, s. 183; **Yücel**, Özge: Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu, Ankara 2014, s. 169; **Tandoğan**, İsviçre, s. 215; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 249; **Kılıçoğlu**, s. 523; **Çelikleş**, s. 92; **Bolatoğlu**, s. 193; **Havutçu/Gökyayla**, s. 138; **Karacan Çetin**, s. 274.

<sup>33</sup> **Kılıçoğlu**, s. 522.

<sup>34</sup> **Oftinger**, Karl/Stark, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Band: Besonderer Teil - Zweiter Teilband: Gefährdungshaftungen: Motorfahrzeughaftpflicht und Motorfahrzeughaftpflichtversicherung, Zürich 1995, §25 N. 438; **Nomer**, İşleten, s. 39.

<sup>35</sup> **Karacan Çetin**, s. 275.

<sup>36</sup> BGE 4A\_479/2009, 23.12.2009

<sup>37</sup> BGE 4A\_499/2009, 11.01.2010.

otobüsten atlama ya da yayalara yasak yola bir kimsenin aniden çıkması<sup>38</sup> zarar görenin ağır kusurlu davranışına örnektir.

Zarar görenin ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda ne olacağı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, bu durumda ayırt etme gücünden yoksun zarar görenin davranışı nedensellik bağıını kesemeyecekse de TBK m. 65 hükmünün kıyasen uygulanabileceğini ve tazminat miktarında indirimle gidilebileceğini savunmaktadır<sup>39</sup>. Bir başka görüşe göre ise, ayırt etme gücünden yoksun zarar görenin ağır kusurundan söz edilemeyeceği için bu kimselerin davranışlarının nedensellik bağıını kesmesi ve işletenin sorumluluktan kurtulması mümkün değildir<sup>40</sup>. Kanaatimizce, nedensellik bağıının kesilmesi için zarar görenin fiilinin zararlı sonucun tek sebebi olması gerekir. Buna göre, kusurlu olsun olmasın zarar görenin fiili nitelik ve yoğunluğu zararın tek sebebinin oluşturuyorsa nedensellik bağıını kesecektir<sup>41</sup>. Fiilin mutlaka kusurlu olması ve dolayısı ile zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olması aranmaz.

Zarar görenin kusurunun özellik arz ettiği ikinci nokta, tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınmasıdır. Nitekim KTK m.85/1 uyarınca sorumlu olan işletenin ödemekle yükümlü olduğu tazminattan indirim yapılmasına ilişkin olarak KTK m.86/2’de bir düzenleme bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca; “Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hakim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir”. Bu hüküm esas itibariyle tazminatın belirlenmesine ve indirilmesine ilişkin olarak TBK m.51/1’de yer alan; “Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler” ve ayrıca TBK m.52/1’de yer alan, “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir...” hükmünün KTK bakımından özel bir uygulamasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla zarar görenin, zararın ortaya çıkması bakımından kusurlu bir davranışının bulunduğu durumlarda bu kusurun varlığı, tazminatın hesaplanmasında dikkate alınır ve

<sup>38</sup> Havutçu/Gökyayla, s. 138.

<sup>39</sup> Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht II/2, §25 N. 571; Aşçıoğlu, s. 122; Tunç, Kurtuluş Kanıtı-II, s. 184; Nomer, İşleten, s. 40.

<sup>40</sup> Bu görüşte Karacan Çetin, s. 278. *Brehm*’e göre de, en azından sigorta kapsamındaki zararlar açısından ayırt etme gücüne sahip olmayan zarar görenin fiili için TBK m. 65 kıyasen uygulanamaz.

<sup>41</sup> Gönül Koşar, s. 238.

belirlenen tazminattan indirim yapılır. Dikkat edilecek olursa söz konusu düzenlemelerde tazminattan indirime esas oluşturacak husus, “zarar görenin kusuru” dur. Zarar görenin kusuru, (1) zararın ortaya çıkmasına etki etmesi ile veya (2) Zararın artmasına etkisi ile gerçekleşebilir. Her iki husus birbirinden farklı olup, şartlara göre ayrı ayrı indirim uygulanabilir.

KTK m. 86/2 uyarınca, TBK m. 52’den farklı olarak hâkimin sadece indirim yapma yetkisi bulunmakta olup nedensellik bağının kesilmesine ilişkin koşullar gerçekleşmediği sürece sırf zarar görenin kusuruna dayanarak tazminata hükmetmeme yetkisi bulunmamaktadır<sup>42</sup>.

Zarar görenin kusurunun ispatına gelince, TMK m. 6’ye göre, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Buna göre, zarar görenin kusurlu olduğunu ve bu nedenle tazminattan indirim yapılması gerektiğini savunan işleten/teşebbüs sahibi/sigortacı zarar görenin kusurunu ispat yükü altındadır. İspatın değerlendirilmesinde bilirkişiyeye başvurulabilir.

Sonuç olarak, zarar görenin kusuru bakımından en çok önem arz eden husus zarar görenin kusurunun nedensellik bağını kesecek nitelikte olup olmadığının belirlenmesidir. Zarar görenin ağır kusuru ile beraber diğer şartlar da (araç işletenin kusuru bulunmaması ve araçtaki bir bozukluğun kazayı etkilememesi) mevcutsa sorumluluk ortadan kalkar. Zarar görenin kusuru ağır kusur derecesinde değilse, bu durumda zarar görenin kusuru somut olayın özelliklerine göre indirim sebebi teşkil edebilir. Zarar görenin kusurunu ispat yükü, işleten/teşebbüs sahibi/sigortacıdır.

#### D. İşletenin Sorumluluğunun Belirlenmesinde Üçüncü Kişinin Kusurunun Önemi

Üçüncü kişi, sorumlu kişi, zarar gören ya da bunların fiillerinden sorumlu olduğu kişiler dışındaki bir kişidir<sup>43</sup>. KTK bağlamında üçüncü kişi ise, aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüs sahibi, zarar gören ve bunların fiillerinden sorumlu olduğu kişiler dışındaki bir kişidir<sup>44</sup>. Buna göre, fail dışında üçüncü bir kişi, zararın meydana gelmesinde rol oynamışsa bu durumda üçüncü kişi işleten/teşebbüs sahibi ile birlikte müteselsilen sorumlu

<sup>42</sup> **Brehm**, Motorfahrzeughaftpflicht, N. 363.

<sup>43</sup> **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5 N. 174. **Tiftik**, s. 157.

<sup>44</sup> **Giger**, SVG Kommentar, Art. 59, N. 8; **Brehm**, Motorfahrzeughaftpflicht, N. 436; **Ösunay**, s. 106; **Kılıçoğlu**, s. 523; **Bolatoğlu**, s. 193; **Tunç**, Kurtuluş Kanıtı-II, s. 185; **Havutçu/Gökyayla**, s. 140; **Aşçıoğlu**, s. 122; **Yücel**, s. 173; **Karacan Çetin**, s. 280; **Altunkaya**, s. 177.

olur<sup>45</sup>. Böylece üçüncü kişinin fiilinin zararın doğumuna yol açan nedenlerden birini teşkil etmesi halinde zarardan sorumlu olacak kişilerin sayısı artar. Sorumlu kişilerin sayısının artması bir diğeri için indirim sebebi teşkil etmez<sup>46</sup>. Üçüncü kişinin kusuru kural olarak tazminatta indirim sağlamaz.

Üçüncü kişinin ağır kusuru nedensellik bağımlı kesen sebeplerden biri olarak sayılmaktadır<sup>47</sup>. İşletenin ya da teşebbüs sahibinin sorumluluktan kurtulması için üçüncü kişinin kusurunun, motorlu aracın işletilmesi ile zarar arasındaki nedensellik bağımlı kesecek ağırlıkta olması gerekmektedir<sup>48</sup>. Buna örnek olarak, üçüncü kişinin aracı işletenin fark edemeyeceği şekilde kasten bozması, üçüncü kişinin zarar göreni aracın altına itmesi verilmektedir<sup>49</sup>.

Üçüncü kişinin fiilinin nedensellik bağımlı kesmesi için üçüncü kişinin ayırt etme gücüne sahip olmasının aranıp aranmayacağına gelince, zarar görenin ağır kusurunda olduğu üzere, üçüncü kişinin ayırt etme gücünün yokluğunun nedensellik bağımlı kesilmesine engel olacağı doktrinde savunulmaktadır<sup>50</sup>. KTK’da açıkça üçüncü kişinin ağır kusuru ifadesi yer aldığı için bu sebebe dayanılarak nedensellik bağımlı kesildiğini öne sürerek sorumluluktan kurtulabilmek için üçüncü kişinin ayırt etme gücü aranır. Bu görüşe göre, ayırt etme gücünden yoksun üçüncü kişinin fiilinin nedensellik bağımlı kesebilmesi için ortaya çıkan durumun mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce, nedensellik bağımlı kesilmesi için üçüncü kişinin fiilinin zararlı sonucun tek sebebi olması gerekir<sup>51</sup>. Üçüncü kişinin fiili, kusurlu olsun olmasın, niteliği ve yoğunluğu itibarıyla zararın tek sebebinin oluşturuyorsa nedensellik bağımlı kesecektir. Fiilin mutlaka kusurlu olması ve dolayısı ile üçüncü kişinin ayırt etme gücüne sahip olması aranmaz. Buna göre,

<sup>45</sup> **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 43, N. 81; **Honsell/Isenring/Kessler**, § 9 N. 20; **Roberto**, N. 858; **Fellmann/Kottmann**, N. 2425-2426; **Kessler**, Basler Kommentar, Art. 43 N. 20; **Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I, §5 N. 177, §7 N. 40; **Kılıçoğlu**, s. 525; **Çeliktaş**, s. 93; **Tunç**, Kurtuluş Kanıtı-II, s. 185; **Akipek Öcal**, s. 537.

<sup>46</sup> Aynı görüşte bkz. **Kılıçoğlu**, s. 525; **Antalya**, s. 479; **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 152; **Nomer**, Maddi Tazminat, s. 115; **Havutçu/Gökyayla**, s. 146; **Karacan Çetin**, s. 281; **Çeliktaş**, s. 93; **Bolatoğlu**, s. 193; **Tunç**, Kurtuluş Kanıtı-II, s. 184.

<sup>47</sup> **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 588 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 413.

<sup>48</sup> **Brehm**, Motorfahrzeughaftpflicht, N. 434; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 249; **Havutçu/Gökyayla**, s. 139; **Aşçıoğlu**, s. 123; **Yücel**, s. 169.

<sup>49</sup> **Karacan Çetin**, s. 281.

<sup>50</sup> **Ösunay**, İşleten, s. 107; **Nomer**, İşleten, s. 42; **Karacan Çetin**, s. 283.

<sup>51</sup> **Eren**, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 202.



üçüncü kişinin kusursuz davranışı nedensellik bağına kesebilir. Bununla beraber, bazı işletmelerin arz ettiği tehlikeler çok büyük olduğundan, örneğin uçak işletmeleri, atom tesisleri, boru hatları, üçüncü kişinin fiili nedensellik bağına kesecek yoğunluğa ulaşamaz<sup>52</sup>. Tehlike sorumluluğunun özel olarak düzenlendiği kanunlarda buna dair özel hükümler bulunmaktadır. “İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.” biçimindeki KTK m. 86 buna örnek teşkil etmektedir. Üçüncü kişinin ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda şartları gerçekleşmişse TBK m. 65 uyarınca hakkaniyet sorumluluğu hükümleri uyarınca sorumlu tutulabilmesi veya başka bir kusursuz sorumluluk hali çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi mümkündür.

Türk Borçlar Kanunu’nun haksız fiillere ilişkin yeni düzenlemelerinin çoğuna kaynak teşkil eden ve kamuoyunda Widmer/Wessner Ön Tasarısı olarak bilinen İsviçre’de Pierre Widmer ve Pierre Wessner başkanlığında hazırlanan “Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesine Yönelik Ön Tasarı’nın<sup>53</sup> “Sorumluluktan Kurtulma” başlıklı 47a maddesi de savunduğumuz görüşe paralel olarak “Zarar verene yükletilemeyen bir olay, özellikle, mücbir sebep ya da zarar görene ya da üçüncü kişiye yükletilebilen bir karakteristik risk, zararın doğmasına ya da artmasına açıkça baskın biçimde katkıda bulunduğu takdirde kişi tüm sorumluluktan kurtulur.” biçiminde kaleme alınmıştır.

Özetle, sürücü, işleten olabileceği gibi işleten dışında bir kişi de olabilir. Üçüncü kişi işletenin fiillerinden sorumlu tutulduğu bir kişi ise, işleten bunların davranışından kendi davranışı gibi sorumludur. Üçüncü kişi, işletenin fiillerinden sorumlu olmadığı herhangi bir kişi ise bu durumda işletenin sorumluluğunun doğmaması için üçüncü kişinin fiilinin nedensellik bağına kesecek nitelikte olup olmadığı değerlendirilir. Üçüncü kişinin kusuru, nedensellik bağına kesecek nitelikte değilse, üçüncü kişi işleten/teşebbüs sahibi ile birlikte müteselsilen sorumlu olur.

<sup>52</sup> Eren, Uygun İlliyet, s. 202; Eren, Borçlar Hukuku, s. 589.

<sup>53</sup> *Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts.*  
<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-vef.pdf>. (E.T. 08.03.2021)

## II. BİRDEN FAZLA ARACIN KAZAYA KARIŞTIĞI DURUMLARDA SORUMLULUK BAKIMINDAN KUSURUN ÖNEMİ

### A. Birden Fazla Motorlu Aracın İşleteninin Zarar Gören Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluğunda Kusurun Önemi

KTK m. 88/1 uyarınca “*Bir motorlu aracın karıştığı bir kazada, bir üçüncü kişinin uğradığı zarardan dolayı, birden fazla kişi tazminatla yükümlü bulunuyorsa, bunlar müteselsil olarak sorumlu tutulur.*” Bu hüküm, zarar görene elverişli bir koruma sağlamak için öngörülmüş olup kusursuz sorumluluk düzeni öngören KTK m. 85/1’i tamamlayan bir hükümdür. Bu hükme göre, birden fazla motorlu aracın karıştığı kazada üçüncü kişinin zarara uğraması durumunda, işletenler/teşebbüs sahipleri kusursuz sorumlu olup tazminat yükümlüleri bakımından üçüncü kişiye karşı müteselsilen sorumlu olurlar<sup>54</sup>. Zarar gören üçüncü kişi, müteselsil sorumlulardan dilediği birine, birkaçına ya da hepsine karşı tazminat talebinde bulunabilir. KTK m. 88/1 bağlamında üçüncü kişi, zararın meydana gelmesinde rol oynayan işletenler ve varsa bağlı buldukları teşebbüs sahipleri dışında zarar gören üçüncü kişilerdir<sup>55</sup>.

Birden fazla motorlu aracın işleteninin zarar gören üçüncü kişiye karşı sorumluluğunda müteselsil sorumlular arasındaki iç ilişkide zarar, olayın bütün şartları göz önünde tutularak paylaşılır. İç ilişkide zararın bölüştürülmesinde asıl belirleyici kıstas kusurun ağırlığıdır ancak tek belirleyici

<sup>54</sup> Müteselsil sorumluluğun bulunduğu durumlarda özellikle şu hükümler önemi haiz olacaktır:

Türk Borçlar Kanunu’nun 163. maddesi: “*Alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir. Borçluların sorumluluğu, borcun tamamı ödeninceye kadar devam eder.*”

Türk Borçlar Kanunu’nun 167. maddesi; “*Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar. Kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır. Bu durumda borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında rücu edebilir. Borçlulardan birinden alınamayan miktarı, diğer borçlular eşit olarak üstlenmekle yükümlüdürler.*”

Yine, Türk Borçlar Kanunu’nun 168. maddesi : “*Diğerlerine rücu hakkına sahip olan borçlulardan her biri, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur. Alacaklı diğerlerinin zararına olarak borçlulardan birinin durumunu iyileştirirse, bunun sonuçlarına katlanır.*”

<sup>55</sup> Karacan Çetin, s. 319.

kıstas değildir<sup>56</sup>. İşletme tehlikesinin büyüklüğü de iç ilişkide zararın ne kadarına kimin katlanacağını belirlemede esas alınır, ancak işletme tehlikesinin ağır olduğundan bahisle zarara daha az katlanmak isteyen tarafın karşı tarafın işletme tehlikesinin daha büyük olduğunu ispatlaması gerekir. Buna göre hem kusur hem de işletme tehlikesi iç ilişkideki rücu durumunu etkileyecektir<sup>57</sup>. Demek ki, kusursuz olan işleten, aracının işletme tehlikesinin büyüklüğü nedeniyle zararın bir kısmına katlanabilecektir<sup>58</sup>. İşletme tehlikeleri eşitse, zarar kusurların ağırlığına göre paylaşılacaktır.

Yaptığımız açıklamalara göre, İşleten A'nın ve İşleten B'nin Ü'ye zarar verdiğini düşünelim.

Birinci ihtimalde, A ve B'nin işletme tehlikeleri ve kusurları eşittir. Bu durumda A ve B zarar görenin zararını iç ilişkide eşit oranlarda bölüşür ve tazmin ederler.

İkinci ihtimalde A ve B'nin işletme tehlikeleri eşit ancak kusurları birbirinden farklıdır. Bu durumda A ve B zarar görenin zararını iç ilişkide kusur ağırlıklarına göre bölüşürler.

Üçüncü ihtimalde A ve B'nin kusurları eşit ancak işletme tehlikeleri birbirinden farklıdır. Bu durumda A ve B zarar görenin zararını iç ilişkide işletme tehlikelerine göre bölüşürler.

Dördüncü ve son ihtimalde A ve B'nin hem kusurları hem de işletme tehlikeleri birbirinden farklıdır. Bu durumda A ve B zarar görenin zararını hem kusurlarının ağırlığına hem de işletme tehlikelerine göre bölüşürler. Örneğin, A ek kusurlu ama işletme tehlikesi hafiftir. B ise kusursuz ama işletme tehlikesi çok büyüktür. İç ilişkide zararın tamamına A katlanmaz, zararın bir kısmına B katlanır.

### **B. Birden Fazla Motorlu Aracın İşleteninin Birbirlerine Karşı Sorumluluğunda Kusurun Önemi**

Karşılıklı sorumluluk halinde öncelikle özel bir düzenleme varsa ona gidilir; böyle özel bir düzenleme yoksa, kusursuz sorumluluk bakımından şu esasa başvurulur<sup>59</sup>: Karşılıklı sorumlulukta her iki tarafın da sebep sorumlusu olduğu ihtimalde, her bir taraf diğerinin zararını kendisinin tabi olduğu

<sup>56</sup> Aksi görüş için bkz. **Altunkaya**, s. 190: “İşletenlerden sadece birisi kusurlu ise, zararın tamamına da o işleten katlanacaktır.”

<sup>57</sup> Aynı görüşte bkz. **Karacan Çetin**, s. 327.

<sup>58</sup> Aynı görüşte bkz. **Oftinger/Stark**, *Haftpflichtrecht II/2*, §25 N. 626; **Nomer**, *İşleten*, s. 45.

<sup>59</sup> **Gönül Koşar**, s. 249.

kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazmin eder. Taraflardan her ikisi de tehlike sorumlusu ise, her birinin işletme tehlikesinin büyüklüğü kendisi bakımından indirim sebebi teşkil eder. Ayrıca yaratılan tehlikenin büyüklüğü ve ek kusur da indirim sebebi olarak nazara alınır.

İki motorlu aracın karayolunda kaza neticesinde zarara sebebiyet vermesi ise KTK m. 89’da özel olarak düzenlenmiştir<sup>60</sup>. Bu hükmün uygulanabilmesi için, zarara farklı işletenlere ait araçların neden olması ve ayrıca işletenlerin KTK m. 85 uyarınca sorumlu tutuluyor olmaları gerekmektedir<sup>61</sup>. İşletenlerin tamamı zarara uğrayabileceği gibi, yalnız birinin zarar görmesi de mümkündür. Ayrıca, KTK m. 89’un uygulanabilmesi için işletenlere ait araçların birbirine temas etmiş olması gerekmeyip zarara işletenlerden birinin aracının sebep olması yeterlidir<sup>62</sup>.

KTK m. 89’da bedensel zarar ile eşya zararı ayrı ayrı düzenlenmiştir<sup>63</sup>.

### 1. Bedensel Zarar

Birden fazla motorlu aracın karıştığı kazada bedensel zarar (kişiye ilişkin zarar), araçların işletme tehlikelerinin büyüklüğüne ve işletenlerin kusurlarının ağırlığına göre tazmin edilir. KTK m. 89/1’e göre, “Birden çok motorlu aracın katıldığı bir kazada işletenlerden biri bedensel bir zarara uğrarsa, özel durumlar ve özellikle işletme tehlikeleri başka türlü paylaştırmayı haklı göstermedikçe, kazaya katılan araçların işletenleri ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri kendilerine düşen kusur oranında, zararı gidermekle yükümlüdürler”. Her ne kadar KTK m. 89/1 bedensel

<sup>60</sup> “İşletenler veya Araç İşleticisinin Bağlı Olduğu Teşebbüs Sahipleri Arasında Zararın Tazmini” başlıklı KTK m. 89’a göre “Birden çok motorlu aracın katıldığı bir kazada işletenlerden biri bedensel bir zarara uğrarsa, özel durumlar ve özellikle işletme tehlikeleri başka türlü paylaştırmayı haklı göstermedikçe, kazaya katılan araçların işletenleri ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri kendilerine düşen kusur oranında, zararı gidermekle yükümlüdürler.

İşletenlerden ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahiplerinden birine ait bir şeyin zarara uğraması halinde, zarar gören, ancak zarar veren işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kimsenin kusuru veya geçici olarak temyiz gücünü kaybetmesi veya zarar verene ait araçtaki bir bozukluk yüzünden zararın vuku bulduğunu ispat etmesi halinde zarar veren işleten veya işleticinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi tazminatla yükümlü tutulur.

Tazminatla yükümlü olan işletenler veya işleticinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri zarar gören işletene veya işleticinin bağlı olduğu teşebbüs sahibine karşı müteselsilen sorumludurlar.”

<sup>61</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 732.

<sup>62</sup> Kılıçoğlu, s. 529.

<sup>63</sup> Bu ayırım doktrinde eleştirilmektedir. Eren, Borçlar Hukuku, s. 733.

zararda kusurların ağırlığını öncelikli kriter gibi ele alıyor gözükse de fıkranın tamamı incelendiği zaman işletme tehlikelerinin de aynı önemi haiz olduğu görülecektir<sup>64</sup>. Örneğin, bir akaryakıt tankeri ile bir otomobilin işletme tehlikesi birbirinden farklıdır.

KTK m. 89/1 hükmü sıralama değil, ispat hükmü olarak yorumlanmalıdır. Bu hükmü, TBK'da müteselsil sorumlular arasındaki iç ilişkide sıraya ilişkin “*Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.*” biçimindeki TBK m. 62 hükmünü de nazara alarak değerlendirmek gerekir. TBK m. 62 hükmüyle, eski BK m. 51'deki rücu sırası kaldırılmıştır. KTK m. 89/1 hükmünde yer alan “*araçların işletme tehlikesi başka türlü paylaştırmayı haklı göstermedikçe*” ifadesi, diğer işletenin aracının işletme tehlikesinin daha büyük olduğunu iddia eden işletenin bu durumu ispatlamasını gerektirmektedir.

Birden fazla motorlu aracın karıştığı kazada bedensel zarardan sorumluluk belirlenirken ilk bakışta kusurun ağırlığı esas alınır; karşı tarafın işletme tehlikesinin daha ağır olduğunu iddia edenin bunu ispatlaması gerekmektedir. Aksi takdirde işletme tehlikeleri eşit sayılacak ve işletenler zarara kusurları oranında katlanacaktır. İşletenlerden biri kusurlu diğeri kusursuz ancak kusursuz işletenin aracının işletme tehlikesi daha büyükse, kusurlu işleten kusursuz işletenin işletme tehlikesinin büyüklüğünü ispatlayarak kusursuz işletenin de zararın bir kısmına katlanmasını sağlayabilecektir. Veyahut her iki işleten de kusursuz ise işletme tehlikeleri eşit sayılarak herkes kendi zararına katlanacak, ancak işletenlerden biri diğerinin işletme tehlikesinin daha büyük olduğunu ispat ederek işletme tehlikesi daha büyük olan işletenin, karşı tarafın zararının bir kısmına katlanmasını sağlayabilecektir<sup>65</sup>.

Birden fazla işletenin zarar veren konumunda olması da mümkündür. Bu durumda müteselsil sorumluluk söz konusu olacaktır. Müteselsil sorumlular iç ilişkide zarara yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca kusurlarının ağırlığı ve işletme tehlikelerinin büyüklüğü oranında katlanacaklardır.

<sup>64</sup> *Havutçu/Gökyayla*'ya göre ise, “*Dolayısıyla, kazaya katılan araçlardan birinin hiçbir kusuru bulunmasa bile, aracın işletme tehlikesi zararın paylaştırılmasında göz önünde tutularak, tazminatın bir kısmı, kusuru bulunmayan işletenin üzerinde kalabilir. İşletme tehlikesi, kusurdan sonra, ikinci derece önemlidir; yani işletme tehlikesinin işlevi düzelticidir.*” **Havutçu/Gökyayla**, s. 213.

<sup>65</sup> **Giger**, SVG Kommentar, Art. 61, N. 5; **Karacan Çetin**, s. 329, 335.

## 2. Eşya Zararı

Birden fazla motorlu aracın karıştığı kazada eşya zararından sorumluluk, KTK m. 89/2’de şu şekilde düzenlenmektedir. “İşletenlerden ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahiplerinden birine ait bir şeyin zarara uğraması halinde, zarar gören, ancak zarar veren işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kimsenin kusuru veya geçici olarak temyiz gücünü kaybetmesi veya zarar verene ait araçtaki bir bozukluk yüzünden zararın vuku bulduğunu ispat etmesi halinde zarar veren işleten veya işleticinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi tazminatla yükümlü tutulur.” Buna göre, birden fazla motorlu aracın karıştığı kazada eşya zararının tazmini, kusur sorumluluğu rejimi uyarınca belirlenecek olup böyle bir durumda eşya zararının tazmini borcunun doğması için kusur aranır. Hüküm araçtaki bozukluk ve ayırt etme gücünün kaybı haricinde sorumluluğu kusura dayandırmaktadır.

Hükme göre, eşya zararından sorumluluk kusurun yanı sıra iki ihtimalde de söz konusu olabilir. Bunlardan ilki, ayırt etme gücünden geçici yoksunluktur. Her ne kadar hükümde geçici ifadesi geçse de kişinin ayırt etme gücünden kalıcı olarak yoksun olması halinde de hükmün uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir<sup>66</sup>. Ayrıca ayırt etme gücünden yoksunluğa rağmen sorumlu tutulabilme için hakkaniyet koşulu aranmamaktadır<sup>67</sup>. İlâveten, TBK m. 59’un aksine ayırt etme gücünü kaybetmede kusurun bulunmadığı ispat edilerek sorumluluktan kurtulmak mümkün değildir<sup>68</sup>. KTK m. 89/2 uyarınca, eşya zararından sorumluluğun doğması için bir diğer ihtimalse araçtaki bozukluktur.

Eşya zararlarında tazminatın belirlenmesinde araçların işletme tehlikelerinin göz önüne alınıp alınmayacağına gelince; özel hüküm niteliğinde olan KTK m. 89/2’nin öngörmüş olduğu sorumluluk rejimi uyarınca işletme tehlikesi eşya zararının belirlenmesinde göz önünde bulundurulamaz<sup>69</sup>. Hükümde tehlike sorumluluğu yerine kusur sorumluluğu öngörüldüğü için işletme tehlikesi hesaba katılamayacaktır. Her iki taraf da kusurluysa kusurlar karşılaştırılır ve taraflar birbirlerinin zararını kusurları oranında gidermekle yükümlüdür. Taraflardan biri kusurlu diğeri kusursuzsa bu durumda

<sup>66</sup> Gürsoy, Kemal Tahir: İsviçre Hukukunda Trafik Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğun Anahatları, Ankara 1974, s. 88; Çeliktaş, s. 117; Karacan Çetin, s. 336.

<sup>67</sup> Gürsoy, s. 87-88; Çeliktaş, s. 117; Karacan Çetin, s. 336.

<sup>68</sup> Gürsoy, s. 87; Karacan Çetin, s. 336.

<sup>69</sup> Giger, SVG Kommentar, Art. 61, N. 2. Tandoğan, İsviçre, s. 229; Çeliktaş, s. 117; Nomer, İşleten, s. 49; Havutçu/Gökyayla, s. 214; Eren, Borçlar Hukuku, s. 735.

kusurlu işleten hem kendi zararına hem de karşı tarafın zararına katlanacaktır. İşletenlerden hiçbiri kusurlu değilse bu durumda her işleten kendi zararına katlanacaktır.

Kanaatimizce, hükümde işletenin uğradığı bedensel ve eşya zararı arasında böyle bir ayırım yapılması isabetsizdir<sup>70</sup>: İki işletenin üçüncü kişiye verdiği zararlarda bedensel zarar ve eşya zararı ayırımı yapılmamakta ve üçüncü kişinin her iki tür zararının tazmininde işletenler zarara işletme tehlikeleri ve kusurlarının ağırlığınca katlanmaktadır. Üçüncü kişinin zararını tazminde işletme tehlikeleri dikkate alınırken iki motorlu aracın birbirlerine zarar vermeleri halinde, birbirlerinin zararlarını tazminde işletme tehlikelerinin dikkate alınmaması adil olmayan sonuçları beraberinde getirir.

Karşılıklı sorumluluğun olduğu ve KTK m. 89'un uygulama alanı bulduğu bir ihtimalde, bir motorlu aracı işletenin birden çok sayıda olması mümkündür. Bu işletenlerin eşya zararından müteselsil olarak sorumlu tutulabilmeleri için kusurlu olmaları gerekmektedir<sup>71</sup>. İşletenlerden biri kusurlu değilse veya KTK m. 86 uyarınca sorumluluktan kurtulmuşsa bu durumda müteselsilen sorumlu olmayacaktır. Müteselsilen sorumlu tutulan kusurlu işletenler zarara iç ilişkide kusurları oranında katlanır. Eşya zararına ilişkin olarak iç ilişkide müteselsil sorumlular zarara kusurları oranınca katlanacak, işletme tehlikeleri nazara alınmayacaktır.

### III. SİGORTA ŞİRKETİNİN SORUMLULUĞUNDA KUSURUN ÖNEMİ

KTK m. 91'de, KTK m. 85/1 fıkrası uyarınca doğacak sorumluluğun karşılanmasını temin etmek üzere zorunlu mali sorumluluk sigortası sistemi öngörülmüştür<sup>72</sup>. Bu sayede zarar gören belirtilen sınırlar içinde doğrudan doğruya sigortacıdan talepte bulunabilir<sup>73</sup>. Bu sigorta, motorlu araçların işletilmeleri sebebiyle neden oldukları kazalardan doğan zararların, KTK m. 85/1'e göre olan sorumlulukların karşılanması amacıyla öngörülmüştür<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Aynı görüşte bkz. **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 733; **Karacan Çetin**, s. 338.

<sup>71</sup> **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 736.

<sup>72</sup> Karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortası hakkında detaylı bilgi için bkz. **Karasu**, Rauf: Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası), Ankara 2016.

<sup>73</sup> Detaylı bilgi için bkz. **Kender**, Rayegân: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2016, s. 225 vd.

<sup>74</sup> Yargıtay 1. HD., E. 1996/244, K. 1996/1258, T. 01.03.1996: "KTK'nun 85/1'inci maddesinde işletenin sorumluluğu saptandıktan sonra aynı yasanın 88/1'inci maddesinde zarar görene karşı birden fazla işleten sorumlu olduğu hallerde bunlar arasında teselsül

Sigortacının sorumluluğu, KTK m. 85/1 uyarınca işletenin sorumluluğunu -belli bir meblağa kadar- temin etmek üzere öngörülmüştür. KTK m. 85/1 bir kusursuz sorumluluk rejimi olan tehlike sorumluluğunu öngörmektedir. İşleten/teşebbüs sahibi kusursuz olsa bile zararın tamamını tazminle yükümlüdür; kusurunun bulunmaması ya da hafifliğinden bahisle tazminatta indirim talebinde bulunamaz. İşte sigortacı da sorumlu olduğu üst meblağa kadar zarar görenin zararını tazminle yükümlü olup zarar görenin kendisine talep yöneltmesi/dava açması durumunda işletenin kusurunun bulunmadığını ya da kusurunun hafifliğini öne sürerek tazminat yükümlülüğünden kaçınmaz ya da tazminatta indirim talep edemez. Sigortacı, (sorumlu olduğu üst meblağa kadar) zarar görenin zararını tazmin eder.

KTK m. 88’de birden fazla motorlu aracın işleteninin zarar gören üçüncü kişiye karşı sorumluluğu düzenlenmekte ve müteselsil sorumluluk öngörülmektedir. Hüküm, KTK m. 85/1’i pekiştirmek için getirilmiştir. KTK m. 88/2’de<sup>75</sup> ise müteselsil sorumluların zarar görenin zararını karşıladıktan sonra birbirine nasıl rücu yapabileceklerine ilişkin özel olarak düzenlenmektedir. Ancak uygulamada KTK m. 88/2, sigorta şirketleri tarafından KTK m. 85/1’i törpülemek için kullanılmaktadır. Hâlbuki sigortacılar üst meblağa kadar kusursuz sorumlu işletenlerin sigortacıları olarak zarar görene ödemede bulunmalı; işletenlerin kusuru daha sonra iç ilişkide dikkate alınmalıdır. Aksi yönde bir yorum, KTK m. 85/1’deki tehlike sorumluluğunun içini boşalttığı gibi, “Tazminatın azaltılması veya kaldırılması sonucunu doğuran haller” başlıklı KTK m. 95’e de aykırıdır<sup>76</sup>. Bu hükme göre,

---

*hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Zorunlu trafik sigortasını düzenleyen aynı yasanın 91 inci maddesinde işletenlerin yine aynı yasanın 85/1. maddesinde öngörülen sorumluluklarının karşılanması amacı ile bu tür sigortanın yaptırılması zorunlu hale getirildiğine göre, ilke olarak işletenlerin tabi olduğu sorumluluk ilkeleri onların bu sorumluluklarını üzerlerine alan sigortalar bakımından da geçerlidir. Dolayısı ile KTK.nun 88/1 inci maddesinde öngörülen müteselsil sorumluluk ilkesi birden fazla aracın karıştığı olaylarda onların trafik sigortacıları bakımından da geçerlidir. Nitekim bu ilke KTK.nun 99/2 nci maddesi hükmünde de hükme bağlanmış bulunmaktadır.”*  
<http://www.tazminathukuku.com/yargitay-kararlari/sigorta-sirketlerinin-kusur-oranlarina-gore-degil-tum-sorumlularla-birlikte-ortaklasa-ve-zincirleme-sorumlu-olacaklarina-iliskin-yargitay-kararlari.htm>. (E.T. 08.03.2021)

<sup>75</sup> KTK m. 88/2’ye göre, “Birden fazla kişinin sorumlu olduğu durumlarda, bunlar arasındaki ilişki bakımından zarar, olayın bütün şartları değerlendirilerek paylaşılır. Özel durumlar ve özellikle araçların işletme tehlikeleri, zararın iç ilişkide başka türlü paylaşılmasını haklı göstermedikçe, işletenler ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri kusurları oranında zarara katlanırlar.”

<sup>76</sup> Aynı yönde bkz. Çelik, Ahmet Çelik, “Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası)”, <https://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/zorunlu-mali->



*“Sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez.”*

Birden fazla motorlu aracın işleteninin zarar gören üçüncü kişiye karşı sorumluluğunda sigorta şirketlerinin sürücülerin kusur oranlarını zarar görene karşı ileri süremeyecekleri hususu Yargıtay kararlarına da yansımıştır<sup>77</sup>: *“Mahkemece, toplanan delillere, bilirkişi raporuna nazaran, olayda davalı F. A.’ın %25, M. Ö.’in %75 oranında kusurlu olup, davalıların bu kusur oranlarına göre zarardan sorumlu oldukları gerekçesi ile, kusur durumuna göre 59.412,23 liranın davalılar K. A, F. A. ve G. Sigorta AŞ den müteselsilen, sorumluluğu poliçedeki limit ile sınırlı olmak üzere diğer araç sigortacısı O.Sigorta AŞ’den tahsiline karar verilmiştir.*

*Dava, zincirleme trafik kazası nedeniyle sigortalı araçta meydana gelen hasar tazminatının ilgisine ödenmesi sebebiyle rücu tazminata ilişkindir. BK.nun 142.maddesi hükmüne göre birden ziyade kimseler birlikte bir zarar ika ettikleri taktirde müteselsil sorumlu olacakları gibi, yine 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 88.maddesi gereğince, bir motorlu aracın katıldığı bir kazada, üçüncü bir kişinin uğradığı zarardan dolayı, birden fazla kişi tazminatla yükümlü bulunuyorsa, bunlar müteselsil olarak sorumludur. Olaya sebebiyet veren davalılara ait araç sürücülerinin kusur durumları gerektiğinde ileride görülecek birbirlerine karşı açacakları rücu davasında ele alınabilecektir. Bu durumda mahkemece, talep de nazara alınacak davalıların müteselsilen sorumlu olacak şekilde hüküm tesisi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”*

Hazine Müsteşarlığı da 20.05.2008 tarih ve 2008/25 sayılı *“Trafik Kazalarında Hak Sahiplerinin Taleplerinin Müteselsil Sorumluluk Hükümlerine Göre Tahsil Edilmesine İlişkin Sektör Duyurusu”* hazırlayarak sigorta şirketlerinin sürücülerin kusur oranlarını zarar görene karşı iler sürmeleri

sorumluluk-sigortasi-trafik-sigortasi.htm (E.T. 08.03.2021) *“Yasal düzenlemeler böyle olmakla birlikte, yıllardan beri yanlış bir uygulama sürdürülmekte; sigortacı, sigortalısının kusuru oranında tazminat ödemektedir. Dahası yargı kararlarında da bu yanlışlık yapılmakta; bunun farkında olunmadığı içindir ki kararlar temyiz edilmemekte, Yargıtay denetiminden geçmemektedir. Bu yüzden, Borçlar Yasası’nın ortaklaşa zincirleme sorumluluk hükümlerinin sigorta şirketlerine uygulanmayacağı yanlışlığı sürüp gitmektedir.”*

<sup>77</sup> Yargıtay 11. HD., E. 1998/10131, K. 1999/1996, T. 09.03.1999. <http://www.tazminathukuku.com/yargitay-kararlari/sigorta-sirketlerinin-kusur-oranlarina-gore-degil-tum-sorumlularla-birlikte-ortaklasa-ve-zincirleme-sorumlu-olacaklarina-iliskin-yargitay-kararlari.htm>. (E.T. 08.03.2021)

yönündeki hatalı uygulamaya işaret etmiştir: “[KTK m. 88’de] “Birden çok aracın karıştığı bir trafik kazasında zarar gören kişiler, araçların sigortacılarından herhangi birine veya 108 inci maddede belirtilen durumlarda Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabına başvurarak zararın giderilmesini isteyebilirler. Giderleri ödeyen sigortacı veya Karayolu Trafik Garanti Sigortası Hesabı, ödediği miktarın sorumluluk oranlarına göre paylaşılmasını talep edebilir.” esasını öngörmüştür. Yukarıda yer alan hükümler uyarınca birden çok aracın karıştığı bir trafik kazasında hak sahiplerinin tazminat taleplerinde işletenlerin kusur dağılımı bir önem taşımamakta bu dağılım sorumlular arasındaki iç ilişkide dikkate alınmaktadır. Müteselsil sorumluluk gereği hak sahipleri, zarardan ayrı ayrı değil müteselsilen sorumlu bulunan kişilerden herhangi birine karşı tazminat taleplerini ileri sürebileceklerdir. Trafik sigortacıları veya 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 14 üncü maddesi uyarınca Güvence Hesabı, 2918 sayılı Kanununun 86 ncı maddesi kapsamında işletenin ve ona bağlı olarak sigortacının sorumluluğunu etkileyebilecek olan kusur durumunu nazara alarak, ancak işletenler arasındaki kusur dağılımını dikkate almadan, kaza tarihi itibarıyla geçerli sigorta limitleri çerçevesinde zararı karşılamak zorundadırlar. Ancak tazminatı karşılayan sigorta şirketleri veya Güvence Hesabı kusur dağılımına göre ödemedede bulunduğu fazla miktarı diğer sorumlulardan tahsil edebilecektir.”<sup>78</sup>

Bu konuda uygulamada karşılaşılan hatalı uygulamaları önlemek üzere şöyle bir örnek düşünülebilir:

İşleten 1 (İ1) ve İşleten 2 (İ2)’ye ait motorlu araçların karıştığı bir kaza neticesinde ZG, 800.000 TL tutarında zarara uğramıştır. İşleten 1’in sigortacısı S1, İşleten 2’nin sigortacısı S2’dir. Kazanın gerçekleştiği tarihte Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’ndaki üst meblağ da 360.000 TL’dir. İ1 ve İ2’nin sorumluluk dağılımları ise %40 (İ1) ve %60 (İ2) olarak belirlenmiştir.

İ1, İ2, S1 ve S2, ZG’ye karşı müteselsilen sorumlulardır. ZG bunlardan dilediğine veya hepsine başvurabilir. ZG, S1’e başvurduğu zaman S1, KTK m. 85/1 uyarınca sorumlu olan İ1’in sigortacısı olarak 360.000 TL ödemelidir. ZG, S2’ye başvurduğu zaman S2, KTK m. 85/1 uyarınca sorumlu olan İ2’nin sigortacısı olarak 360.000 TL ödemelidir. ZG, kalan meblağı -80.000’i- İ1 ve/veya İ2’den talep edebilecektir. Ancak uygulamada sigorta şirketleri bu kurala uymamakta ve sigortacısı oldukları işletenlerin kusuru

<sup>78</sup> Sektör duyurusunun tam metni için bkz. <https://www.tsb.org.tr/genelge-teblig-ve-sektor-duyurulari-2008.aspx?pageID=642> (E.T. 08.03.2021)

oranında (sorumlu oldukları üst meblağı, kusur miktarına oranlamak suretiyle) ZG'ye ödeme yapmaktadırlar.

Uygulamada, S1 benim sigortacısı olduğum işletenin (İ1) sorumluluğu  $360.000 \times 40\% = 144.000$  TL'dir o nedenle 144.000 TL öderim demektir. Böylece ZG, S1'den 360.000 TL alabilecekken kendisine eksik ödeme yapılmaktadır. Benzer şekilde S2 sigortacısı olduğu işletenin (İ2) sorumluluğunun  $360.000 \times 60\% = 216.000$  TL olduğunu beyan etmekte ve bu miktarda ödeme yapmaktadır. Böylece Ü, S2'den de 360.000 TL alabilecekken kendisine eksik ödeme yapılmaktadır. Toplamda ZG, iki sigorta şirketinden  $360.000 \times 2 = 720.000$  TL'lik ödeme alabilecekken toplam 360.000 TL'lik ödeme almaktadır. Hâlbuki, sigortacılar, işletenlerin KTK m. 85/1 yani kusursuz sorumluluk hükümleri uyarınca sorumluluğunu teminat altına almışlardır. Kusursuz sorumluluk esasları uyarınca sigorta şirketlerinin her biri zararın tamamından kendi teminat limitleri dahilinde sorumlu olacaktır.

Sigorta şirketleri tarafından ödeme gerçekleştirildikten sonra iç ilişki-deki sorumluluğu değerlendirecek olursak;  $800.000 \times 40\% = 320.000$  TL - İ1'in iç ilişkideki sorumluluğudur,  $800.000 \times 60\% = 480.000$  TL - İ2'nin iç ilişkideki sorumluluğudur.

S2, sorumlu tutulabileceği 360.000 TL'nin tamamını ödemediğinden, fazladan ödemediği bir miktar bulunmamaktadır. Buna karşılık sigortaladığı işleteni durumundaki İ1, iç ilişkide zararın 320.000 TL'lik kısmından sorumlu olduğundan S1, 360.000 TL'nin tamamını ödemediğinde fazladan ödemediği 40.000 TL'lik kısım bakımından rücu hakkına sahip olabilecektir. Rücu bakımından diğer sigorta şirketi (S2) teminatın tamamını ödemesi hasebiyle sorumlu olmamakla birlikte İ2'nin sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla ile S1, İ2'ye 40.000 TL bakımından rücu edebilir.

Şimdi de diğer değişkenleri aynı tutup sadece zararın tutarını 500.000 TL biçiminde değiştirerek aynı örneği ele alalım:

Uygulamada: S1,  $360.000 \times 40\% = 144.000$  TL ödeme yapmaktadır. S2 de,  $360.000 \times 60\% = 216.000$  TL ödeme yapmaktadır.

Hâlbuki, ZG, S2'ye başvurursa S2, ZG'ye 360.000 TL ödemelidir. ZG, S2'nin ardından S1'e başvurursa S1 kalan  $500.000 - 360.000 = 140.000$  TL'yi ZG'ye ödemelidir.

İç ilişkiye bakacak olursak;  $500.000 \times 40\% = 200.000$  - İ1'in iç ilişkideki sorumluluğudur.  $500.000 \times 60\% = 300.000$  - İ2'nin iç ilişkideki sorumluluğudur.

S2, ZG’ye 360.000 TL öder. Ancak iç ilişkide sorumlu olduğu tutar 300.000 TL’dir. S2 60.000 TL fazla ödeme bakımından diğer sorumlulara yani S1 ve İ1’e rücu edebilecektir.

Bu noktada, sigortaladığı işleteni İ1 iç ilişkide 200.000 TL ile sorumlu olan S1, 500.000-360.000= 140.000 TL’yi ZG’ye ödediğinden, S2 kendisine rücu ettiğinde 60.000 TL bakımından sorumlu tutulabilecektir.

Unutulmamalıdır ki, 360.000 TL, zarar görenin tazmin edilecek toplam zararı değil, bir sigorta şirketinin sorumluluğunun üst sınırıdır. Zarar gören, zararı karşılanana kadar varsa birden fazla sigorta şirketine başvurarak her birinden 360.000 TL tazminat talep edebilir.

Burada verilen örnekler, zarar görenin kusuru gibi ortak indirim sebebi (ortak defi) ya da bireysel indirim sebebi (kişisel defi) bulunmayan durumlar içindir. Aksi durumda öncelikle indirim oluşturan hususların belirlenmesi ve akabinde sorumluluğun tespiti gerekir.

## SONUÇ

Bir motorlu aracın işletilmesi sırasında ortaya çıkan hukuki sorumluluk bakımından KTK m. 85/1’de “tehlike ilkesine” dayanan bir kusursuz sorumluluk hali kabul edilmiştir. Hüküm uyarınca işletenin sorumluluğunun doğması bakımından kusurlu olup olmamasının önemi yoktur. Bu çerçevede işleten, kusuru olmasa da ortaya çıkan zararı tazmin etmek zorundadır. İşleten, gereken tüm dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlarsa bile sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Sigorta şirketi, KTK m. 91 gereğince yaptığı zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesi ile işletenin KTK m. 85/1 gereğince ortaya çıkacak olan kusursuz sorumluluğunu üstlenmekte ve ortaya çıkan zararı belirli limitlerle karşılamayı taahhüt etmektedir. Dolayısıyla şartları gerçekleştiğinde sorumluluğunun doğması bakımından sigorta şirketi, işletenin kusurunun bulunup bulunmadığına bakılmaksızın sorumlu tutulabilecektir.

Bir motorlu aracın işletilmesi sırasında ortaya çıkan hukuki sorumluluğun belirlenmesine yönelik “kusur” bakımından yapılacak tespitler ve değerlendirmeler, işletenin sorumluluğunun (KTK m. 85/1) belirlenmesi kadar sigorta şirketinin sorumluluğu (KTK m. 91) bakımından da önem taşımaktadır.

Motorlu aracın işletilmesinden doğan hukuki sorumluluk bakımından esas itibariyle işletenin ya da işletenden farklı bir kişi olması durumunda eylemlerinden sorumlu olduğu araç sürücüsünün kusurlu olması aranmaz. Bu sebeple, kural olarak, KTK m. 85/1’den doğan sorumlulukta kusur

incelemesi yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bununla beraber, uygulamada bir kusursuz sorumluluk olan tehlike sorumluluğunun özü hiçe sayılarak bu hükmün uygulanması neticesinde belirlenecek tazminat taleplerinde sorumlu işletenin/teşebbüs sahibinin kusurunun bulunmadığından bahisle tazminattan sorumlu olunmadığının ileri sürülmesi ya da kusurunun hafifliği gerekçe gösterilerek tazminatta indirim talep edilmesi kabule şayan değildir.

Kusur incelemesi yapılması halinde işletenin veya araç sürücüsünün kusurunun belirlendiği durumlarda bu durum “ek (munzam) kusur” olarak adlandırılır. KTK m. 86/1 uyarınca, işletenin veya bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin ek kusuru, bu kimselerin mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ya da üçüncü kişinin ağır kusurundan dolayı sorumluluktan kurtulmasına engel olur. Bu yüzden kazaya karışan araç sürücüsünün ayrıca (ek) kusurunun varlığının belirlenmesi, sorumluluktan kurtulma ve sorumluluğun azalmasına sebep olmayacak, aksine işleten veya sigorta şirketi, illiyet bağının kesildiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ayrıca ek kusur, müteselsil sorumlulukta sorumlular arasında zararın paylaşılmasında da önemli rol oynar.

KTK sisteminde işletenin ve sigorta şirketinin sorumluluğunun belirlenmesinde zarar görenin kusuru da önem taşımaktadır. Zarar görenin kusuru, motorlu aracın işletme tehlikesini arka plana atacak ve dolayısı ile aracın işletilmesi ile zarar arasındaki illiyet bağını kesecek ağırlıkta ise bu durumda, araç işleteninin kusurunun bulunmaması ve araçtaki bir bozukluğun kazayı etkilememesi şartıyla KTK m. 86/1 uyarınca işleten veya sigorta şirketi sorumluluktan kurtulabilecektir. Buna karşılık, zarar görenin kusuru, zararın ortaya çıkmasına veya zararın artmasına etki etmişse, KTK m. 86/2 uyarınca tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınır. Bu sebeple somut olay özelinde kusur incelemesi yapılmasının esas sebebini, zarar görenin kusurunun belirlenmesi oluşturmalıdır. Zira tazminattan indirim uygulanmasının sebebi, rizikosu güvence altına alınan aracın işleteninin/sürücüsünün kusurlu olup olmaması değildir, zarar görenin kusurunun bulunmasıdır.

Kusur incelemesi yapılması ayrıca, işletenlerin bizzat uğradıkları zararlar açısından birbirlerine karşı sorumluluklarında, üçüncü kişinin uğradığı zararlar açısından iç ilişkide rücu sırasının belirlenmesinde, işletilme halinde olmayan motorlu aracın sebep olduğu zararlardan sorumlulukta (KTK m. 85/3) ve sorumluluğun genel hükümlere göre belirleneceği (KTK m. 87) hallerde öneme sahiptir.

## KAYNAKÇA

- Akipek Öcal**, Şebnem: “Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Motorlu Taşıt Aracı İşletenin Sorumluluğu”, Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı, Ankara 2016, s. 511-539.
- Altınok Ormancı**, Pınar: Zararı Azaltma Külfeti, İstanbul 2016.
- Altunkaya**, Mehmet: “Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1-2, Yıl: 1999, s. 171-196.
- Antalya**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: II, İstanbul 2018.
- Aşcıoğlu**, Çetin: Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları, Ankara 2012.
- Baysal**, Başak: Haksız Fiil Hukuku, İstanbul 2019. (**Baysal**, Haksız Fiil)
- Baysal**, Başak: Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012. (**Baysal**, Zarar Gören)
- Bolatoğlu**, Bolat: Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu (İşleten Kavramı ve Sorumluluğun Şartları), Ankara 1988.
- Brehm**, Roland: Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 4. Auflage 2013. (**Brehm**, Berner Kommentar)
- Brehm**, Roland: Motorfahrzeughaftpflicht, Bern 2008. (**Brehm**, Motorfahrzeughaftpflicht)
- Çekin**, Mesut Serdar: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2016.
- Çelik**, Ahmet Çelik: “Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası)”, <https://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/zorunlu-mali-sorumluluk-sigortasi-trafik-sigortasi.htm> (E.T. 08.03.2021)
- Çelikleş**, Demet: 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nda İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İzmir 1987.
- Erdoğan**, İhsan: “Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Yıl: 1990, s. 109-134.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016. (**Eren**, Borçlar Hukuku)

- Eren**, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975. (**Eren**, Uygun İlliyet)
- Fellmann**, Walter/**Kottmann**, Andrea: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bern 2012.
- Giger**, Hans: SVG Kommentar Strassenverkehrsgesetz mit weiteren Erlassen, Zürich 2014. (**Giger**, SVG Kommentar)
- Gönül Koşar**, Günhan: Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, İstanbul 2020.
- Gürsoy**, Kemal Tahir: İsviçre Hukukunda Trafik Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğun Anahatları, Ankara 1974.
- Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2015.
- Havutçu**, Ayşe/**Gökyayla**, K. Emre: Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukuki Sorumluluk, Ankara 1999.
- Honsell**, Heinrich/**Isenring**, Bernhard/**Kessler**, Martin A.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2013.
- Huguenin**, Claire: Obligationenrecht- Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2014.
- Karacan Çetin**, Hatice: Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk (Türk, İsviçre ve Alman Hukukları Karşılaştırmalı), Ankara 2016.
- Karasu**, Rauf: Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası), Ankara 2016.
- Kender**, Rayegân, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 2016.
- Kessler**, Martin A.: Basler Kommentar, Obligationenrecht I: Art. 1–529 OR, 6. Auflage 2015. (**Kessler**, Basler Kommentar)
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018.
- Kurt**, Leyla Müjde: “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 64, Sayı:3, Yıl: 2015, s. 775-814.
- Nomer**, Haluk Nami: “2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:66, Sayı:1-2-3, Yıl: 1992, s. 1-54. (**Nomer**, İşleten)
- Nomer**, Haluk Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015. (**Nomer**, Borçlar Hukuku)

- Nomer**, Haluk Nami: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996. (**Nomer**, Maddi Tazminat)
- Oftinger**, Karl/**Stark**, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht Erster Bd.: Allgemeiner Teil, Zürich 1995. (**Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht I)
- Oftinger**, Karl/**Stark**, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Band: Besonderer Teil - Zweiter Teilband: Gefährdungshaftungen: Motorfahrzeughaftpflicht und Motorfahrzeughaftpflichtversicherung, Zürich 1995. (**Oftinger/Stark**, Haftpflichtrecht II/2)
- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: II, İstanbul 2014.
- Özsunay**, Ergun: “Türk Hukukunda İşleten’in Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından Kusur’un Etkisi ve Önemi”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu 1977, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını 1980, s. 67-128.
- Roberto**, Vito: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002.
- Schwenzer**, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2016.
- Tandoğan**, Haluk: “İsviçre Hukukunda Motorlu Taşıt Aracı İşletenin Sorumluluğunun Niteliği, Şartları, Birden Fazla İşletenin Sorumluluğu ve Türk Hukuku İçin Öneriler”, Trafik Sigortası V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (25-28 Nisan 1973), Ankara 1975, s. 193-235. (**Tandoğan**, İsviçre)
- Tandoğan**, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981. (**Tandoğan**, Kusura Dayanmayan)
- Tandoğan**, Haluk: Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), (1961 Tıpkı Bası) İstanbul 2010. (**Tandoğan**, Mes’uliyet)
- Tiftik**, Mustafa: Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.
- Tunç**, Ramazan: “Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve İşletene Tanınan Genel Kurtuluş Kanıtı (I)”, Yargıtay Dergisi, Cilt:17, Sayı: 4, Yıl: Ekim 1991, s. 525-539. (**Tunç**, Kurtuluş Kanıtı-I)
- Tunç**, Ramazan: “Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve İşletene Tanınan Genel Kurtuluş Kanıtı (II)”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 1-2, Yıl: Ocak 1992, s. 169-187. (**Tunç**, Kurtuluş Kanıtı-II)



**Werro**, Franz: Commentaire romand, Code des obligations I Art. 1-529 CO, 2. édition 2012. (**Werro**, Commentaire romand)

**Yılmaz**, Hamdi: “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Kusur 100 (Yüz) Üzerinden Belirlenebilir Mi?”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Yıl: 2005, s. 295-307.

**Yücel**, Özge: Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu, Ankara 2014.

**KAMU TÜZEL KİŞİSİ KURMA İHTİYACINI  
SORGULAMAK: SİGORTACILIK VE ÖZEL EMEKLİLİK  
DÜZENLEME VE DENETLEME KURUMU ÜZERİNDEN  
BİR DEĞERLENDİRME**

*(Araştırma Makalesi)*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998051>

**Doç. Dr. Mutlu KAĞITCIOĞLU\***

**Öz**

*Sigortacılık ve özel emeklilik sektöründe idarenin denetim ve gözetim faaliyeti, merkezden yönetim tarafından yürütülmüştür. Söz konusu faaliyet, 17 Ekim 2019 tarihli Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulan bir kamu tüzel kişisine aktarılmıştır. Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu ismiyle kurulan bu kamu tüzel kişisi, idari teşkilatımızda düzenleyici ve denetleyici kurum olarak kurgulanmıştır. Bu makalede, sigortacılık ve özel emeklilik sektöründeki ekonomik kolluk faaliyeti için bir kamu tüzel kişisinin kurulma nedenleri sorgulanmıştır. Çalışmada, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kapatılan idareler ile yeni kurulan idare arasındaki farklılıklar, özellikle kamu tüzel kişiliği oluşturmanın sonuçları çerçevesinde incelenmiştir. İnceleme sonucunda, sigortacılık ve özel emeklilik sektöründe idarenin denetim ve gözetim faaliyeti için bir kamu tüzel kişiliği oluşturulması tercihinin isabetli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.*

**Anahtar Kelimeler**

*Kamu tüzel kişiliği, Sigortacılık Genel Müdürlüğü, Sigorta Denetleme Kurulu, Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu, İdari ve mali özerklik.*

\* Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Tekirdağ (mutlukagitcioglu@gmail.com), ORCID: 0000-0001-8032-0976 (Geliş Tarihi: 21.01.2021-Kabul Tarihi: 05.07.2021)

**QUESTIONING THE NEED TO ESTABLISH PUBLIC LEGAL  
ENTITY: AN EVALUATION BY THE INSURANCE AND PRIVATE  
PENSION REGULATION AND SUPERVISION AGENCY**

*(Research Article)*

**Abstract**

*In the insurance and private pension sector, the regulation and supervision activity of the administration has been carried out by central government. This activity was transferred to a public legal entity established by the Presidential decree of 19 October 2019. This public legal entity established under the name of Insurance and Private Pension Regulation and Supervision Agency was set up as a regulatory and supervisory agency in our administrative organization. In this article, the reasons for the establishment of a public legal entity for the economic police activity in the insurance and private pension sector were questioned. In the study, the differences between the administrations closed by the Presidential decree and the newly established administration were examined, especially within the framework of the results of establishing a public legal entity. As a result of the examination, it was concluded that the preference of establishing a public legal entity for the regulation and supervision activity of the administration in the insurance and private pension sector is not accurate.*

**Keywords**

*Public legal entity, General Directorate of Insurance, Insurance Supervisory Board, Insurance and Private Pension Regulation and Supervision Agency, Administrative and financial autonomy.*

## GİRİŞ

Dünyada ve ülkemizde liberal ekonomi politikalarıyla birlikte, 1980’li yıllardan başlayan bir “bağımsız idari otorite” dalgası hâkim olmuştur. Her ülkenin farklı biçimlerle ve *independent regulatory agencies, les autorités administratives indépendantes, quangos, non-departmental public bodies* gibi farklı isimlerle hayata geçirdikleri bu yeni oluşumlar, beraberinde birçok hukuki meseleyi de gündeme taşımıştır. Ülkemizde bu dalganın etkisi altında oluşturulan örgütlenme modellerinin son halkasına Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu (Bundan sonra “SÖEDDK” veya “Kurum” kısaltmasıyla ifade edilecektir.) katılmıştır. Çalışmamızda, sigortacılık ve özel emeklilik sektöründe kurulan bu Kurumun yapısal ve işlevsel özellikleri idare hukuku açısından değerlendirilmiştir. Özellikle 2017 Anayasa değişikliği sonrasında, kamu tüzel kişiliği ile düzenleyici ve denetleyici kurum olma ayrıcalıkları irdelenerek, SÖEDDK’nın hukuki varlığına ilişkin meseleler ele alınmıştır.

## I. TÜRKİYE’DE SİGORTACILIK VE ÖZEL EMEKLİLİK SEKTÖRÜNÜN İDARECE DÜZENLENMESİ VE DENETLENMESİ FAALİYETİ

### A. Türkiye’de Sigortacılık ve Özel Emeklilik Sektörünün İdarece Düzenlenmesi ve Denetlenmesinde Amaçlar

Devletin, düzenleme, denetleme ve gereğinde yönlendirme şeklindeki ekonomiye müdahale yöntemlerinin başında idarenin ekonomik kolluk faaliyeti gelmektedir. İdarenin ekonomik hayatı düzenlemesi ve denetlemesi, günümüzde idare hukukunun gelişen önemli bir kolunu oluşturan ve devletin ekonomik hayata müdahalesini yansıtan vazgeçilmez bir faaliyet alanı haline gelmiştir. Küreselleşme, neo-liberalizm, bilimsel ve teknik gelişmeler sonucunda gelişen ekonomik ilişkiler ve “*network-devlet*” haline gelen devlette, değişen kamu hizmeti ve kolluk hizmeti anlayışı idarenin ekonomik hayat içindeki görev ve yetkilerini artırmıştır. Ekonomi ve idare hukuku ilişkisi, 20. yüzyıldan itibaren pozitif hukuk metinlerinde ayrıntılı kurullarla kaynaşmaya devam etmektedir. Özel bir kolluk türü olarak, anayasal ekonomik kamu düzeninin sağlanması veya bozulan bu düzenin geri getirilmesi amacıyla idare tarafından yürütülen, özel girişim özgürlüğü başta olmak üzere hak ve özgürlüklere ve ekonomik yaşama müdahale sonucunu doğuran,

düzenleme ve denetleme faaliyetlerinin bütünü olarak tanımlayabileceğimiz<sup>1</sup> ekonomik kolluk, ciddi fon büyüklüğüne sahip para piyasaları açısından önem taşımaktadır.

Türkiye'nin finansal sisteminde bankacılık sektörünün en büyük paya sahip olduğu belirtilmelidir. Öte yandan 19. yüzyılın sonlarından itibaren gelişim gösteren sigortacılık sektörü de sosyal ve ekonomik işlemlere sahip olan ve günümüzde önemli fon büyüklüğüne sahip bir alandır. Bankacılık sektörünün ardından gelen sigortacılık sektörünün finansal piyasa içindeki payı, bu alandaki idarenin düzenleme ve denetleme faaliyetlerinin önemini artırmaktadır. Özel emeklilik ise Türkiye açısından oldukça yeni bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Mevzuat incelendiğinde özel emekliliğin içeriğine ve kapsamına dair bir açıklama veya tanımın oluşturulmadığı görülmektedir.

Özel emeklilik sistemi, devletin sosyal güvenlik açısından sağladığı emeklilik sisteminden farklı olarak katılımcının ödediği katkı paylarına dayandırılan bir emeklilik sistemidir. Sistem, ülkeden ülkeye farklı göstermekte, örneğin çalışanların tercihine bırakılabileceği gibi, zorunlu tutulduğu uygulamaları da bulunmaktadır. Finansal piyasalar açısından da önem taşıyan özel emeklilik fonları (*private pension funds*), bireylerin, düzenli olarak yaptıkları belirli tutardaki katkıların bir fonda toplanarak, profesyonel portföy yönetim ilkeleri çerçevesinde yatırıma yöneltildiği kurumsal yapılar olarak ele alınabilir<sup>2</sup>. Özel emeklilik sistemi, mevzuatta ve uygulamada bireysel emeklilik kavramı ile karşılanmaktadır. Ülkemizin sigortacılık sektöründeki geçmiş birikimine karşılık, bireysel emeklilik sistemi gelişime açık yeni bir ekonomik sektördür. Anayasa'nın 167. maddesi gereğince sigortacılık ve özel emeklilik sektöründe idarenin düzenleme ve denetleme faaliyeti, özelden finansal piyasaların genelde ise ekonomik kamu düzeninin sağlanmasını ve korunması amacını taşımaktadır. Sigortacılık ve bireysel emeklilik sektörleri, kullandıkları fonlar ve yönettikleri yatırımlar aracılığıyla finansal piyasanın önemli oyuncularını arasında sıralanabilir<sup>3</sup>. Dolayısıyla, bu

<sup>1</sup> **Kağıtçıoğlu**, Mutlu: Para Piyasası Kurumlarına Yönelik Ekonomik Kolluk Faaliyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 54.

<sup>2</sup> **Dereioğlu**, Deniz: Dünyada Özel Emeklilik Fonu Uygulamaları ve Türkiye İçin Öneriler, TÜGİAD Ekonomi Ödülleri Kitapları I, İstanbul 2001, s. 21.

<sup>3</sup> Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Faaliyetleri Hakkında Rapor'a göre, 2019 yılında sigorta şirketlere sigorta ettirenlere 129,3 trilyon TL teminat vermiş olup, bu tutar gayri safi milli hasılanın 30 katına tekabül etmektedir. Rapor'a göre bireysel emeklilik sisteminde toplam fon büyüklüğü 8,2 milyar TL'ye ulaşmıştır, Hazine ve Maliye Bakanlığı Sigorta Denetleme Kurulu, Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Faaliyetleri Hakkında Rapor, 2019, <https://www.hmb.gov.tr/sigortacilik-ve-ozel-emeklilik-raporlari> (Erişim Tarihi: 20.01.2021), s. i.

sektörlere yönelik idarenin ekonomik kolluk faaliyetinin gerek para piyasası gerekse sermaye piyasasındaki diğer ekonomik aktörler kadar önem taşıdığı belirtilmelidir.

## **B. Türkiye’de Sigortacılık ve Özel Emeklilik Sektörünün İdarece Düzenlenmesi ve Denetlenmesinde İdarenin Dönüşümü**

Para piyasalarının temelinde bankacılık sektörü olmakla birlikte özel sigorta sektörü de gelişen yapısıyla devletin müdahalesinin söz konusu olduğu özel girişim faaliyetlerini içermektedir. Özel sigortacılık alanında idarenin düzenleme ve denetleme faaliyeti, ekonomik hayata ilişkin diğer sektörlerde olduğu üzere öncelikle merkezden yönetim içinde yer alan idareler tarafından yerine getirilmiş, izlenen tercihlere göre ise yerinden yönetime aktarılmıştır.

### **1. Merkezden Yönetim (1927-1959)**

Ülkemizde bu konudaki ilk mevzuat olan 25.06.1927 tarihli ve 1149 sayılı “Sigortacılığın ve Sigorta Şirketlerinin Teftiş ve Murakabesi Hakkında Kanun” ile sigorta şirketlerinin denetiminde Ticaret Bakanının (Ticaret Vekâleti) yetkilendirildiği görülmektedir. Akabinde ise 26.06.1927 tarihli ve 1173 sayılı “Sigorta Şirketlerinin Teftiş ve Mürâkabesi Hakkındaki Kânuna Müzeyyel Kanun” çıkarılmıştır. Daha sonra 20.05.1938 tarihli ve 3392 sayılı “Sigorta Şirketlerinin Teftiş ve Murakabesi Hakkındaki 1149 sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin Tadiline ve Mezkûr Kanuna Bazı Hükümlerin İlâvesine Dair Kanun” çıkarılmıştır<sup>4</sup>. Bu kanunlar ise mülga 21.12.1959 tarihli ve 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu (İlk ismi ile “Sigorta Şirketlerinin Murakabesi Hakkında Kanun”<sup>5</sup>) ile ilga edilmiştir.

### **2. Merkezden Yönetim ve Üst Kurul: Sigorta Murakabe Kurulu (1959-1994)**

İsviçre’de uygulanan murakabe sisteminden yararlanılarak<sup>6</sup> yürürlüğe konulan mülga Sigorta Murakabe Kanunu ile özel sigortacılık alanında

<sup>4</sup> Yine bu dönemde 27.05.1939 tarihli ve 3614 sayılı “Ticaret Vekâleti Teşkilât ve Vazifelerine Dair Kanun” yürürlüğe girmiştir.

<sup>5</sup> Kanun’un ilk adı, “Sigorta Şirketlerinin Murakabesi Hakkında Kanun” iken, 11.06.1987 tarih ve 3379 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile “Sigorta Murakabe Kanunu” olarak değiştirilmiştir.

<sup>6</sup> Türkiye’de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği, Sempozyum İstanbul 19-20 Kasım 2004, Türkiye Barolar Birliği, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/sigorta-hukuku.pdf> (Erişim Tarihi: 01.03.2020), s. 77.

düzenleme ve denetleme görevi Ticaret Bakanlığına verilmiştir. Öte yandan, Sigorta Murakabe Kanunu ve Sigorta Murakabe Kurulu Tüzüğü<sup>7</sup> ile özel sigortacılık alanında bakanlık adına denetim yapmak üzere Sigorta Murakabe Kurulu kurulmuştur. 1963 yılında faaliyete başlayan Sigorta Murakabe Kurulu, Türkiye’de sigortacılık alanında faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişiler ile her türlü sigortacılık faaliyetinin denetimini yapmak üzere kurulmuştur. Öğretide Duran ve Azrak, Sigorta Murakabe Kurulunu ülkemizdeki ilk bağımsız idari otorite olarak da göstermişlerdir<sup>8</sup>.

Sigorta Murakabe Kurulunun özerk niteliği mülga Sigorta Murakabe Kanunu’nda açıkça yer almamaktadır. Mevzuatta ayrı bir tüzel kişiliği olduğu belirtilmeyen kurulun, Ticaret Bakanlığı adına murakabe etmekle görevli olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte Sigorta Murakabe Kurulu Tüzüğü’nde, bu kurulun oluşumu ve görevleri açısından getirilen düzenlemeler kurulun özerk yapısını yansıtmaktadır. Örneğin Tüzük uyarınca kurulun organizasyonun, işleyişinin ve görev dağıtımının kurul başkanı tarafından düzenlenmesi; kurulun yaptığı inceleme ve denetleme sonuçlarının bir kısmının Ticaret Bakanlığına gönderilirken bunların dışında tespit edilmiş olan noksan ve aksaklıkların ıslah veya ikmalinin, kurul başkanlığınca ilgili sigorta ortaklığı ve istihsal organlarından istenmesi söz konusudur.

18.12.1987 tarihli ve 303 sayılı “Sigorta Şirketleri Hizmetlerinin Başbakanlığa Devri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”<sup>9</sup> ile Türk ve yabancı sigorta şirketleri ile ilgili olarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığına verilmiş bulunan görev ve yetkiler Başbakanlığa devredilmiştir<sup>10</sup>. Yine benzer bir düzenleme ile 26.09.1988 tarihli ve 344 sayılı “Sigorta Murakabe Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname”<sup>11</sup> çıkarılmış olup Sanayi ve Ticaret Bakanlığına bağlı olan Sigorta Murakabe Kurulu, bu değişiklik ile Başbakanlık adına “teftiş ve murakabe” etmekle görevlendirilmiştir.

<sup>7</sup> RG. T. 12.09.1962, S. 11204.

<sup>8</sup> **Duran**, Lütfi: “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, Bağımsız İdari Otoriteler, Ed. İbrahim Kaboğlu, Alkım İstanbul 1998, s. 24; **Azrak**, A. Ülkü: “Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, Bağımsız İdari Otoriteler, Rekabet Kurumu, Ankara 2001, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/etkinlik-yayinlari/9-pdf> (Erişim Tarihi: 11.02.2020), s. 22.

<sup>9</sup> RG. T. 21.12.1987, S. 19671.

<sup>10</sup> RG. T. 25.10.1988, S. 19970. 344 sayılı KHK, 26.02.1992 tarihli ve 3779 sayılı “Sigorta Murakabe Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabulüne İlişkin Kanun” ile kanunlaşmıştır.

<sup>11</sup> RG. T. 25.10.1988, S. 19970.

### 3. Merkezden Yönetim Çatısı Altında İkili Yapı: Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulu

20.08.1993 tarih ve 510 sayılı “Sigorta Murakabe Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname”<sup>12</sup> ile Sigorta Murakabe Kurulu, Sigorta Denetleme Kurulu ismini almıştır. Ancak bu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir<sup>13</sup>.

09.12.1994 tarihli ve 4059 sayılı “Finansal İstikrar ile Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun” (İlk ismi ile “Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun”<sup>14</sup>) ile mülga Sigorta Murakabe Kanunu’nda sigorta hizmetleri ile ilgili olarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığına ve Sanayi ve Ticaret Bakanına verilmiş olan her türlü görev, yetki, sorumluluk, hak ve muafiyetten ilgili olanların, doğrudan doğruya Başbakanına, Başbakanın görevlendireceği Devlet Bakanına, Hazine Müsteşarlığına ve Hazine Müsteşarına intikal ettirilmiştir (m. 8). 4059 sayılı Kanun ile Hazine Müsteşarlığının ana hizmet birimi olarak Sigortacılık Genel Müdürlüğü kurulmuştur. Yine 4059 sayılı Kanun ile Sigorta Denetleme Kurulu, Hazine Müsteşarlığı birimleri arasında dolayısıyla Başbakanlığa dâhil edilmiştir. Bu doğrultuda, Sigorta Murakabe Kurulunun yerine oluşturulan Sigorta Denetleme Kurulu, bağımsız idari otorite olarak nitelendirilebilecek ilk örneğinden farklı olarak, merkezden yönetimin tipik bir hizmet birimi olarak öngörülmüştür.

Bu dönemde, özel sigortacılık alanında düzenleme faaliyeti Sigortacılık Genel Müdürlüğü, denetleme faaliyeti ise Sigorta Denetleme Kurulu tarafından yerine getirilmiştir. Dolayısıyla düzenleme ve denetleme faaliyeti iki ayrı çatı altında, merkezden yönetim eliyle yürütülmüştür. Öte yandan, 07.10.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu ile özel emeklilik sistemi yani bireysel emeklilik sistemine yönelik mevzuatın temeli oluşturulmuştur. Daha sonra da halen yürürlükte olan 03.06.2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, Sigorta Murakabe Kanunu’nu ilga etmiştir. Sigortacılık Kanunu’nda Sigorta Denetleme Kurulunun çeşitli görev ve yetkileri düzenlenmiştir.

<sup>12</sup> RG. T. 15.09.1993, S. 21699.

<sup>13</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 1993/45, K. 1993/47, T. 25.11.1993, RG. T. 25.11.1993, S. 21976.

<sup>14</sup> 03.06.2011 tarihli ve 637 sayılı “Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” (RG. T. 08.06.2011, S. 27958 Mük.) ile Kanun’un adı değiştirilmiştir.



2017 Anayasa değişikliği sonrasında yürürlüğe giren 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı “Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”<sup>15</sup> ile 4059 sayılı Kanun’da yapılan değişiklikle Sigortacılık Genel Müdürlüğüne ve Sigorta Denetleme Kuruluna ilişkin düzenlemeler yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklik akabinde, 1 numaralı “Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”nin<sup>16</sup> (Bundan sonra “1 numaralı CBK” ismiyle ifade edilecektir.) 219. maddesinde Sigortacılık Genel Müdürlüğüne ve Sigorta Denetleme Kurulu, Hazine ve Maliye Bakanlığının hizmet birimleri olarak sıralanmış, 226 ve 230. maddelerinde her iki idari birimin görev ve yetkileri düzenlenmiştir.

#### **4. Yerinden Yönetim: Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu**

Yakın zamanda yayımlanan 17.10.2019 tarihli ve 47 numaralı “Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”<sup>17</sup> (Bundan sonra “47 numaralı CBK” ismiyle ifade edilecektir.) ile Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulu kapatılmış ve ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olarak SÖEDDK kurulmuştur. Yine 21.11.2019 tarihli ve 7193 sayılı Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’da da SÖEDDK hakkında Sigortacılık Kanunu’na ek madde hükmü getirilmiştir. Hazine ve Maliye Bakanlığı teşkilatı içerisinde yer alan Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulu ile 1 numaralı CBK’daki ilgili düzenlemeler ise anılan mevzuat ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Sigortacılık sektöründe tüzel kişiliği haiz ayrı bir yapının oluşturulması gerektiği uzun zamandır var olan bir tartışmadır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin gerekçeleri yayımlanmadığı için SÖEDDK’nın kurulmasına ilişkin gerekçelere de ulaşmak mümkün değildir. 7193 sayılı Kanun’un madde gerekçeleri incelendiğinde yine SÖEDDK’nın ile ilgili madde gerekçelerine yer verilmediği görülmektedir. Bu konuda öne çıkan görüşler, sigorta ve bireysel emeklilik alanlarında “bağımsız” bir düzenleyici otorite

<sup>15</sup> RG. T. 09.07.2018, S. 30473 (3. Mükerrer).

<sup>16</sup> RG. T. 10.07.2018, S. 30474

<sup>17</sup> RG. T. 18.10.2019, S. 30922.

kurulması etrafında dönmüştür<sup>18</sup>. 47 numaralı CBK ile SÖEDDK'nın kamu tüzel kişisi olarak kurulması ile bu idarenin bağımsız olması yönündeki beklentileri karşılamak üzere amaçlandığı belirtilebilir.

Görüldüğü üzere öncelikle merkezi yönetim tüzel kişiliği altında kurulmakla birlikte özerk bir çalışma sistemine sahip olan Sigorta Murakabe Kurulu tarafından yürütülen sigortacılık sektöründeki ekonomik kolluk faaliyeti, sonrasında Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulu şeklinde yine tüzel kişiliği olmayan özerkliği bulunmayan hizmet birimleri ile yine merkezden yönetim tarafından yürütülmüş, yakın zamanda ise merkezden yönetimden bir kopuş ile ayrı bir tüzel kişiliği olan SÖEDDK'ya bağlanmıştır.

## II. SİGORTACILIK VE ÖZEL EMEKLİLİK SEKTÖRÜNDE YENİ ÜST KURUL İÇİN BİR SORU: NEDEN KAMU TÜZEL KİŞİLİĞİ?

Tüzel kişiler, Roma hukukundan bu yana hukuk sistemlerinin öznelere konumunda olan kurgusal varlıklardır. Bu kurgu, gerçek kişilerin oluştukları toplulukların birtakım amaçlar doğrultusunda haklara ve borçlara ehil olması talebine dayanmaktadır. Hukuk, gerçek kişilerin bu taleplerin doğrultusunda olmayan bir varlığın meşruiyetini kazanmasını sağlamıştır. Özel hukuk ve kamu hukuku sınıflandırması doğrultusunda tüzel kişiler, özel hukuk tüzel kişileri ve kamu hukuku tüzel kişileri olarak iki temel ayrımında değerlendirilebilir.<sup>19</sup> Tüzel kişiler konusunda hukuk sistemimizde yaşanan tartışmaların büyük bölümünü kamu hukuku tüzel kişiliği oluşturmaktadır. Zira

<sup>18</sup> Örneğin; “*Sigorta piyasası, Hazine Müsteşarlığı (HM) Sigorta Genel Müdürlüğü'nün ve Ekonomik İşlerden Sorumlu Devlet Bakanına bağlı olan HM bünyesindeki Sigorta Denetleme Kurulunun (SDK) yetkisi altındadır. Dolayısıyla, bu organların bağımsız oldukları söylenemez.*”, Avrupa Komisyonu tarafından açıklanan 2000 yılı Türkiye İlerleme Raporu, [https://www.ab.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye\\_Ilerleme\\_Rap\\_2000.pdf](https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2000.pdf) (Erişim Tarihi: 01.03.2020); “*Sigortacılıkta bağımsız düzenleyici kurum şart*”, <https://www.finansgundem.com/haber/sigortacilikta-bagimsiz-duzenleyici-kurum/263556>, (Erişim Tarihi: 01.09.2020); “*Sigorta sektöründe düzenleme ve denetlemeyi tek kurum sağlamalı*”, <http://www.egsigortaekspertleri.com/TR/8/112/Sigorta-sektorunde-duzenleme-ve-denetlemeyi-tek-kurum-saglamali.htm> (Erişim Tarihi: 18.12.2020); “*Bağımsız yapı ile sigorta sektörü çok hızlı gelişecek*”, <https://www.sigortamedya.com.tr/bagimsiz-yapi-ile-sigorta-sektoru-cok-hizli-gelisecek/> (Erişim Tarihi: 01.011.2020).

<sup>19</sup> Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu hukuku tüzel kişilerinin; yapıları, takip ettikleri amaç, kuruluş tarzı, faaliyet konuları ve alanları açısından öğretilen yapıyı değerlendirmeler için bkz. **Onar**, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt II, 3. Bs., İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 972.

1980'lerden sonra yaşanan ve günümüze uzanan ekonomik, sosyal ve siyasi gelişmeler özel hukuk kişiliğinden ziyade kamu hukuku tüzel kişiliğinin kavranmasında ve gelişmesinde ciddi rol oynamıştır.

Kamu hukukunun, özel hukukla olan mesafesinin daralması ve kamu hukuku sùjelerinin özel hukukla olan bağının olumlu ya da olumsuz bir biçimde artırılması, bir tüzel kişiliğın kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka mı tabi olduğunun tespitini zorlaştırır hale gelmiştir. Bu sorunların dışında, idare hukuku anlamında idarenin kamu hizmeti faaliyetlerinden çekilmesi, merkezileşme (özekelleşme) olgusunun eleştirilmesi neticesinde yerinden yönetim idarelerinin sayılarının artması, idarenin faaliyetlerinin çeşitlenmesi ile kamu tüzel kişilerinin sayıları da artmıştır. Ancak burada nicelik olarak sayıları artan kamu tüzel kişilerinin, nitelik olarak aynı etkiye sahip olup olmadığı hususu da ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

Hukuk sistemimize göre, bir tüzel kişi Anayasa tarafından kamu tüzel kişisi olarak belirlenebilir. Anayasa'da bir hüküm olmadığında, Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, "*kamu tüzel kişiliğinin, ancak kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanılarak*" kurulması testi uygulanır. Bu doğrultuda, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle bir tüzel kişi kamu tüzel kişisi olarak belirlenebilir. Öte yandan kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulan tüzel kişi için bir nitelime bulunmuyorsa, kamu tüzel kişiliğinin tespiti için içtihat ve öğreti tarafından geliştirilmiş diğer bir testin uygulanması gerekmektedir. Buna göre tüzel kişilik, kamu gücü ayrıcalıklarına ve yükümlülüklerine sahip olup olmadığı testine tabi tutulur. Pozitif metinlerden görüldüğü üzere, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulmakla birlikte özel ya da kamu hukuku tüzel kişisi olup olmadığına yönelik bir belirleme yapılmayan tüzel kişilikler bulunmaktadır. Bu nedenle ikinci testte, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan tüzel kişinin kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülükleriyle donatılıp donatılmadığına, yani özel hukuku aşan hüküm ve şartlara tabi olup olmadığına bakılır<sup>20</sup>.

İdarenin, idari fonksiyon çerçevesinde faaliyette bulunması, onun diğer özel hukuk kişilerinden farklı ve üstün bir hukuki rejimle donatılması sonucunu doğurur. Kamu tüzel kişileri, nitelikleri ve özellikleriyle bağdaştığı ölçüde, özel hukuk tüzel kişilerinin özel hukuk hükümlerine göre sahip olduğu hakları kullanabilmekte ve borçları yüklenebilmekle birlikte, kamu

<sup>20</sup> **Gözler**, Kemal: İdare Hukuku, Cilt I, Ekin Yayınevi, Bursa 2019, s. 207. Kamu tüzel kişiliğinin tespiti için farklı ölçütler de öğretide dile getirilmektedir, bkz. **İsbir**, K. Begüm: Kamu Tüzel Kişiliği, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 200 vd.

tüzel kişilerinin asıl hukuki rejimi idare hukuku kurallarıdır<sup>21</sup>. Öğretide Erkut, kamu hukukunda “ayrıcılık” kavramını, devlet organlarının ve idare cihazının tabi olduğu istisna ve üstün hukuki rejime bağlı faaliyetler ile bu nitelikteki faaliyetler sırasında üçüncü kişiler üzerinde onların iradelerinden bağımsız biçimde sonuçlar yaratabilme imtiyazı olarak tanımlamıştır<sup>22</sup>. İdarenin var oluş amacının merkezinde olan kamu yararı, idarenin kamu gücüne ve bu gücün sağladığı üstün ve tek taraflı yetkilere sahip olmasının sebebi- dir. Kamu tüzel kişileri kuruluş amaçları doğrultusunda özel hukuk tüzel kişilerinin sahip olamadığı bir statüden yararlanmaktadır. Öte yandan ayrıcalığın yani başkalarından üstün tutulma olgusunun, çeşitli yükümlülükleri ve özel hukuk tüzel kişilerinden farklı bir denetimi barındırdığı da belirtilmelidir.

Kamu gücü ayrıcalıklarını ve yükümlülüklerini sayma yoluyla tüketmek mümkün olmamakla birlikte belli başlı örnekleri öğretide sıralanmaktadır. Kamu gücü ayrıcalıkları, tek yanlı işlemler yapma yetkisi, bazı faaliyetlerin kanuni tekel olarak kamu tüzel kişiliğine tahsis edilmesi, re’sen icra, kamu malı statüsü, kamu alacaklarının tahsili ve özel koruma altında tutulması, zorunlu üyelik gibi örneklerle verilirken; kamu gücü yükümlülüklerini irade serbestisinin olmaması, sıkı denetime tabi olma, personel seçme esasları, kamu yararıyla hareket etme, kamu malının devredilmezliği gibi örneklerle açıklanmaktadır<sup>23</sup>. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuruya ilişkin bir kararında, yönetmelik çıkarma, yasak koyup uygulama, ceza verme, vergi, resim, harç, katkı ve katılma payı tarh, tahakkuk ve tahsil etme olarak “kamu gücü ayrıcalıkları ve yetkileri”ni ele almıştır<sup>24</sup>.

Dolayısıyla idare hukukunun uygulama alanını belirleyen, hukuk aleminde ortaya çıkan bir eylem veya işlemin hukuki rejiminin tespitinde kullanılan kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülükleri, bir tüzel kişinin kamu tüzel kişiliğine sahip olup olmadığını sağlayan bir ölçüt olarak ele alınmaktadır. Bu noktada, bir kamu tüzel kişininin, her kamu gücü ayrıcalığına tabi

<sup>21</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 22.12.1994, E. 1994/70, K. 1994/65-2, RG. T. 28.01.1995, S. 22185.

<sup>22</sup> **Erkut**, Celal, Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, Yenilik Basımevi, İstanbul 2004, s. 52.

<sup>23</sup> **Gözler**, s. 96-106; **Bülbül**, Erdoğan: Kamu İştirakleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 71; **Özay**, İl Han: Gün Işığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 123; **Özyörük**, Mukbil: İdare Hukuku Ders Notları, Teksir, Daktilo, Ankara 1973, s. 84; **Günday**, Metin: İdare Hukuku, 10. Bs., İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s. 78-79.

<sup>24</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 12.02.2013, Başvuru No. 2012/1327, RG. T. 22.02.2013, S. 28567.

olduğu sonucu da ortaya çıkmamaktadır<sup>25</sup>. Örneğin, 04.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun açık hükmü gereğince kamu tüzel kişisi olan vakıf üniversitelerinin kamulaştırma yetkileri bulunmamaktadır<sup>26</sup>. Yine, kanun koyucu tarafından kamu tüzel kişiliği ayrıcalıklarının kimi özel hukuk tüzel kişileri için de öngörüldüğü belirtilebilir.<sup>27</sup> Danıştay bazı kararlarında, statüsü bakımından farklılık gösteren özel hukuk tüzel kişilerinin idari işlem yapabileceğini öngörmüştür<sup>28</sup>.

Kamu yararının temsilcisi konumundaki ve idare hukukundaki yegâne hak sahipleri olan kamu tüzel kişilerinin yetkileri, artık sadece kanundan kaynaklanmamaktadır. 2017 Anayasa değişikliği sonrasında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile de kamu tüzel kişilerinin görev ve yetkileri düzen-

<sup>25</sup> Bülbül, ele aldığı Danıştay kararlarını neticesinde genel olarak, Türk hukukunda bazı kamu gücü kullanım yöntemlerinden mahrum olan ve özel olarak da kamulaştırma ve yönetmelik çıkarma gibi tek yanlı işlem yapma yetkisine sahip olmayan kamu tüzel kişiliklerinin varlığının mümkün olduğunu ifade etmiştir, **Bülbül**, s. 87.

<sup>26</sup> Bir kararında Danıştay, "... kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kamulaştırma gibi sadece Devlet ve kamu tüzel kişilerine tanınan ve yukarıda tanımlandığı gibi bir zor alam olan kamulaştırma yetkileri bulunmamaktadır." şeklindeki açıklamasıyla bu durumu teyit etmiştir, Danıştay 6. Dairesi, T. 26.03.1986, E. 1986/212, K. 1986/321.

<sup>27</sup> Özel güvenlik, araç muayenesi gibi doğrudan kamu gücünün özel hukuk kişileri tarafından kullanılmasını öngören kanunların eleştirisi ve Anayasa'nın 6. maddesine aykırılık değerlendirmeleri için bkz. **Ayaydın**, Cem: "Özel Hukuk Kişilerinin Kamu Gücü Kullanması Sorunu ile 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında Düşünceler", Yıldızhan Yayla'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2003, s. 15 vd.

<sup>28</sup> "... davalı şirkete (Türk Telekomünikasyon A.Ş.), nakle tabi personelin nakil süreci ve bu nakil sürecinde hak ettikleri parasal hakları ile ilgili olarak bazı kamusal görev ve yetkiler verildiği açıktır. Bu görev ve yetkiler nedeniyle davalı şirketin, herhangi bir özel hukuk tüzel kişisinden farklı bir hukuki statü içinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Benzer durumdaki özel hukuk tüzel kişileri ile ilgili olarak Danıştay tarafından verilen kararlarda, kamusal ayrıcalıklar ve yükümlülüklerle donatılan veya kamu kesimi ile, diğer özel hukuk tüzel kişilerinden farklı bir ilişkisi bulunan tüzel kişilerin bazı işlemlerinin, nitelikleri esas alınmak suretiyle idari işlem olarak kabul edildiği ve idari yargıda dava konusu edilmesinin olanaklı olduğunun belirtildiği görülmektedir.", Danıştay 13. İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 04.11.2013, E. 2011/1864, K. 2013/3547; "... idari karar alma yetkisi ve gücüyle donatılmış olmalarına karşılık, gerek statüleri ve gerekse teşkilatlanmaları ve yönetimleri bakımından özel hukuk tüzel kişisi olup da, kamu hizmeti gören kuruluşlar, bu hizmetleri yerine getirirlerken kamu makamı gibi hareket etmekte ve işlemleri de idare hukuku kurallarına tabi olmaktadır.", Danıştay 13. Dairesi, T. 06.02.2013, E. 2012/1871, K. 2013/276; Öze hukuk tüzel kişisi olan Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı Yönetim Kurulunun yönetmeliğinin iptali istemiyle açılan davada verilen ret kararı, Danıştay tarafından temyiz incelemesinde onaylanmıştır, Danıştay 5. Dairesi, T. 07.02.2013, E. 2012/3809, K. 2013/721; Danıştay 10. Dairesi, T. 21.01.2015, E. 2012/8916, K. 2015/80.

lenebilmektedir. Tabii burada Anayasa'nın öngördüğü sınırlamalar dahilinde bu yetkilerin tanınması gerektiği, örneğin idari yaptırım kararı alma yetkisinin kanunla verilmesi gerektiği ortadadır. Öte yandan bir kamu tüzel kişisinin, idari ve mali açıdan özerk olması, merkezden yönetimin ve çeşitli baskı gruplarının etkisi altında kalmaması gerekmektedir. Yani ayrı bir tüzel kişiliği olan idarenin; oluşumunu, hizmet teşkilatını ve personelini belirlemesi ile aldığı kararları yürütebilmesinde; kendi gelir ve giderlerini düzenlemesi ve yönetebilmesinde bir iradeye sahip olması beklenir. Ancak bu "bağımsızlık" anlamında bir irade değil, anayasal ilkeler ve kurallar doğrultusunda, idarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde "özerk" bir iradedir. Bu özerkliğin sınırları ise her kamu tüzel kişisi için aynı seviyede belirlenmemekte, ilgili mevzuat çerçevesinde bir değerlendirme yapmayı şart kılmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bir kararında açıklandığı üzere, özerkliğin hangi unsurları içermesi gerektiği ve hangi hâllerde bir kurumun özerk sayılabileceği sorularının Anayasa'da herhangi bir cevabı olmadığı gibi, kanunlarda da her duruma uyan genel ve tek bir özerklik tanımlamasının bulunmadığı görülmektedir<sup>29</sup>.

Bu açıklamalar sonrasında konu başlığımızın sorusu şu şekle dönüşmektedir: Sigortacılık ve bireysel emeklilik sektöründeki idarenin düzenleme ve denetleme faaliyetinin bir kamu tüzel kişisi tarafından yerine getirilmesinin faydası ne olacaktır? Bu soruya, SÖEDDK ile Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulu Başkanlığı arasındaki karşılaştırma üzerinden cevap aramaya çalışacağız.

#### **A. Teşkilat ve Personel Açısından Değerlendirme**

47 numaralı CBK ve Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu Teşkilat Yönetmeliği'ne<sup>30</sup> göre SÖEDDK, Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurulu (Bundan sonra "Kurul" ismiyle ifade edilecektir.) ile Başkanlık teşkilatından oluşmaktadır. Burada da düzenleyici ve denetleyici kurumlarda görmeye alışık olduğumuz kurum-kurul-başkanlık üçlemesi (Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu-Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurulu- Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurulu Başkanı) bulunmaktadır. Organların oluşumundaki görev ve yetkilere bakıldığında, Kurulun biri başkan biri ikinci başkan olmak üzere

<sup>29</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 16.01.2014, E. 2013/77, K. 2014/4, RG. T. 04.03.2015, S. 29285.

<sup>30</sup> RG. T. 16.10.2020, S. 31726.

Cumhurbaşkanı tarafından atanan beş üyeden oluştuğu görülmektedir. Üyelerin atanması açısından bakanlık bünyesinde kurulan Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulu Başkanlığı ile SÖEDDK'nın herhangi bir farkı olmadığı görülmektedir. Zira, kurumun oluşumunda tamamen merkezi idarenin iradesi söz konusudur.

Kurul, SÖEDDK'nın karar organı olarak belirlenmiştir. Öte yandan Kanun'da SÖEDDK'nın da görev ve yetkileri düzenlenmiştir. SÖEDDK, kendisine verilen görev ve yetkileri de Kurul aracılığıyla kullanacaktır. Nitekim 47 numaralı CBK'nın 18. maddesinde de SÖEDDK'nın düzenleyici işlemlerinin Kurul kararıyla yapılabileceği öngörülmüştür.

SÖEDDK'nın karar organı olan Kurul üyelerinin Anayasa'nın 128. maddesine göre diğer kamu görevlisi statüsünde olduğu belirtilebilir. Karar organı üyelerinin taşınması gereken nitelikler, 47 numaralı CBK'da ve Sigortacılık Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Diğer taraftan, 3 numaralı "Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi"nde<sup>31</sup> (Bundan sonra "3 numaralı CBK" ismiyle ifade edilecektir.) I sayılı cetveldeki düzenleyici ve denetleyici kurumların başkan ve üyelerine ilişkin getirilen genel şartların<sup>32</sup> uygulanması söz konusudur. Kanaatimizce, SÖEDDK başkan ve üyelerine ilişkin özel şartlar da getirilmelidir. Çünkü bir kamu tüzel kişiliğini somutlaştıran başkan ve üyelerin, kendilerine verilen görev ve yetkilerin gerektirdiği, öğrenim seviyesine ve mesleki tecrübeye sahip olması gerekmektedir. Örneğin diğer bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunda, kurul üyeleri için kuruluş kanununda özel şartlar düzenlenmiştir.

47 numaralı CBK'ya göre SÖEDDK'nın, hizmet birimleri ile bu birimlerin çalışma usul ve esaslarının, bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde belirtilen faaliyet alanı ile görev ve yetkilere uygun olarak kurumun teklifi üzerine Cumhurbaşkanı kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelikle belirleneceği; Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamındaki faaliyetlere ilişkin gerek

<sup>31</sup> RG. T. 10.07.2018, S. 30474.

<sup>32</sup> Atama şartları

MADDE 3- (1) Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere atanacaklarda aşağıdaki şartlar aranır:

a) 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde sayılan genel şartları taşımak.

b) En az dört yıllık yükseköğrenim mezunu olmak.

c) Kamuda ve/veya sosyal güvenlik kurumlarına tabi olmak kaydıyla uluslararası kuruluşlar ile özel sektörde veya serbest olarak en az beş yıl çalışmış olmak.

görülen yerlerde kurum merkezi dışında birimler kurabileceği öngörülmüştür. Burada hizmet birimleri ile çalışma usul ve esaslarının belirlenme yetkisinin SÖEDDK'ya değil de Cumhurbaşkanına bırakılması, idari özerklik açısından eleştirilebilir bir tercihtir. Kendi hizmet birimleri ile bu birimlerin çalışma usul ve esaslarının tüzel kişinin iradesi dışında, teklifi olmakla birlikte, merkezden yönetimin takdirine bırakılması kamu tüzel kişiliği ayrıcalığını zayıflatmıştır. Bu yönden, ayrı bir tüzel kişiliği olmayan Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulu Başkanlığı ile ayrı bir tüzel kişi olan SÖEDDK arasında bir fark görülememektedir.

47 numaralı CBK'ya göre hizmetler, Sigortacılık Uzmanı ve Sigortacılık Uzman Yardımcısından oluşan meslek personeli ile diğer personel eliyle hizmetleri yürütülmektedir. Kurum personeli, ilgili mevzuatta düzenlenen hususlar dışında 14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabidir. Cetvelde yer alan toplam kadro sayısı geçilmemek ve mevcut kadro unvanları veya 2 numaralı "Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi"nin<sup>33</sup> eki cetvellerde yer alan kadro unvanlarıyla sınırlı olmak üzere kadro sınıf, unvan ve derecelerinde değişiklik yapmaya, bu kadroların kullanılmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye ve boş kadroları iptal etmeye, kurul yetkili kılınmıştır (m. 15). Burada, personel rejimi açısından belirleme yapma yetkisinin, öngörülen koşullar altında, SÖEDDK'nın irade alanına bırakılması idari özerklikle uyumludur.

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'na göre, SÖEDDK'nın başkan ve üyeleri ile Kurum personelinin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmalar için izin verme yetkisi; başkan ve üyeler için ilişkili bakana, kurum personeli için ise başkana aittir. Kanaatimizce, başkan ve üyelerin soruşturma izninin, bakan yerine atamada yetkili olan Cumhurbaşkanına tanınması idare hukuku açısından doğru bir usul olacak idi. Ayrıca Kanun'da özel soruşturma usulünün ne sürede tamamlanacağı, kimler tarafından yürütüleceği konuları düzenlenmemiştir. Bu konulardaki belirsizlikler, hukuk güvenliği açısından sorunludur. Öte yandan Kanun'da, başkan ve üyeler ile kurum personeli hakkında görevden ayrılmış olsalar dahi görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı başlatılan soruşturma ve kovuşturmaların, ilgili üye veya personelin talebi hâlinde, kurum tarafından görevlendirilecek bir avukat tarafından takip edileceği öngörülmüştür. Bu hükmün, üyeler ve personel için, diğer memur ve kamu görevlilerine nazaran ayrıcalıklı olduğu belirtilmelidir.

<sup>33</sup> RG. T. 10.07.2018, S. 30474.



### B. Görev ve Yetkiler Açısından Değerlendirme

47 numaralı CBK'nın 3. maddesinde SÖEDDK'nın, bu Cumhurbaşkanlığı karanamesi ve ilgili mevzuatla kendisine verilen görev ve yetkileri kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak yerine getireceği ve kullanacağı; kurumun kararlarının yerindelik denetimine tabi tutulamayacağı, hiçbir organ, makam, merci veya kişi kurumun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremeyeceği hükme bağlanmıştır. Yine kurumun, bu Cumhurbaşkanlığı karanamesi ve ilgili mevzuat çerçevesinde sahip olduğu mali kaynakların görev ve yetkilerinin gerektirdiği ölçüde, kendi bütçesinde belirlenen usul ve esaslar dahilinde serbestçe kullanacağı kabul edilmiştir. Kanun'daki bağımsızlık aslında özerklik kavramını işaret etmektedir. Çünkü, bir kamu tüzel kişiliğinin bağımsız olduğunu nitelemek mevcut idari teşkilatımıza ilişkin anayasal ilkelerle uyumamaktadır. Anayasa Mahkemesi, idarenin Anayasal temelini oluşturan 123. maddesindeki kurallar dışında bütünlüğünü bozabilecek kendine özgü idari yapılanmalara izin verilmesinin olanaklı olmadığına, Anayasa'nın 3. maddesinde vurgulanan üniter devletin özellikleri de bu tür yapılanmalarla bağdaşmadığına bir kararında dikkate çekmiştir<sup>34</sup>.

Dolayısıyla söz konusu düzenlemeler ilk bakışta, SÖEDDK'nın faaliyetlerinde özerk olduğunun kanun koyucu tarafından kabulüne işaret olarak yorumlanabilir. 47 numaralı CBK'nın 3. maddesindeki bu kuralların tek başına okunduğunda, SÖEDDK'nın merkezi yönetimin hiyerarşisi ve idari vesayet denetimi dışında tutulma iradesini yansıttığı ifade edilebilir. Bu açıdan hiyerarşi denetimi altındaki Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulundan farklılık olduğu belirtilmelidir. Zira kamu tüzel kişiliğinin sağladığı kamu gücü ayrıcalıklarından en tipik olan hiyerarşi denetimi dışlanmıştır. Öte yandan kanun koyucu burada idari vesayet denetimini de minimum düzeyde öngörmüştür. Ancak çalışmamızda yer vereceğimiz üzere, 47 numaralı CBK'nın 3. maddesinin tek başına bir değeri bulunmamaktadır. 47 numaralı CBK yanında, diğer mevzuat hükümleri de incelendiğinde 3. maddeyi tek başına bir değerlendirmenin isabetli olmadığı görülecektir.

SÖEDDK'nın görev ve yetkileri, Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulu Başkanlığının sahip olduğu görev ve yetkilerinin bir devamı olarak düzenlenmiştir. Nitekim 47 numaralı CBK'nın "*Kurum görev ve hizmetlerinin yürütülmesi ile devir işlemleri*" başlıklı geçici 2.

<sup>34</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 30.11.2007, E. 2006/61, K. 2007/91, RG. T. 23.02.2008, S. 26796.

maddesinde bu konu düzenlenmiştir. Diğer taraftan kurumun, görev ve yetkilerinin kaynağı arasına 47 numaralı CBK'nın eklenmesi 2017 Anayasa değişikliğinin bir sonucudur.

47 numaralı CBK'nın "Düzenleme yetkisi" başlıklı 18. maddesine göre SÖEDDK, "bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve ilgili diğer mevzuat uyarınca görev, yetki ve sorumluluk alanına giren konularda Kurul kararıyla düzenleyici işlemler yapabilir." Bu hüküm yanında, Kurulun çalışma ve usul ve esaslarının düzenlendiği 8. maddenin 8. fıkrası dikkat çeken bir düzenlemedir;

*"Kurulun düzenleyici kararları, tekemmül etmesinden itibaren en geç yedi işgünü içinde Bakanlığa ve yayımlanmak üzere Cumhurbaşkanlığına gönderilir. Bu kararlar gönderildiği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde Resmî Gazete'de yayımlanır. Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde öngörülen hükümler saklı kalmak üzere, denetleyici nitelikteki kararlar Kurumun resmi internet sayfasında kamuya duyurulur. Kurul, yayımlanması ülke ekonomisi ve kamu düzeni açısından sakıncalı olan denetleyici nitelikteki kararların yayımlanmamasına karar verebilir."*

Bu düzenlemeye göre, Kurulun yetkisi sadece ülke ekonomisi ve kamu düzeni açısından sakıncalı olan denetleyici nitelikteki kararların yayımlanmamasına karar verilmesinde görülmektedir. Bunun dışındaki düzenleyici işlemler, bakanlığa ve Cumhurbaşkanlığına gönderilecektir. Kurulun çıkarcığı düzenleyici işlemlerin bakanlık ve Cumhurbaşkanlığına gönderilmesi, idari karar alma özerkliğini sınırlandırıcı bir yaklaşımdır.

### C. Bütçe Yönetimi Açısından Değerlendirme

SÖEDDK, 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda uyarınca "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar"ın sıralandığı III sayılı cetvelde sıralanmıştır. III sayılı cetvel altında merkezi yönetim bütçesine dahil olan SÖEDDK, 5018 sayılı Kanun'un belirli maddelerine tabi kılınmıştır. 47 numaralı CBK'da kurumun, bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve ilgili mevzuat çerçevesinde sahip olduğu mali kaynaklarını görev ve yetkilerinin gerektirdiği ölçüde, kendi bütçesinde belirlenen usul ve esaslar dahilinde serbestçe kullanacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla bir mali özerklik yaklaşımı benimsenmiştir. Yine aynı Cumhurbaşkanlığı kararnamesine göre, Kurumun gelirlerinin giderlerini karşılaması esastır (m. 16). Kurum bütçesi, 5018 sayılı Kanun'da belirlenen usul ve esaslara göre

hazırlanmakta ve kabul edilmektedir<sup>35</sup>. Bu düzenlemelerin, bakanlık bünyesinde kurulan Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulu Başkanlığı ile SÖEDDK arasındaki en önemli farklılıklardan biri olduğu belirtilmelidir.

Sigortacılık Kanunu'nda SÖEDDK'ya ilişkin farklı konular içeren uzun bir madde eklenmiştir. Kanun'un ek 5. maddesinde, “*Kurumun malları, varlıkları, hak ve alacakları Devlet malı hükmündedir, haczedilemez ve rehnedilemez.*” hükmü de yer almaktadır. Bu hüküm, ayrı bir kamu tüzel kişiliği olmanın verdiği bir ayrıcalık olarak düşünülebilir mi? Cevap olumlu olsa da bakanlık bünyesinde kurulan Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulu Başkanlığı da bakanlık üst teşkilatı altında zaten aynı ayrıcalığa sahip olmuştur.

#### D. Denetim Açısından Değerlendirme

47 numaralı CBK'nın “*Şeffaflık ve hesap verebilirlik*” başlıklı 17. maddesinde SÖEDDK'nın denetimine yönelik düzenlemeler getirmiştir. Buna göre kurum hem merkezden yönetime hem de yasama organına bilgi vermek durumundadır. Kurumun faaliyetleri hakkındaki yıllık rapor, raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın mayıs ayı sonuna kadar Cumhurbaşkanına sunulur ve kamuya açıklanır. Kurum, faaliyetleri ile ilgili olarak yılda bir defa TBMM Plan ve Bütçe Komisyonuna bilgi verir ve sigortacılık ve özel emeklilik sektörlerinde yaşanan önemli gelişmelere ve sektör göstergelerine ilişkin altı aylık süreli raporlar yayımlar. Kurul tarafından yapılan düzenlemeler, değişiklikleri de içerecek şekilde sürekli olarak güncellenmek suretiyle kurumun resmi internet sayfasında yayınlanır. Kurum tarafından hazırlanan raporların biçim ve içerikleri ile usul ve esasları kurulca belirlenir. Kurumun idari ve mali faaliyetleri ile ilgili sorgulanabilmesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. SÖEDDK'nın bütçeyi kullanması açısından parlamentoya bilgi vermesi makuldür. Öte yandan merkezden yönetime rapor sunması mali özerklik yönünden tartışılabilir. Bu açıdan, bakanlık bünyesinde kurulan Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulu Başkanlığı ile SÖEDDK arasında bir fark olmadığı belirtilebilir. Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulu Başkanlığı, kamu tüzel kişiliğine sahip olmamakla birlikte bakanlık bünyesinde olduğu için zaten bakanlığın bilgi verme ve rapor sunma görevinin bir parçası olmuşlardır.

<sup>35</sup> Öte yandan, 5018 sayılı Kanun'da, düzenleyici ve denetleyici kurumların üçer aylık dönemler itibarıyla oluşacak gelir fazlalarının, her üç ayda bir izleyen ayın onbeşine kadar genel bütçeye aktarılacağı öngörülmüştür.

Kurumun dış denetimi yanında iç denetimi de söz konusudur. 47 numaralı CBK'ya göre iç denetim, kamu iç denetimine ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirilir. Kamu iç denetimi, 5018 sayılı Kanun'da düzenleyici ve denetleyici kurumlar hariç olmak üzere genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri açısından uygulanmaktadır. Dolayısıyla, 5018 sayılı Kanun doğrudan uygulanmamakla birlikte, SÖEDDK bu düzenlemeleri dikkate alarak bünyesinde bir iç denetim sistemi kurmak durumundadır.

### **E. Genel Bir Değerlendirme**

Yukarıda detaylı olarak yaptığımız incelemeler neticesinde, SÖEDDK ile Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulu Başkanlığı arasında özerklik yönünden büyük bir fark olmadığı belirtilmelidir. Bir kısım teşkilat, personel ve mali açıdan SÖEDDK'nın sahip olduğu özerkliğin, onun kamu tüzel kişiliği olarak kurgulanmasının temel sebebi olmadığı açıktır. Sigortacılık ve özel emeklilik sektöründe faaliyet gösterecek olan bir kamu tüzel kişinin düzenleyici ve denetleyici kurum olarak tasarlanması, Kurumun en geniş şekilde faaliyetleri açısından özerkliğinin sağlanması, hiyerarşi denetimine tabi olmaması, idari vesayet denetiminin daraltılması ve kamu gücü ayrıcalıklarına sahip kılınması ile açıklanabilir. Ancak, Kurumun kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülükleri bakımından, merkezden yönetim altında yer alan Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulu Başkanlığı ile ciddi farklılıklar içeren düzenlemelere tabi olmadığı belirtilmelidir. Burada belki de tek farkın mali sorumluluk noktasında gündeme geleceği, SÖEDDK'nın eylem ve işlemlerinden doğan zararlarda tüzel kişiliğin kendisinin sorumlu olacağı eklenmelidir. Yine ayrı bir tüzel kişilik olması sonucunda eylem ve işlemlere karşı açılan davalarda davalı taraf, devlet tüzel kişiliği yerine Kurumun kendisi olacaktır. Ancak sorumluluk ve davada taraf olabilme yeteneği hususları için ayrı bir kamu tüzel kişiliği oluşturma ihtiyacına sorgulanır niteliktedir. Zira özel bir bütçesi olmakla birlikte kamu kaynaklarını kullanan her bir kamu tüzel kişinin teşkilat, personel ve mal anlamda hazineye getireceği maddi yük de üzerinde düşünülmesi gereken bir husustur. Dolayısıyla, faaliyetlerde özerklik meselesi etrafında tespit ettiğimiz sorunlar, sigortacılık ve özel emeklilik sektöründe ayrı bir kamu tüzel kişisi kurulmasının faydası noktasında olumsuz bir cevap ortaya çıkarmaktadır.

### III. KAMU TÜZEL KİŞİLİĞİNİN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ İLE KURULMASININ ORTAYA ÇIKARDIĞI MESELELER

Anayasa'nın 104. maddesine göre Cumhurbaşkanı üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler. Bu hüküm çerçevesinde çıkarılan 3 numaralı CBK'ya göre, düzenleyici ve denetleyici kurumların başkan ve üyeleri I sayılı cetvelde yer alıp, Cumhurbaşkanı kararıyla dört yıl süreyle atanırlar. Atama şartları ise kamu tüzel kişiliğinin kurulduğu 47 numaralı CBK'da değil, 3 numaralı CBK'da düzenlenmiştir.

47 numaralı CBK'ya göre başkanlığın veya üyeliğin herhangi bir sebeple boşalması halinde, boşalan başkanlığa ve üyeliğe Cumhurbaşkanı tarafından bir ay içinde atama yapılır. 3 numaralı CBK'ya göre de başkan ve üyelerin boşalması hâlinde cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan tarafından görevlendirme yapılabilecektir. Bu durumda, başkanlık veya üyeliğin boşalması halinde, görevlendirme yapmanın süre sınırı bir aydır. Ancak, atamayı Cumhurbaşkanı yaparken, görevlendirmeyi Cumhurbaşkanı yardımcısının yapması usulde ve yetkide paralellik ilkesi ile uyumlu değildir. Bu ilkeye uyumluluk aranmıyorsa kanımızca burada, atama yapıncaya kadar SÖEDDK'nın kendi içerisindeki bir üyeyi görevlendirebilmesi idari özerkliğe daha uygun bir yaklaşım olabilirdi.

SÖEDDK'nın içinde bulunduğu hizmet yönünden yerinden yönetim idarelerinin ortaya çıkışlarının temelinde, teknik ve uzmanlık gerektiren alanlardaki ihtiyacın merkezi idare tarafından yeterince karşılanmadığı olgusu yer almaktadır. Böylece devlet birtakım faaliyet alanını tüzel kişilik verdiği ve de aynı zamanda denetlediği bu kurumlara bırakmıştır. Tüzel kişilik olmanın getirdiği hak sahipliği neticesinde, hizmet yönünden yerinden yönetim idareleri de bir hareket serbestisine sahip olmak durumundadır. Özerklik olarak ele aldığımız bu serbestinin doğuracağı keyfilik ise anayasal ilke ve kurallara dayanan bir dikenli tel ile çevrelenmiştir. Öğretide Sosyal özerkliğin, keyfiliğe dönüşmesini önleyen en güçlü dengenin, dışarıdan denetleme olanakları yaratmak olmadığını, doğrudan doğruya kuruluşun kendi üyelerine de özerk bir çalışma ortamı sağlayarak “özerkliği bölüştürmek” olduğunu vurgulamıştır<sup>36</sup>. Ancak, 3 numaralı CBK uyarınca, SÖEDDK'nın başkan ve üyelerinin görev süresi, atandıkları tarihte görevde bulunan

<sup>36</sup> Soysal, Mümtaz: “Anayasa Diyalektiği Açısından Özerk Kuruluşların Görevi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 4, 1969, s. 122.

Cumhurbaşkanının görev süresini geçmemektedir. Cumhurbaşkanının görevi sona erdiğinde, bu kişilerin görevi de sona ermektedir. Görev süreleri sona erenler, yeniden atanabilmekte; bu kişiler, görev süreleri sona ermeden de Cumhurbaşkanınca görevden alınabilmektedir. Burada görev süresinin atama yapan iradenin görev süresi ile kayıtlanması, idari özerkliğin geri planda bırakıldığını işaret etmektedir. Anayasa’da her ne kadar Cumhurbaşkanına üst kademe kamu yöneticilerini atama ve görevden almaya dair verdiği yetki, bu yöneticilerin görev süresinin merkezden yönetimin görev süresi ile bağlanması şeklinde genişletilmesi kamu tüzel kişiliği açısından soru işaretleri yaratmaktadır. Bu durumda, idari özerklik açısından bakanlık bünyesinde kurulan Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulu Başkanlığı ile SÖEDDK arasında bir fark kalmadığı belirtilebilir.

Ayrıca personel rejimi açısından Cumhurbaşkanlığı kararnamesi dışında, Sigortacılık Kanunu’nda SÖEDDK’ya ilişkin bir madde eklenmiştir. Kanun’un ek 5. maddesi, kurumun başkan ve üyelerinin yemin usulü ile başkan yardımcısı, daire başkanı ve grup başkanı kadrolarına atanacaklarda aranan şartları düzenlemiştir. Anayasa’nın 128. maddesinin 2. fıkrası gereğince, bu konulardaki düzenleme Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile değil kanun ile yapılmıştır. Kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasındaki bu yetki paylaşımı esasen mutlak değildir. Bir kamu tüzel kişinin başkan ve üyelerinin atama şartları Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile belirlenirken, başkan yardımcısı, daire başkanı ve grup başkanı kadrolarına atama şartlarının kanun hükmü ile belirlenmesi söz konusudur. Aslında bu tespit, 2017 Anayasa’nın 104. maddesindeki değişikliğin sebep olduğu hukuki sorunu ve devlet teşkilatındaki karmaşayı göstermektedir. Sigortacılık Kanunu’nun ek 5. madde ayrıca başkan, üye ve kurum personelin sosyal ve ekonomik hakları ile tabi oldukları yükümlülükleri düzenlemiştir. Yine bu ek maddede kurumun gelirleri de düzenlenmiştir. Kurumun gelirleri hem 47 numaralı CBK’da hem Kanun’da düzenlenmiştir. Bu çift başlılığın pozitif metinlerde yeknesaklığı sağlamadığı ortadadır.

Konuyla ilgili olarak 10 numaralı “Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”<sup>37</sup> de önemli bir düzenleme içermektedir. Buna göre, “İnceleme üzerine Resmî Gazete’de yayımlanacak düzenlemeler” başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde, bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından hazırlanan ve Resmî Gazete’de yayımlanmak üzere gönderilen yönetmelik, tebliğ ve diğer düzenleyici idari işlemlere ilişkin taslakların Anayasa’ya, kanunlara, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine, genel

<sup>37</sup> RG. T. 15.07.2018, S. 30479.

hukuk kurallarına, Cumhurbaşkanı programı ile kalkınma plan ve programlarına uygunluğu yönünden inceleneceği öngörülmüştür. Maddenin ikinci cümlesinde, üniversiteler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından hazırlanan ve Resmi Gazete’de yayımlanmak üzere gönderilen yönetmelik, tebliğ ve diğer düzenleyici idari işlemlerin ise Anayasa ve diğer mevzuata uygunluğu yönünden inceleneceği belirtilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, yapılan inceleme sonucunda uygun bulunmayan veya hukuka aykırı olduğu tespit edilen taslaklar kurumuna iade edileceği de kabul edilmiştir. 6. maddenin söz konusu düzenlemeleri uyarınca, üniversiteler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları için bir idari vesayet denetiminin söz konusu olduğu ifade edilebilirken, bunların dışında kalanlar için bir hiyerarşi ve idari vesayet denetiminin söz konusu olduğu söylenebilir. Zira, 6. maddenin 2. fıkrasına göre, düzenleyici işlemlere ilişkin taslaklar için hukukilik denetimi yanında yerindelik denetimi de söz konusudur. Madde düzenlemesinde, düzenleyici ve denetleyici kurumlara yönelik bir istisna getirilmemesi sebebiyle, SÖEDDK’yı 6. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde geçen “kamu kurum ve kuruluşları”ndan kabul etmek gerekmektedir. Dolayısıyla, 47 numaralı CBK’nın 18. maddesindeki düzenleme yetkisinin, başka bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile “uygunluk yönünden” denetime tabi tutularak sınırlandırılması söz konusudur<sup>38</sup>. Bu durumda da tüzel kişiliği olan veya olmayan idareler arasında düzenleme yetkisi bakımından bir fark bırakılmadığı ifade edilebilir.

SÖEDDK’nın, düzenleme yetkisi doğrudan 47 numaralı CBK ile düzenlenmekle birlikte Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrası gereğince, sosyal ve ekonomik haklar Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sınırlanamaz. Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca sosyal ve ekonomik haklar başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında temel hukuki enstrüman kanundur. Bu durumda 47 numaralı CBK’da, “*Ülke sigortacılığının ve özel emeklilik uygulamalarının gelişmesi, sigortalıların ve katılımcıların korunması için tedbirler almak, bu tedbirleri bizzat uygulamak veya ilgili kuruluşlara uygulatmak ve uygulanmasını izlemek*” yönünde SÖEDDK’ya verilen görev ve yetki üzerinde düşünülmelidir. Zira idari tedbirler ve idari yaptırımlar konusu idare hukuku açısından halen güncel tartışmaların giderilmediği bir alandır. 30.03.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler

<sup>38</sup> Anayasa Mahkemesi ise 10 numaralı CBK’nın 6. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “...uygun bulunmayan veya...” ibaresinin konu bakımından yetki ve içeriği itibarıyla Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine oyçokluğuyla karar vermiştir, Anayasa Mahkemesi, T. 18.03.2021, E. 2018/127, K. 2021/18, RG. T. 17.06.2021, S. 31514.

Kanunu'nun temel kanun olarak öngörülmesi sebebiyle; idari tedbir ve idari yaptırım kavramlarının ortaya konulmadığı, yargısal denetimin idari yargı yerine adli yargı olarak tercih edildiği, idari tedbir ve idari yaptırımların yargısal denetiminde uygulanacak hukuki yaklaşımın belirsiz bir tablo ile karşılaşılmaktadır. Mevzuatta, idari tedbir olarak öngörülen bazı idari kararların idari yaptırım olarak yoruma açık düzenlemeler vardır. 47 numaralı CBK'da SÖEDDK'nın uygulayacağı idari tedbirlerin idari yaptırım niteliğinde ortaya çıkması halinde, bu tedbir kararının kanuna dayanmaması hukuki bir sorun olarak karşımıza çıkabilecektir. Öte yandan, Sigortacılık Kanunu'nda idari tedbirlerin ve idari yaptırımların Hazine ve Maliye Bakanlığı (Müsteşarlık veya Bakan olarak geçmektedir) tarafından uygulanacağı öngörülmüştür. Bu takdirde, SÖEDDK, idari yaptırım kararı veremeyecek midir? Ya da SÖEDDK, Sigortacılık Kanunu'na göre idari tedbir kararı veremeyecek midir? Sigortacılık Kanunu bu yönden halen değiştirilmemiştir.

#### IV. DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLARIN KURULMA AMAÇLARININ GÜNCELİĞİNİ YİTİRMESİ AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME

Altyapısı 19. yüzyıla dayanmakla birlikte, ülkemizde düzenleyici ve denetleyici kurumlar yaklaşık kırk yıldır uygulamada olan bir örgütlenme modelidir. Tek taraflı olarak bağlayıcı karar alma ve uygulama gücünü devletin tek elinden çıkarma eğiliminin artması ile “politika”nın etiketlendiği her şeyden ciddi bir kaçınmanın görünümü olan “depolitizasyon”un yaygınlaşması, “bağımsız” olarak kurgulanan farklı örgütlenmelerin devlet aygıtının karşısına çıkarılması, 1980’li yıllardan itibaren bir fenomene dönüşmüştür. “İskelet devlet”i yarattığı da ifade edilen<sup>39</sup> ve prototipi olmayan bu örgütlenmelerin gerek anglo sakson sisteminin gerekse idari rejimin uygulandığı ülkelerde farklı ilkeler üzerine oturtulduğu belirtilmelidir<sup>40</sup>. Ülkemizde ayrı bir tüzel kişilik olarak ilk örneğinin oluşturulduğu 1981’den bu yana

<sup>39</sup> **Wilson**, David: “Quangos in the Skeletal State”, Parliamentary Affairs, Volume 48, Issue 2, 1995, s. 181-191.

<sup>40</sup> **De Somer**, Stéphanie: Autonomous Public Bodies and the Law: A European Perspective, Edward Elgar Pub., UK 2017, s. 15 vd.; **Verhoest**, Koen/**Van Thiel**, Sandra/**Bouckaert** Geert/**Lægneid** Per, Government Agencies: Practices and Lessons from 30 Countries, Palgrave Macmillan, UK 2012, s. 18 vd.; **Yseult**, Marique: “The Rule-Making Powers of Independent Administrative Agencies (‘QUANGOS’), Electronic Journal of Comparative Law, Volume 11, No. 3, 2007, s. 1-41, <http://www.ejcl.org/113/article113-30.pdf> (Erişim Tarihi: 19.12.2020).



(Sermaye Piyasası Kurumu) mevzuat açısından bir dönüşüm sürecinden geçmişlerdir.

Mevzuatımızda düzenleyici ve denetleyici kurumlar olarak isimlendirdiğimiz yapıların, ilk çıkış amaçlarının dünyadaki fenomen anlayışla kurgulandığı mevzuat ise günümüze kadar değişimler geçirmiştir. Bu değişimin sonucunda ise depolitizasyon amacının azaldığı ve özerkliğin yerine merkezîyetçiliğin yoğunlaştığı görülmektedir<sup>41</sup>. Örneğin, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kanunu'nun ilk halinde karar organlarının üyeleri için 18.06.1999 tarihli ve 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nda karma bir seçim ve atama usulü kabul edilmiş idi. Yürürlükte olan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda ise atama usulü tamamen yürütme organının iradesine bağlanmıştır. SÖEDDK için de üyelerin bir kısmının seçiminde, siyasi etki-den muaf kurum ve kuruluşları tarafından nitelikli kişilerin aday gösterilmesi ve bu adaylar arasından yürütme organı tarafından atama yapılması bir öneri olarak düşünülebilirdi. Ancak, gerek 2017 Anayasa değişikliği öncesindeki mevzuat hükümleri<sup>42</sup>, gerekse değişiklik sonrasında Anayasa'nın açık hükmü gereği üyelerin atama usulünde tek tip bir yöntem tercih edilmiştir.

SÖEDDK için yukarıda bahsettiğimiz görev süresinin, Cumhurbaşkanının görev süresi ile sınırlandırılması, düzenleyici ve denetleyici kurumların kuruluş amaçları düşünüldüğünde karar organlarının üyelerinin güvenceli çalışma esasını zedeleyici bir tercihtir. 3 numaralı CBK'da, "*görev süreleri sona ermeden de Cumhurbaşkanınca görevden alınabilir*" şeklindeki kural da bu yönde bir düşünceye sevk etmektedir.

Yine yukarıda 47 numaralı CBK'nın 3. maddesinin tek başına değerlendirilmesinin isabetli olmadığını belirtmiştik. Zira gerek 47 numaralı CBK'da gerekse diğer mevzuatta incelediğimiz üzere SÖEDDK'nın merkezden yönetimin yoğun bir etkisi altında olduğu ve idari vesayet denetimin dışında tutulmadığı görülmüştür. Oysa düzenleyici ve denetleyici kurumların ülkemizde ortaya çıkışlarının amacı, bu üst kurumların hiyerarşi dışında ve

<sup>41</sup> Öğretide Sezer, bu kurumlarının kanunlarının "yamalı bohça" görüntüsünde olduğunu ifade etmiştir, **Sezen**, Seriy: Türk Kamu Yönetiminde Kurullar: Geleneksel Yapılanmadan Kopuş, TODAİE, Ankara 2003, s. 129.

<sup>42</sup> Mülga 28.07.1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda SPK; Bakanlar Kurulunun atayacağı ilgili bakanlıkça önerilecek dört aday arasından iki, Maliye Bakanlığı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, BDDK, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği tarafından önerilecek ikişer aday arasından birer kişi olmak üzere, Bakanlar Kurulu kararıyla atanacak yedi üyeden oluşurken; yürürlükteki 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda SPK üyelerinin Bakanlar Kurulu tarafından atanması söz konusudur.

de özellikle idari vesayet denetiminin yapılmadığı kurumların oluşturulmasıydı. Öyle ki öğretide kimi eserlere ve Danıştay kararlarına baktığımızda bu kurumların idari vesayet denetimine tabi tutulamayacağı yönünde değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir;

*“Ülkemizde son yıllarda merkezi idare yapılanmasının dışında üst kurullar kurulmaya başlanmıştır. Öncelikle bu kuruluşlar özerk olup Devlet tüzel kişiliğinin dışında ayrı birer kamu tüzel kişisi olarak kurulmuşlardır. Ayrıca, bağımsız kuruluş olduklarından tesis ettikleri idari işlemler merkezi idare makamlarının hiyerarşik ve vesayet denetimine tabi tutulmamıştır. Üst kurulların bağımsız yapılarına uygun olarak kuruluş yasalarında bunların Başbakanlık yada diğer bakanlıklarla ‘ilişkilendirildikleri’ görülmektedir. Yasa koyucu tarafından yapılan bu nitelendirme idari vesayeti içinde barındırmaması nedeniyle üst kurulların özerk ve bağımsız yapılarına da uygun düşmektedir.*

*... idarenin sahip olduğu ve kullandığı yetkiler de, üst kurulların özerk ve bağımsız yapılarına ters düşmemelidir. Bu noktada belirtmek gerekir ki merkezi idarenin üst kurulların kural olarak karar organları (organik) ile işlemleri üzerinde (işlevsel) denetim yetkisi bulunmamalıdır. Diğer bir anlatımla, üst kurulların ‘regülasyona’ ilişkin kararlarının merkezi idarenin müdahale alanının dışında kalması bu kurulların özerklik ve bağımsızlıklarının doğal bir sonucudur. Bunun dışındaki konularda ise merkezi idarenin yapacak olduğu denetimin her somut olayda yargı organınca ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.”<sup>43</sup>*

Terminolojik anlamda bir kaosu da barındıran ve üst kurul/özerk kurul/regülasyon kurumu/bağımsız idari otorite/düzenleyici ve denetleyici kurum vs. farklı nitelendirmelerle ele alınan bu “ithal” kurumların merkezden yönetim ile olan ilişkileri hassas bir zemine sahiptir. Çünkü bu kurumların ayrı bir kamu tüzel kişiliği olarak kurgulanmaları, bu ilişkilerin diğer kamu kurumlarına nazaran daha kopuk olması, dolayısıyla siyasetin veya diğer aktörlerin keyfi ve popülist etkisinin bertaraf edilmesi anlayışı ile ortaya çıkmıştır. Devlet aygıtı kurumsal bir bağlantısı olmakla birlikte “çekirdek idare”den farklı şekilde dizayn edilen bu yapılar, seçilen politikacılara göre

<sup>43</sup> Danıştay 5. Dairesi, T. 07.11.2008, E. 2006/532, K. 2008/5466. **Duran**, s. 4; **Gözübüyük**, A. Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar, 10. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 339; **Günday**, Metin: Bağımsız İdari Otoriteler, Panel, Rekabet Kurumu, Ankara 2001, s. 73; **Akıncı**, Müslüm: Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999, s. 103.

belirli bir özerklikle kendisine emanet edilen görevleri yerine getirirler<sup>44</sup>. Düzenleyici ve denetleyici kurumların, Anayasa'nın 123. maddesinde belirtilen “*idarenin bütünlüğü*” ilkesine aykırılık oluşturmayacak şekilde dizayn edilmesi gerektiği de açıktır. Ancak güncel manzaraya baktığımızda, bu kurumların ayrı bir kamu tüzel kişiliği olarak kurgulanmalarındaki amaçların şeklen dahi korunmadığı, diğer kamu tüzel kişilerine nazaran ayrıcalıklı bir statülerinin esasen de ortada kalmadığı görülmektedir.

Bir idareye özerkliğin ancak kamu tüzel kişiliği tanınarak sağlanması, ülkemizin merkezîyetçi ve geleneksel bürokratik bir geleneğinin parçası olmuştur. Ancak, ayrı bir tüzel kişilik olmadan da devlet tüzel kişiliği altında özerk yapıların oluşturulabilmesine anayasal bir engel bulunmamaktadır. Örneğin Fransa'da 20.01.2017 ve sayılı n° 2017-54 tarihli kanun (organik kanun) ile 26 bağımsız otorite, 19 bağımsız idari otorite (*autorités administratives indépendantes*) ve 7 bağımsız kamu otoritesi (*autorités publiques indépendantes*) olarak sıralanmış olup, bunlardan bağımsız kamu otoritelerinin ayrı bir tüzel kişiliği bulunmaktadır<sup>45</sup>. Soysal'ın ifade ettiği üzere, tarafsızlık, özerk davranışları gerektirecek kadar önemli ve zor bir tutum olmadığından, özerk olmadan da tarafsız olunabilir<sup>46</sup>. Düzenleyici ve denetleyici kurumların mali açıdan da özerkliğe sahip olması gerektiğine ilişkin yaygın görüşün aksine Tan, düzenleyici kurulların kendi bütçelerini özerk biçimde yapmaları ve kendilerinin özel gelir kaynakları bulunmasını özerkliğin olmazsa olmaz koşulu gibi görmek ve bunun bir uzantısı olarak da personele verilecek ücretler başta olmak üzere mali konularda serbest hareket olanağına sahip olmaları gerektiğini savunmanın isabetli bir yaklaşım olmadığı kanısındadır<sup>47</sup>. Dolayısıyla SÖEDDK'nın kurulması tercihi yerine, Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulunun yapısında ve görevlerinde bir değişiklik ile de SÖEDDK'nın kuruluş amaçları sağlana-

<sup>44</sup> De Somer, s. 8.

<sup>45</sup> Fransa'da bu kuruluşların büyük çoğunluğunun tüzel kişiliği haiz olmadığını yaklaşık yirmi yıl önceki çalışmada belirten Duran, Türkiye'de bu türe sokulabilecek pek azı merkezî idare içinde devlet dairesi biçiminde yapılandırıldığını (Diyanet İşleri Başkanlığı, Sahil ve Hudutlar Sağlık Genel Müdürlüğü, Sigorta Murakabe Kurulu), buna karşılık tüzel kişiliğe sahip olan yakın tarihlerde oluşturulan Sermaye Piyasası Kurulu, Radyo Televizyon Üst Kurulu, Rekabeti Koruma ve Tüketicinin Korunması Kurulları oldukça bağımsız yetkilerle donatılmış bağımsız idari otorite sayılabileceğini açıklamıştır, Duran, s. 6.

<sup>46</sup> Soysal, Mümtaz: “İki Kavram: Özerklik ve Tarafsızlık”, Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiye Birliği Vakfı Yayınları, Ankara 1988, s. 447.

<sup>47</sup> Tan, Turgut: “Bağımsız İdari Otoriteler ve Düzenleyici Kurumlar”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 35, Sayı 2, 2002, s. 20.

bilirdi düşüncesindeyiz. Nitekim, 2002 yılında düzenleyici ve denetleyici kurum olarak kurulan Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu 2017 yılında kapatılarak, görev ve yetkileri Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığına aktarılmıştır.

2017 Anayasa değişikliği öncesindeki bir mevzuat değişikliği de düzenleyici ve denetleyici kurumların özerklik dönüşümünde bir göstergedir. Örneğin, 27.09.1984 tarihli ve 3046 sayılı Bakan Yardımcılarının Mali Hakları ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'un 19/A maddesinin 1. fıkrasında 2011 yılında yapılan bir değişiklik ile

*“Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dâhil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir.”*

cümlesi eklenmiştir. Bu düzenlemenin III sayılı cetvelde yer alan düzenleyici ve denetleyici kurumların özerklik alanını daralttığı ifade edilebilir. Bu hüküm ile merkezden yönetimin idari vesayet yetkisi, sınırları belirsiz ve geniş bir içerikle bu kurumlar üzerinde kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bir kararında belirttiği üzere özerk statüye sahip kurumların oluşturulmasının amacı, bunlara genel idare içinde ayrıcalıklı veya dokunulmaz kılmak değil, onların özellik gösteren işlevlerini çoğulcu demokrasi anlayışı içinde ve daha iyi biçimde yerine getirmelerini sağlamaktır<sup>48</sup>. Nitekim bu kurumların, siyasi otorite ile ilişkileri ile kamuoyunda tartışılmıştır. Öğretide Akıncı'nın ifade ettiği üzere, bu örgütlenme biçimlerinde kurumsal bağımsızlığı sağlayan güvence olan özerkliğin dışa yansıyan kısmı “ilişkisel yön”de belirlemekte olup; bu özerklik, yargılama, karar alma, danışma, soruşturma gibi etkinliklerde başkalarının irade beyanlarına bağımlı kalmamalarını gerektirmektedir<sup>49</sup>.

Bu itibarla, aslında bu kurumları “bağımsız” bir idari otorite olarak düşünmek sorunlu bir yaklaşımdır. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar da yasamanın ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile de yürütmenin asli ve ilk el düzenleme yetkisinin kapsamındadır. Güncel mevzuat değerlendirildiğinde bu kurumların idari ve mali özerkliklerinin, merkezden yönetimin iradesinden bağımsız olarak karar alma yetkilerini sağlayıp sağlamadığı tartışmalı haldedir. Sonuç olarak bu kurumların özerklik açısından, diğer hizmet yönünden yerinden yönetimde yer alan kamu kurumlarından hiçbir farkı

<sup>48</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 01.06.2005, E. 2004/60, K. 2005/33, RG. T. 23.03.2006, S. 26117.

<sup>49</sup> Akıncı, s. 123.

olmadığı belirtilmelidir. Nitekim 4 numaralı CBK'dan da görüleceği üzere, kamu kurumu niteliğindeki hizmet yönünden yerinden yönetim idarelerinin pek çoğu için de idari ve mali özerkliğe sahip olduğu ayrıca öngörülmüştür<sup>50</sup>. Dolayısıyla dünyadaki örneklerine nazaran, bu örgütlenme modelinin ülkemiz yönetiminde bir karmaşa yaratmadıkları güncel anlamda ortaya koyulabilir. Tabi ki faaliyet gösterdikleri alana göre, bu kurumların farklı görev ve yetkilerinin bulunduğu, diğer kamu kurumlarında olmayan birtakım istisnai yetkilerle donatıldıkları da söylenebilir. Ancak bu kurumların, yegâne var oluş sebeplerinden olan çok geniş özerklik ekseninden ayrıldıkları da ortadadır<sup>51</sup>.

İdarenin bütünlüğü ilkesinin sağlanması amacıyla SÖEDDK'nın başkanlıkla ilişkilendirilmesi, bu kamu tüzel kişinin siyasal sorumluluğunu taşıması sebebiyle gereklidir<sup>52</sup>. Bununla birlikte, özerk tüzel kişiliğin yönetiminde ve hizmetlerini görmesinde yürütme organına yetki tanınmasının özerklik ile bağdaşamayacağı; zira özerkliğin, aslında, yürütmenin etki alanından uzak tutulması öngörülen kamu hizmetleri için söz konusu olan bir yönetim biçimi olduğu da ifade edilmelidir<sup>53</sup>. SÖEDDK'nın kuruluş amacı olarak, özellikle ekonomi alanında siyasetin olumsuz etkilerinin uzaklaştırılması ve uzmanlık gerektiren bir alanda özerk ve tarafsız karar alınabilmesi talepleri sıralanabilir. Ancak kamu tüzel kişiliği olarak kurulan SÖEDDK üzerinde, sınırlı ya da "*hafif*" bir idari vesayet denetiminin değil tipik bir idari vesayet denetiminin söz konusu olduğu da sabittir. Dolayısıyla, 47 numaralı CBK'da SÖEDDK'nın idari ve mali özerkliği olduğu ifadesinin gerek aynı metinde gerekse diğer pozitif hukuk metinlerinde bir karşılığı olmadığı ifade edilebilir.

<sup>50</sup> Avrupa Birliği Eğitim ve Gençlik Programları Merkezi Başkanlığı "idari ve mali özerkliğe sahip" (m. 68) Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu için "idari ve mali özerkliğe sahip" (m. 582); Türkiye İş Kurumu için "idari ve mali bakımdan özerk" (m. 615); Türk Akreditasyon Kurumu için "idari ve mali özerkliğe sahip" (m. 630), vs.

<sup>51</sup> Benze şekilde, son yıllarda bu kurumlarla ilgili mevzuatta yapılan önemli değişikliklerle birlikte bu kurumların ilk kuruldukları tarihlere göre farklı bir görünüme sahip oldukları ifade edilmiştir, Sever, D. Çiğdem: "Türkiye'de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 64, Sayı 1, 2015, s. 233.

<sup>52</sup> Kanunda ilgili/ilişkili bakan deyimlerinin eski alışkanlıkların sürdürülmesinde kaynaklanan ve bu kurumlar üzerinde vesayet ifade edici terimler olduğu da belirtilmiştir, Karacan, İhsan: "Özerk Kurumların Özerkliği", Rekabet Dergisi, Sayı 8, 2001, s. 38.

<sup>53</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 15.10.1968, E. 1967/37, K. 1968/46, RG. 02.07.1969, S. 13243.

## SONUÇ

Türkiye’de özellikle ekonomik hayata ilişkin olarak gerek devlet tüzel kişiliği altında gerekse diğer kamu tüzel kişilerinin altında farklı kuruluş biçiminde ve isimlerle (konsey, şura, müdürlük, vs.) örgütlenmeler hep olmuştur. Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulu da bu şekilde, devlet tüzel kişiliği altında bir arada bulunan yapılar olarak sigortacılık ve bireysel emeklilik sektöründe düzenleme ve denetleme faaliyetlerini yürütmüşlerdir. 47 numaralı CBK ile bu iki örgütlenme biçimine son verilerek, kamu tüzel kişiliği etiketi ile yeni bir üst kurul olan SÖEDDK oluşturulmuştur. Bu çalışmada, SÖEDDK’nın kuruluşuna ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi başta olmak üzere ilgili mevzuat değerlendirildiğinde, bu faaliyetlerin ayrı bir kamu tüzel kişiliği altında yürütülmesinin gerekliliği sorgulanmıştır. Ulaştığımız sonuç açısından bakıldığında, kamu tüzel kişisi olmanın sağladığı ayrıcalıkların pek azının bu kurumda bulunduğu ve özerklik açısından değerlendirildiğinde olumsuz tespitlere mahal verecek pek çok düzenlemeye tabi olduğu görülmektedir. 2017 Anayasa değişikliği öncesinde, düzenleyici ve denetleyici kurumların özerklik yönünden yaşadığı gerilemenin, 2017 Anayasa değişikliği sonrasında da değişmediği belirtilmelidir. Üstelik, kamu tüzel kişiliğinin yapısına ve işleyişine dair getirilen yeni düzenlemelerin sadece düzenleyici ve denetleyici kurumları değil, kamu gücü ayrıcalıkları konusunda tüm kamu tüzel kişilerini etkilediği söylenmelidir. Bu açıdan, belirli bir birikime sahip Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sigorta Denetleme Kurulunun kaldırılmasının, kamu tüzel kişiliği teorisi ve kamusal kaynakların doğru kullanımı açısından fayda getiren bir tercih olmadığı düşüncesindeyiz. Bizce, ayrı bir kamu tüzel kişilik oluşturulması yerine, bu iki köklü yapının merkezden yönetim içinde tek bir çatı altında birleştirildiği bir örgütlenme modeli tercih edilebilirdi. Zira yeni üst kurulun, özellikle karar alma ve kararı uygulamada merkeziyetçi etkiden uzak kalması, mevzuat açısından mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla, sigortacılık ve bireysel emeklilik sektöründeki idare anlayışının yeni baştan ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu doğrultuda, Türk idari teşkilatında oluşturulacak bir kamu tüzel kişisinin “gerçek” bir ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı, yasama ve yürütme organı tarafından üzerinde düşünülmesi gerekli bir konudur. Bu konuyu çözümenin ilk adımının, kamu tüzel kişiliğini etkisizleştiren mevzuatın yenilenmesi ve merkezden yönetim ile yerinden yönetim arasındaki anayasal dengenin yeniden kurulması ile atılabileceği düşüncesindeyiz.

**KAYNAKÇA**

- Akıncı**, Müslüm: Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999.
- Avrupa Komisyonu tarafından açıklanan 2000 yılı Türkiye İlerleme Raporu, [https://www.ab.gov.tr/files/AB\\_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye\\_Ilerleme\\_Rap\\_2000.pdf](https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2000.pdf) (Erişim Tarihi: 01.03.2020).
- Ayaydın**, Cem: “Özel Hukuk Kişilerinin Kamu Gücü Kullanması Sorunu ile 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun’a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında Düşünceler”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2003, s. 125-59.
- Azrak**, A. Ülkü: “Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, Bağımsız İdari Otoriteler, Rekabet Kurumu, Ankara 2001, s. 19-27, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/etkinlik-yayinlari/9-pdf> (Erişim Tarihi: 11.02.2020).
- “*Bağımsız yapı ile sigorta sektörü çok hızlı gelişecek*”, <https://www.sigortamedya.com.tr/bagimsiz-yapi-ile-sigorta-sektoru-cok-hizli-gelisecek/> (Erişim Tarihi: 01.011.2020).
- Bülbül**, Erdoğan: Kamu İştirakleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004.
- De Somer**, Stéphanie: Autonomous Public Bodies and the Law: A European Perspective, Edward Elgar Pub., UK 2017.
- Derelioğlu**, Deniz: Dünyada Özel Emeklilik Fonu Uygulamaları ve Türkiye İçin Öneriler, TÜGİAD Ekonomi Ödülleri Kitapları I, İstanbul 2001.
- Duran**, Lütfi: “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, Bağımsız İdari Otoriteler, Ed. İbrahim Kaboğlu, Alkım, İstanbul 1998, s. 24-31.
- Erkut**, Celal: Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, Yenilik Basımevi, İstanbul 2004.
- Gözler**, Kemal: İdare Hukuku, Cilt I, Ekin Yayınevi, Bursa 2019.
- Gözübüyük**, A. Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar, 10. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- Günday**, Metin: Bağımsız İdari Otoriteler, Panel, Rekabet Kurumu, Ankara 2001, s. 73-79.
- Günday**, Metin: İdare Hukuku, 10. Bs., İmaj Yayınevi, Ankara 2011.
- Hazine ve Maliye Bakanlığı Sigorta Denetleme Kurulu, Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Faaliyetleri Hakkında Rapor, 2019,

<https://www.hmb.gov.tr/sigortacilik-ve-ozel-emeklilik-raporlari> (Erişim Tarihi: 20.01.2021).

**İsbir**, K. Begüm: Kamu Tüzel Kişiliği, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

**Kağıtçıoğlu**, Mutlu: Para Piyasası Kurumlarına Yönelik Ekonomik Kolluk Faaliyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

**Karacan**, İhsan: “Özerk Kurumların Özerkliği”, Rekabet Dergisi, Sayı 8, 2001, s. 3-62.

**Onar**, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt II, 3. Bs., İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

**Özay**, İl Han: Gün Işığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.

**Özyörük**, Mukbil: İdare Hukuku Ders Notları, Teksir, Daktilo, Ankara 1973.

**Sever**, D. Çiğdem: “Türkiye’de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 64, Sayı 1, 2015, s. 195-236.

**Sezen**, Seriya: Türk Kamu Yönetiminde Kurullar: Geleneksel Yapılanmadan Kopuş, TODAİE, Ankara 2003.

“*Sigortacılıkta bağımsız düzenleyici kurum şart*”,

<https://www.finansgundem.com/haber/sigortacilikta-bagimsiz-duzenleyici-kurum/263556>, (Erişim Tarihi: 01.09.2020).

“*Sigorta sektöründe düzenleme ve denetlemeyi tek kurum sağlamalı*”,

<http://www.egesigortaekspertleri.com/TR/8/112/Sigorta-sektorunde-duzenleme-ve-denetlemeyi-tek-kurum-saglamali.htm> (Erişim Tarihi: 18.12.2020).

**Soysal**, Mümtaz: “Anayasa Diyalektiği Açısından Özerk Kuruluşların Görevi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 4, 1969, s. 111-124.

**Soysal**, Mümtaz: “İki Kavram: Özerklik ve Tarafsızlık”, Bahri Savcı’ya Armağan, Mülkiye Birliği Vakfı Yayınları, Ankara 1988, s. 443-448.

**Tan**, Turgut: “Bağımsız İdari Otoriteler ve Düzenleyici Kurumlar”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 35, Sayı 2, 2002, s. 11-37.

Türkiye’de Sigorta Hukukunun Sorunları ve Geleceği, Sempozyum İstanbul 19-20 Kasım 2004, Türkiye Barolar Birliği, <http://tbbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/sigorta-hukuku.pdf> (Erişim Tarihi: 01.03.2020).



**Verhoest, Koen/Van Thiel, Sandra/Bouckaert, Geert/Lægreid, Per:** Government Agencies: Practices and Lessons from 30 Countries, Palgrave Macmillan, UK 2012.

**Wilson, David:** “Quangos in the Skeletal State”, Parliamentary Affairs, Volume 48, Issue 2, 1995, s. 181-191.

**Yseult, Marique:** “The Rule-Making Powers of Independent Administrative Agencies (‘QUANGOs’)”, Electronic Journal of Comparative Law, Volume 11, No. 3, 2007, s. 1-41, <http://www.ejcl.org/113/article113-30.pdf> (Erişim Tarihi: 19.12.2020).

**OSMANLI DEVLETİ'NDEN  
LOZAN'A KARANTİNA TEŞKİLATLANMASI:  
YENİ BİR KAPİTÜLASYON MUYDU?**

*(Araştırma Makalesi)*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998057>

**Doç. Dr. Sevtap METİN\***

**Öz**

*Osmanlı Devleti, tarihi boyunca nüfusunu kıırma uğratan birçok salgın hastalıklara ve bunun sosyal-ekonomik etkilerine maruz kalmıştır. Bununla birlikte Osmanlı klasik döneminin sonuna kadar bu mücadelede sistemli bir karantina uygulamasına başvurulmamıştır. Bunun dini gerekçeleri de olduğu görülmekle birlikte 19. yüzyıl başında veba ve hemen hemen eş zamanlı olarak ortaya çıkan kolera pandemisi, salgın hastalıklarla mücadelede bir dönüm noktası olmuştur. Sultan II. Mahmud döneminde sağlık alanını da içine alan modernleşme reformları içerisinde karantina teşkilatının kurumsal yapısının temellerinin atıldığını ve bir kurul teşkil edildiğini görmekteyiz. Ardından Sultan Abdülmecid döneminde bu meclise, Osmanlı Devleti sınırlarını salgın hastalıkların bulaştığı kapı olarak nitelendiren Batı devleti temsilcilerinin de oy hakları dahil daimî katılımları gerçekleşmiştir. Koleranın Avrupa'ya yayılmasında bilhassa Hicaz bölgesinin işaret edilmesi ve karantina meclisindeki sayıca üstünlük ile beraber Batılı devletlerin gittikçe artan müdahalesi, sağlık alanında bir kapitülasyona dönüşmüştür. Nitekim salgın hastalıklarla mücadelede devletler arası iş birliğinin geliştirilmesi amacıyla gerçekleştirilecek bir dizi milletlerarası sağlık konferansına katılan Osmanlı Devleti, bu müzakerelerde de tartışmaların merkez konularından biri olmayı sürdürecektir. Osmanlı Devleti, bu konferanslarda alınan kararlar doğrultusunda deniz ve kara karantina uygulamaları ile ilgili de hukuk düzeninde gerekli düzenlemeleri yapmıştır. Bu amaçla karantina tedbirlerine riayet etmeyenlere uygulanmak üzere hazırlanan Ceraim-i Sıhhiye adında özel bir ceza kanunu yanında gemi ve eşyalardan alınacak olan Karantina Rüşum Tarifesi'ni yürürlüğe koymuştur.*

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul (sevtapm@istanbul.edu.tr), ORCID: 0000-0002-5961-5216 (Geliş Tarihi: 17.05.2021-Kabul Tarihi: 07.06.2021)

**Anahtar Kelimeler**

*Karantina, Meclis-i Tahaffuz, Karantina Rüsüm Tarifesi, Ceraim-i Sihhiye, Uluslararası Sağlık Konferansları, Sağlık Kapitülasyonları, Lozan Konferansı*

**QUARANTINE ORGANIZATION FROM THE OTTOMAN EMPIRE  
TO LAUSANNE: WAS IT A NEW CAPITULATION?**

*(Research Article)*

**Abstract**

*Throughout its history, the Ottoman Empire has been subjected to many epidemics and its social-economic effects. However, a systematic quarantine application was not applied in this struggle until the end of the Ottoman classical period. Although this appears to have religious reasons, the plague at the beginning of the 19th century and the cholera pandemic, which occurred almost simultaneously, have been a turning point in the fight against epidemics. We see that the foundations of the institutional structure of the quarantine organization were laid and a board was formed within the modernization reforms that included the field of health during the reign of Sultan Mahmud II. Then, during the reign of Sultan Abdulmecid, permanent participation of representatives of the western state, including voting rights, took place in this Council, which described the borders of the Ottoman Empire as the gateway to epidemics. The increasing intervention of Western States has become a capitulation in the field of health, especially with the pointing of the Hejaz region in the spread of cholera to Europe and the superiority of the number in the quarantine assembly. As a matter of fact, the Ottoman Empire, which participated in a series of international health conferences aimed at improving interstate cooperation in the fight against epidemics, will continue to be one of the central topics of discussion in these negotiations. In line with the decisions taken in these conferences, the Ottoman Empire also made the necessary arrangements in the legal order regarding sea and land quarantine practices. For this purpose, it has enacted a special penal code called Ceraim-i Sihhiye, which is prepared to be applied to those who do not comply with quarantine measures, as well as the Quarantine Tariff to be taken from ships and goods.*

**Keywords**

*Quarantine, Supreme Council of Health (Meclis-i Tahaffuz), Ceraim-i Sihhiye (Sanitary Crime Act), International Sanitary Conferences, Lausanne Conference of 1922-1923 and Lausanne Peace Treaty, Sanitary Capitulations*

## GİRİŞ

*“Çiçek hastalığı, dünyayı öyle büyük bir güçle sarmıştır ki, Kızılderililerin kültüründe açtığı politik yaralar hâlâ iyileşmemiştir. Veba ise, feodalizmin sonunu getirmiş bu da kapitalizmin tohumlarının atılmasına sebep olmuştur. Sıtma hastalığının da yayılması köle ticaretiyle birlikte hızlanmıştır. Salgın hastalıklarla dolu geçmişimizi unutmamız olmanıza rağmen Dördüncü Atlı hâlâ dilediği zaman hayatlarımıza girebilmektedir. Ölümcül salgınların yok olmadığının en büyük kanıtı AIDS'tir.”*

Ya da günümüzde olduğu gibi COVID-19... Nikiforuk'un vebayı anlattığı Maşherin Dört Atlısı kitabından bu alıntıyı günümüz için güncelleştirerek böyle de diyebiliriz. Lakin bu çalışmanın konusu, bugün karşı karşıya olduğumuz küresel salgının geleceğe etkilerini ele almak olmayıp, aksine geçmişe yöneliktir. Bu amaçla kendi coğrafyamızın tarihine yani Osmanlı Devleti'nin 19.yüzyıldan başlayarak salgın yapan bulaşıcı hastalıklara karşı aldığı tedbirlerin incelenmesine odaklanılacaktır. Bununla birlikte tifo, sıtma, tifüs, frengi gibi bulaşıcı hastalıklar üzerinde değil, coğrafyamıza sıklıkla uğrayan veba ama özellikle de 19. yüzyılda karşı karşıya kalınan kolera salgınları nedeniyle ilk defa sistemli şekilde uygulanmaya başlanan karantina teşkilatı ve bunun idari yapılanma süreci üzerinde durulacaktır. Zira bugünü anlamak ve geleceğin yönünü kestirmek için öncelikle geçmişe bakmakla başlayabiliriz. Konuya giriş için ise evvela geçmişte hem en yıkıcı olduğu hem de önce deniz karantinaları ile başlayan mücadele tedbirlerinin alınmasına etkili olmuş veba ve kolera hakkında kısa bir açıklıktan sonra hukuki yapılanmaların açıklanmasına geçilecektir.

## I. TARİHTE VEBA VE KOLERA SALGINLARININ İSTANBUL VE OSMANLI DEVLETİ'NE YANSIMASI

### A. Veba

Tarihte üç büyük pandemi<sup>1</sup> yani kitlesel salgın halinde görülen veba<sup>2</sup> salgınlarından ilki, İstanbul ile bağlantılı anılmaktadır. İstanbul'un da ilk büyük veba epidemisi olan bu birinci dalga pandemi, Doğu Roma İmparatoru Jüstinyen döneminde başladığı için *Jüstinyen Vebası* olarak anılır. Kökenlerinin Doğu Asya'da olduğu tahmin edilen salgın, İskenderiye'den o yıllarda 600.000 kişinin yaşadığı İstanbul'a Nisan 542'de gelir. İstanbul nüfusunun % 40'ını yani 240.000 kişiyi yok ettiği tahmin edilen bu salgında<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> Salgın hastalıkların ortaya çıktıkları yerden başka bir yerde görülmesine endemi denirken, birçok bölgede şiddetli bir şekilde görülmesine epidemiyi, kıtalararası yayılma özelliği taşımasına ise pandemi denilmektedir.

<sup>2</sup> Veba, *Yersinia pestis* adı verilen bakterinin lenf düğümlerine saldırması sonucu; kasıklarda, koltuk altında ya da boyunda ağrılı şişler yaratan bir enfeksiyon hastalığıdır. Veba hastalığı, mikroorganizmanın vücuda giriş şekline ve yerleşmesine göre: hıyarcık (bubon) vebası, akciğer vebası (veba pnömonisi), veba sepsisi gibi çeşitli türlere ayrılmakla birlikte en bilineni ve yaygın hıyarcıklı vebadır. Bubonik (hıyarcıklı) veba, karakteristik belirtisi olan ve hıyarcık adı verilen şişler, vücutu karartıp siyah lekeler oluşturduğu için "kara veba-kara ölüm" adıyla anılmıştır. Kedi, keçi, geyik ve deve gibi memeli hayvanlar veba hastalığını taşıma özelliğine sahip olmakla birlikte hastalığın insanlara taşınması bağlamında asıl ortakçı kemirgenler öne çıkmaktadır. İnsan topluluklarına yakın yaşayan ortakçı kemirgenlerden en yaygın olan sıçanlar vebadan etkilendiklerinde, üzerlerindeki eklem bacaklı parazitleri yoluyla enfeksiyon insanlara geçebilmektedir. Osmanlı toplumunda taun hastalığının karşılığı olan bu hastalık, fareler ve onların taşıdığı pirelerle insanlara taşınmaktaydı. Anadolu coğrafyasında hastalığın adını söyleyerek davet etmemek adına "yumurcak," "yumrucak," "oymaca," gibi isimlendirmelere de rastlanmaktadır. **Varlık**, Nükhet: "Osmanlılarda Veba Salgınları", Toplumsal Tarih Dergisi, Sayı: 296, 2018, s. 30-36; **Ayar**, Mesut: "1900 İzmir ve 1901 İstanbul Salgınları Bağlamında Vebanın XX. Yüzyıl Başlarında Osmanlı İmparatorluğu'nda Devam Eden Etkisi", History Studies, Cilt: 2, Sayı: 2, 2010, s. 173-188; **Turna**, Nalan: "İstanbul'un Veba ile İmtihanı: 1811-1812 Veba Salgını Bağlamında Toplum ve Ekonomi", Studies of the Ottoman Domain, Cilt: 1, Sayı: 1, Ağustos 2011, s. 1, 3; **Ağır**, Sevda: "Osmanlı'da Karantina Uygulama Süreçleri ve Tepkiler (1865-1914)", Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2020, s. 11-18.

<sup>3</sup> **Yıldırım**, Nuran: "İstanbul'da Sağlık Hayatı", Editör: Coşkun Yılmaz, Antik Çağ'dan XXI. Yüzyıla Büyük İstanbul Tarihi Cilt: IV, İSAM 2015, s. 92, 94; **Yıldırım**, Nuran: İstanbul'un Sağlık Tarihi, İstanbul Üniversitesi Projesi, 2010, s. 54.

"Jüstinyen veba salgınının 565 yılında İstanbul'da tekrar görüldüğü ve 10.000 kişinin öldüğü" bilgisi için ise bkz. **Akyay**, Necmettin: "Türkiye'de Veba Salgınları ve Veba Hakkında Eski Yayınlar", Mikrobiyoloji Bülteni, Cilt: VIII, Sayı: 2, Nisan 1974, s. 209-219.

kentte ölüleri gömecek yer kalmayınca cesetler çürümeye terk edilmiş ya da dalgaların akıntısına bırakılan kayıklara üst üste fırlatılmıştı<sup>4</sup>.

Avrupa tarihçiliğinde Kara Ölüm diye bilinen salgın (1346-53), İkinci Pandemi'nin başlangıcı olarak kabul edilir. Jüstinyen Vebası'na neden olan bakterinin farklı bir alt-türünün neden olduğu ve Güneydoğu Asya'dan başlayan kara veba, 1330'lü yıllarda Çin'de görülmesinin ardından 1346 yılında Kırım'a; oradan da ticaret gemileri yoluyla İstanbul'a ve tüm Avrupa kıtasına yayılır. Kara Veba, Batı ve Güney Avrupa'da 17. yüzyıl sonu, 18. yüzyıl başlarına kadar, Doğu Akdeniz ve Osmanlı İmparatorluğu'nda ise 1840'lara kadar sık sık ortaya çıkarak büyük nüfus kayıplarına neden olmaya devam edecektir. Avrupa nüfusunun üçte biri olduğu tahmin edilen 25.000.000 kişiyi yok eden Kara Veba'nın küresel ölçekte ise 75 milyon kişinin ölümüne neden olduğu bilinmektedir<sup>5</sup>. İstanbul, 15., 16., ve 17. yüzyıllar boyunca veba tarafından kuşatılmış ve önemli can kayıpları vermiştir<sup>6</sup>. İstanbul'da 1811 yılının sonlarında ortaya çıkan ve 1813 yılının başlarında biten veba salgını sırasında da İstanbul halkı birçok zorlukla karşılaşır. Özellikle vebanın etkisinin arttığı 1812 yılı boyunca şehirde yiyecek ve yakacak odun kıtlığı yaşanır, fırın önlerinde ekme kuyrukları oluşur, pahalılık ve yanı sıra yağma olayları artar<sup>7</sup>. Hastalık oluşmasında pislik etkisi göz önüne alınarak sokakların, meskenlerin, hanların temiz tutulması, havanın kirletilmemesi için dönemin padişahı II. Mahmud fermanlar çıkarır. Bu emirler üzere Haliç'ten Tophane'ye kadar olan yerlerdeki ve Galata civarındaki bekâr odaları ortadan kaldırılır<sup>8</sup>. Veba salgınının İstanbul ekonomisi üzerinde birçok farklı etkileri görülür<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Jüstinyen Vebası önemli siyasal gelişmelere de yol açmıştır. Bu sonuçlardan biri; veba yüzünden büyük nüfus kaybına uğrayan ve ekonomisi darbe alan Bizans Devleti'nin zayıf düşmesinin, Arap yarımadasında vebadan daha az etkilenen İslam ordularının Suriye ve Mısır'a doğru hızla yayılabilmelerini kolaylaştırmasıdır. **Pamuk**, Şevket: "Tarihte Küresel Salgınlar ve Sonuçları", 9 Nisan 2020, Sarkaç, <https://sarkac.org/2020/04/tarihte-kuresel-salginlar-ve-iktisadi-sonuclari>, Erişim Tarihi 10 Aralık 2020.

<sup>5</sup> **Pamuk**, <https://sarkac.org/2020/04/tarihte-kuresel-salginlar-ve-iktisadi-sonuclari>; **Yıldırım**, İstanbul'da Sağlık, s. 94.

<sup>6</sup> Nüfusunun o dönemde 500.000 civarında olduğu tahmin edilen İstanbul'da 1803 yılındaki veba salgınında 150.000, 1811-1812 yıllarında etkili olan salgında en az 100.000, 1822'de 150.000 ve 1836-1837 yıllarındaki veba salgınında ise yaklaşık olarak 25.000 kişinin öldüğü tahmin edilmektedir. En korkunç veba salgınlardan biri olan 1822 İstanbul salgınında, günde 2500-3000 cenazenin gömüldüğü belirtilmektedir. **Akyay**, s. 209-219.

<sup>7</sup> **Turna**, s. 1-2.

<sup>8</sup> Fermandan öte, vebanın yayılmasına neden olduğu düşünülen bazı mekânlar, İstanbul sakinleri tarafından günah keçisi ilan edilmişti. Bu mekânlardan biri de; zina ve fuhsun

Üçüncü Pandemi'nin başlangıcı kabul edilen ve 1894'te Hong Kong'ta patlak veren veba salgını, deniz taşımacılığı ile limandan limana hızla yayılarak on yıl gibi kısa bir süre içinde dünyanın dört bir yanına taşınmıştır<sup>10</sup>. Üçüncü dalgada vebanın -Hindistan'dakiler istisna- kurbanları artık çok sınırlı bir sayıda kalmaktaydı. Nitekim 1900 İzmir<sup>11</sup> ve 1901 İstanbul veba salgınlarında meydana gelen vaka ve ölüm sayıları, dikkat çekici bir şekilde oldukça düşüktür. Bunda, bir dereceye kadar Osmanlı sağlık otoritelerinin karantina ve dezenfeksiyon uygulamaları yanı sıra hıyarçıklı veba basilini keşfeden *Yersin*'in<sup>12</sup> geliştirdiği serumun kullanılması etken olmuştur.

kaynağı olduğu düşünülen Bahçekapısı semtinde bekâr odalarının bulunduğu Melek-girmez Sokağı idi. Buradaki bekâr odaları gibi Galata'daki kalyoncu odaları, Tahtakale ve Asmaaltı'ndaki bekâr odaları da yıkıldı. Bekâr odalarının sakinleri, başkalarınınca ibret alınması için Yeniçeri Ağası'nın bulunduğu Ağa Kapısı'na gönderildiler ve orada idam edildiler. **Uludağ**, Osman Şevki: "Son Kapitülasyonlardan Biri: Karantina", BELLETEN, Cilt: II, Sayı: 7-8, 1938, s. 445-446; **Sarıyıldız**, Gülden: Hicaz Karantina Teşkilatı (1865-1914), Türk Tarih Kurumu, 1996, s. 7.

Kırâmı kattâl olarak da anılan bekâr odalarının yıkılması olayıyla birlikte şehirde önemli bir mekânsal dönüşümün başladığı iddiası da dikkati çeken bir husustur. **Turna**, s. 27-28.

<sup>9</sup> Ölümünden dolayı vergi mükelleflerinin sayısında azalmalar sonucu İstanbul cizye gelirlerinde ciddi anlamda bir düşüş yaşanması bu etkilerden biridir. **Turna**, s. 29-30.

<sup>10</sup> Dünya Sağlık Örgütü'ne göre 1960'ta sona erdiği kaydedilse de günümüzde ortaya çıkan veba vakaları Üçüncü Pandemi'nin uzantısı olarak değerlendirilmektedir. **Varlık**, s.30.

<sup>11</sup> Veba, iyi beslenemeyen zayıf organizmalarda daha etkili bir hastalık olmasının yanında İzmir'de alt sınıftan insanlar seçmesi; ev ve sokaklarda çorap ve ayakkabı giymeden dolaşılması ile bağlantılandırılır. Ayrıca salgınlar sırasında yoksullar, veba kadar tehlikeli olan açlık tehdidiyle de karşı karşıya kalmaktaydı. Karantinalar nedeniyle duran ticaretin sonucunda işsiz kalan yoksulların açlık tehdidiyle karşı karşıya gelmesi, İzmir'in tüccar ve zenginlerini hırsızlık, yağmacılık ve benzer olayların artacağı endişesine düşürmüştü. Nitekim bu endişeleri doğrularcasına 16 Haziran günü açlıktan isyan eden birkaç yüz amele toplanarak belediye binasına gelince vali, İstanbul'a; 'yarın binlercesinin kapıya dayanmasından çekindiğini' haber verecektir. Üstüne üstlük bir de Rum ameleler metropolitliği basınca, metropolitin önerisiyle bir yardım komisyonu kurulması gündeme geldi. İane-i Muhtâcîn Komisyonu, 22 Haziran 1900 tarihinde Osmanlı Bankası İzmir Şubesi'nde, Vali yardımcısı başkanlığında ilk toplantısını yaptı ve şehirdeki fakir kadınlara günlük ekmek verilmesi kararlaştırıldı. Bunun dışında, İzmir Belediye Meclisi tarafından da Müslüman, Rum, Ermeni ve Yahudilere ekmek dağıtılmış, aynı tedbirler doğrultusunda İane Komisyonu tarafından belirlenen işlerde çalışmaları karşılığında kayıkçı, arabacı ve hamallara önce 5 sonra 12 kuruş, kendi arabalarıyla çalışanlara ise günlük 20 kuruş yevmiye ödenmiştir. Böylelikle, sıkıntıların ciddi bir toplumsal olaya sebep olmadan önüne geçilebilmiştir. **Ayar**, s. 180-181.

Bununla birlikte vebanın mutasyonla mahiyet değiştirerek öldürücü gücünü kaybetmesi de en az bunlar kadar önemlidir<sup>13</sup>.

1820'lere doğru ise veba, salgın hastalıklar arasındaki öncü yerini neredeyse bütün dünyayı etkisi altına alan yeni bir salgına yani koleraya bırakacaktı.

### B. Kolera

Osmanlı toplumunun ilk kez 1830'lu yıllarda tanıştığı ve 1831'de İstanbul'a ulaşan kolera hastalığı da ölümcül ve halk sağlığını tehdit eden salgın hastalıklardandır<sup>14</sup>. 19. yy. başlarında veba, çiçek, sıtma, tüberküloz gibi hastalıklarla uğraşan Osmanlı Devleti ise ilk 1817 yılında Bengal'den başlayan kolera pandemilerinde de hem bir geçiş yolu olması hem de bilhassa Hicaz bölgesi dolayısıyla her salgının içinde yer alır<sup>15</sup>. Örneğin dünyanın dördüncü kolera pandemisi sürecinde, 28 Haziran 1865 günü Kasımpaşa Limanı'na demir atan bir geminin tayfaları vasıtasıyla yeniden başlayan salgın, süratle bütün İstanbul'a yayılır ve 40 gün süren salgında 30.000'i aşkın İstanbullu hayatını kaybeder. Salgının daha fazla can kaybına yol aç-

<sup>12</sup> İlk kez 1894'te Hong Kong'taki salgın sırasında Fransız bakteriyolog Alexandre Yersin tarafından başarıyla izole edilen ve vebaya yol açan bakteri hakkındaki bilgiler, yakın zamanlarda yapılan çalışmalar sayesinde daha da artmıştır. Bu gelişmeler için bkz. **Varlık**, s. 31.

<sup>13</sup> **Ayar**, s. 174.

<sup>14</sup> İlk defa 1817 yılında Hindistan'ın Ganj nehri kıyılarında ve Bengal eyaletinde ortaya çıkan kolera altı büyük pandemi yapmış; ikinci ve üçüncü salgınlar sırasında Avrupa'da yıkıcı olmuştur. Koleraya yakalananlar, dayanılmaz kramplar yüzünden bağırsak ağrıları arttıkça çenelerini dizine dayayarak büzülmekte ve ölüm durumunda cenaze bu pozisyonunda gömülmek zorunda kalmaktaydı.

*Vibrio Cholerae* isimli virgül şeklindeki kolera basili, ilk defa İtalyan *Filipo Pacini* tarafından 1854 yılında gözlemlenmiştir. **Şehsuvaroğlu**, Bedii N.: "Tarihi Kolera Salgınları ve Osmanlı Türkleri", İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, Cilt: 17, Sayı: 2, 1954, s. 282-284; **Bakar**, Coşkun: "Avrupa'da Dolaşan Koleranın Gölgesinde İstanbul Uluslararası Sağlık Konferansı, 1866", *Türk J Public Health (Türk Halk Sağlığı Dergisi)*, Cilt: 18, Sayı: 1, 2020, s. 69-70.

<sup>15</sup> **Dinç**, Gülten: "Orta Asya Türk Topluluklarından Günümüz Türkiye'sine Bulaşıcı ve Salgın Hastalıkların Gelişimi", *Yeni Tıp Tarihi Araştırmaları*, Sayı: 18, 2012, s. 83.

İkinci kolera pandemisinin uzantısı olarak deniz yoluyla İstanbul'a gelip kısa zamanda bütün imparatorluğa yayılan ilk kolera salgını 6.000 kişiyi öldürmüştü. Böylece İstanbul'da ilk kolera vakalarının, 26 Temmuz 1831'de yine Hindistan kaynaklı ama ikinci küresel salgının bir uzantısı olarak görüldüğü görüşü için bkz. **Yıldırım**, Nuran: "İstanbul'un Kolera ile Tanışması: 1831 Salgını", *Toplumsal Tarih*, Sayı: 316, Nisan 2020, s. 62.



masını durduran ise bu yıllarda İstanbul'da sık sık çıkan büyük yangınlardan biri olmuş; kolera salgını bütün hızıyla devam ederken Hoca Paşa yangını âdeta şehri dezenfekte etmişti<sup>16</sup>.

Bu yüzyılda Osmanlı Devleti'nde görülen yenileşme ve modernleşme hareketleri eğitim ve sağlık alanına da yansımıştır. *Şânizâde Ataullah*<sup>17</sup> ve *Mustafa Behçet Efendi* gibi hekimler, içinde buldukları sistemin ihtiyaçlara cevap veremediğini görmekte ve Avrupa'daki gelişmeleri izlemeye çalışmaktaydı. Salgın sırasında hekimbaşı olan Mustafa Behçet Efendi'nin (1774-1834), o zamana kadar bilinmeyen bu hastalıktan korunmak, belirtileri ile seyri hakkında bilgi verip halkı uyarmak amacıyla yazdığı *Kolera Risalesi* (İstanbul 1831) adlı bir kitapçık, devlet tarafından sivil ve askerî görevlilerle mahalle muhtarlıklarına dağıtılmıştır<sup>18</sup>. Henüz bir isim konmadığı için "*illet-i cedide*" (yeni hastalık) olarak tanımladığı koleranın, veba gibi insandan insana temasla bulaştığını bildiren Mustafa Behçet Efendi, korunmak için hastalık olan evlerden uzak durulmasını, şayet gitmek mecburiyeti

<sup>16</sup> 6 Haziran 1918 gün ve 7660 sayılı İkdâm gazetesinde Hammer mütercimi Ata Bey'in, 1865 İstanbul kolera salgınına değindiği makalesinde bu yangından şöyle bahsedilmektedir:

*"İstanbul o tarihte koleraya maruz olarak yevmi vefiyat binleri aşmış iken meşhur Hoca Paşa yangınının ertesi gününden itibaren vefiyat 1/10 derecesinde sukut etmiş ve birkaç hafta zarfında da tamamen mündefi olmuştur"*. Aktaran; **Şehsuvaroğlu**, *Kolera Salgınları*, s. 290.

<sup>17</sup> İngiliz cerrah Edward Jenner'in, inekten insana (cow-pox vaccination) aşılama yöntemini bulmasının (1796) ardından, İstanbul'da Jenner usulüyle ilk aşı 23 Aralık 1800'de yapıldı. İşte Şânizâde Ataullah, Avrupa'daki çiçek literatürünü yakından takip etmiş ve Türkçeye kazandırmıştır. Dışarıdan aşı getirme, aşı saklamanın zorluğu ve pahalılığını göz önünde bulunduran Şânizâde Ataullah Efendi, Ayazağa köyündeki ineklerden aldığı madde ile aşıladığı kişilerden elde ettiği cerahatle pek çok kişiyi aşılamıştı. Ancak kendisine yönelik şahsi çekememeziğe bağlı engellemeler yüzünden bu yöntemle aşı maddesi elde edilmesinin gerçekleştirilemediği söylenmektedir.

Esasen çiçek, İstanbul'da görülen en eski hastalıklardan biridir. Hastalığın tedavisinin olmadığı dönemde Anadolu Yörüklerinde yaygın biçimde uygulanmakta olan yöntem de çiçek aşısı olarak nitelendirilir. İstanbul'da kendi çocuklarını da bu yöntemle aşılatan İngiliz elçisinin eşi Lady Mary Wortley Montagu (d. 1689-ö. 1762) sayesinde Avrupa'ya yayıldı ve Türk usulü çiçek aşısı adıyla ünlendi. Ancak Edward Jenner'in, inekten insana (cow-pox/vaccination) aşılama yöntemini bulmasıyla Türk usulü çiçek aşısı önemini kaybedecektir. **Yıldırım**, *İstanbul'da Sağlık*, s. 92-137; **Ağır**, s. 26-27.

<sup>18</sup> **Şehsuvaroğlu**, Bedii N.: "Türkiye Karantina Tarihine Giriş II: Türkiye'de Karantina Teşkilatının Kuruluşu", İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, Cilt: 20, Sayı: 4, 1957, s. 602-603; **Ağır**, s. 21; **Ahmet Mithat Efendi**, "Devlet-i Aliyye-i Osmaniye'de Karantina Yani Usul-i Tahaffuzun Tarihçesi", Transkripsiyon: Abdullah Köşe, Osmanlı Bilimi Araştırmaları, Cilt: 5, Sayı: 1, 2003, s. 90.

olursa da sirke veya nişadır ruhu (amonyak), sarımsak koklanmasını tavsiye eder<sup>19</sup>.

### C. Salgınlarda Hekimlere Karşı Tutumlara İlişkin Kısa Bir Değini

Salgın hastalıklarla mücadele sürecinde ne yazık ki geçmiş tarihlerde de hekimlere yönelik şiddetin arttığı ve yanı sıra salgınlar hakkında çeşitli spekülasyonların yapıldığı anlaşılmaktadır. Salgın hastalıklar özellikle XIX. yüzyılda birdenbire ortaya çıkan ve kıtaları saran kolera salgınları, yönetici sınıf ve kentli zenginler tarafından rahatsızlık duydukları yoksul alt sınıf şehirli nüfusu yok etmek için hekimlere icat ettirilen suni silahlar olarak görülerek ön saflarda mücadele eden hekimler hedef gösterilebiliyordu. Amerika'da ve Avrupa'da hekimlerin kolera tedavisi bahanesiyle insanları katlettiği düşünülebilir; Almanya'da halk, hekimlerin koleradan ölen her hasta için devletten para aldığına inanabiliyordu. Esasen salgının yarattığı psikolojik buhranlar hem Batı hem Doğu'da benzer paranoyalara sebep olmuştur. Osmanlı Devleti'ne gelirse... 1910 kolera epidemisi sırasında Trabzon'da görev yapan Dr. Depino'nun gönderdiği raporda, Trabzon halkının kolera tedavisinde görevli olan hekimlere karşı tepkili oldukları ve hastalığı yaymak için hekimlerin kendilerine zehir verildiğini iddia ettikleri, hekimlerden birinin bu sebeple tehditlere maruz kaldığı kaynaklardan aktarılmaktadır<sup>20</sup>. Müslüman halkın hassasiyetlerini gözetmediği iddiasıyla 1840'lı yıllarda Amasya'da, 1887 senesinde Kosova'ya bağlı Mitroviça'da karantina hekimlerine yönelik gerçekleşen saldırılar ise ölümle sonuçlanacaktır<sup>21</sup>.

## II. KARANTİNA

*Çiçek, kolera, veba, sarıhumma, tifüs gibi bulaşıcı ve salgın hâlini alabilen hastalıklardan herhangi birinin görüldüğü bir taşıma aracında yolculuk yapan veya bu hastalıklardan birinin salgın olduğu bir ülkeden*

<sup>19</sup> Yıldırım, İstanbul'un Kolera ile Tanışması, s. 63-64.

<sup>20</sup> Kentte kolera salgını olduğu ve hekime en çok ihtiyaç duyulduğu günlerde zaten az sayıda olan hekimlere yönelik tehdit ve saldırı merkezin tepkisini çekmiş ve Trabzon Vilayetinin yaptığı soruşturma sonucu olayın ortaya çıkış sebebi anlaşılmıştı. Neredeyse parçalanmak üzere iken zabıtlar tarafından kurtarılan Dr. Leon'un, kolera hastası olan bir hastaya verdiği ilacı içtikten bir gün sonra hasta hayatını kaybetmişti. Hastanın yakınları Dr. Leon'un hastayı kasten öldürdüğüne dair bir dedikodu çıkarınca, kızgın bir kalabalık hekime saldırmıştı. Yaşayanlar, İsmail: "Korona Günlerinden Tarihe Bakmak I: Salgınlar Çağında Osmanlı'da Hekim Olmak", Toplumsal Tarih, Nisan 2020, s. 68-72.

<sup>21</sup> Yolun, Murat: "Salgın Hastalıklar ve Ceza Kanunu Arasındaki İlişki Üzerine: Osmanlı İmparatorluğu'ndaki Ceraim-i Sıhhiye Kanunu (1884)", Türkiye Klinikleri J Med Ethics, Cilt: 24, Sayı: 2, 2016, s. 37-41.

*gelen yolcu ve eşyaların, girmek istedikleri ülkenin halkıyla temas etmeden önce belirli bir yerde veya gemilerinde geçirmek zorunda oldukları tecrit süresi ve bu sürede uygulanan yöntemlerin tümüne'* karantina adı verilmektedir<sup>22</sup>.

### A. Karantinanın Kısa Bir Tarihçesi

Tıbbın kurucusu olarak anılan Yunan hekim Hipokrat ile Antik Roma'nın en önemli hekimlerinden Bergamalı Galen, veba hastalığına karşı "derhal uzaklaşma ve mümkün olduğunca geç dönme" tavsiyesinde bulunuyordu. Ancak 1400'lü yılların ortalarına kadar "karantina" kelimesine henüz rastlanmaz<sup>23</sup>. Orta Çağ'da da hastalığın bulaşmasından korunmak üzere salgın esnasında birçok hekim deri bir başlık ve elbise kullanırdı. Başlığın göz yerlerindeki deliklerde cam ve burun yerinde de içi kokulu bir balsam ile dolu bir gaga vardır. Bu derinin kendine has kokusunun ve nihayet balsamın bulaşmayı önlediğine inanılmaktaydı<sup>24</sup>.

Bundan da anlaşılacağı üzere bulaşma ve tecrit fikri, pandemilerden çok daha uzun zaman öncesinde var olmakla beraber ilk sistemli karantina, XIV. yüzyılın son çeyreğinde vebaya karşı önlem olması için Akdeniz limanlarında başlamıştır. Böylece ilk karantina uygulamaları 1377'de Venedik<sup>25</sup> ve Dubrovnik'te, *Lazaretto Vecchio*<sup>26</sup> adını verdikleri ilk

<sup>22</sup> **Yaşayanlar**, İsmail: "Osmanlı Döneminde Uygulanan Deniz Karantinasına İlişkin Bazı Bilgiler", Editör; Ozan Kolbaş-Orçun Üçer, Ab-ı Hayatı Aramak: Gönül Tekin'e Armağan, Yeditepe Yayınevi, 2018, s. 737.

<sup>23</sup> **Ventura**, Dalia: "Koronavirüs: Karantina nedir, hangi hastalıklar için uygulandı?", (BBC News Türkçe), www.bbc.com, Erişim Tarihi 26 Şubat 2020.

<sup>24</sup> **Şehsuvaroğlu**, Bedii N.: "Türkiye Karantina Tarihine Giriş I: Dünya Karantina Teşkilatı", İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, Cilt: 20, Sayı: 3,1957, s. 422; **Ağır**, s. 18.

<sup>25</sup> Venedik Cumhuriyeti'ni 1467'de Cenova, onu Milano, 1485'te Mısır, 1526'da Marsilya izlemiş ve diğer Akdeniz hatta dünya limanlarına bu usul yayılmıştır. **Şehsuvaroğlu**, Türkiye Karantina Tarihi I, s. 423.

<sup>26</sup> *Lazaretto Vecchio*, *Santa Maria de Nazaret* adındaki küçük bir ada üzerinde kurulmuştu. Venedik için bu izolasyon, kente yakın mesafede konumlanmış olan adalar sayesinde sağlanmıştır. Lido Adası'na çok yakın, Venedik kent merkezi ile Lido arasındaki uygun konumu ve coğrafi özellikleriyle Santa Maria di Nazareth Adası, karantina uygulaması için seçilmiştir. 1468 yılında lagüne ikinci bir karantina adası daha kurulmasına karar verilmesinin ardından, 1423 tarihli ilk lazaretto "*Vecchio*" ve 1468 tarihinde kurulan ikincisi ise "*Novo*" olarak anılmaya başlanmıştır. **İşler**, Didem: "Dünyanın En Eski Karantina Adası: Lazaretto Vecchio", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:10, Sayı:2, 2019, s.97-107; **Arslan**, Aytuğ/**Polat**, Ali Arda: "Travel from Europe to Istanbul in the 19th Century and the Quarantine of Çanakkale", Journal of Transport & Health, January, Sayı: 4, 2017, s. 11; **Yaşayanlar**, Deniz Karantinası, s. 738.

karantinahane de yine 1423 yılında Venedik Cumhuriyeti'nde kurulmuş ve adını 'kırk günlük' bekleme süresinden alan "quarantena" terimi dünya genelinde kabul görmüştür<sup>27</sup>.

Fakat XIX. yüzyıla gelindiğinde Osmanlı Devleti için yeni sayılan bu usul kadar karantina ismi de Osmanlı halkına oldukça uzak ve yabancı geldiğinden, Abdülhak Molla<sup>28</sup> (1786-1845) tarafından Osmanlı Türkçesi ile karantina karşılığında "usul-ü tahaffuz\*", lazaret veya lazarettoya yani karantinahane sözcüğüne karşılık da "tahaffuzhane" isimleri konmuştu<sup>29</sup>.

Bu arada Lazaretto ya da Lazareto: 1. "Özellikle tedavi edilmesi çok güç olan ya da bulaşıcı olan hastalıkları toplumdan izole etmek için tasarlanmış bir tür hastane". 2. "Çoğunlukla ihata duvarı ile çevrilmiş, enfekte olmuş insanların ve malların karantinaya alındığı yer" anlamlarına gelir. İlk karantinahanenin kurulduğu Venedik lagünündeki *Santa Maria di Nazareth* adasından gelen lazaretto sözcüğü, adını kurulduğu bu yerden almış ve karantinahane anlamına bu sayede kavuşmuştu.

Terimin kökeni ile ilgili bir diğer teori ise bu ismin Lazzaro (Lazarus) çağrışımından doğduğu şeklindedir. Beytanyalı Lazarus, Yuhanna İncil'inde, İsa'nın gösterdiği mucize ile ölümünün dört gün ardından diriltiğine inanılan kişidir. **İşler**, s. 97-107.

<sup>27</sup> 12. ve 13. yüzyıllarda buğday, ipek, değerli taşlar, baharat ve kumaşa kadar pek çok mal Doğu'dan gemilerle Venedik limanına taşınmaktaydı. Lakin Doğu'nun bu lüks mallarını getiren gemiler, fareleri ve veba gibi o bölgelerin hastalıklarını da taşıyordu. 1361-1528 arasında Venedik'te 22 salgın kaydedilmişti. Hatta karşılıklı deniz ticareti hacminin yoğunluğu göz önüne alındığında, karantinahane inşâ edilmesine duyulan ihtiyacın, kenti özellikle gemilerle gelen Osmanlı tebaasından yolcuların yayabilecekleri veba riskine karşı korumak amacından doğduğu gözle bakılmaktadır. **Ventura**, www.bbc.com; **İşler**, s. 98.

<sup>28</sup> Tam adı Abdülhak B. Mahyo olan Abdülhak Molla, Şair Abdülhak Hamid Tarhan'ın dedesi, Kolera Risalesi'nin yazarı olan Hekimbaşı Mustafa Behçet Efendi'nin kardeşidir. Süleymaniye Medresesi'ni bitirdikten sonra tıp öğrenimi görmüş olan Abdülhak Molla, ağabeyi Mustafa Behçet Efendi'nin ilk hekimbaşılığı sırasında saray hekimliğine getirilir. Bu görevini, hekimbaşı ve o sıra Anadolu kazaskeri ağabeyi Behçet Efendi ile II. Mahmud tarafından Keşan'a sürgün edildiği tarihe kadar sürdürmüştür. Abdülhak Molla, bu sürgünden on ay sonra küçük kardeşleri tarihçi Hızır İlyas'ın II. Mahmud'dan sağladığı af sayesinde İstanbul'a ve saraydaki görevine döner. Ağabeyi Mustafa Behçet Efendi'nin ölümü üzerine, onun yerine 1834'te hekimbaşılığa getirilen Abdülhak Molla, Mekteb-i Tıbbiye-i Adliye nazırlığına seçilir. Açılışına öncülük ettiği Tıbbiye'de hem yönetici hem de öğretmen olarak görev yapar. Anatomi dersinin kadavra üzerinde gösterilmesi için Sultan Abdülmecit'ten özel izin aldığı belirtilmektedir. Abdülhak Molla, Meclis-i Tahaffuz (karantina idaresi) başkanı sıfatıyla salgın hastalıklara karşı karantina teşkilatını geliştirip yaygınlaştırmış, çiçek aşısı uygulamasını da zorunlu hale getirmiştir. Bkz. **Demirhan Erdemir**, Ayşegül: "Abdülhak Molla", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Cilt: (I), 1988, s. 210-211.

\* Arapçada "korumak, saklamak" anlamına gelen *hıfz* sözcüğünden türeyen "tehaffuz/tahaffuz"; "sakınma, korunma" demektir.

<sup>29</sup> **Şehsuvaroğlu**, Türkiye Karantina Tarihi I, s. 419.

Şu da var ki artık XIX. yüzyıla gelindiğinde karantina kavramı ve kurumu da bazı dönüşümlere uğramıştır. Karantinahaneler, bir limana yanaşan geminin patentesinin ve sıhhi durumunun kontrol edilmesinden sorumlu kuruluşlar haline dönüşürken, tahaffuzhaneler ise karantinahanelerden farklı olarak dezenfeksiyon uygulamalarının yapıldığı, hastaların ya da karantina bekleyenlerin gemilerden alınarak tecridin gerçekleştirileceği tesis dâhilindeki barakalara yerleştirildiği yapılardır. Bu yeni yapılanmaya göre karantina hekiminin gerekli görmesi halinde, gemi tahaffuzhaneye sevk edilerek orada dezenfeksiyon işlemine tabi tutulabilirdi. Bu bağlamda Osmanlı Devleti'nde karantina ve karantinahane karşılığı kullanılan tahaffuz ve tahaffuzhane kavramlarının bu farklılaşmayı da yansıttığını söyleyebiliriz<sup>30</sup>.

### B. Osmanlı Devleti'nde Karantina Uygulamalarının Başlaması

Osmanlı İmparatorluğu'nun en parlak ve görkemli konumuna ulaştığı Kanuni Sultan Süleyman döneminden başlatılabilecek olan siyasi, idari, iktisadi, sosyal düzenindeki çözülme, artık 17. ve 18. yüzyıllarda açıkça görülür bir hâl almıştı. Söz konusu bozulmayı kabullenebilme süreci, ordunun kesin zaferlerle galibiyet sağladığı Batı Avrupa devletlerine savaş alanlarında yenilmesiyle kendisini göstermişti. Çağın bilimsel ve teknik gelişmişlik düzeyini yakalayabilmek için Osmanlı Devleti'nin dönemin uygarlığının temsilcisi olan Avrupa devletlerine dönmekten başka bir çaresi de yok gibidir. Fakat yine de XIX. yüzyıl başında Osmanlı padişahlarından III. Selim ile başlayıp, II. Mahmud ile devam eden ve Tanzimat reformlarına giden süreçte, yenileşme ya da modernleşme hareketleri, içeriden ve dışarıdan dirençlerle karşılaşacaktı. III. Selim ve II. Mahmut dönemlerinde, üst düzey ulemeden reformları destekleyenler olmakla birlikte bu tutumu ulema sınıfının tüm mensupları için söylemek mümkün değildi<sup>31</sup>. Osmanlı Devleti

<sup>30</sup> **Yaşayanlar**, İsmail: "Osmanlı İmparatorluğu'nun Doğu Karadeniz Sınırında Emraz-ı Sâriye İle Mücadele: Batum ve Hopa Karantinahaneleri", *Karadeniz İncelemeleri Dergisi*, Sayı: 28, 2020, s. 402.

Dezenfeksiyon işlemleri için etüv ve pülverizatör kullanılmakta; dezenfekte veya sterilize edilecek eşyayı, buharın basınç ve hararetinde bulundurmaya yarayan bir tür buhar kazanı niteliğindeki etüv aletinin yanında taşınmaz eşyaların, evlerin, hayvanların dezenfekte edilmesi için ayrıca *pülverizatör* denilen alete müracaat edilmekteydi. Bununla birlikte etüvün kullanımı ancak 1891'den sonra hayata geçebilmiş; bu tarihten önce ise bu işlemler bazı kimyasallarla gerçekleştirilmişti. **Yaşayanlar**, *Deniz Karantinası*, s. 751-755; **Ağır**, s. 11-18.

<sup>31</sup> II. Mahmud, Osmanlı modernleşmesinde tikanıklık yaratabilecek bu olumsuz tavrı, Yeniçeri Ocağı'nı kaldırarak, daha sonra da vakıfları Evkaf Müdürlüğü'ne bağlayıp merkezin denetimine sokarak etkisizleştirmeye çalışmıştı. **Osmanağaoğlu**, Cihan:

üzerindeki ekonomik çıkarlarını takip etmek isteyen Avrupa devletlerinin de Osmanlı Devleti'nin siyasi ve kültürel alanda modernleşme çabalarına aslında destek vermedikleri, en azından pek de ilgilenmedikleri söylenebilir<sup>32</sup>.

Bu girizgâh ile XIX. yüzyılda Osmanlı Devleti'nde salgın hastalıklarla mücadele ve karantina teşkilatının ortaya çıkışının ilgisi var mıdır, varsa nasıldır? Birinci soruya en kestirme cevap, ilgisinin var olduğudur. Daha veba illeti tam kontrol altına alınamamışken kolera salgınları ile savaşmak zorunda kalan II. Mahmud, gerçekleştirdiği reformlara sağlık alanında da bir yenisini ekleyeceği bir çözüm bulacaktır<sup>33</sup>. Osmanlı karantina reformu gerçekten de İmparatorluğun salgın hastalıklarla mücadele tarihinde bir dönüm noktası teşkil eder. Salgınların genel tarihinde değinildiği üzere Batı Avrupa; Osmanlı Devleti'ni Balkanlar'daki ve Arabistan Yarımadası'ndaki toprakları başta olmak üzere, bulaşıcı hastalıkların yayıldığı bir köprü olarak görüyordu. Bilhassa hac organizasyonundan dolayı da olağan şüpheli haline gelmişti. İşte reformcu II. Mahmud, kendi topraklarında salgınlarla mücadelenin yanında Avrupa'nın yönelttiği suçlamaların önüne geçebilmek adına Batı tarzı kurumsal bir idari yapılanmaya gitmeyi tercih edecektir. Gerçi bu birincil sebeplerin yanında arka planda kalan bir etken olarak; özellikle Kavalalı Mehmet Ali Paşa ile örtülü bir rekabetin varlığından söz edilebilir. Nitekim tutarlı ve etkili bir sağlık sistemi kurmanın kendilerini Osmanlı Devleti'nden farklılaştıracağını düşünen Mehmet Ali Paşa'nın Mısır'da başlattığı karantina uygulamalarına karşı II. Mahmud'un cevabı da çok gecikmeyecektir<sup>34</sup>.

---

"Osmanlı Modernleşmesi Bağlamında, Osmanlı Devleti'nin Eğitim ve Öğretim Sisteminde Yapılan Değişiklikler (Reformlar)", İÜHFM, Cilt: LXV, Sayı: 2, 2007, s. 162-165.

<sup>32</sup> **Berkes**, Niyazi: Türkiye'de Çağdaşlaşma, 6.bs, Yapı Kredi Yayınları, 2004, s. 34.

<sup>33</sup> Aslında Osmanlı Devleti'nde III. Selim ile başlayıp II. Mahmud ile devam eden sağlık alanındaki reformlarda askeri alandaki ihtiyaçlar da önemli bir pay sahibidir. **Kılınç**, Handan: "Isolating the Subject: Cholera, Control and Sanitary Discourse in the Istanbul International Sanitary Conference of 1866", Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2005, s. 13-15.

<sup>34</sup> **Böke**, Pelin: "İzmir Karantina Teşkilatının Kuruluşu ve Faaliyetleri (1840-1900)", Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, Cilt: VIII, Sayı: 18-19, 2009, s. 139-140.

19. yüzyılın önemli devlet adamları ve aydınlarından Ahmed Cevdet Paşa, "Mısır valisi Mehmet Ali Paşa işbu yirmi yedi senesi hilâlinde Mısır'da karantina usulünü vaz" ve tesis eylemiş olduğu hâlde İstanbul'da gerek karantina usulü ve gerek aşî maddesi birçok seneler daha icrâ olunamamıştır" demektedir. **Doğan**, Güner: "Osmanlı İmparatorluğu'nda Karantina Uygulaması ve Venedik Uluslararası Sıhhiye Konferansı", Türkiyat Araştırmaları, Sayı: 15, 2011 Güz, s. 92-107.

Ancak karantinanın önem ve gereğinin farkında olmakla birlikte II. Mahmud, halkın olası hoşnutsuzluğuna karşı ilk olarak karantinanın şer'î açıdan uygun olduğunu kanıtlamaya girişir. Zira Müslümanların değerlerine aykırı görülen karantinaya hem ulema hem halktan karşı çıkanlar olmuştur. Örneğin bunlardan biri olan, Sultan III. Selim'in kurduğu Tophane-i Amire'nin başmühendisi Osman bin Süleyman Penah; vebaya karşı alınacak tedbirlerin, kişinin Allah'a ve kader inancına ihanet etmesi anlamına geldiğinden dinen caiz olmadığını ileri sürmüştür<sup>35</sup>. Ancak Penah'ın bu görüşüne karşı, İdris-i Bitlisi, hekim Şânîzâde Mehmed Ataullah Efendi<sup>36</sup> ve Taşköp-

<sup>35</sup> “Eğer Tanrı her şeyi önceden belirlemişse, veba musibetine karşı insanlar nasıl tepki vermeli?” sorusuna cevap arayanlardan Osman bin Süleyman; sınırsız güce sahip Tanrı karşısında bireyin hiçbir şey yapamayacağını ve de yapmaması gerektiğini düşünmektedir. Bu düşüncesini, sahip olduğu bazı hastalıklı deve ve koyunlar hakkında Hz. Muhammed'e danışmaya gelen bir Bedevi'den bahseden bir hadise dayandırır. Bu hadise göre: “Hz. Muhammed, Bedevi'ye kimin ilk olarak hastalandığını” sormuştur. Osman bin Süleyman'a göre bu, Tanrı'nın hastalığı her hayvana eşit verdiğine ve doğal yolla “*bulaşmanın*” hastalığı açıklamadığına” işaret ediyordu. O halde Tanrı'nın iradesine eşit olarak maruz kalan insanlar da tıpkı koyunlar ve develer gibi çaresizdiler. Herhangi bir vasıta olmadan Allah hastalığı yayar ve O'nun hareketini gerçekleştirmesinin önüne geçilemez. Osman'ın bu görüşleri, Allah'ın dışında kimsenin neden olma gücüne sahip olamayacağını söyleyen 10. yüzyıl Abbasi dönemi Tanrı bilimcilerinden Eş'ariciler ile uyumaktadır. Gerçek bir Müslüman, “nimet” ve “şehitlik” demek olan vebadan korkmamalı ve kaderine teslim olmalıydı.

*“Veba Tanrı'nın hem azabı ve hem de lütfudur. Bulduğunuz yerde veba ortaya çıkarsa orada kalmalı ve sabırla beklemelisiniz. Allah'ın iradesi dışında size hiçbir şey olmayacaktır. Tanrı aynı yeri size şehitlik olarak verecektir” (Hz. Muhammed Hadis).*

**Bulmuş**, Birsen: “Osmanlı İmparatorluğu'nda Veba Kavramları Üzerine: Mistisizmden sosyal Reforma”, Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sayı:19, 2013, Güz, s. 17-22.

<sup>36</sup> Osmanlı'nın gerilemesine çare olarak gördüğü ‘Batılılaşma’ sürecinin prototip bir aydını, çok yönlü bir alim olan Şânîzâde, -tarihi konusunda şüpheler olmakla birlikte- 1771 yılında İstanbul Ortaköy'deki Şânîzâdeler yalısında, ilmiye sınıfına mensup bir ailede doğmuştur. İlk 1786 yılında şer'î ilimlere göre eğitildiği medreseyi bitirerek ilmiye rüusu (diploması) alan Şânîzâde daha sonra Süleymaniye Tıp Medresesi'nde ve Halıcıoğlu Mühendishanesi'nde okumuştur. Şânîzâde, döneminin diğer bazı meslektaşları örneğin Mustafa Behçet Efendi gibi, Batı bilimine daha iyi vakıf olmak için İtalyanca ve Fransızca öğrenmiştir. Bunun dışında Arapça, Farsça ve Rumcaya da hâkimdir. 1816 yılında Eyüp Sultan Mahkemesi hâkimliğine atanmış ve iki yıl bu görevi yürüttükten sonra, Haremeyn Evkaf müfettişliğine getirilmiş, oradan da II. Mahmud'un onayı ile vakanüvist olarak tayin edilmiştir. Şânîzâde, Sultan'ın culûs tarihi olan 28 Temmuz 1808 tarihinden başlayarak, 1821 tarihine kadar olan olayları yazmış ve dört cilt halinde, Tarih-i Şânîzâde adıyla yayınlamıştır. Onun bir hekim olarak en önemli eseri ise İbn-i Sînâ'nın meşhur eseri El-Kânûn gibi, beş kitap halinde hazırlanmış olan Hamse-i Şânîzâde adlı eseridir. Şânîzâde tıp terimlerini ilk defa Türkçeye çevirmiş, ilk resimli anatomi kitabını basmıştı. Gerçekten de birçok değerli tıp kitabını İtalyanca ve

rüzade gibi vebaya karşı tıbbi tedavi uygulanması, bireyin muhakkak tedbir almasını şiddetle savunan ulema da vardır. Bunların başında karantina teşkilatı kurulmasını bizzat kendisi öneren 19. yüzyıl tıbbi reformcusu ve İslam bilgini *Hamdan Bin El-Merhum Osman Hoca* gelir. Müslümanlar tarafından karantina tedbirine yöneltilebilecek muhalefeti azaltmayı hedefleyen Hamdan bin Osman, vebayı sadece karantina yoluyla başarılı bir şekilde kontrol altına alınabilecek bir hastalık olarak tanımlamakta ve görüşlerini sık sık hadislerden yaptığı alıntılarla, sahabeler ve diğer din otoritelerinin beyanlarıyla açıklamaktadır<sup>37</sup>. Cezayir'in ileri gelenlerinden olan ve 1830

Fransızcadan Türkçeye çeviren Şânîzâde, ülkemizde ilk basılı tıp kitaplarını yazan ve çevirilerini yapan kişi olarak kabul edilmektedir.

Ancak, birçok konuya ilgi duymuş bu alimin başına gelenler, Osmanlı Devleti'nin zaten sayıları az olan Osmanlı bilim insanlarının iç çekişmelerini, saray ve yönetimle ilişkilerini göstermesi açısından değinilmeden geçilemeyecek olaylardır. Daha önce de bahsedildiği gibi II. Mahmud'un vakanüvisliğini yapan Şânîzâde, bundan sonrası için Padişahın hekimbaşısı olmayı beklerken, saray çevresinin iç çekişmeleri ve muhalefet oyunları ile karşı karşıya kalır. Ancak o bunu beklerken, sarayda başta Halet Efendi ve onun desteklediği Hekimbaşı Mustafa Behçet Efendi'nin teşvik ettiği Padişah'ın iradesiyle Şânîzâde 1826 yılında Vak'anüvislikten azledilerek arpalığı olan Tire'ye sürgün edilmiştir. Şânîzâde, daha çok fen, edebiyat ve felsefe konularında faaliyet göstermekte olan ve "Beşiktaş Grubu", "Beşiktaş Cemiyet-i İlmiyesi" olarak adlandırılan bir cemiyete üye idi. Cemiyetin maskeli bir Mason Locası, üyelerinin de gizli masonlar oldukları iddia edilse de bunu destekleyen kanıtlar ortaya konulamadığı ileri sürülmektedir. Cemiyet, 1826'da Yeniçeri Ocağı'nın kaldırılmasına paralel olarak Bektaşîlere karşı yönelik yürütülen büyük operasyon sırasında 'mezhepsizlik, Bektaşîlik ve dinsizlik'le suçlandı, Şânîzâde de grubun diğer üyeleri gibi sürgün edildi. Bektaşî de olmadığı düşünülen Şânîzâde'nin, Hekimbaşı Mustafa Behçet Efendi tarafından ezeli bir rakip olarak görülerek Bektaşîlerin ortadan kaldırılması sürecinden bu vesile ile faydalandığı öne sürülmektedir. İki ay sonra affına ferman çıkmasına karşın, bu haberin gelmesi sırasında bir yanlış anlama sonucu, (fermanı getiren itlakımıza yani affımıza diyeceği yerde yanlışlıkla itlafımıza deyince idamına ferman geldiğini zannederek, hastalanan Şânîzâde, kısa bir hastalık sonrası 1826 yılında Tire'de vefat etmiştir. **Kahya**, Esin: "Şânîzâde Mehmet Ataullah Efendi", Erdem, Cilt: 5, Sayı: 15, 1989, s. 847-862; **Zülfikar**, Mükerrerem Bedizel: "Tabip Şani-zade Mehmet Ataullah: Hayatı ve Eserleri", İstanbul Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Deontoloji Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 1986; **Erdoğan**, Mehmet: "Şâni-Zâde Mehmed Ataullah Efendi: Hayatı, Kişiliği, Eserleri, Etkileri", Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2016.

<sup>37</sup> Hamdan'ın açıklamaları, İslam hukukunun vebadan kaçışı hoş gördüğünü savunan 16. yüzyıl Osmanlı ulemalarından sufi İdris-i Bitlisi, yine 16. yüzyılın en etkili din yetkilisi Ebussuud Efendi ve İsameddin Ahmed bin Mustafa Taşköprüzade'den alıntılara dayanmaktaydı. Bu gibi fikirler bazen de Bitlisi örneğinde olduğu gibi kişisel deneyimlerinden kaynaklanmaktaydı. Bitlisi, Şam'a doğru seyahat ederken vebadan kaçmayı tercih etmiş, hareketini teolojik yönden savunmak için kaleme aldığı eserinde ise; 'korkudan dolayı vebadan firar etmeyi, susuz olduğumuzda su içmemiz gibi belki içgüdüsel fakat günah



yılında ülkesinin Fransızlar tarafından işgalini gören ve direnen Hamdan, karantina yöneticisinin Osmanlı Müslümanı olması gerekliliğinin ve sadece yurttaşlarının karantina idaresi içerisinde hassas memuriyetlere getirilmesinin önemini vurgular. Bununla birlikte takip eden tartışmanın merkezine geri dönecek olursak; Hamdan'a göre ölüm ve acı ile sonuçlanan veba ve diğer hastalıkların üstesinden gelebilmek için insanın aklını kullanması, Allah'ın iradesine de uygundur.

1838 yılında Osmanlı resmî gazetesi Takvim-i Vekayi, karantinanın resmî savunmasını yapan Hamdan bin Osman'ın görüşlerini ayrıntılarıyla belirtmiştir:

*“Dünyada hiç kimse bir tür karşılıklı ihtiyaç ve birbirlerine olan bağlılıklarının ifadesi olarak (her şeye kadir) Tanrı'nın yarattığı farklı nesnelere arasında kurduğu ilişkileri daha fazla inkâr edemez. Örneğin açlık sadece besinle durdurulur; su susuzluğu giderir; üzüntü, yanlış anlamayı takip eder; kişinin günahlardan kurtulması doğru Tanrı'ya ibadet etmesine ve onun yasalarına tabi olmasına bağlıdır. Aynı zamanda, Tanrı yıldızlara, sebzeler ve sınırsız hayvan türleri gibi tüm ruhsuz yaratıklara uygun özellikler tahsis etti. (Örneğin) ateş yakar ve su susuzluğu giderir... İhtiyaçların sadece benzer yollarla tatmin edilebileceği gibi bu tür kanunlar genelde sabittir. Çünkü açlık yemek yemeyi, susuzluk su içmeyi ve hastalık ilaç almayı gerektirir.”<sup>38</sup>*

Bu tür doğal reaksiyonlar kişinin uyarıcıya nasıl tepkide bulunduğunu açıkladığı gibi aynı zamanda Tanrı'nın kanunu aracılığıyla düzenlendiğine işaret etmekteydi. Mucizelerin meydana gelmesi ve Tanrı'nın bu kanunları ertelemesi Hamdan bin Osman'a göre aslında nadir durumlardır. Hamdan, neden-sonuç ilişkilerini yöneten doğa olaylarının esas olduğu, Yaratıcının bu olaylarda rolünün sınırlı olduğunu söylemektedir. Elbette Yaratanın kudreti üstündür lakin örneğin mucize göstermek gibi müdahaleleri nadiren gerçekleştirir. Hamdan'a göre bu dünyada Allah'ın iradesinin gerçekleşebilmesi için insanın adım atması ve inisiyatif alması şarttır. Tanrı insana, tehlike durumunda kullanmasını beklediği akli düşünme yetisini hediye etmiştir. Karantinanın bid'at olmadığını savunan Hamdan'a göre tevekkül, gereken tedbirleri almak ve bunun nihai etkilerini Tanrıya bırakmaktır. Tevekkül, önlem almak demektir.

olmayan bir eylem' şeklinde tasvir etmiştir. **Bulmuş**, Mistisizmden Sosyal Reforma, s. 17-22; **Bulmuş**, Birsen: Plague, Quarantines And Geopolitics in the Ottoman Empire, 1th, Edinburgh University Press, 2012, s. 15-24.

<sup>38</sup> **Bulmuş**, Quarantines in The Ottoman Empire, s. 18, 97-125.

Salgın hastalıkların Tanrı tarafından insanı cezalandırmak üzere gönderildiği görüşü aynı dönemde Batı'da da kabul görmektedir. Hamdan ise hastalığın kaynağının doğal sebepler mi yoksa Tanrısal orijinli mi olduğu tartışmasında; irrasyonel olduklarından günahkâr olamayacak hayvanlar da bulaşıcı hastalıklardan öldüğüne göre, bundan Tanrı'nın cezalandırmak amacıyla vebayı gönderiyor olamayacağı sonucunu çıkarır ve doğalcı görüşe yaklaşır.

Böylesi düşünceler, Osmanlı din otoritelerinin veba ile ya da diğer salgın hastalıklara karşı yürütülen tıbbi savaşı asla desteklemedikleri şeklindeki kanının aksini göstermektedir<sup>39</sup>.

### C. Osmanlı Devlet Teşkilatında Kurumsallaşan Karantina

Osmanlı Devleti'nde karantina uygulamalarının ilk örneklerinden biri, 1831 kolera pandemisinin<sup>40</sup> İstanbul'a ulaşması nedeni ile Padişah II.

<sup>39</sup> **Bulmuş**, *Mistisizmden Sosyal Reforma*, s. 17-22; **Bulmuş**, *Quarantines in The Ottoman Empire*, s. 19, 33.

<sup>40</sup> 1831'de Rusya'da "kara" tabir edilen (enfeksiyöz nekrotik) ve vebadan daha şiddetli olan bulaşıcı hastalık görülünce; İngiltere, Rusya, Fransa ve Nemçe sefaret tercümanları Rusya'dan Osmanlı limanlarına gelecek gemilere karantina uygulanmasını Babiali'den isterler. Padişah II. Mahmud'un, karantina uygulanması emrini vermesinde bu talepler de etkili olmuştur. Lakin içeriden gelebilecek muhalefete karşı tedbirler alan Padişah'ı, yeni karantina usulünün uygulamaya geçirilmesinde Avrupalı devletlere karşı da bir mücadele beklemekteydi. Bir taraftan salgın hastalıkların Osmanlı topraklarından geçişinin önlenmesini isteyen Avrupalı devletlerin bir bölümü, karantina uygulaması konusunda tereddütlü yaklaşıyorlardı. Dolayısıyla aslında bu talepte en azından bazı Avrupalı devletlerin özellikle İngiltere'nin samimiyeti kuşkuludur. Zira Osmanlı Devleti'nin gerçekleştirmeyi düşündüğü karantina uygulamaları, ticari malların dolaşımını zorlaştıracığından başta İngiltere olmak üzere, Avrupalı devletlerin ticari çıkarlarına ve kapitüler ayrıcalıklarına aykırı düşecekti. Nitekim 22 Ocak 1839 tarihinde büyükelçi Lord Ponsonby'nin Londra'ya gönderdiği bir mektup karantina meselesine nasıl bakıldığını açıkça ortaya koyar:

*"Önerilerden biri muhafızların kendilerinden kaçmaya çalışanlara ateş etme hakkı verilmesidir ve tabii bu hakkın, çoğunlukla, olup bitenin hiç tanığı olmadığı ve Türk'ün hareketlerini kontrol edecek herhangi bir şey olmadığı sırada kullanılması gerekecektir. ...Sorun bu hakkın nasıl gönül rahatlığıyla kabul edilebilecek hale getirileceğidir. Diğer bir öneri, sağlık görevlilerine veba çıktığına inandıkları herhangi bir eve girme ve Karantina Meclisi'nin bir üyesinin görevlendirilmesiyle, gerekli olduğuna karar verdikleri önlemleri alma hakkı vermektir. Bu hak, kapitülasyonlarımızın bize verdiği en büyük ve en değerli ilke ve hak olan bir Frenk evinin masuniyetinin zaman zaman ihlaline yol açabilir; muhtemelen zaman zaman da hırsızlıklara, belki de cinayetlere sebebiyet verecek ve hastalara da mutlaka sonsuz üzüntü ve acı verecektir... Karantinanın Frenk tüccarlarına ve diğerlerine getireceği masrafları belirtmeden geçmemeliyim. Ayrıca bir korkumu da gizlemeyeceğim; alınan önlemler ne olursa olsun, uygulaması öyle kötü*

Mahmud'un, Karadeniz yönünden gelecek gemilerin karantinaya alınmalarını emretmesi ile başlar<sup>41</sup>. Bir diğer karantina uygulaması ise Kıbrıs, Suriye ve İskenderiye başta olmak üzere Akdeniz çevresinde hüküm süren dördüncü kolera dalgasına karşı payitahtı korumak için Marmara ve İstanbul'a gidecek gemilerin gözetim altında tutulması amacıyla Çanakkale'de kurulan geçici karantinahanedir. 1835'te başlayan Çanakkale'deki karantina uygulamaları, şehre yakın bir koy olan Sarı sığılar (Yeni Kordon) mevkiinde kurulan çadırlarda gerçekleştirilir<sup>42</sup>.

Daha önceden fiili uygulamaya başlanmış olsa da Osmanlı devleti idari yapısında Karantina teşkilatlanmasının hukuken varlık kazanması ve kuruluşunun tamamlanması tarihi olarak 1838 (Safer 1254) yılı kabul edilmektedir. Zira karantina nizamı, başarısızlık ve hem içeriden hem dışarıdan gelebilecek tepkilerden çekinilerek hemen ilan edilmemiş ve İstanbul ve Çanakkale boğazlarındaki geçici karantina uygulamaları ile tabiri caizse nabız yoklanılmıştır. Böylece karantina düzeni önce uygulama ile başlamış ve daha sonra idari bir teşkilatlanma olarak hukuki bir düzene oturmuştur. Karantinanın halk nazarında kabul görmesi için din adamlarından destekleyici görüşler alındığından yukarıdaki satırlarda bahsedilmişti. Teşkilatlanma için nihai adımı atmaya kararlı olan II. Mahmud, meselenin şer'i yönü dahil tüm ayrıntılarını müzakere etmek üzere devlet ricali ve ulemanın

---

*olacaktır ki, hepimiz sağlık kurallarının genellikle getireceği söylenen yararını görmek yerine, kat kat eziyetine katlanacağız...".*

Bkz. **Panzac**, Daniel: Osmanlı İmparatorluğu'nda Veba (1700-1850), Çeviren: Serap Yılmaz, 1th, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1997, s. 222; **Baskıcı**, M. Murat/**Baskıcı**, Çiğdem: "Lozan Barış Antlaşması'na Ekli 'Sağlık Sorunlarına İlişkin Bildiri' Anlamı ve Arka Planı" Editör: Duygu Türker - Murat Saygın, 90. Yılında Lozan ve Türkiye Cumhuriyeti Uluslararası Sempozyumu /13-15 Kasım 2013, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, 2015, s. 889-890.

<sup>41</sup> Haremeyn muhasebecisine bir buyruldu gönderilerek Karadeniz'den İstanbul'a gelecek İslam gemilerinin Rumeli Feneri köyünün altındaki Büyük Liman'da\*, diğer devlet gemilerinin İstinye Körfezi'nde on gün karantina bekleyecekleri, gemilerle gelecek yolcuların geceleyecekleri binaların yapımı için de elli bin kuruşun hazineden verilerek başmuhasebeye kaydı istenmiştir. **Sarıyıldız**, Gülden: "Karantina Meclisi'nin Kuruluşu ve Faaliyetleri", BELLETEN, Cilt: CLVIII, Sayı: 222, 1994, s. 333; **Ahmet Mithat Efendi**, s. 91.

\* Büyük Liman (Liman-ı Kebir), Sarıyer ilçesine bağlı bulunan Garipçe Köyü yakınında bir koydur. Eskiden tersane olarak da hizmet vermekte olan bu koy günümüzde özel mülkiyet altındadır. Kara yoluyla ulaşım ise bulunmamaktadır.

<sup>42</sup> Hastalık sönmeye yüz tuttuğundan karantina binalarının inşası ertelenmiş ve faaliyetler çadırlardan sürdürülmüştür. **Sarıyıldız**, Karantina Meclisi'nin Kuruluşu, s. 333-334; **Şehsuvaroğlu**, Karantina Tarihine Giriş II, s. 605-606; **Arslan/Polat**, s. 13-14.

katılımıyla Meclis-i Meşveret toplanmasını irade eder. Bu Şu'ra'da karantina maddesine dair bir risale yazmış olan Cezayirli Hamdan Efendi de yer almıştır. Tartışmalarda ilmiye mensupları, şer'i cihetle ilgili fıkıh kitapları, fetva örnekleri ve hadisler göstererek karantina usulünün şeriata uygunluğunda mutabık kalmışlardır<sup>43</sup>. Ulemanın onayının ardından Meşveret Meclisi, 26 Nisan 1838 tarihinde, meclis-i tahaffuz adıyla bir meclisin kurulması ve çıkardığı kanun ve tüzüklerin uygulanmasını bizatihi bu kurulan yeni meclisin denetleme yetkisini tanıyan bir karar almıştır. Ve nihayet Şeyhülislam Mekki-zade Mustafa Asım Efendi'nin 29 Nisan 1838 tarihinde karantinanın caiz olduğuna dair fetvasını<sup>44</sup> vermesiyle sorunun hukuki yönü çözümlenmiştir. Söz konusu bu fetva:

*Bir beldeye taun isabet edip hak suphana ve taala hazretlerinin kahrından lütfuna iltica ile esbabı tahaffuza teşebbüs etmede beis var mıdır? Beyan buyurula:*

*Elcevab yoktur. Mekkizade Mustafa Asım<sup>45</sup>.*

Alınan bu fetvanın halka duyurulması hususunda Sultan II.Mahmud'un irade hamışı ile, Takvimi Vakayı'nin 11 Safer 1254 (6 Mayıs 1838) günlü sayısında karantina usulünün şeriata muvafık olduğu yayımlanır<sup>46</sup>.

Meclis-i Tahaffuz adını alacak bu teşekkül daha sonraki süreçte "*Meclis-i Kebîr-i Umûr-ı Sıhhiye, Meclis-i Umûr-ı Sıhhiye, Karantina*

<sup>43</sup> **Sarıyıldız**, Hicaz Karantina Teşkilatı, s. 1-17.

<sup>44</sup> Bu hususta alınan fetvanın, tarihsiz olarak Karantina 2544 No.da kayıtlı olduğuna dair bilgi için bkz. **Şehsuvaroğlu**, Karantina Tarihine Giriş II, s. 611-612. **Şehsuvaroğlu**, 2544 No.lu bu fetvanın tarihi olarak da 1253 Cemaziyülahır (1837)'i işaret etmektedir.

<sup>45</sup> Bu noktada Şehsuvaroğlu ile paralel olarak, şeyhülislamın fetvasına, karantinanın uygulanmasına dair karar alındıktan sonra müracaat edilmesine dikkat çeken görüşler vardır. Bu durum, siyasi otoritenin zaten önceden kararını vermiş olduğu, dini otoriteye sadece onaylamak düştüğü şeklinde yorumlanmaktadır. Dolayısıyla şeyhülislamın fetvası, yapılan işin halk katında meşruiyetini sağlayan ve böylece bu tür yenilikler karşısında daha önceden örnekleri yaşanmış olan olası bir hoşnutsuzluğun ayaklanmaya dönüşmesi endişesine karşı başvurulmuş bir formaliteden ibaret gözükmektedir. **Akyıldız**, Ali: Osmanlı Bürokrasisi ve Modernleşme, 4.bs, İletişim Yayınları, 2012, s.72; **Uludağ**, s. 447-448. Ayrıca Padişah II. Mahmud'un karantina teşkilatının kurulmasına muhalefet edenleri ağır cezalar vermekle tehdit ettiği yönündeki iddia için bkz. **Panzac**, s. 220.

<sup>46</sup> Karantina 2544 No.lu arşivin 3.eki. **Şehsuvaroğlu**, Karantina Tarihine Giriş II, s. 612-613.

Karadeniz ve Akdeniz'den gelecek gemilerin karantinası için 28 Aralık 1838'de bizzat Padişah tarafından açılışı yapılan ve 1842'e kadar kullanılacak olan Kuleli Kışlası, karantina teşkilatının kurulmasının ardından açılan ilk karantinahanedir. Bunu 1840'ta Küçük Çekmece ve Anadolu Kavağı ve daha sonra da Servi Burnu ve Çanakale Boğazı'nda kurulacak karantinalar izleyecektir. **Panzac**, s. 224.

*Meclisi, Sıhhiye Meclisi, Meclis-i Tahaffuz Nezâreti, Sıhhiye Nezâreti, Karantina Nezâreti* şeklinde isim değişikliklerine uğramıştır. Başlangıçta “Meclis-i Tahaffuz-ı Ülâ” ve “Meclis-i Tahaffuz-ı Sâni” olarak iki ayrı meclisten meydana gelmesi planlanmışsa da bu ikili yapı uygulamaya geçi- rilemeyecektir<sup>47</sup>.

Karantina uygulamaları ve teşkilatlanmanın işleyişinde karşılaşılan en önemli güçlüklerin başında, yetişmiş insan gücü, yeterli sayıda doktor ve sağlık personelinin olmaması geliyordu. Karantina teşkilatlanması oluşturulmuştu lakin Osmanlı Devleti’nde karantina usulünün işleyişini bilen ve uygulanmasını yürütmeye ehil iç insan kaynağı yetersizdi. Karantina uygulamaları konusunda uzman hekim sıkıntısı yanında konunun ticari vs. boyutlarından dolayı oluşabilecek muhtemel baskılardan da kaçınmak için Viyana’dan gelen Dr. Minas’a 1838 yılında karantina baş direktörlüğü verilmiş, iki yıl bu görevde kalan Minas, derhal bir karantina talimatnamesi hazırlamaya girişmiştir<sup>48</sup>. Nitekim II. Mahmud’un ardından Sultan Abdülmecid döneminde Hariciye Nazırı Mustafa Reşit Paşa’nın teklifi üzerine karantina uygulayan Almanya, İngiltere, Avusturya, İspanya, İsveç gibi ülkelerin tecrübelerinden yararlanmak üzere bu ülkelerin sefaretlerinin birer vekil seçip göndermeleri istenir. Yabancı devletlerle müzakere edilmesi gerekli meseleler ortaya çıktıkça sefaretlerin gönderdiği birer delege, kendilerine danışılmak üzere geçici olarak meclise çağrılacaktır. Ancak başlangıçta muvakkat olarak Karantina Meclisi’ne alınmış olan sefaret temsilcilerinin statüsü zamanla daimiye dönüşmüş ve sayıca çoğunluğu oluşturmuşlardır. Böylece 1840’tan itibaren Meclis-i Tahaffuz, kararların alınmasında, uygulanmasında ve karantina nizamlarının hazırlanmasında yabancıların söz sahibi olduğu karma bir nitelik kazanmıştır<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Nisan 1838’de Hariciye Nezâreti’ne bağlı olarak çalışması planlanan Meclis-i Tahaffuz-ı Ülâ, kurulmuştu. Haftada üç gün, gerektiği takdirde her gün toplanacaktı. Birinci meclisin alt organı, yazışmalarını yürütmek ve işlerini görmek üzere kalem bürosu niteliğindeki Meclis-i Tahaffuz-ı Sâni ise her gün toplanacaktı. Ancak bu ayrımlar pratikte uygulanmamış, kuruluş belgesi hariç hiçbir kayıta iki meclis ayrı ayrı ele alınmamıştır. **Yalçınkaya**, Mehmet Alaaddin: “Fransız Epidemiyolog Antoine Fauvel’ye Göre 1849’da Karadeniz Karantinaları”, Karadeniz İncelemeleri Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 26, 2019, s. 439-460; **Yaşayanlar**, Deniz Karantinası, s. 743-744; **Ahmet Mithat Efendi**, s. 94.

<sup>48</sup> **Sarıyıldız**, Hicaz, s. 1-17.

<sup>49</sup> Dışişleri bakanı Mustafa Reşit Paşa’nın 10 Şubat 1840 tarihli çağrısına cevap veren Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Avusturya, Fransa, Hollanda, İngiltere, İspanya, İsveç, Norveç, İran, Rusya ve Yunanistan, kurulan konseye birer delege göndermişlerdir. Bunu 1847’de Belçika ve İtalya takip etmiştir. Artık Meclis-i Kebir-i Umur-u

Meclis-i Tahaffuz'un ilk düzenlemelerinden biri; 1839'da İstanbul'a deniz yoluyla gelenler için patentalar<sup>50</sup>, gemilerin zorunlulukları, şüpheli veya bulaşık gemiler ve karantina sırasında uyulacak kuralları açıklayan yirmi altı maddelik bir karantina nizamnamesi düzenlemek olmuş, bu ni-

Sihhiye'nin 21 üyesinin 13'ü yabancı devletlerin gönderdiği temsilcilerden oluşmaktadır. **Şimşek**, Fatma: "19.yüzyılın İkinci Yarısında Osmanlı Liman Kentlerinde Karantina Uygulaması" Editör: Fatma Şimşek, Şenol Kantarcı, Berna Türkdoğan Uysal Armağan Kitabı, Sonçağ Yayınevi, 2014, s. 399-412; **Sarıyıldız**, Karantina Meclisi'nin Kuruluşu, s. 356-357; **Ersoy**, Nermin/**Güngör**, Yüksel/**Akpınar**, Aslihan: "International Sanitary Conferences from the Ottoman Perspective (1851-1938)", *Hygiea Internationalis An Interdisciplinary Journal for the History of Public Health*, Sayı: 10, 2011, s. 53, 54.

<sup>50</sup> Karantina uygulamalarında en çok bahsi geçen ve Fransızca kökenli bir kavram olan *patente* (patente de sante) geminin sıhhi pasaportudur. Fransızca kökenli patente sözcüğünün Türkçe karşılığı "tezkire" olmakla birlikte; nizamname ve belgelerde diğer tezkirelerle karışmaması adına sadece patente olarak kullanılıyordu. Herhangi bir limana uğrayan geminin kaptanı, karantina memuruna ilk olarak patenteyi göstermek ve geminin sıhhi durumu ile ilgili bilgileri doğru bir şekilde beyan etmekle yükümlüydü. İlk hareket edilen yahut daha önce uğranan limanda geminin tabi olduğu karantina işlemine bakılmak suretiyle, son uğranılan limanda 'temiz, şüpheli yahut bulaşık' olmak üzere üç kategoriden birine uygun düşen patentesi verilirdi. Bulaşıcı hastalığın görülmediği bir limandan gelen gemiye temiz pratikası verilerek seyruşefrine müsaade edilirdi. Ancak temiz veya şüpheli bir patentesi olan bir gemide şayet yolculuk esnasında kolera veya şüpheli başka hastalıklar görülürse; ilk uğradığı karantinahânedede daha önceki temiz olan patentesi şüpheliye yahut daha önceki patentesi şüpheli idiye bulaşık olarak değiştirilir ve gemi derhâl en yakın tahaffuzhâneye yönlendirilirdi. Gemide herhangi bir hastalık söz konusu ise hastalığa yakalananlar geminin bir köşesinde tecrit edilir, gemiden limana kimsenin çıkmasına izin verilmezdi. **Robarts**, Andrew: "A Plague On Both Houses?: Population Movements and The Spread Of Disease Across The Ottoman-Russian Black Sea Frontier, 1768-1830s", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Georgetown Üniversitesi, 2010, s. 215-216.

Böylece bütün gemiler İstanbul/Karadeniz ve Çanakkale boğazlarında (giriş) sağlık belgesi (patente de sante) göstermek zorundadır. Ancak eğer patentesinde geldikleri limandan "bulaşık" veya "şüpheli" olarak damgası bulunan bir gemi, Boğazlardan sadece transit geçiş yapacaksa, bir sağlık görevlisini gemiye almak ve İstanbul Boğazı çıkışında karaya indirmek şartıyla İstanbul'da karantinaya girmezlerdi. İstanbul'da demirleyecekler içinse karantina uygulaması şöyleydi:

- Gemide veba: Mallar için 31, yolcular için 21 gün,
- Bulaşık damgalı belge; Mallar için 20, yolcular için 15 gün,
- Şüpheli damgalı belge; mallar için 15, yolcular için 10 gün,
- Temiz damgalı belge; derhal serbest giriş izni. **Yaşayanlar**, Deniz Karantinası, s. 745-750; **Panzac**, s. 224-225.

Daha sonra 1847'de koleralı mahallerden gelen yahut kolera şüphesi görülen gemilerin on gün karantina bekletilmesi kararlaştırılacak; bunu takiben ileride bahsedilecek olan 1851 I. Paris Uluslararası Sağlık Konferansı ardından ise 1860 tarihli Karantina Nizamnamesi uygulanmaya başlayacaktır. (31 Mayıs 1276, Düstür, Cüz-i Sanî, Matbaa-i Âmire, İstanbul 1289, s. 825-826) Bkz. **Yaşayanlar**, Deniz Karantinası, s. 746.

zamname 1840'ta imparatorluğun bütün limanlarında geçerli hale gelmiştir. Yine aynı sene karayoluyla gelenler için ayrıca bir diğer nizamname yapılacaktır. 1850'e gelindiğinde ise Hicaz dışında, Osmanlı İmparatorluğu'nun tamamında sağlık büroları hattı kurulmuştur<sup>51</sup>.

### 1. Karantina İdaresinin Gelirleri: Karantina Rüsumat Tarifesi

Karantina uygulamasında karşılaşılan güçlüklerden biri, masrafların karşılanması olmuştur. Mali durum, bu yeni teşkilatın ve karantina masraflarının hazineden tahsiline olanak vermediğinden; İstanbul'un karantina masrafları için başlangıçta 'ta'viz sureti' ile tahsil olunan para<sup>52</sup> ihtiyacı karşılamaya yetmeyeceğinden ayrıca Bilad-ı Selase'deki gücü yeten hanelerden de para tahsili yoluna gidilmiştir<sup>53</sup>. Yabancı gemilerden karantina resmi alınmasını temin eden ve karantina teşkilatının en önemli gelir kaynağı olan *Karantina Rüsumat Tarifesi*, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde değinilecek olan 1866 senesinde İstanbul Sağlık Konferansı'nda alınan karar doğrultusunda hazırlanacak ve ancak 1872 yılında yürürlüğe konulabilecektir. 1872 tarihli Karantina Rüsumat Tarifesi gereği savaş gemileri dışında gerek Osmanlı gerek yabancı devlet gemilerine uygulanacak sıhhiye rüsum tarifesi ayrıntılı hazırlanmıştır. Bu tarifede ilk defa tezkire verilecek gemiler için; bin kileye kadar olan gemilerden 2 kuruş, bin-üç bin kile ağırlığındaki gemilerden 6 kuruş şeklinde gitmekte ve on iki bin kileden daha büyük gemiler için de 24 kuruş tahsil edileceği düzenlenmektedir. Ayrıca sual ve teftiş karşılığı, tezkire/geçiş mührü vurulması bedeli olarak da yine geminin ağırlığı arttıkça miktarı da artan harçlar uygulanacağı anlaşılmaktadır.

Geminin yapılan kontrol sonrası tahaffuzhaneye girmesi gerekli görülmüş ise geminin burada geçirdiği gün başına harç tahsil edilecektir. Bu gemilerden alınacak yevmiye de yine geminin kilesine göre artan oranda bir harç tutarı olarak belirlenmiştir. Tahaffuzhaneye alınan yolculardan iskân için para alınmayacaktır ancak odalarına tayin olunan gardiyan için bir defaya mahsus alınan 45 kuruş yanında her gardiyan için günlük 10 kuruş ödenmek zorundadır. Ayrıca tahaffuzhanede eşya ve emtia temizliği için de

<sup>51</sup> Panzac, s. 223; Baskıcı/Baskıcı, s. 893.

<sup>52</sup> İstanbul'un karantinası için acil masraflara karşılık olmak üzere 500 kesesi Kıbrıs Muhassılı Hacı Mehmed Ağa'dan, 250 kesesi Midilli Nazırı İsmail Ağa'dan olmak üzere Yakup Paşa, Tırnova Voyvodası Derviş Bey, Masarifat nazırı Salih Efendi'den toplam 1250 kese; ayrıca 250 kesesi Katoliklerden olmak üzere Ermeni, Rum ve Yahudi cemaatlerinden 2000 ve böylece toplam 3250 kese akçe, ta'viz suretiyle tahsil edilmiştir. Sarıyıldız, Karantina Meclisi'nin Kuruluşu, s. 340-343.

<sup>53</sup> İbid. 354.

1 kuruştan 15 kuruşa kadar değişen miktarda rüsumat konmuştur. Tahaf-fuzhaneye alınan her bir öküz ve inekten 80 para; koyun, keçi, kuzu ve oğlaktan 20 para; tavuk ve kaz gibi emsallerin her birinden 1 para tahsil edilecektir<sup>54</sup>. Yine de Osmanlı limanlarına gelen giden gemilerden alınan bu cüzi vergiler, karantina idarelerinin masrafları ve çalışan memurların maaşlarının ödenmesi için dahi yetersiz kalıyor, devlet zarara uğruyordu<sup>55</sup>.

Karantinalara mahsus olmamakla birlikte bu vesile ile de uygulanan bir diğer gelir kaynağı da mürur tezkireleridir. Bir yerden bir yere yolculuk etmek isteyen Osmanlı tebaası bir kimse, bu seyahatinin sebep ve içeriğini açıklayan bir nevi ülke içi pasaport olan mürur (geçiş) tezkiresi almak zorundaydı<sup>56</sup>. Örneğin bir başka şehre gitmek isteyen kişi mahalle imamından nereye ve hangi amaçla gideceğine dair bir pusula alır, sonra bunu kadıya gidip gösterir ve ücretini ödedikten sonra tezkire hazırlanırdı. Böylece yolcular tezkireyi hem alırken hem de gerek ülke içi gerekse dışına seyahat ederken, kontrol noktalarında muayene karşılığı bir miktar ödeme yapmak-taydılar<sup>57</sup>. Bu kontrol aynı zamanda bulaşıcı hastalıklarda hastalığın hangi istikameti takip ettiğini de görmeyi sağlıyordu. İşte Osmanlı Devleti bu mürur tezkirelerinden hem tebaanın yolculuk istikametini kontrol etmek hem de karantina uygulamasında maddi kaynak sıkıntısını aşmak üzere yararlan-mıştır<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> 1872 tarihli Sıhhiye Rüsum Tarifesi için bkz. Düstur, c II, İlk Tertib, s.837-839 Ayrıca bkz. **Sarıyıldız**, Karantina Meclisi'nin Kuruluşu, s. 374-376.

<sup>55</sup> ibid 373.

<sup>56</sup> **Şimşek**, s. 399-412.

<sup>57</sup> Bir mürur tezkiresi örneği:

“Devlet-i Aliyye tebaasından Üsküb kazası Çirnovid karyesi mütemekkinlerinden olup tüccar taifesinden Behram nam bin Ahmed bu def'a Üsküb'den beray-ı ticaret Hacıoğlu Pazarı'na azimet ideceğinden esna-yı rahda zabtiye me'muru ve saire taraflarından müruruna mümana'at olunmamak ve lede'l-iktiza i'anet ve himayet kılınmak babında işbu mürur tezkiresi verildi.” **Ağır**, s. 76.

<sup>58</sup> Nitekim 1843 yılına ait bir mürur tezkiresine göre belgenin sahibi olan İsmail nam İbn-i Ahmed yolculuğu sırasında İmparatorluk yetkililerine belirli noktalarda elinde bulunan mürur tezkiresini göstermiş ve ilgili yetkililer tarafından İsmail nam İbn-i Ahmed'in tezkiresinin arkasına “*bi'l mu'âyene vebadan sâlimdir*” notu düşülmüştür. Bkz. **Doğan**, s. 99-100.

Aslında sadece tebaa değil Osmanlı Devleti'ne giriş yapan yabancı tüccarlar da pasaport denilen bu seyahat belgesini edinmek durumundaydı. Göç ile salgın hastalıklar arasında bağ olduğunu düşünen Osmanlı Devleti, sınırlardan giriş ve çıkış yapan yerli-yabancı herkesin bu seyahat belgesine sahip olması gerektiğini şart koşarak, tezkire ile salgın hastalıkları kontrol etmeyi de amaçlamıştı. Bu bağlamda Osmanlı Devleti, salgın hasta-lıkla mücadele tedbirleri ve karantina organizasyonunu, merkezin kırsal nüfus üzerinde



## 2. Ceraim-i Sıhhiye Kanunu

Karantina süresinin uzunluğundan ya da karantina vergisi (rüsümü) yüzünden tahaffuzhanelerden kaçanlar yanında zaman ve para kaybı olduğunu düşünerek aynı yola başvuran gemi kaptanlarıyla da karşılaşılabilirdi. Örneğin; Hicaz'dan dönen yaklaşık 2.500 kişilik hacı kafillesi, Adana'da karantinaya alınmak istendiğinde, kapıları kırıp temiz belgesi almadan firar etmişler ve tahaffuzhaneyi yağmalamış ve karantina gardiyanını vurmaya kalkışmışlardı<sup>59</sup>. İşte karantina uygulamaları sırasında gerçekleşen çeşitli adli vakalar ve bulaşıcı hastalıklarla etkin şekilde mücadele edebilmek ihtiyacı, genel ceza normlarından ayrı 'özel' bir ceza yasaının kabulüne götürecektir. Osmanlı Devleti'nin 19. yüzyılda Batı hukuku odaklı kanunlaştırma hareketlerinin bir örneği olan Ceraim-i Sıhhiye Kanunu, Fransız mehzar kanunundan alınmış ve 1884 tarihinde yürürlüğe konmuştur. Sivil, askeri veya mülki memur, tahaffuzhane görevlileri gibi pek çok kişi için oldukça sert cezalar getiren Ceraim-i Sıhhiye Kanunu'ndaki 17 maddeden oluşan bu cezalar, ikinci kısmında düzenlenmiştir. Ceraim-i Sıhhiye Kanunu'nun getirdiği hükümlerden belli başlıları ise şunlardır:

***İkinci Fası/Altıncı Madde:** Her kim Osmanlı topraklarından bir yeri, sağlıkla ilgili kanuni düzenlemelerden birine riayet etmeyerek doğrudan doğruya veya dolaylı olarak yolcu ve hayvan ve gemi veyahut bulaşık patenteli gelenler için öngörülen hükümlere tabi eşya ile münasebette bulundurur ve bu münasebet yüzünden bu başladığı mahalde bulaşıcı hastalık ortaya çıkarsa müebbeden küreğe konulur<sup>60</sup>.*

Böylece 6.madde ile Osmanlı topraklarında sıhhi kurallara uymayarak doğrudan veya dolaylı biçimde bulaşıcı hastalık getirenlerin, ömür boyu kürek cezasına<sup>61</sup> çarptırılacağı hükme bağlanmaktadır. Bununla birlikte aynı

kontrolüne de bir araç kılımtı. Hazineye yük olmakla birlikte karantinalar, merkezin özellikle taşrada güçlenmesine ve buralardaki halkın ve nüfus hareketlerinin izlenmesine böylece suçlu, kaçak ve göçmenlerin kontrolünü sağlamaya, yollarda güvenliğin arttırılmasına, gümrüklerde kaçakçılığı önlemeye elverişli bir kurum olarak da düşünülmüştü. **Robarts**, s. 222-230.

<sup>59</sup> **Sarıyıldız**, Karantina Meclisi'nin Kuruluşu, s. 361; **Yolun**, s. 37-41.

<sup>60</sup> **Altıncı Madde:** Her kim Memalik-i Osmaniye'den bir mahalli nizam-ı mevzu'a-i sıhhiyeye riayet etmeyerek gerek doğrudan doğruya ve gerek bi'l-vasita yolcu ve hayvan ve sefine veyahut bulaşık patenteli mevaridat ahkamına tabi eşya ile münasebatta bulundurur ve bu münasebattan evvel mahalde illet-i sariye zuhur eder ise müebbeden küreğe konulur. **Ağır**, s. 135.

<sup>61</sup> Osmanlı'da avarız vergisini ödeyemeyenler, harp esirleri, köleler, gemilerde kürek mahkumu olarak çalışmakta ve donanmada kürekçiye ihtiyaç duyulduğu zamanlarda kürek cezaları da ağırlık kazanabilmekteydi. **Yolun**, s. 40.

kanununun 10. maddesi gereğince şayet yasaklara aykırı bu eylemler, bulaşıcı hastalığın yayılmasına sebebiyet vermiyorsa, 6. maddede yazılı müebbet kürek cezası, geçici kürek cezasına çevrilecektir<sup>62</sup>.

**Yedinci Madde:** Her kim bulaşıcı salgın hastalık esnasında belirlenmiş bulunan tahaffuzhaneden karantina süresini tamamlamadan firara ve belirlenmiş bulunan kara ve deniz sıhhiye tahaffuzunu cebren geçmeye teşebbüs edip de verilecek dur emrine riayet ve itaat etmez ve cebri kuvvet kullanarak da durdurulmasına imkân bulunmaz ise tahaffuz sınırında memur askeri kuvvetler veya zabitanın o şahsı silah ile idama yetkisi vardır<sup>63</sup>.

Maddeden anlaşıldığı üzere; bulaşıcı hastalık dönemlerinde karantinada kalınması gereken süreyi ikmal etmeden karantinadan ayrılan veya firar edenlerin tutuklanmasına olanak bulunmadığı koşulda bu kişiler zabita veya askeri kuvvetler tarafından silahla vurulabilecektir. Kanunun nasıl uygulandığına dair az denilebilecek sayıdaki belgelerden bir tanesi; 1911 senesinde İstanbul'da bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek için kurulan sıhhiye kordonundan firar edenlere yönelik ne yapılacağı hakkında Şûrâ-yı Devlet'e yapılan başvuru hakkındadır. Kendisinden, 'Ceraim-i Sıhhiye Kanunu'nun bu maddesi mi yoksa Osmanlı Ceza Kanunu'nun 99. maddesinin mi uygulanması gerekeceği' sorulan Şûrâ-yı Devlet; firarilerin yakalanma olanağı yoksa silahla vurulup öldürülmesinin ağır olabileceğini, bu maddenin kordonlardan firar edenlere yönelik olarak uygulanamayacağını ve dolayısıyla Osmanlı Ceza Kanunu'nun 99. maddesinin tatbik edilmesinin uygun olduğuna dair görüş belirtmiştir<sup>64</sup>.

**Sekizinci Madde:** Bir gemi kaptanı veyahut yolcusu, bindiği geminin patentesi temiz bile olsa sıhhi düzenlemelerin lüzumlu kıldığı işlemleri yerine getirmedi ve gemiye pratika verilmeden evvel sahil ile irtibat kurarsa bir seneden üç seneye kadar hapis veyahut 5 Osmanlı altınından 500 Osmanlı altınına kadar para cezasına ve ağırlaştırılmış sebeplerin varlığı takdir edildiğinde bu cezaların ikisine birden hükmedilir<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> **Onuncu Madde:** Hilaf-ı memnu'iyet vuku bulan ihtilat illet-i sariyenin intişarını mucib olmaz ise 6.maddede muharrer müebbet kürek cezası muvakkat kürek cezasına tahvil olunur. **Ağır**, s. 135.

<sup>63</sup> **Yedinci Madde:** Her kim illet-i sariye esnasında tayin olunan tahaffuzhaneden karantina müddetini ikmal etmeksizin firara ve berri ve bahri muayyen olan sıhhiye tahaffuzunu cebren mürura tasaddi edip de verilecek tevakkuf emrine riayet ve inkıyad etmez ve kuvve-i cebriye isti'maliyle tevfiğine imkan bulunamaz ise hatt-ı tahaffuza memur kuvve-i askeriye veya zabitanın ol şahsı silah ile idama salahiyeti vardır. *ibid.* 135.

<sup>64</sup> **Yolun**, s. 37-42.

<sup>65</sup> **Sekizinci Madde:** Bir sefine kaptanı veyahut yolcu rakib olduğu geminin patentesi temiz olsa bile nizam-ı sıhhiyece lazım gelen muamelatı icra etmeden ve gemiye

Patentesi (gemi sağlık cüzdanı) temiz olsun veya olmasın, sıhhi kural-lara uymadan ve pratika (gemi sağlık denetimi) verilmeden sahile yanaşan bir geminin kaptanı, üç seneye kadar hapis ya da beş yüz Osmanlı altınına kadar para cezasına çarptırılabilir. Ağırlaştırıcı sebeplerin bulunması durumunda kanuni ve takdiri sebeplere bağlı hapis ve altın cezasının her ikisi birden hükmedilebilecekti.

**Onbirinci Madde:** *Sıhhiye idaresinin emirlerini ve düzenini icra ile yükümlü bir memur, genel sağlığı ihlal edecek bulaşıcı hastalık vakasını her ne maksatla olursa olsun gizler veya başka türlü göstermeye çalışır ve niteliğini değiştirip bulaşıcı hastalığın bulunmadığı başka yerlerde ortaya çıkmasına ve yayılmasına sebep olursa müebbet, yayılma gerçekleşmezse geçici olarak kürek cezasına çarptırılır<sup>66</sup>.*

Kanun bulaşıcı hastalıkların ortaya çıkmasında ve yayılmasında memurlara çok büyük sorumluluk yüklüyor ve görevlerini yapmada en ufak bir ihmalde veya yanlışta onlara yönelik ağır cezalar getiriyordu.

Cezaları düzenleyen bu maddelerden önce genel tanımların yapıldığı birinci fasılda üçüncü madde, bu kanunda öngörülen cezaların ne zaman ve nasıl uygulanacağını belirlemektedir.

**Birinci Fasıll/Madde 3:** *Bulaşıcı hastalığın ortaya çıktığı ilan ve ihbar edildikten sonra liman ve tahaffuzhaneler ve lazım gelen şehir ve kasaba ve köylerde iş bu kanunun havi olduğu cezai hükümler basılı evrak ile herkese ilan kılınır ve bahsi geçen cezalar mutlaka bulaşıcı hastalığın zuhuru ve kanundaki cezaların dereceleri ilan olunduktan sonra hüküm ve ceza kılınabilir<sup>67</sup>.*

Birinci fasılda bahsi geçen 3. maddenin yorumundan çıkan sonuç ancak bulaşıcı salgın hastalık ortaya çıktığında ve bu yasanın varlığı ilgililerce

---

pratika verilmeden evvel sahil ile muhabere eder ise bir seneden üç seneye kadar hapis veyahut 5 Osmanlı altınından 500 Osmanlı altınına kadar ceza-yı nakdi alınır ve esbab-ı müşeddede bu cezaların ikisi birden hükmedilebilir. **Ağır**, s. 135.

<sup>66</sup> **Onbirinci Madde:** İdare-i Sıhhiye'nin evamir ve nizamatını icra ile mükellef-i mes'ul olan bir memur sıhhat-i umumiye-yi ihlal edecek illet-i sariye vukuatını her ne maksat için olursa olsun ihfa veya tevil ve tağyir edip de illet-i sariyenin ondan masun olan mahallerde zuhur ve intişarına sebep olursa müebbet ve intişar vukua gelmezse muvakkaten küreğe konulur. ibid 135-136.

<sup>67</sup> **Üçüncü Madde:** İlet-i sariyenin zuhuru ilan ve ihbar edildikten sonra liman ve tahaffuzhaneler ve lazım gelen şehir ve kasaba ve karyelerde iş bu kanunun havi olduğu ahkam-i cezaiye evrak-ı matbua ile cümleye ilan kılınır ve zikr olunan cezalar mutlaka illet-i sariyenin zuhuru ve mücazat-ı kanuniyenin derecatı ilan olunduktan sonra hükmü ve ceza kılınabilir. ibid 134.

salgın görülen mahallerde ilan edildikten sonra bu hükmün uygulanabileceğidir. Yani karantina uygulamalarına mahsus cezalara hükmedilebilmesi için kanunun her salgın durumunda usulünce yeniden ilanı gerekeceği anlaşılmaktadır. Lakin böyle yorumlandığında da bunun karantina görevlisi memur ya da hekimler için değil yalnızca sivil kişiler için geçerli olduğu düşünülebilir.

### III. ULUSLARARASI SAĞLIK KONFERANSLARI VE DÜNYA SAĞLIK ÖRGÜTÜ

Kolera pandemileri, Osmanlı Devleti'nde karantina teşkilatının kurulmasında başat rol oynadığı kadar uluslararası sağlık örgütlenmesi açısından da önem taşır. 19. yüzyıldan önce Avrupa'da bilinmeyen kolera, kaynaklandığı yer olan Hindistan'dan yoğun ticaret ve su yolları vasıtasıyla yayılmıştı. Koleranın yayılımıyla birlikte Avrupa'da dikkatler şehirleşme, yoksulların kötü yaşam koşulları, endüstrileşmenin dezavantajları, aşırı nüfus ve sağlık hizmetlerinin eksikliği konularına yönelmiştir. Hastalıkların uzak diyarlardan yayılması yeni bir durum değildi ama kolera, buharlı gemiler ve tren yollarındaki teknolojik gelişmelerle bir yerden diğer bir yere daha hızlı yayılıyordu. Zaman ve yer uzaklığı kaybolmuştu, bulaşıcı hastalıklar ülke sınırları tanımıyordu<sup>68</sup>.

Böylece 19. yüzyıla gelindiğinde, başta kolera olmak üzere salgın hastalıklarla mücadelede insanlığın çıkardığı en önemli sonuç, hastalıklardan korunmak için uluslararası iş birliği yapmanın zorunlu olduğuydu. Nitekim ilk kez uluslararası bir sağlık konferansı toplanması teklifinin geldiği Fransa Sağlık Yüksek Konseyi Sekreteri P.de Ségur Dupeyron'un bizzat hazırladığı raporda belirtildiği üzere; ülkelere göre farklılaşan karantina uygulamaları hastalıkla mücadeleyi zorlaştırmaktaydı ve bu nedenle uluslararası bir konferans gerekliydi. İşte devletlerin tekil kararları yerine yeknesaklaştırılmış bir karantina düzenlemesinin tercihe şayan olması, 19. yüzyıl başlarında hastalıklarla mücadelede uluslararası iş birliğini düşündüren bir unsurdur. Elbette bu zorunlu uluslararası iş birliğinin, karantina uygulamalarının ticaret

<sup>68</sup> **Huber**, Valeska: "The Unification of the Globe By Disease? The International Sanitary Conferences on Cholera 1851-1894", *The Historical Journal*, Cilt: 49, Sayı: 2, 2006, s. 454-455; **Huber**, Valeska: "Pandemics and the Politics of Difference: Rewriting the History of Internationalism Through Nineteenth-century Cholera", *Journal of Global History*, Cilt: 15, Sayı: 3, 2020, s. 395, 397-398; **Samancı**, Uğur: "Dünya Sağlık Örgütü ve Normatif İşlevi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 1, 2016, s. 57.

filolarının kâr oranları üzerinde olumsuz etkiye neden olabilmesi gibi siyasal ve ekonomik başka bir boyutu da vardı<sup>69</sup>.

Böylece 1851'den 1938 yılına kadar 14 uluslararası sağlık konferans serisi<sup>70</sup> düzenlenmiş ve bu sağlık konferansları dizisi ile uluslararası hıfzıssıhhanın temelleri atılmış, 1948'de kurulacak olan Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ)'ne ulaşacak yolun yapı taşları döşenmiştir<sup>71</sup>.

### A. Paris Konferansı (1851)

Veba, sarıhumma ve koleraya karşı mücadele için yapılan ve 1851-52 yıllarında gerçekleştirilen birçok toplantıdan oluşan I. Uluslararası Paris Sağlık Konferansı, 12 devleti temsilen birer hekim ve diplomatın katılımıyla gerçekleşir<sup>72</sup>. Bu konferansta Paris Genel Konsolosu Gustave Halphen ile birlikte Osmanlı Devleti'ni temsilen katılan genel sıhhiye müfettişi Dr. Bartoletti Efendi (1808-1894), Avrupa'da Osmanlı Devleti'nin sağlık durumu hakkında oluşmuş olan yanlış kanaatleri düzeltmeye çalışarak karantina konusunda aleyhte kararların kaldırılmasını sağlamıştır. Dr. Bartoletti, bu toplantılarda Hindistan'dan gelen hacıların kolerayı Kızıl Deniz yoluyla Mekke'ye taşıdığı ve Osmanlı tebaasındaki hacılara bulaştırdığı tezini savunacaktır<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> **Atabek**, Emine Melek: 1851'de Paris'te Toplanan I. Milletlerarası Sağlık Konferansı ve Türkler, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, 1974, s. 23-24, 32.

<sup>70</sup> Avrupa Devletleri'nin öncülük ettiği Uluslararası Sağlık Konferanslar serisi 1851 yılında başlar ve 1938'e kadar devam eder. Bu uluslararası sıhhi konferanslar dizisi sırasıyla; Paris (1851 ve 1859), İstanbul (1866), Viyana (1874), Washington (1881), Roma (1885), Venedik (1892), Dresden (1893), Paris (1894), Venedik (1897) ve Paris'te (1903, 1911, 1926 ve 1938) gerçekleştirilmiştir. **Ersay/Güngör/Akpınar**, s. 53-72.

<sup>71</sup> **Bakar**, s. 71; **Gülen**, Gülnihân Cihanoğlu: "İşlevsel Bir Bütünleşme Alanı Olarak Küresel Sağlık ve Sağlık Diplomasisi", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 58.

<sup>72</sup> Konferansa katılan 12 devlet şunlardır: Avusturya, Sicilyateyn, İspanya, Fransa, Büyük Britanya, Yunanistan, Portekiz, Rusya, Sardunya, Toskana, Vatikan (Papalık) Hükümetleri ve Osmanlı Devleti. Bkz. **Ersay/Güngör/Akpınar**, s. 56; **Şehsuvaroğlu**, 'Tarihi Kolera Salgınları, s. 287.

Sicilyateyn yahut İki Sicilya Kraliyeti, Napoli Krallığı ile İspanyol Burbon Hanedanı yönetimindeki Sicilya Krallığı'nın birleşmesi sonucu 1816 yılında kurulmuş ve 1860'a kadar varlığını sürdüren İtalya'nın güneyinde bulunan bir krallıktı. Sicilyateyn Krallığı, topraklarının sonradan İtalya Krallığı adını alacak olan Sardunya-Piyemonte Krallığı'nın topraklarına ilhakı ile resmi olarak 1862 senesinde son bulmuştur.

<sup>73</sup> **Ersay/Güngör/Akpınar**, s. 56; **Ahmet Mithat Efendi**, s. 108.

"Bartoletti Efendi Napoli ahâlisinden olup cennetmekân Sultan Selim Hân hazretlerinin hizmeti tabâbetinde bulunmuş olan Doktor Bartoletti'nin sulbünden 1808 senesinde

Toplantının önemli gündem maddelerinden biri, üzerinde ittifak sağlanamayan karantina süreleriydi. Gemiler geldikleri limanlara göre ve bazen de keyfi kararlarla 18 ila 30 gün karantinaya tabi tutulabiliyor; özellikle Osmanlı İmparatorluğu bu gibi bulaşıcı hastalıkların daimî olarak hüküm sürdüğü bir yer olarak düşünüldüğünden, İstanbul ve Çanakkale'den gelen gemiler 30 gün karantinada bekletiliyordu. Konferansta karantina uygulanacak hastalıklar veba, kolera ve sarıhumma ile sınırlandırıldı ve karantina süresi ise tüm ülkeler için 15 gün olarak belirlendi<sup>74</sup>.

I. Uluslararası Paris Sağlık Konferansı'nda gündeme gelen konulardan bir tanesi de karantina idaresinin yasal statüsü olmuştur. Karantina Meclisi, (Meclis-i Tahaffuz) ne bir padişah fermanına ne Bâb-ı Âli ile Mecliste yer alan diğer devletler arasında yapılmış bir anlaşmaya dayanıyordu. Bu nedenle yasal statüsü sağlam olmayan Meclis-i Umur-u Sıhhiye'nin o günkü yapısının Sultan'ın irade edeceği bir 'ferman' ile yasallaştırılması ve böylece kararlarda söz sahibi bulunan yabancı delegelerin temsilinin sürdürülmesi önerisi, konferansın 1 Aralık 1852 tarihli oturumunda kabul edilmiştir<sup>75</sup>.

Bu bir yıllık toplantılar dizisi sonucunda sağlıkla ilgili anlaşmaya varılan hususlar 137 maddede bir araya toplanmıştır<sup>76</sup>. Ancak, I. Uluslararası Sağlık Konferansı genel olarak başarısızlıkla sonuçlanacak ve katılımcı 12 devletten yalnızca Fransa, Sardunya ve Portekiz hükümetleri uzlaşma metnini imzalayacaktır<sup>77</sup>.

---

İstanbul'da tevellüd ederek papazlık ulûmunu tahsil için pederi tarafından Napoli'ye gönderilmiş ise de me'mûriyeti rûhâniyyeyi istemeyip tabiblik mesleğini tercih etmiş ve ba'de't tahsil İstanbul'a gelerek bir müddet icrâyı tabâbetten sonra hizmeti sıhhiyyeye gidip kemâli fetânet ve dirâyetiyle serî'an ta'ayyün ettiğinden 1856 senesi Kânûnisânîsinin yirmi dokuzuncu günü (29 Ocak 1856) meclise a'zâ ta'yîn olunmuştur. Bu zât bi'lâhare müessesâtı sıhhiyyeyi itmâm etmek ve sıhhiyye konferanslarında tarafı Devleti Aliyye'den mürâhhasıyyet sıfatıyla hakîkaten nâfi' hidemâta muvaffak olmak sûretiyle pek büyük bir ehemmiyet kazanmıştır." **Ahmet Mithat Efendi**, s. 103.

<sup>74</sup> **Baskıcı/Baskıcı**, s. 894; **Şehsuvaroğlu**, Tarihi Kolera Salgınları, s. 287-288.

<sup>75</sup> **Atabek**, s. 55, 68.

Şunu belirtmek gerekir ki; Meclis-i Tahaffuz'un oluşumunda padişah iradesi ve fermanı bulunmaktadır. Burada Batılı devletlerin 'daha sağlam temele oturtmak' ile kastettiği şeyin; yabancı devlet temsilcilerinin daha sonra bu Mecliste kalıcı olarak yer almalarının hukuki zemine oturtulması talebi olduğunu düşündürmektedir.

<sup>76</sup> Konferansta, bir Uluslararası Sağlık Sözleşmesi ile bu Sözleşmeye ek olarak, kolera, veba ve sarıhummaya ilişkin bir Uluslararası Sağlık Tüzüğü hazırlanmışsa da karantina gerekliliği konusunda uzlaşamaması neticesinde bu Sözleşme ve Tüzük uygulamaya geçirilememiştir. **Samancı**, s. 58.

<sup>77</sup> İmzacı Sardunya ve Portekiz de 1865'te imzalarını geri çekecektir. Bkz. **Dinç**, s. 84-85; **Huber**, The International Sanitary Conferences, s. 461.

Osmanlı Devleti'nde 1860 tarihli Sağlık Nizamnamesi ile getirilen; bulaşıcı hastalıkların karantina idaresine ihbar edilmesi, sokakların temiz tutulması, karantina idaresine bildirimde bulunmadan ölülerin gömülemeyeceği gibi hususlar ise 1859 tarihli II. Paris Konferansı'nda alınan kararlara dayanmaktadır<sup>78</sup>.

### B. İstanbul Uluslararası Sağlık Konferansı/13 Şubat 1866 / 26 Eylül 1866

Hicaz bölgesi, 1831 yılından başlamak üzere, 1916 yılına kadar geçen süre içinde 22 kez kolera salgınlarına maruz kalmıştır. Çok sayıda hacının hayatını kaybettiği 1865 kolera salgını, Hicaz'dan<sup>79</sup> önce Mısır'a, oradan da Akdeniz limanlarına ve Avrupa'ya taşınmıştı. Özellikle Balkanlar'da bulunan Müslüman nüfus, Avrupa'ya hastalığın bulaşması için önemli bir kaynak olarak görülmekteydi. Gerek Osmanlı Devleti gerekse Mısır yönetiminin hac konusunda aldığı önlemleri yetersiz bulan ve daha ciddi önlemler alınmasını isteyen başta Fransa olmak üzere Avrupa devletlerinin yaptığı toplantı önerisi, toplantının İstanbul'da düzenlenmesi koşuluyla Osmanlı Devleti tarafından kabul edilecektir.

Konferans 13 Şubat 1866 günü Galatasaray'da Sultani binasında, Hariciye Nazırı Ali Paşa'nın nutku<sup>80</sup> ile açılmış ve 44 toplantının ardından yine Ali Paşa'nın nutku ile 26 Eylül 1866'da kapanmıştır<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> Ersoy/Güngör/Akpınar, s. 58-59.

<sup>79</sup> "Esasen salgın, Singapur'dan gelen iki geminin Cidde'ye varışından sonra başlamıştır. Henüz Cidde'ye gelmeden, iki geminin toplam 1162 yolcu ve tayfasının 143'ü ölmüş ve denize atılmıştı. 5 Nisan 1865 tarihli Osmanlı Komisyonu raporu da Cidde'ye Hindistan'dan ve Cava'dan 51 geminin geldiğini, koleranın bunlar tarafından taşındığını belirtmektedir. İngiliz konsolosuna göre 90 bin hacıdan 30 bini ölmüştür. Osmanlı Komisyonu'nun raporu ise 15 bin ölüden bahsetmektedir. 12 Haziran'da İskenderiye'den İstanbul'a dönen askerî gemi Muhbir-i Sürür'un 12 tayfası hastalanıp hastaneye kaldırılmış, böylece İstanbul'da da salgın başlamıştır". Koloğlu, Orhan: "Osmanlı Basınında 1865 Kolera Salgını, İstanbul Sağlık Konferansı ve Mirza Malkom Han", Osmanlı Bilimi Araştırmaları, Cilt: VI, Sayı: 2, 2005, s. 139-150.

<sup>80</sup> Hariciye Nazırı Ali Paşa'nın konferansı açılış nutku;  
"Beyler,

... Beyler bu toplantı, medeniyetin, asrımızda ne büyük bir ilerleme gösterdiğinin itiraz kabul etmez bir ispatıdır. Herhangi bir ilerlemenin kanunu olan, beşerî kardeşlik, medeni milletlerin birbirlerine verdikleri karşılıklı teminatlarla gittikçe artıyor. Bütün beşeriyete de gözümüzün önündeki bu teminattan daha fazlası nasıl verilir? Bununla demek istiyoruz ki: medeniyetin başında gelen devletler, böyle seçkin ve bilgili şahısları seçmekle, beşeriyeti mahveden bir afete karşı koruyucu tedbirlerin alınmasında en büyük garantiyi vermiş oluyorlar... Aktaran: Bakar, s. 73.

Dönemin basınına baktığımızda; Türkçe gazetelere nazaran yabancı kaynaklardan daha iyi haber alabilen La Turquie gazetesinin, İstanbul'da düzenlenen sağlık konferansına ilgi gösterdiğini görürüz. Bu gazetenin konuyla ilgili haberleri, konferanstaki tartışmalara ışık tutmaktadır<sup>82</sup>.

### La Turquie Gazetesi-28 Şubat 1866



“Muhabirlerimizin kongreden öğrendiklerine göre, Pazartesi günü Fransız delegelerinin raporu tartışılmıştı. Salı günü ise aynı tartışma devam etti: Salgın taraftarları gibi, koleranın salgın oluşturmadığı düşüncesinde olanların da (yani hastalığı bireysel sayanların) konferansta yandaşları var. İlk tartışmalar hayli hareketli bir çekişmenin gündemde olacağını düşündürüyor. Bize göre kazanan ilk grup olacaktır. Zira salgın yanlılarının gerekçeleri son salgında edinilen ve karantina lehinde beliren deneyimle desteklenmektedir. Nitekim salgına maruz kalmış ülkelerden gelenleri geri çeviren memleketler felaketten kurtuldular. Yunanistan, Sicilya,

<sup>81</sup> Daha önceki uluslararası sağlık konferanslarında olduğu gibi devletlerin birer hekim ve birer diplomat ile temsil edildiği Galatasaray toplantılarına katılan ülkeler Avusturya, Fransa, Belçika, Danimarka, İspanya, Papalık, Amerika Birleşik Devletleri, Büyük Britanya, Yunanistan, İtalya, Hollanda, İran, Portekiz, Prusya, Rusya, İsveç/Norveç, Osmanlı Devleti ve Mısır'dır. Konferansta Osmanlı Devleti'ni Meclisi Umur-ı Sıhhiye Reisi ve Mektebi Tıbbiye Nazırı Dr. Salih Efendi ile bir önceki Paris Konferansı'nda olduğu gibi yine Dr. Bartoletti temsil etmekteydi. **Bakar**, s. 72-73; **Koloğlu**, s. 139-150; **Ersoy/Güngör/Akpınar**, s. 59.

<sup>82</sup> Osmanlı döneminden günümüze ulaşabilmiş Fransızca yayınlanan gazetelerden bir tanesi La Turquie gazetesidir. Gazetenin 19. yüzyıl yabancı basını arasında önemli süreli yayınlardan biri olduğu söylenmekle birlikte, yayın hayatı ve yayın politikası hakkında günümüzde detaylı bilgi bulunmamaktadır. İzmir'de yayınlanan iki Fransızca gazete, *Journal de Smyrne* ile *Echo de l'Orient*, 1846 yılında birleşmiş ve İstanbul'da *Journal de Constantinople* adıyla çıkmaya başlamıştır. *Journal de Constantinople*, 1866 yılına kadar yayın hayatına devam etmiş, sonrasında *La Turquie* adıyla günlük olarak çıkmaya başlamıştır. **Oruç**, Dilara: “La Turquie Gazetesi'nde İstanbul (1866) (Fihrist-Çeviri-Değerlendirme)”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İstanbul Araştırmaları Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2017, s. 90-92.



*Girit, Selanik bunların örnekleridir. Karantina uygulamasının başarısı kesindir*<sup>83</sup>.”

Sağlık konferansının 1 Mart tarihindeki beşinci toplantısının gündeminin hac ve hacılar meselesi olduğunu yine *La Turquie Gazetesi* haberinden öğrenebilmekteyiz. Buna göre; Mekke’de görülen kolera epidemisinin hacılarıyla beraber farklı bölgelere taşınmasını önlemek amacıyla Hicaz denizinden hacıların geçişini yasaklama önerisi üzerine tartışmalara devam edilmiştir<sup>84</sup>.

Gazetede yazdığı gibi; konferansa katılan Avrupalı çoğu uzman, kolera salgının Avrupa’ya ulaşmasını engellemek için tek yolun hacıların, Hac dönüşü deniz yolu ile taşınmasının önüne geçilmesi olduğunu savunuyordu. Ancak bu durumda hacılar, Mekke’de yeterli yiyecek ve kalacak yer olmadan, tam da konferansın açılış konuşmasında vurgulanan “tüm insanlığın birliği” temennisine aykırı şekilde, Avrupa yararına kapatılıp, alıkonulmuş olacaktı. Öneri tam olarak şöyleydi: Hacılar ya doğrudan kervanlarla çöl yolunu izleyerek karadan dönüş yapacaklar ya da Cidde’de gemiye bindirildikten sonra oradan geri dönemeyecekleri bir mesafede Arap yarımadasında karaya çıkarılacak ve karantina süresini tamamlayıncaya kadar bekletilecektir. Oysa kolerayı, asıl merkezi olan Güneydoğu Asya’da önlemek yerine hacıların Mısır’a karayolu ile ulaşmasını istemek, bu yola alışkın olmayanların çölde yok olmalarına göz yummak anlamına gelecekti<sup>85</sup>.

Yine *La Turquie* gazetesinin 10 Mart 1866 sayısından da anlaşıldığı üzere; “*Fransızların, Hicaz’dan Mısır’a sadece bir limandan girilmesi ve*

<sup>83</sup> Gazete haberi için bkz. ibid 90-92.

Konferansta tartışılan konulardan olan ‘koleranın mikrobik mi yoksa miasma yoluyla mı bulaştığı’ meselesinde nihai bir sonuca ulaşılamamış ancak insan etkisi ve etkileşiminin hastalığın yayılmasında önemli unsur olduğu kanaatine varılmıştı. Hastalığın insandan insana ve yolculukla taşınabileceği düşüncesi Britanya temsilcisinin çekimser oyuna rağmen kabul edilir. Özellikle serbest ticarete engel olduğu düşünüldüğü için karantinaya karşı duran liberal yaklaşım, bulaşıcı olmadığı tezine politik bir zemin hazırlamıştır. **Bakar**, s. 76; **Huber**, *Pandemics and the Politics of Difference*, s. 398-389.

<sup>84</sup> **Oruç**, s. 90-92.

<sup>85</sup> **Koloğlu**, s. 139-150; **Huber**, *The International Sanitary Conferences*, s. 462-463.

Fransa’nın bu sert önerisinde düzeltme yoluna giden Dr. Bertoletti’nin dolayısıyla da Osmanlı Devletinin planı; hacıların buharlı gemilerle taşınmasıdır. Hacılar, Hicaz’dan ayrı ayrı gruplar halinde gemilere alınacak ve Mısır topraklarında Kızıldeniz kıyısında belirli karantina noktalarına nakledilecekler, buralarda karantina sürelerinin sona ermesine kadar bekletileceklerdir. Şayet kervan yoluyla geri dönmek isteyenler olursa onlar da bu yolu seçebileceklerdir. Cidde’de Hintli hacıların dönüşü ve onlar için özel ayrı bir liman açılacağı de Salih Efendi tarafından öneriye ilave edilen bir husus olacaktır. **Kılınç**, s. 45-46.

*hacıların çoğunun karadan gitmeye zorlanması önerisi, 8'e karşı 18 oyla kabul edildi. İngiltere, Rusya, İran ve Türkiye aleyhte oy vermişlerdir."*

Bu konferans sonucunda kolera pandemisinin çıkış yerinin Hindistan olduğu kesinlik kazanmış, Bab-el Mendeb\*’de Hindistan’dan gelen hacılar için bir tahaffuzhane kurulması ayrıca her yıl Hac mevsiminde Hicaz’a bir sağlık ekibi gönderilmesi kararlaştırılmıştır. Hastalığın kuluçka devrinin 8 gün olduğu ve bu yüzden 10 günlük karantina süresinin yeterli olduğu da alınan kararlar arasındadır. Ancak Galatasaray Konferansı’nda gemilerden ne kadar “sıhhiye rüsumu” alınacağına bir türlü karar verilemeyince ve karantina masrafları da devlete oldukça yük olduğundan, Salih Efendi ve Sıhhiye Müfettişi Dr. Bartoletti tarafından oluşturulan komisyon 1871 yılına kadar çalışarak, nihayet gemilerden alınacak karantina ücretleri meselesi halledilmiş, konferansa katılan devletler de daha sonra bunu kabul etmişlerdir. Ertesi sene yani 1867’de Meclis-i Tahaffuz tarafından kaleme alınan Kolera Nizamnamesi XIX. yüzyıl sonlarına kadar İstanbul’da mer’i olmuştur<sup>86</sup>.

### C. İstanbul Konferansı Sonrası Diğer Uluslararası Sağlık Konferanslarına Kısa Bir Bakış

1874 Viyana Konferansı’nda özellikle kolera, 1881 Washington Konferansı’nda da sarıhumma üzerinde çalışılmış ancak her iki konferans da bir netice alınamadan dağılmış; 1885 Roma Konferansı da aynı şekilde sonlanmış<sup>87</sup>. 1874 Viyana Konferansı’nda en dikkat çekici husus; müzakerelerin bir noktasında delegelerin çoğunluğunun, karantinaların kaldırılması ya da en azından kolaylaştırılmasından yana görüş beyan etmeleridir. Buna karşın Türk delegesi (Ali Bey ve Bartoletti Efendi), karantina düzenlemelerinin İstanbul Konferansı’na dayandığı ve kesinlikle yerine getirilmesi gerektiğini savunmuştur<sup>88</sup>.

1893 yılında yine Mekke’de büyük bir kolera salgının yaşanması üzerine Avrupa devletleri, hac esnasında Mekke’de genel sağlığın korunması ve Basra Körfezi’nde sıhhiye tedbirleri uygulanması için 1894 yılında Paris’te

\* Kelime anlamı “hüzün kapısı” demek olan Bab-el Mendep/Babülmendep; Kızıldeniz’i Aden Körfezi’ne bağlayan 32 km uzunluğunda bir boğazdır. Bu boğaz, Afrika ile Arap Yarımadası’nı birbirinden ayırır.

<sup>86</sup> Şehsuvaroğlu, Tarihi Kolera Salgınları, s. 282-299; Böke, s. 149.

<sup>87</sup> Şehsuvaroğlu, Tarihi Kolera Salgınları, s. 282-299.

<sup>88</sup> Ersoy/Güngör/Akpınar, s. 62.

yeni bir uluslararası sağlık konferansı düzenleyeceklerdir<sup>89</sup>. Davet edildiği bu konferansta Osmanlı Devleti'ni ise Madrid sefiri Turhan Bey'in başkanlığında bir heyet temsil etmiştir. Müzakereler sırasında devletler, İstanbul Sıhhiye Meclisi'nin (Meclis-i Tahaffuz) niteliğini, Kızıldeniz, Basra Körfezi ve Hicaz kıtası üzerinde kendilerine tasarruf hakkı veren maddeleri gündeme getirerek Osmanlı Devleti'ne bunları kabul ettirmeye çalışmışlardır. Basra Körfezi ve Kızıldeniz'e ait sağlık meseleleri için ayrı bir heyet teşkili ile tamamıyla bağımsız karma bir kontrol usulünün getirilmesi de talepler arasındadır. Bu talep Osmanlı Devleti temsilcisi Turhan Bey tarafından reddedilecektir<sup>90</sup>.

Osmanlı Devleti, İstanbul Sıhhiye Meclisi, Kızıldeniz, Hicaz ve hac üzerindeki tasarruf hakkını bertaraf eden ve Osmanlı hukukuna aykırı olan maddelere "kayd-ı ihtirazi" koyarak Paris sıhhiye mukavelenamesini kabul edebileceğini bildirmiştir. Koleranın Hintli hacılar aracılığıyla getirildiğinin artık malum olduğu, Hintli hacıların Hindistan'dan ayrılışlarında ihtiyat karantinası almadıkları takdirde Hicaz ve Avrupa'nın koleradan korunamayacağı hususunun konferansta karar altına alınması için gayret göstermesi yolunda Turhan Bey'e talimat irade edilmiştir.

Bu konferans sonunda kabul edilen mukavelenamenin içeriğine dair 4. maddeye Osmanlı Devleti çekince koymuştur. Zira insanların dini vecibelerini yerine getirmeyi maddi olanağa bağlayan bu maddenin kabulü, Osmanlı Devleti açısından sakıncalıydı. İslam'ın bazı mezheplerinde maddi imkânsızlık, hac farızasının yerine getirilmesine engel oluşturmamakla birlikte; bunun onaylanması halinde İslam dünyası nezdinde halife ve Osmanlı Devleti'nin itibarı ve onlara duyulan güven sarsılabilecekti<sup>91</sup>.

1903'te Paris'te düzenlenen 11.Uluslararası Sağlık Konferansı, somut sonuçlara ulaşılan verimli bir konferans olmuştur. Bu konferans neticesinde; 1892, 1893, 1894 ve 1897 yıllarında düzenlenen dört önemli konferansta kabul edilen düzenlemelerin yerini alan ve yeni bilimsel keşifler doğrultusunda karantina uygulamaları getiren, 184 maddelik bir sözleşme oluşturulmuştur. Ancak konferans sonrası imzalanan sözleşmenin 181. maddesinin, küresel sağlık diplomasisi açısından önemli bir boyutu vardır. Bu maddenin

<sup>89</sup> Almanya, Avusturya, Belçika, Danimarka, İngiltere, İspanya, Amerika, Yunanistan, İtalya, Flemenk, İran, Portekiz ve Rus hükümetleri hac ifa edilirken Mekke ve Basra Körfezi'nde alınması gerekli sağlık tedbirleri hakkında müzakereye karar vermişler ve Osmanlı Devleti'ni de konferansa davet etmişlerdir.

<sup>90</sup> **Ersay/Güngör/Akpınar**, s. 66-68.

<sup>91</sup> **Sarıyıldız**, Hicaz, s. 1-17, 162-166.

önemi, Fransız temsilcisinin önerisi ile uluslararası bir halk sağlığı bürosunun açılmasına karar verilmiş olmasıdır. Bu kararın ardından 1907 yılında Uluslararası Halk Sağlığı Bürosu (Office International d'Hygiene Publique-OIHP) hayata geçirilmiş ve büronun merkezi Paris olmuştur. 1914 yılına kadar çalışmalarını sürdüren Uluslararası Halk Sağlığı Bürosu, bulaşıcı hastalıkların etiyolojisi ve bulaşma yollarının kontrolü, serum ve aşuların standartlaştırılması, içme suyu, gıda hijyeni, atıkların zararsızlaştırılması, lepra ve tüberküloz vakalarının bildiriminin zorunlu hale getirilmesi gibi konularda ortak kararlar almıştır. Bununla birlikte büro, bir uluslararası danışma ve haberleşme merkezi gibi görev yapmakla birlikte halk sağlığının bilimsel ve pratik yönlerine ilişkin değişik ulusların sorunları yerine, ağırlıklı olarak Avrupa'nın sorunlarıyla ilgilenen bir kuruluşu<sup>92</sup>.

Uluslararası sağlık kuruluşları bağlamında önemli bir dönüm noktası olan ve 1948 yılında Birleşmiş Milletler çatısı altında özerk bir yapıda kurulan Dünya Sağlık Örgütü, uluslararası sağlık konferansları ve bu konferanslarda alınan kararlarla oluşturulan kurumlar<sup>93</sup> bağlamında önemli bir varış noktasıdır<sup>94</sup>. DSÖ'nün çekirdeğini kuruluşundan önce bölgesel olarak faaliyet gösteren bürolar ve 1907 yılında kurulan Uluslararası Halk Sağlığı Bürosu oluşturmuştur. Elbette 1851-1938 yılları arasında gerçekleştirilen 14 uluslararası sağlık konferansı dizisi, DSÖ'ye giden yolun yapı taşlarını döşemiştir.

Uluslararası koruyucu sağlık tedbirlerinin alınmasında iş birliği zorunluluğunun ürünü ve XIX. yüzyılda başlayıp XX. yüzyıla da sarkan bu on dört konferansın değerlendirilmesi yapıldığında;

Özellikle bulaşıcı hastalıkların yayılmasının önlenmesine odaklı bu konferanslar dizisinde iki unsur öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki, devletlerin kendi ülkelerinde ortaya çıkan ve uluslararası alanda yayılma potansiyeline sahip bulaşıcı hastalıklar hakkında önceleri uluslararası sağlık sözleşmele-

<sup>92</sup> **Söyler**, Sait; "Geçmişten Günümüze Uluslararası Sağlık Kuruluşları", Sağlık Yönetimi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 2017, s. 58-66; **Ersoy/Güngör/Akpınar**, s. 53-79; **Samancı**, s. 62.

<sup>93</sup> 1902 yılında Amerika kıtasında da amacı; Amerika kıtası ülkeleri arasında halk sağlığı ile ilgili konularda iletişim kurmak, salgınları önleyerek ticaretin gelişmesine katkı sağlamak, bulaşıcı hastalıkların bir ülkeden diğerine geçişini önlemek olan "Pan American Union" adı altında, ilk uluslararası sağlık bürosu kurulmuştur. Dünya Sağlık Örgütü'nün kuruluşunun ardından bu kuruluş, DSÖ'nün 6 bölgesinden biri olan Amerikan Bölge Bürosu olarak faaliyetlerini sürdürmüştür. Osmanlı Devleti bünyesinde kurulmuş olan büroların da bulunduğu diğer bölgesel sağlık kuruluşları da daha sonraları DSÖ'nün bölgesel bürolarının temelini oluşturmuşlardır. **Söyler**, s. 61; **Gülen**, s. 17-18.

<sup>94</sup> **Söyler**, s. 60-61.

rinin tarafı bulunan diğer devletlere, daha sonra ise bu alanda faaliyet göstermek üzere kurulan uluslararası örgütlere bildirimde bulunma yükümlülüğüdür. İkincisi, hastalıkların uluslararası alanda yayılmasının önlenmesi amacıyla alınacak tedbirler ile uluslararası ticaret ve dolaşıma getirilecek sınırlamalar arasında bir denge gözetilmesi gerekliliğidir<sup>95</sup>.

#### D. Sağlık Konferanslarının Osmanlı Devleti Açısından Kısa Bir Değerlendirmesi

Konferanslarda karara bağlanabilen hukuki belgelere yansıyan kararların büyük bir kısmı, hastalıkların Doğu'dan sanayileşmiş Batılı ülkelere yayılmasının engellenmesi amacını gütmüştür. Fakat bu iş birliği, Batılı devletlerin ekonomik ve ticari çıkarlarını ilerletme arzuları üzerine odaklı olmuştur. Uluslararası sağlık konferansları ve burada yürütülen politikaların üzerinde Avrupa'nın hegemonyası ve Avrupa'nın salgın hastalıklardan korunması düşüncesi hâkimdir. Ayrıca kendi ticari çıkarları doğrultusunda sanayileşmemiş ülkeler tarafından yapılan ulusal karantina kontrollerinin, ülkeler arasındaki ticaret akışını engellemesine mâni olmak amaçlanmıştır<sup>96</sup>. Kısacası; konferanslar dizisinin adı 'uluslararası' idi lakin önerilen çözümler tüm devletlere eşit fayda sunmuyordu. Avrupa devletleri, kendi ulusal çıkar ve egemenliklerinin ihlali konusunda çok hassas iken, çifte standart uygulayarak Osmanlı Devleti'ni kolayca görmezden geliyorlardı. Bu sağlık konferanslarında, hastalıklı Doğu ve sağlıklı Avrupa şeklindeki bakış açısı su yüzüne çıkmaktaydı. Osmanlı Devleti kendisi hakkındaki bu imajı ortadan kaldırmak için elinden geleni yapmış, sağlık reformlarını gerçekleştirmeye çalışmıştır. Bu konferanslarda Avrupa devletleri, Osmanlı Devleti sınırları içinde kalan bölgelerde -bilhassa Hicaz çevresinde- daha etkin olabilmek için farklı stratejiler geliştirmenin yollarını aramışlardır. Konferanslarda alınan kararlar doğrultusunda Hicaz ve diğer limanlarda açılan yeni tahaf-fuzhaneler ve uygulanan karantina tedbirleri ve diğer sağlık yönergeleri Osmanlı Devleti'ne ciddi bir ekonomik ve politik yük getirmiştir<sup>97</sup>. Osmanlı Devleti oluşturduğu karantina kurumunun masraflarının hazineye yükünü azaltmak üzere yabancı gemilere de vergi uygulamaya çalışmış ve I. Ulus-

<sup>95</sup> Samancı, s. 58.

<sup>96</sup> Gülen, s. 18.

<sup>97</sup> Huber, The International Sanitary Conferences, s. 473-475; Huber, Pandemics and the Politics of Difference, s. 400-402; Kılınç, s. 67.

Karantina tedbirleri, Osmanlı Devleti'ne yılda bir milyon franka mal olmasının yanında verdiği temiz pratikası bazı Avrupa devletleri tarafından kabul edilmeyebiliyordu. Atabek, s. 23.

lararası Paris Konferansı'nda alınan kararlara göre, 1856 tarihinde Osmanlı Devleti konuyla ilgili bir düzenleme yapmıştır<sup>98</sup>. Ancak Avrupa devletleri bu yeni karantina vergi düzenlemesine ve uygulamasına karşı çıkacak ve bu muhalefetleri yüzünden Osmanlı Devleti tarifeyi yürürlüğe koyamadığından, yabancı gemilerden bu vergileri usulünce alamayacaktır. Daha sonra 1866 İstanbul Konferansı'nda alınan kararlar ardından Karantina Rüsumat Tarifesi 1872'de Osmanlı Devleti'nde yürürlüğe konulabilmiştir. Yabancı üyeler uzun yıllar Ceraim-i Sıhhiye Kanunu'nun da yürürlüğe girmesine engel olabilmişlerdi<sup>99</sup>.

Osmanlı Devleti'nin bir teşkilatı olarak genel halk sağlığının korunması ve bulaşıcı hastalıklarla mücadele amacıyla idari yapıda gerçekleştirilen reformlardan biri olan Karantina Meclisi, kısa zamanda "muhtelit/karma bir niteliğe bürünmüş ve dış müdahalelere aralanan bir kapı olmuştur. İmparatorluğun bir ihtiyacı olarak ortaya çıkan ve bir iç işi niteliğinde olan karantina uygulaması, Osmanlı sularında yapılan ticari faaliyetleri kendi çıkarları doğrultusunda güdümlenmek isteyen bazı Avrupa devletlerinin kontrolüne geçmiştir. Buna karantina işlerini yürütecek yeterli sayıda doktor ve sağlık elemanı olmayışı da eklenince büyük umutlarla oluşturulan teşkilat, bir kapitülasyona dönüşecektir<sup>100</sup>.

Bir kurum olarak karantinalar, çıkış noktası itibariyle iç ekonominin gelişimini ve korunmasını gözetken merkantilist bir araç niteliğindedir. Ancak Avrupa devletlerinin yeni ticari çıkarları, kârlarını azalttığını gördükleri karantina tedbirlerinin etkinliğini bu defa sorgulatmaya başlamıştır. Örneğin 1838 Balta Limanı Antlaşması, Osmanlı pazarına İngiliz tekstil ürünlerinin akışını sağlamak üzere İngiliz tüccarlarına iç ve dış gümrük tarife/vergilerini büyük oranda indirmişti. Osmanlı Devleti'nin yeni kurumlaştırmaya çalıştığı karantina uygulamaları yüzünden özellikle pamuk ve yün ticaretinin sekteye uğrayacağından endişe eden İngiltere, karantinalara artık sıcak bakmıyordu. Karantinalar ve bulaşıcılık fikrinin, serbest ticarete ve 'bırakınız yapsınlar bırakınız geçsinler' şeklindeki klasik liberal ilkeye aykırı, insan gücünün ve kaynakların israfı olduğu dillendiriliyordu. Avrupa devletlerinin sahip oldukları ekonomik imtiyaz ve çıkarlarının sürdürülebilirliği, Osmanlı karan-

<sup>98</sup> I. Paris Uluslararası Sağlık Konferansı'nda alınan kararlar arasında, karantinaya giren her geminin tonilatosuna göre ve şahısların da burada geçirdikleri her gün için belirli bir sağlık vergisi ödemesi bulunuyordu. Bkz. ibid 93.

<sup>99</sup> **Kılınç**, s. 20-21.

<sup>100</sup> **Sarıyıldız**, Karantina Meclisi'nin Kuruluşu, s.329-376; **Sarıyıldız**, Hicaz, s. 15; **Baskıcı/Baskıcı**, s. 892.

tina teşkilatı üzerinde kontrolü de gerektiriyordu. Osmanlı Devleti'nin bir modernleşme projesi olarak karantina teşkilatlanmasını benimsemesinde -bu çalışmanın giriş kısmında belirtilen gerekçelerinin yanı sıra-, Batı'nın Orta Doğu'ya yönelik kolonileştirme girişimleri ve bunun Osmanlı Devleti tarafından bilindiği ve karantinalar yoluyla bu tehdidin savılması çabası görülebilir. Uluslararası Sağlık Konferanslarında da dile gelen; 'bulaşıcı hastalıkların Hicaz'dan Avrupa'ya yayıldığı' iddiaları, İngiltere ve Fransa'nın Orta-doğu ve bilhassa Mısır ile Hicaz ve Irak'taki kolonileşme dalgasına denk gelmektedir. Salgınların Osmanlı Devleti sınırlarından Avrupa'ya yayıldığı gerekçesi, bu kolonileşme amaçları paralelinde baskı unsuru olarak kullanılmıştır<sup>101</sup>.

#### IV. LOZAN BARIŞ KONFERANSI

##### A. (I.) Dünya Savaşı Öncesi Karantina Meclisi'nin Son Durumu

XX. yüzyıl başlarına gelindiğinde Osmanlı Devleti'nde Bakanlık şeklinde bir sağlık teşkilatlanması bulunmuyor; sağlık işleri 1913 yılında (16 Şubat 1328) Dâhiliye Nezareti'ne bağlı olarak kurulan Sıhhiye Müdüriyet-i Umumiyesi nezdinde kabineye dâhil olmayan tali bir teşkilat şeklinde yürütülüyordu. Fakat yabancı üyelerin ağırlıkta olduğu ve kendine ait ayrı gelirleri bulunan Karantina Meclisi, Sıhhiye Müdüriyet-i Umumiyesi'ni tanıımıyordu. Bunun üzerine 1914'te Karantina Meclisi, İttihat ve Terakki Hükümeti tarafından Hudut Sıhhiye Müdüriyet-i Umumiyesi adı ile bağımsız bir Türk idaresi haline getirilecektir. 13 Mart 1916 tarihli (29 Şubat 1331) ve 326 sayılı Sıhhiye Nezareti Teşkilatı Hakkında Kanun'un Meclis-i Mebusan'da kabulü ile Dâhiliye Nezareti, Dâhiliye ve Sıhhiye Nezareti adını almış; böylece Sıhhiye Müdüriyet-i Umumiyesi ve özerkliği kaldırılan Karantina Meclisi yeni adıyla Hudud-ı Sıhhiye Müdüriyet-i Umumiyesi, bu yeni bakanlığa bağlanmıştır<sup>102</sup>. Hudud-ı Sıhhiye Müdüriyet-i Umumiyesi, İttihat ve Terakki Hükümeti döneminde Karantina Meclisi'nin yabancı unsurlardan arındırılarak sağlık idari teşkilatlanmamıza dâhil edilebilmesi, kapitülasyonlar meselesi ve kapitülasyonların kaldırılması mücadelesi ile doğrudan ilişkilidir. I. Dünya Savaşı'nın başlaması ile Said Halim Paşa başkanlığındaki İttihat ve Terakki Hükümeti aslında II. Meşrutiyet sonrasında

<sup>101</sup> Bulmuş, Quarantines, s. 97, 112, 150.

<sup>102</sup> Baskıcı/Baskıcı, s. 894-895; Koylu, Zafer/Altay, Saadet: "Sıhhiye ve Muavenet-i İçtimaiye Vekâleti'nin Kuruluşu ve Yapılan Yasal Düzenlemeler 1920-1923", I. Uluslararası Türk Tıp Tarihi Kongresi, 2008, s. 1062-1063; Yıldırım, İstanbul'un Sağlık, s. 31, 35.

devletin gündeminde bulunan kapitülasyonların kaldırılması düşüncesini<sup>103</sup> gerçekleştirecek adımları atmış ve Adliye Nezareti'nde oluşturulan Komisyon, hazırladığı tezkereyi 5 Eylül 1914 günü Sadaret'e sunmuştur. Tahir (Taner) Bey'in el yazısından çıkan bu tezkerede Kanun-i Esasi gereği kapitülasyonların bundan sonra uygulanmasına hiçbir neden kalmadığı belirtilmekteydi<sup>104</sup>. Bunun üzerine önce 5 Eylül 1914 tarihli Heyet-i Vükela (Bakanlar Kurulu) toplantısında gerek iktisadi gerek adli tüm kapitülasyonların kaldırılmasına karar verilmiş ve 8 Eylül 1914 günü de Padişahın kapitülasyonların kaldırılması konusundaki iradesi çıkmıştır<sup>105</sup>. Kapitülasyonların tek taraflı olarak kaldırılması kararı, 9 Eylül'de İstanbul'daki bütün büyük-elçiliklere Sadrazam Said Halim Paşa imzalı, diplomatik fakat bir o kadar da kararlı bir üslupla kaleme alınmış bir nota ile bildirilmiştir<sup>106</sup>. Ancak kapitülasyonların bu tek taraflı ilgasına yabancı devletlerden tepki gelmekte gecikmeyecek, hatta ilk protestoyu I. Dünya Savaşı'nda Osmanlı Devleti'nin müttefiki olacak Almanya yapacak ve onu diğer elçiler takip edecektir. Kapitülasyon imtiyazlarından vazgeçmek istemeyen devletler; iki taraflı anlaşmalarla verilen kapitülasyonların tek taraflı fesih ve ilga edilemeyeceğini, diğer tarafın da rızasının şart olduğunu ileri sürüyorlardı. Aksi tezi savunan Babıali, bunların tek taraflı taahhütler olduğunu ve dolayısıyla da tek taraflı geri alınabileceğini söylüyordu<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> II. Meşrutiyet öncesinde kapitülasyonların kaldırılma düşüncesi ve girişimleri için bkz. **Türkmen**, Zekeriya; "Osmanlı Devletinde Kapitülasyonların Uygulanışına Toplu Bir Bakış", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Sayı: 6, 1995, s. 338-339.

<sup>104</sup> **Arslan**, Ozan: "I. Dünya Savaşı Başında Kapitülasyonların İttihad ve Terakki Yönetimi Tarafından Kaldırılması ve Bu Gelişme Karşısında Büyük Güçlerin Tepkileri", Sakarya Üniversitesi Fen Edebiyat Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 1, 2008, s. 261, 265.

<sup>105</sup> İrade metni şu şekilde kaleme alınmıştır:

"Memalik-i Osmaniye'de mukim tebâ-ı ecnebiye hakkında dahi hukuk-u umumiye-i düvel ahkamı dairesinde muamele olunmak üzere elyevm cari mali ve iktisadi ve adli ve idari, "kapitülasyon" namı altındaki bilcümle imtiyazat-ı ecnebiyenin ve onlara müteferri veya onlardan mütevellid bilcümle müsaidat ve hukukun fi'mâbad ref ve ilgası meclis-i vükela kararıyla tensib olunmuştur. İş bu irade-i seniye 18 Eylül 1330 [1 Ekim 1914] tarihinden itibaren meriül ahkam olacaktır. İş bu irade-i seniyemizin icrasına heyet-i vükela memurdur." ibid. 264.

<sup>106</sup> ibid 266-268.

<sup>107</sup> Gerçi I. Dünya Savaşı sırasında müttefik devletler Almanya ve Avusturya-Macaristan, diğer devletlerin de kabulü halinde kapitülasyonların ilgasını kabule hazırlardı ancak savaş koşullarında zaten bu şart gerçekleştirilemezdi. **Taner**, Tahir: "Lozan Muahedesi ve Kapitülasyonların İlgası", Muammer Reşit Seviğ'e Armağan, 1942, s. 723, 728.



30 Ekim 1918 tarihli Mondros Ateşkes Antlaşması ile kapitülasyonlar yeniden kabul ettirilmiş ve 10 Ağustos 1920 tarihli Sevr Antlaşması'nın 136. maddesi ile de kapitülasyonlar tekrar uygulamaya konmuştur. Mütareke döneminde ise Karantina Meclisi ve idaresi, *Beyne'lmüttefikin Sıhhi Kontrol İdaresi* adıyla yeniden kurulacaktır. Bundan sonraki süreç Lozan Konferansı'nda elde edilen başarı ile sonlanacaktır. Lozan Barış Antlaşması ve kurulan Türkiye Cumhuriyeti ile kara ve deniz sınırlarında karantina uygulamalarını yürütmek görevi, bugün T.C. Sağlık Bakanlığı Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü'ne aittir.

### B. Lozan Barış Konferansı ve Sıhhi Kapitülasyonlar Meselesi

23 Nisan 1920'de açılan Türkiye Büyük Millet Meclisi, çıkardığı 3 numaralı "*Büyük Millet Meclisi İcrâ Vekillerinin Sûret-i İntihâbına Dâir Kanun*" ile 2 Mayıs 1920'de Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekâleti'ni (Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı) kurdu<sup>108</sup>. Böylece Lozan Konferansı'na gidilirken Türkiye bir Sağlık Bakanlığına sahip ve Türk Temsilci Heyeti'nde İsmet [İnönü] Paşa'dan sonra ikinci temsilci olan Dr. Rıza Nur Bey ise dönemin Sıhhiye Vekili yani Sağlık Bakanı idi.

İsviçre'nin Lozan kentindeki Barış Konferansı görüşmeleri 20 Kasım 1922-4 Şubat 1923 ve 23 Nisan 1923-23 Temmuz 1923 arasında olmak üzere iki devre halinde yapılmıştır.

Lozan Konferansı'nda karantina teşkilatı ve uygulamaları başta olmak üzere sağlıkla ilgili meseleler, ilk toplantısını *20 Aralık 1922*'de gerçekleştiren ve Türkiye'yi Dr. Rıza Nur ve Dr. Nihad Reşad Bey'in temsil ettiği *Sağlık İşleri Alt Komisyonu*'nda ele alınacaktır<sup>109</sup>.

<sup>108</sup> Bilhassa Anadolu'da savaş yıllarından geriye kalan yetimler için içtimai muavenet yani sosyal yardım hayati öneme sahipti. Avrupa'daki sosyal yardım bakanlıklarının en eskilerinden biri olan bakanlığa bu ismin verilmesini öneren, dönemin Dışişleri Bakanı olan Yusuf Kemal [Tengirşenk] Bey'dir. **Baskıcı/Baskıcı**, s. 896; **Tekir**, Süleyman: "Sıhhiye ve Muavenet-i İçtimaiye Vekâleti'nin Kuruluşu ve Erken Cumhuriyet Dönemindeki Faaliyetleri (1920-1930)", II Belgi, Sayı: 18, 2019, s. 1302-1303.

<sup>109</sup> Lozan'da çözümlenecek konular başlıca üç kategoride ele alınmış ve bu kategorilerin her biri ayrı bir komisyonun sorumluluğuna verilmiştir. Bunlar, toprak (sınırları) sorunları komisyonu, kapitülasyonlar ve azınlıklar komisyonu ve iktisadi-mali konularla ilgili komisyonlardı. Lozan Konferansı'nın 21 Kasım 1922 tarihli açılış oturumunda öncelikle bu üç komisyon oluşturulur ve ele alınacak meseleler konularına göre bu komisyonlara dağıtılır. **Özdemir**, Ali Ulvi: "Lozan'da Başarıyı Ölçmek: Konular Bazında Bir Değerlendirme", (Lozan Antlaşması Özel Sayısı) Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, 2013, s. 155-200; **Baskıcı/Baskıcı**, s. 896-897.

### 1. Lozan Konferansı'nda Sağlık İşleri Alt Komisyonu'nun Çalışmaları

Böylece Alt Komisyon'da görüşülecek konular, yeni Türk Devleti'nin sınırlarında ve Boğazlarda oluşturulacak sağlık teşkilatının niteliği ve Osmanlı Devleti dönemindeki eski sağlık teşkilatından devreden bazı sorunlar üzerine yoğunlaşmıştır. 1838'de kurulan ve Osmanlı Devleti'nin Karantina Meclisi olarak da adlandırdığı Meclis-i Tahaffuz-u Âlî'nin<sup>110</sup> bünyesinde görev almış personele bağlanacak emeklilik maaşları ve tazminatlar, Meclis hesabında kalan birikmiş paraların nerede kullanılacağı gibi meselelerin çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Sonra da yeni kurulacak karantina teşkilatının oluşumu hakkında bir uzlaşmaya varmak.

Müttefik Devletler sağlık işlerine ilişkin olarak Türk tarafına 14 Aralık 1922, 2 Ocak ve 8 Ocak 1923 tarihlerinde çeşitli tasarılar sundu. Ancak Müttefik Devletler, Avrupa'nın sağlık güvenliğinden bahisle Türkiye'deki sağlık teşkilatı üzerinde Birinci Dünya Savaşı öncesindeki konumunu korumak istiyor; Türk Hükümeti ise sınırları içindeki sağlık işlerine ilişkin her türlü düzenlemenin işleri niteliğinde olduğunu öne sürüyordu. Her türlü kapitülasyonun kaldırılmasını başlıca hedefi kabul eden yeni Türkiye açısından sağlık işlerine yabancı müdahalesi de bir kapitülasyon niteliğindedir. Müttefik devletler hâlâ I. Dünya Savaşı sonrasında ve yenilgiye uğramış bir taraf ile karşı karşıya olduklarını düşündüklerinden, ellerindeki tasarımı Türk tarafına dikte ettirmeyi planlamaktaydı. Masaya askeri bir zafer sonrasında gelen Türk tarafı ise siyasi ve iktisadi olarak bağımsız, uluslararası sistemin eşit haklara sahip bir üyesi olarak var olma hedefi peşindedir. Kapitülasyonlar konusu Türkiye'nin kırmızı çizgilerinden ve bu konuda karşı tarafın ısrarı sürerse Türk heyetine görüşmeleri keserek Ankara'ya dönme yetkisi verilmişti<sup>111</sup>.

Türk Temsilci Heyeti'nce kabul edilmeyen maddelerin başında; Boğazlar Sağlık Komitesi kurulmasına ilişkin öneri gelmektedir. Beş yıl süreyle

<sup>110</sup> Lozan Tutanaklarında İstanbul Yüksek Sağlık Meclisi olarak geçmektedir.

<sup>111</sup> Sağlık Alt Komisyonu Başkanı Barrere, teklif edilen rejimin bir kapitülasyon rejimi olmadığını, siyasi yetkileri olmayan ve Kapitülasyon kurumlarıyla herhangi bir ilişkisi bulunmayan, salt tıbbi nitelikte bir Komite kurulmasının istendiğini, İstanbul Yüksek Sağlık Meclisi'nde temsil edilen devletlerin kendilerini olduğu kadar Türkiye'yi de ilgilendiren bir konuda Türkiye ile iş birliği yaptığını ve Türk Temsilci Heyeti'nin teknik bir konu olan bu öneriyi bunu reddetmesi halinde alt-komisyonun yapabileceği tek şeyin, sorunun incelenmesini Milletler Cemiyeti ile Uluslararası Sağlık Kurumu'na göndermek olacağını belirtecektir. **Meray**, Seha L.: Lozan Barış Konferansı: Tutanaklar-Belgeler 4, Birinci Takım Cilt III, (Üçüncü Komisyonun Tutanakları ile Raporları: İktisat ve Maliye Sorunları), 2.bs., Yapı Kredi Yayınları, 2001, s. 439.

boğazlarda sağlık hizmetlerini yönetecek ve dört üyesi de doktor olan bu komiteye Türk başkan atanacaktı. Ancak diğer üç farklı uyruktan uzman üye, Milletler Cemiyeti Sağlık Komitesi ile Kamu Sağlığı Uluslararası Kurumu'nun birlikte düzenleyecekleri sekiz kişilik bir çizelgeden Türk Hükümeti'nce belirlenecekti. Komite'nin görevleri arasında, Boğazlar için uluslararası sağlık sözleşmelerine uygun ama gecikmeler yaratmayacak biçimde Boğazlardan geçişe ilişkin hükümleri düzenleyecek bir yönetmelik hazırlamak da bulunuyordu. İşte Türkiye'nin egemenlik haklarına müdahale anlamına gelen ve kapitülasyonların devamı olarak değerlendirilen bu hükümler reddedilmiştir<sup>112</sup>.

Yüksek Sağlık Meclisi'nde 1838'den bu yana, çağrı üzerine gelen yabancı temsilciler bulunduğu; bu dönemde Türkiye'nin sağlık hizmetlerini yönetmeye yetenekli doktorları bulunmadığı ve bunun Kapitülasyonlar rejiminin sonuçlarından biri olduğu, Türk Heyeti tarafından özetlenir. Oysa yine Türk Temsilci Heyeti'nden Nihad Reşad Bey'in ifadelerine göre, durum bugün bambaşkadır: Türkiye, kıyılarının ve sınırlarının sağlık açısından savunmasını sağlamak için, yeterli sayıda ve donanımlı doktorlar sağlayacak duruma gelmiştir<sup>113</sup>.

Lozan Konferansı'nın ilk bölümü, 4 Şubat 1923 Pazar akşamı sona ermiş ve Türk Kurulu, “*Biz son sözumü söyledik, eğer isterseniz bizi tekrar çağırırsınız*” diyerek 7 Şubat sabahı Ankara'ya hareket etmişti. Görüşmelere ara verildiği bu dönemde yine de TBMM Hükümeti ile Müttefik Devletler hükümetleri arasında karşılıklı olarak birinci dönemde kabul ya da redde uğrayan öneri ve karşı öneriler hakkında diplomatik yazışmalar sürdürülmüş ve en sonunda 23 Nisan 1923'te tekrar görüşmelere başlanması için iki taraf da anlaşmıştır. Lozan Barış Konferansı'nın ikinci dönem toplantısı 23 Nisan

<sup>112</sup> **Özlü**, Hüsnü: “Lozan Barış Konferansı'nda Sağlık İşleri Komisyonu'nun Çalışmaları ve Sonuçları”, 90. Yılında Lozan ve Türkiye Cumhuriyeti Uluslararası Sempozyumu Cilt: II, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, 2015, s. 1309-1310.

<sup>113</sup> **Meray**, s. 447.

“Karantina işinin umumi celsede münakaşası biraz hararetle geçti. Bize “sizde hekim yoktur. Bu iş mühimdir. İnsanidir. Yalnız Türkiye'nin değil bütün Avrupa'nın sıhhati mevzuubahistir. Memleketiniz kapıdır. Meşhur kolera salgınları İstanbul ve sizin sahilleriniz ile Avrupa'yı istila etmiştir” dediler. Bunlara cevabım şu oldu: “Türkiye'de çok müktedir hekim vardır. Herhangi Avrupa milletinin hekimleriyle Türk hekimlerini imtihanla mukayeseye hazırım. Ve bunu burada bütün aleme karşı resmen söylemeye cesaret ediyorum. Hekimlerimizle iftihar ederiz”. **Nur**, Rıza/**Grew**, Joseph C.: Lozan Barış Konferansının Perde Arkası (1922-1923), Örgün Yayınevi, 2013, s. 274.

1923 Pazartesi günü aynı yerde Chateau d'Ouchy Otelinde açıldı<sup>114</sup>. Sağlık işlerinin görüşüldüğü ikinci dönem, aslında en mühim ve pürüzlü işler birinci devrede halledilmiş olduğundan birinci dönem kadar hareketli geçmemiştir<sup>115</sup>. Bütün komisyonların çalışmaları tamamlanınca Temmuz ayı ortalarında konferans sona erdi. İsmet Paşa, konferans çalışmaları bu aşamaya gelince Ankara'dan imza yetkisi istedi ve Mustafa Kemal'in gönderdiği yetki<sup>116</sup> sonrası 24 Temmuz 1923'te Lozan Barış Antlaşması imzalandı<sup>117</sup>.

## 2. Lozan Barış Antlaşması'nda Sağlık Konularında Karara Bağlanan Hükümler

Lozan Barış Konferansı'nın iki dönemindeki sağlık ile ilgili konularda gerçekleştirilen müzakereler sonucunda karara bağlanan hükümler, Lozan Antlaşması'nın IV. bölümünün II. kesiminde (Madde 114-118) yer almaktadır.

**Madde 114:** “İstanbul Yüksek Sağlık Meclisi kaldırılmıştır<sup>118</sup>. Türkiye kıyılarının ve sınırlarının sağlık işlerinin düzenlenmesi ile Türk Yönetimi görevlidir<sup>119</sup>.”

<sup>114</sup> İngiltere ve Fransa baş delegelerini değiştirmişlerdi. Lord Curzon'un yerine daha önce Türkiye'de sefirlik yapan Horace George Montague Rumbold, Fransız Bompard'ın yerinde de General Maurice Pelle seçildi. İtalya ise Garroni'nin görevlerini Montagna'ya verdi. ibid 30, 358.

<sup>115</sup> ibid 68.

<sup>116</sup> Şimşir, Bilal N.: Lozan Günlüğü, 3.basım, Bilgi Yayınevi, 2014, s. 577, 580.

<sup>117</sup> İsmet Paşa, konferans çalışmaları bu aşamaya gelince Ankara'dan imza yetkisi istedi. Fakat Rauf (Orbay) Beyin başında bulunduğu Bakanlar Kurulu uzun süre Lozan'a imza yetkisi göndermedi. Hükümet, Lozan Barış Antlaşması'nın imza edilmesi emrini vererek, antlaşmanın sorumluluğunu kabul etmekten kaçınıyordu. Bununla birlikte İsmet Paşa'ya ve Lozan'da varılan sonuca karşı kesin cephe alamadılar. Bundan dolayı Mustafa Kemal, hükümetin vermesi gereken yetkiyi verdi. ibid 30.

<sup>118</sup> Bu tasfiye işlemi için bir komisyon kurulmuş ve bu konuda özel bir çalışma başlatılmıştır. EK-1 (B.C.A., 030.18/01.016/70-2) Bu komisyona delege olarak İstanbul Haricîye mümessili Nusret Bey atanmıştır. (B.C.A., 030.18/01.012/63-10) İstanbul Yüksek Sağlık Meclisi'ne ait ihtiyat akçesinin tahsisi ve idarenin kesin tasfiyesine yönelik esaslar belirlenmiş ve uygulamaya konulmuştur. EK-2 (B.C.A., 080.18/01.015/51-19) Ancak bu tasfiye işlemi uzun yıllar devam etmiş, 1929 yılına gelindiğinde bile hak sahiplerine para dağıtma işleminin sürdüğü belgelerden anlaşılmaktadır. (B.C.A., 030.18/01.02/3-22-5). **Özlü**, s. 1311-1312.

<sup>119</sup> **Demirci**, Sevtap: Belgelerle Lozan, 4.bs., Alfa Yayınevi, 2017, s. 296.

Lozan Muahednamesinin/antlaşma metninin 114 üncü maddesi:

“İstanbul Meclis-i Âli-i Sıhhiye lâğvolunmuştur, Türkiye savahil ve hududunun teşkilatı sıhhiyesile Türk İdaresi vazifedardır”. **Ünver**, Fikret: “Son Kapitülasyon: KARAN-TİNA (8)”, www.guneygazetesi.com, Erişim Tarihi: 1 Aralık 2019.

Esasen Meclis-i Umuru Sıhhiye adını almış olan İstanbul Yüksek Sağlık Meclisi (kuruluşu itibariyle Meclis-i Tahaffuz) daha 1914 yılında kaldırılmış yerine Türk doktor ve bilim adamlarının yönetiminde “*Hudut Sıhhiye Müdüriyeti*” kurulmuştu. Lakin Birinci Dünya Savaşı’ndan sonra İstanbul, İtilaf Devletleri tarafından işgal edilince bu defa 1918 yılında çoğunluğu yine yabancılardan oluşan Beyne’l Müttefikin Sıhhiye Kontrol İdaresi kurulur. 1923 yılında İstanbul geri alındıktan sonra ise Beyne’lmüttefikin Sıhhiye Kontrol İdaresi dağıtılacak ve Lozan Antlaşması’ndan sonra yerine “İstanbul Limanı ve Boğazları Sıhhiye Müdüriyeti” kurulacaktır. 1924 yılında bu müdüriyetin adı “Hudut ve Sevahil Sıhhiyesi Müdüriyeti Umumiyesi”/Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü olarak değiştirilmiştir<sup>120</sup>.

**Madde 115:** “*Türk bayrağı ile yabancı bayraklar arasında hiçbir ayırım yapılmaksızın, bütün gemilere ve Türk uyruklarıyla yabancı devletlerin uyruklarına, aynı şartlar altında, oranları ve şartları hak gözetir olması gereken bir tek ve aynı sağlık tarifesi uygulanacaktır*<sup>121</sup>.”

**Madde 116:** “*Türkiye, açıkta kalmış olan sağlık memurlarının, eski İstanbul Yüksek Sağlık Meclisinin fonlarından bir zarar-giderim [tazminat] alma haklarını ve bu Meclisin sağlık memurları ve eski sağlık memurlarıyla bunların hak sahiplerinin kazanılmış [muktesep] bütün öteki haklarını tanımayı yükümlenir. Bu haklara, eski İstanbul Yüksek Sağlık Meclisi yedek fonlarının kullanımına verilecek yöne, eski sağlık yönetiminin malî ve yönetsel bakımlardan kesin tasfiyesine ilişkin bütün sorunlarla, bunlara benzer ya da bunlarla bağlantılı bütün sorunlar bir Özel (Ad Hoc) Komisyonca çözümlenecektir; bu Komisyon -Almanya, Avusturya ve Macaristan dışında- İstanbul Yüksek Sağlık Meclisine katılan devletlerden her birinin birer temsilcisinden kurulacaktır. Gerek yukarıda belirtilen tasfiye ve gerek bu tasfiyeden sonra artacak paraların ne yönde kullanıma ayrılacağına ilişkin bir sorun yüzünden bu komisyon üyeleri arasında*

<sup>120</sup> Özlü, s. 1297.

<sup>121</sup> Demirci, s. 296.

16 Temmuz 1921 tarihinde Ankara Hükümeti tarafından kabul edilen sağlık tarifesi ile ilgili kanunun birinci maddesinde; ‘Türk bayrağını taşıyan bütün gemilerden ton başına iki kuruş, yabancı bayrak taşıyan gemilerden ton başına beş kuruş vergi alınacağı’ hükmü yer alıyordu. Lozan Barış Konferansı’nda kabul edilen 115. madde gereği Rıza Nur Bey, barış yapılıp yapılmaz Antlaşmanın şart kıldığı işlem eşitliğini gerçekleştirmek üzere Türk Hükümeti’nin kanunlarını ve yönetmeliklerini değiştireceğini taahhüt etmiştir. Baskıcı, Baskıcı, s. 912

Bkz. TBMM Zabıt Cerideleri, 2. Yasama Yılı, 51.Bileşim (Eski Harfli Türkçe), [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak\\_dergisi\\_pdfler.yasama\\_yillari?v\\_meclis=1&v\\_donem=1](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_dergisi_pdfler.yasama_yillari?v_meclis=1&v_donem=1), Erişim Tarihi: 1 Ocak 2021

*anlaşmazlık çıkarsa, bu komisyonda temsil edilen devletlerden her birinin Milletler Cemiyeti Meclisine başvurmaya hakkı olacaktır; Milletler Cemiyeti Meclisinin kararları son ve kesin olacaktır.”*

Sonraki gelişmeler ışığında Türkiye Cumhuriyeti, tasfiye edilen karantina idaresinin elinde bulunan paradan eski karantina doktorlarına ve diğer çalışanlara tazminatlarını ödemiştir. Artan miktar ise bir ihtilaf konusu olmaksızın, sağlık işlerinde kullanılmak üzere Türk Hükümeti'ne devredilecektir<sup>122</sup>.

*Madde 117: “Türkiye ile, Mekke'ye Hac, Kudüs ziyareti ve Hicaz Demiryolunun denetiminde ilgili bulunan devletler, uluslararası sağlık sözleşmeleri uyarınca, uygun düşen tedbirleri alacaklardır. Bu tedbirlerin uygulanmasında tam bir tekdüzen sağlamak amacıyla, bu devletlerle Türkiye, bu Hac yolculuklarına ilişkin sağlık işleri için bir Eşgüdüm [koordinasyon] Komisyonu kuracaklardır; bu Komisyonunda Türkiye Sağlık servisleriyle, Denizciliğe İlişkin Sağlık ve Karantina İşleri İskenderiye Meclisi temsil edilmiş olacaktır. Bu Komisyon, ülkesinde toplanacağı Devletin rızasını önceden almak zorunda olacaktır”<sup>123</sup>.*

Lozan'da ayrıca antlaşmaya ekli X numaralı senet olarak Sağlık Sorunlarına İlişkin Bildiri imzalanmıştır. Bildiri, Türkiye sınırlarının sağlık yönetiminde görevlendirilmek üzere Avrupalı uzman üç hekimi, Sağlık Bakanlığı'na bağlı olarak ve Türk memurları statüsünde beş yıl geçici süre ile atayacağını hükme bağlamaktadır<sup>124</sup>.

Böylece sıhhiye komitesi adı altında yabancı doktorların bulunduğu yine karma bir teşekkül yerine; beş sene müddetle müşavir unvanı ile ve Türk memuru olarak üç Avrupalı doktorun karantina işlerinde çalışmasına

<sup>122</sup> **Baskıcı/Baskıcı**, s. 911-912.

<sup>123</sup> **Demirci**, s. 297.

<sup>124</sup> Bildiri metni şu şekilde idi: “Aşağıda imzaları bulunanlar, yetki belgeleri uyarınca davranarak, Türk Hükümeti'nin, beş yıl süreyle, sınırlarının Sağlık Yönetiminin Danışmanı olarak, Avrupalı uzman üç hekim atayacağını bildirirler. Bu hekimler, Türk memurları [statüsünde] olacaklar ve Sağlık Bakanına bağlı bulunacaklardır. Söz konusu Danışmanlar, Türk Hükümetince, Milletler Cemiyeti Sağlık Komitesi ve Kamu Sağlığı Uluslararası Kurumu ile görüş birliği içinde düzenlenecek altı adlık bir çizelgeden seçileceklerdir. Bunların maaşlarıyla hizmetlerine ilişkin öteki şartlar, Türk Hükümeti ile adı geçen uluslararası kurumlar arasında görüş birliği içinde saptanacaktır. Türk Sağlık Yönetimi, yukarıda sözü edilen Avrupalı uzman üç danışmanın yardımlarıyla, Türkiye kıyılarının ve sınırlarının sağlık yönetiminin örgütlenmesini saptayan bir yönetmelik düzenleyeceklerdir. Bu yönetmelik, uluslararası sağlık Sözleşmeleri hükümlerine ve Boğazlara ilişkin olarak da, bugünkü tarihli Boğazlar Sözleşmesine uygun olacaktır.” **Baskıcı/Baskıcı**, s. 914-915; **Meray**, s. 97.

izin verilecektir. Lozan Antlaşması'nın imzasından beş sene sonra 1928'de, bu üç Avrupalı hekim Hudut ve Sevahil Sıhhiye Müdüriyeti kadrosundan çıkarılarak sağlık işleri tümüyle Türk kadrolar tarafından yürütülür hale getirilecektir<sup>125</sup>.

Lozan Antlaşması'nda TBMM'ye iade edilen Türk Boğazlarının statüsü, *Boğazların Tabî Olacağı Usule Dâir Mukavelename (Boğazlar Sözleşmesi)* ile belirlenmiş ve bu sözleşme gereği, savaş gemilerinin Boğazlardan geçişini gözetlemekle yükümlü kılınmış bir Boğazlar Komisyonu kurulmuştu. Sözleşmeyi imzalayan; Fransa, İngiltere, İtalya, Japonya, Bulgaristan, Yunanistan, Romanya, Sovyet-Rusya ve Sırp-Hırvat-Sloven Devletleri temsilcilerinden oluşacak Komisyona Türk temsilcisi başkanlık edecekti. Osmanlı Devleti'nden -karantinalar dâhil- intikal eden bütün uluslararası komisyonların resmen varlığına son verilmesine karşın Boğazlar için yetkileri sınırlandırılmış da olsa böyle bir uluslararası komisyonun varlığı, Türkiye devletinin tam egemenlik anlayışını zedelemektedir. Nitekim Boğazlar Komisyonu, faaliyete geçtiğinde yetki alanını zaman zaman genişletmek isteyince, Boğazlar Sözleşmesi'nin sağlık denetimine ilişkin hükümlerinin uygulanmasında da ihtilaflar doğmuştur.

Buna bir örnek olmak üzere; ilk dönemlerde Türk Hükümetinin Boğazlardan geçecek yabancı savaş gemilerine, mürettebatları arasında bulaşıcı bir hastalık bulunmadığının anlaşılabilmesi açısından özel işaretli birer bayrak çekme yükümü getirmesi ve bunu ilgili hükümlere bildirmesi, Boğazlar Komisyonu'nda bulunan yabancı üyelerin tepkisiyle karşılaşır. Boğazlar Komisyonu üyesi devletler, bu meselenin Boğazlar Komisyonu'nun yetki sahası içerisine girdiğini ileri sürerek Türkiye'ye bir nota verecek ve hatta bazı üyeler hükümetlerinden doğrudan talimat almak amacıyla İstanbul'u terk edecektir. Türk Hükümetinin Boğazlar bölgesinde sağlık teşkilatı tesis etmeye yönelik tedbir, karar ve uygulamalarından da rahatsız olan üye devletler, bu ve türevi meselelerin Boğazlar Komisyonu'nda görüşülmesini sağlayarak Boğazlar Sözleşmesi'nde açıkça belirtilmeyen hususları Türkiye'ye kabul ettirmeyi hedefliyorlardı. Nitekim Boğazlar Komisyonu tarafından 1925 yılı için hazırlanan raporda, Boğazlarda sağlık alanında alınan tedbirlerin eleştirildiği görülmüştü. Sonraki dönemlerde bu eleştirilerin dozajı azalmışsa da Boğazlar Komisyonu'nun yabancı üyeleri, Boğazlardan transit geçecek ticaret gemilerinden alınan sağlık vergisine ve bu verginin oranına da karşı çıkmış, fakat Türk makamları bu verginin tahsilatına devam etmiş-

<sup>125</sup> Baskıcı/Baskıcı, s. 914-915; Meray, s. 254-255; Uludağ, s. 464.

lerdi<sup>126</sup>. Türk Hükûmeti, alınan vergi ve harçlar ile bunların miktarının uluslararası standartlara uygun olduğuna dair ulusal ve uluslararası kuralları referans göstererek bu ve benzeri konularda geri adım atmamıştır<sup>127</sup>.

Böylece Lozan Sözleşmesi'ndeki pürüzleri ortadan kaldırarak Türkiye Cumhuriyeti'ni arzu ettiği sonuçlara ulaştıran 20 Temmuz 1937 tarihli Montreux Boğazlar Sözleşmesi'nin 3. ve 22. maddeleri olacaktır.

## V. SON SÖZLER

Bu çalışmada; Osmanlı Devleti'nin salgın hastalıklarla mücadelesinden bir kesit olarak başlıca deniz sonra kara karantinalarının idari teşkilatlanması süreci ve bu süreçte bazı Avrupa devletlerinin bilhassa Hicaz bölgesinde, hac meselesi yüzünden kolonyal amaçlı müdahaleleri doğrultusunda karantina reformlarının bir tür kapitülasyona dönüştüğü tezi işlenmiştir.

Esasen sâri hastalık taşıdığından şüphe duyulan kişilerin seyahat etmelerini sınırlamak ya da engellemek ve tecrit uygulamaları, Osmanlı İmparatorluğu'nda bilinmedik değildi. Nitekim Evliya Çelebi de 17. yüzyılda veba görülen yerlerden İstanbul'a gelenlerin Yedikule'de 7 gün izole edildiğini Seyahatname'sinde yazar. 19. yüzyılın ilk çeyreğinde salgın hastalıklara karşı yerel Osmanlı valileri, limanlarda karantina uygulaması dâhil bu tür önlemlere başvurabiliyordu<sup>128</sup>. 1830'lara gelindiğinde ise veba salgını ile denk gelen kolera pandemisi, Boğazlarda daha sistemli uygulanmaya başlanan karantina teşkilatlanmasına giden yolda bir dönemeç olmuştur.

Osman bin Hamdan, Şânizade Ataullah Efendi, Mustafa Behçet Efendi, Molla Abdullah yanında o sıralarda Kız Kulesi'nde kurulan veba hastanesinde çalışan Antuvan Lago isimli Fransız hekim de Osmanlı Devleti'nde karantina usulünün kabulü ve idari teşkilatlanmasında önemli rol oynamıştır. Antuvan Lagon'un yalnızca başkentle ya da tek bir vilayetle sınırlı kalmayıp başta sahilleri gelmek üzere Osmanlı topraklarında geniş kapsamlı bir karantina teşkilatı kurulması gerektiği yönünde verdiği layiha (9 Muharrem 1254/9 Nisan 1838) Sarayı harekete geçirecektir. Karantinanın şeri ve akli bir iş olduğunu kanıtlamak durumunda kalan Saltanat, Takvim-i Vekayi'de uzun bir bent neşrederek halkın yanlış düşüncesini düzeltme ihtiyacı duyulmuştur. Bu süreç, karantina teşkilatlanmasının ve meclisinin kuruluşunun,

<sup>126</sup> Cumhuriyet, 7 Nisan 1931.

<sup>127</sup> **Bozkurt**, Abdurrahman: "Boğazlar Komisyonu'nun Kuruluşu ve Faaliyetleri (1924-1936)", MHB, Cilt: 37, Sayı: 1, 2017, s. 8-11.

<sup>128</sup> **Robarts**, s. 191, 203.



belirli bir somut tarihe değil de kısa süre içerisinde bir dizi karara ve belgeye dayandırılabilmesine işaret etmektedir<sup>129</sup>.

Aslında Osmanlı Devleti'nde III. Selim ile başlayıp II. Mahmud ile devam eden sağlık alanındaki reformlarda askeri alandaki ihtiyaçlar da önemli bir pay sahibidir. Osmanlı Devleti, 19. yüzyıl boyunca modernleşme ve bunu tıp ve sağlık alanındaki yeniliklere de yansıtma çabalarına girişmişti. Ama gerek bu yeni düşünce ve reformların eski alışkanlık ya da inançlarla çatışabilmesi yüzünden halk ve devlet görevlileri nazarında aynı coşkuyla karşılanmaması gerek mali kaynak problemleri, bu yenilikleri ve önlemleri uygulamaya geçirmeyi zorlaştıran unsurlardan olmuştur. Osmanlı Devleti, çöküş sürecinde mali kaynak sıkıntısı ve toprak kayıpları yanında salgın hastalıklarla da mücadele vermek zorunda kalmıştır. Bu salgınlardan halkın yanı sıra Osmanlı ordusu da çok zarar görmüştür. Çok sayıda Osmanlı askeri kötü sağlık koşullarından, salgın hastalıklardan ölmüş; 1877-1878 Osmanlı-Rus Savaşı, Balkan Savaşı (1912-1913) sırasında tekrar ortaya çıkan kolera yanında tifo ve dizanteri salgınları, Osmanlı ordusunun gücünü kırarak, yenilgisinde etkili olmuştur. Balkan ve Dünya Savaşları'nda salgına yol açan bulaşıcı hastalıkların etkisi Türk İstiklal Savaşı'nda da sürmüştür. Savaşların maliyeti dış borçlanmaya yani Avrupa'ya daha fazla bağımlı olmaya, dış borçlanmanın artması ise salgın hastalıklarla mücadele gücünün azalmasına, bu durum da savaş alanlarında daha fazla kayıp verilmesine ve ardından yine dış borçlanmaya bağımlılığın artarak sürmesine yani kısır bir bağımlılık döngüsüne yol açıyordu<sup>130</sup>. Sonuç olarak; salgın hastalıkların da, Osmanlı Devleti'nin dağılmasında ve yıkılmasında bir etken olduğunu söyleyebiliriz.

*Ord. Prof. Dr. Tahir Taner'in hatırasına saygıyla...*

<sup>129</sup> **Uludağ**, s. 447-448.

<sup>130</sup> **Ayalon**, Yaron: Osmanlı İmparatorluğu'nda Doğal Afetler, 1.bs, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2020, s. 212-216.

### KAYNAKÇA

- Ağır**, Sevda: “Osmanlı’da Karantina Uygulama Süreçleri ve Tepkiler (1865-1914)”, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- Ahmet Mithat Efendi**, “Devlet-i Aliyye-i Osmaniye’de Karantina Yani Usul-i Tahaffuzun Tarihçesi” Transkripsiyon: Abdullah Köşe, Osmanlı Bilimi Araştırmaları, Cilt: 5, Sayı: 1, 2003, s. 89-119.
- Akyay**, Necmettin: “Türkiye’de Veba Salgınları ve Veba Hakkında Eski Yayınlar”, Mikrobiyoloji Bülteni, Cilt: VIII, Sayı: 2, Nisan 1974, s. 209-219.
- Akyıldız**, Ali: Osmanlı Bürokrasisi ve Modernleşme, 4.baskı, İletişim Yayınları, 2012.
- Arslan**, Aytuğ/**Polat**, Ali Arda: “Travel from Europe to Istanbul in the 19th Century and the Quarantine of Çanakkale”, Journal of Transport & Health, Sayı:4, January 2017, s. 10-17.
- Arslan**, Ozan: “I. Dünya Savaşı Başında Kapitülasyonların İttihad ve Terakki Yönetimi Tarafından Kaldırılması ve Bu Gelişme Karşısında Büyük Güçlerin Tepkileri”, Sakarya Üniversitesi Fen Edebiyat Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 1, 2008, s. 261-278.
- Atabek**, Emine Melek: 1851’de Paris’te Toplanan I. Milletlerarası Sağlık Konferansı ve Türkler, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, 1974.
- Ayalon**, Yaron: Osmanlı İmparatorluğu’nda Doğal Afetler, 1.bs, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2020.
- Ayar**, Mesut: “1900 İzmir ve 1901 İstanbul Salgınları Bağlamında Vebanın XX. Yüzyıl Başlarında Osmanlı İmparatorluğu’nda Devam Eden Etkisi”, History Studies, Cilt: 2, Sayı: 2, 2010, s. 173-188.
- Bakar**, Coşkun: “Avrupa’da Dolaşan Koleranın Gölgesinde, İstanbul Uluslararası Sağlık Konferansı,1866”, Turk J Public Health (Türk Halk Sağlığı Dergisi), Cilt: 18; Sayı: 1, 2020, s. 68-82.
- Baskıcı**, M. Murat/**Baskıcı** Çiğdem: “Lozan Barış Antlaşması’na Ekli ‘Sağlık Sorunlarına İlişkin Bildiri’ Anlamı ve Arka Planı” Editör: Duygu Türker - Murat Saygın, 90. Yılında Lozan ve Türkiye Cumhuriyeti Uluslararası Sempozyumu /13-15 Kasım 2013 Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları 2015, s. 885-918.
- Berkes**, Niyazi: Türkiye’de Çağdaşlaşma, 6.bs, Yapı Kredi Yayınları, 2004.

- Bozkurt**, Abdurrahman: “Boğazlar Komisyonu’nun Kuruluşu ve Faaliyetleri (1924-1936)”, MHB, Cilt: 37, Sayı: 1, 2017, s. 1-28.
- Böke**, Pelin: “İzmir Karantina Teşkilatının Kuruluşu ve Faaliyetleri (1840-1900)” Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, Cilt: VIII, Sayı: 18-19, 2009/Bahar-Güz, s. 137-159.
- Bulmuş**, Birsen: “Osmanlı İmparatorluğu’nda Veba Kavramları Üzerine: Mistisizmden Sosyal Reforma”, Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sayı: 19, 2013, s. 17-22.
- Bulmuş**, Birsen: Plague, Quarantines and Geopolitics in the Ottoman Empire, 1th, Edinburgh University Press, 2012.
- Demirci**, Sevtap: Belgelerle Lozan, 4.bs., Alfa Yayınevi 2017.
- Diñç**, Gülten: “Orta Asya Türk Topluluklarından Günümüz Türkiyesine Bulaşıcı ve Salgın Hastalıkların Gelişimi”, Yeni Tıp Tarihi Araştırmaları, Sayı: 18, 2012, s. 73-104.
- Doğan**, Güner: “Osmanlı İmparatorluğu’nda Karantina Uygulaması ve Venedik Uluslararası Sıhhiye Konferansı”, Türkiyat Araştırmaları, Sayı: 15, 2011, s. 91-109.
- Erdoğan**, Mehmet: “Şâni-Zâde Mehmed Ataullah Efendi (Hayatı, Kişiliği, Eserleri, Etkileri”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2016.
- Ersoy**, Nermin/**Güngör**, Y./**Akpınar**, A.: “International Sanitary Conferences from the Ottoman Perspective (1851–1938)”, Hygiea Internationalis An Interdisciplinary Journal for the History of Public Health, Sayı: 10, 2011, s. 53-79.
- Gülen**, Gülnihan C.: “İşlevsel Bir Bütünleşme Alanı Olarak Küresel Sağlık ve Sağlık Diplomasisi”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Huber**, Valeska: “Pandemics and the Politics of Difference: Rewriting the History of Internationalism Through Nineteenth-century Cholera”, Journal of Global History, Cilt: 15, Sayı: 3, 2020, s. 394-407.
- Huber**, Valeska: “The Unification of the Globe By Disease? The International Sanitary Conferences on Cholera 1851-1894”, The Historical Journal, Cilt: 49, Sayı: 2, 2006, s. 453-476.
- İşler**, Didem: “Dünyanın En Eski Karantina Adası: Lazzaretto Vecchio”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 10; Sayı: 2, 2019, s. 97-107.

- Kahya**, Esin: “Şânîzâde Mehmet Ataullah Efendi”, Erdem, Cilt: 5, Sayı: 15, 1989, s. 847-862.
- Kılınç**, Handan: “Isolating the Subject: Cholera, Control and Sanitary Discourse in the Istanbul International Sanitary Conference of 1866”, Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2005.
- Koloğlu**, Orhan: “Osmanlı Basımında 1865 Kolera Salgını, İstanbul Sağlık Konferansı ve Mirza Malkom Han”, Osmanlı Bilimi Araştırmaları, Cilt: VI, Sayı: 2, 2005, s. 139-150.
- Koylu**, Zafer/**Altay**, Saadet: “Sıhhiye ve Muavenet-i İçtimaiye Vekâleti'nin Kuruluşu ve Yapılan Yasal Düzenlemeler 1920-1923”, I. Uluslararası Türk Tıp Tarihi Kongresi, Sayı: 2, 2008, s. 1061-1081.
- Meray**, Seha L.: Lozan Barış Konferansı: Tutanaklar-Belgeler 4, Birinci Takım Cilt III, (Üçüncü Komisyonun Tutanakları ile Raporları: İktisat ve Maliye Sorunları), 2.bs.,Yapı Kredi Yayınları, 2001.
- Nur**, Rıza/**Grew**, Joseph C.: Lozan Barış Konferansının Perde Arkası (1922-1923), Örgün Yayınevi, 2013.
- Oruç**, Dilara: “La Turquie Gazetesi'nde İstanbul (1866) (Fihrist-Çeviri-Değerlendirme)”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İstanbul Araştırmaları Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2017.
- Osmanağaoğlu**, Cihan: “Osmanlı Modernleşmesi Bağlamında, Osmanlı Devleti'nin Eğitim ve Öğretim Sisteminde Yapılan Değişiklikler (Reformlar)”, İÜHFİM, Cilt: LX, Sayı: 2, 2007, s. 143-222.
- Özdemir**, Ali Ulvi: “Lozan'da Başarıyı Ölçmek: Konular Bazında Bir Değerlendirme”, (Lozan Antlaşması Özel Sayısı) Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, 2013, s. 155-200.
- Özlü**, Hüsnü: “Lozan Barış Konferansı'nda Sağlık İşleri Komisyonu'nun Çalışmaları ve Sonuçları”, *90. Yılında Lozan ve Türkiye Cumhuriyeti Uluslararası Sempozyumu Cilt: II*, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, 2015, s. 1295-1321.
- Pamuk**, Şevket: “Tarihte Küresel Salgınlar ve Sonuçları”, Sarkaç, 9 Nisan 2020, <https://sarkac.org/2020/04/tarihte-kuresel-salginlar-ve-iktisadi-sonuclari> Erişim Tarihi 10 Aralık 2020.
- Panzac**, Daniel: Osmanlı İmparatorluğu'nda Veba (1700-1850), Çeviren: Serap Yılmaz, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1997.
- Robarts**, Andrew: “A Plague On Both Houses?: Population Movements and The Spread Of Disease Across The Ottoman-Russian Black Sea

- Frontier, 1768-1830s”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Georgetown Üniversitesi, 2010.
- Samancı**, Uğur: “Dünya Sağlık Örgütü ve Normatif İşlevi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 1, 2016, s. 55-89.
- Sarıyıldız**, Gülden: “Karantina Meclisi’nin Kuruluşu ve Faaliyetleri”, BELLETEN, Cilt: CLVIII, Sayı: 222,1994, s. 329-376.
- Sarıyıldız**, Gülden: “Karantina”, TDV İslâm Ansiklopedisi, (24), 2001, s. 463-465.
- Sarıyıldız**, Gülden: Hicaz Karantina Teşkilatı (1865-1914), 1bs., Türk Tarih Kurumu, 1996.
- Söyler**, Sait: “Geçmişten Günümüze Uluslararası Sağlık Kuruluşları”, Sağlık Yönetimi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 2017, s. 58-66.
- Şehsuvaroğlu**, Bedii N.: “Tarihi Kolera Salgınları ve Osmanlı Türkleri”, İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, Cilt: 17, Sayı: 2, 1954, s. 282-299.
- Şehsuvaroğlu**, Bedii N.: “Türkiye Karantina Tarihine Giriş I: Dünya Karantina Teşkilatı”, İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, Cilt: 20, Sayı: 3, 1957, s. 418-444.
- Şehsuvaroğlu**, Bedii N.: “Türkiye Karantina Tarihine Giriş II: Türkiye’de Karantina Teşkilatının Kuruluşu”, İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, Cilt: 20; Sayı: 4, 1957, s. 601-619.
- Şimşek**, Fatma: “19.yüzyılın İkinci Yarısında Osmanlı Liman Kentlerinde Karantina Uygulaması”, Editör: Fatma Şimşek, Şenol Kantarcı, Berna Türkdoğan Uysal Armağan Kitabı, Sonçağ Yayınevi, 2014, s. 399-412.
- Taner**, Tahir: “Lozan Muahedesi ve Kapitülasyonların İlgası”, Muammer Reşit Seviğ’e Armağan, 1942, s. 723-730.
- Tekir**, Süleyman: “Sıhhiye ve Muavenet-i İçtimaiye Vekâleti’nin Kuruluşu ve Erken Cumhuriyet Dönemindeki Faaliyetleri (1920-1930)”, Belgi, Cilt: II, Sayı: 18, 2019, s. 1301-1326.
- Turna**, Nalan: “İstanbul’un Veba ile İmtihanı: 1811-1812 Veba Salgını Bağlamında Toplum ve Ekonomi”, Studies of the Ottoman Domain, Cilt: 1; Sayı: 1, Ağustos 2011, s. 1-36.
- Türkmen**, Zekeriya: “Osmanlı Devletinde Kapitülasyonların Uygulanışına Toplu Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Sayı: 6, 1995, s. 325-341.

- Uludağ**, Osman Şevki: “Son Kapitülasyonlardan Biri: Karantina”, BELLETEN, Cilt: II; Sayı: 7-8, 1938, s. 445-467.
- Ünver**, Fikret: “Son kapitülasyon: KARANTİNA (8)”, www.guneygazetesi.com Erişim tarihi 15 Aralık 2020.
- Varlık**, Nükhet: “Osmanlılarda Veba Salgınları”, Toplumsal Tarih Dergisi, Sayı: 296 Ağustos 2018, s. 30-36.
- Yalçınkaya**, M. A.: “Fransız Epidemiyolog Antoine Fauvel’ye Göre 1849’da Karadeniz Karantinaları”, Karadeniz İncelemeleri Dergisi, Cilt: 13; Sayı: 26, 2019, s. 439-460.
- Yaşayanlar**, İsmail: “Korona Günlerinden Tarihe Bakmak I: Salgınlar Çağı’nda Osmanlı’da Hekim Olmak”, Toplumsal Tarih, Nisan 2020, s. 68-72.
- Yaşayanlar**, İsmail: “Osmanlı Döneminde Uygulanan Deniz Karantinasına İlişkin Bazı Bilgiler”, Editör: Ozan Kolbaş - Orçun Üçer, Ab-ı Hayatı Aramak: Gönül Tekin’e Armağan, Yeditepe Yayınevi, 2018, s. 737-761.
- Yaşayanlar**, İsmail: “Osmanlı İmparatorluğu’nun Doğu Karadeniz Sınırında Emraz-ı Sâriye İle Mücadele: Batum ve Hopa Karantinahaneleri”, Karadeniz İncelemeleri Dergisi, Sayı: 28, 2020, s. 401-412.
- Yıldırım**, Nuran: “İstanbul’da Sağlık Hayatı” Editör: Coşkun Yılmaz, Antik Çağ’dan XXI. Yüzyıla Büyük İstanbul Tarihi Cilt: IV, İSAM, 2015, s. 92-137.
- Yıldırım**, Nuran: “İstanbul’un Kolera ile Tanışması: 1831 Salgını”, Toplumsal Tarih, Sayı: 316, Nisan 2020, s. 62-66.
- Yıldırım**, Nuran: “Osmanlı Coğrafyasında Karantina Uygulamalarına İsyanlar: Karantina İstemezük”, Sosyal Tarih, Sayı: 150, Haziran 2006, s. 18-27.
- Yıldırım**, Nuran: İstanbul’un Sağlık Tarihi, İstanbul Üniversitesi Projesi, 2010.
- Yolun**, Murat: “Salgın Hastalıklar ve Ceza Kanunu Arasındaki İlişki Üzerine: Osmanlı İmparatorluğu’ndaki Ceraim-i Sıhhiye Kanunu (1884)”, Türkiye Klinikleri J Med Ethics, Cilt: 24, Sayı: 2, 2016, s. 37-43.
- Zülfikar**, Mükerrerem B.: “Tabip Şani-zade Mehmet Ataullah: Hayatı ve Eserleri, İstanbul Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Deontoloji Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 1986.



## SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN ANAYASAL İLKELER IŞIĞINDA ZORUNLU SİGORTALARIN BELİRLENMESİ USULÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998159>

**Dr. Öğr. Üyesi Hakan BİLGEÇ\***

### Öz

Özel sigortaların hukuki niteliği sözleşmedir. Sözleşmeler hukukunun temellerinden olan sözleşme özgürlüğü ilkesi kural olarak sigorta sözleşmeleri için de geçerlidir. Zorunlu sigortalar ise bu kuralın istisnalarındandır. Zorunlu sigortalar ile sigorta ettirenin sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, sigortacının hem sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü hem de sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü sınırlanmaktadır. Sözleşme özgürlüğü, Anayasa'da temel hak ve özgürlükler arasında yer aldığı için ancak Anayasa'da yer alan esaslar çerçevesinde sınırlandırılması mümkündür. Oysa, Sigortacılık Kanunu'nun zorunlu sigortaların belirlenmesine ilişkin hükmü temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına hâkim olan kanunilik ilkesine aykırı bir görünüm sergilemektedir.

### Anahtar Kelimeler

Sigorta sözleşmesi, Sözleşme özgürlüğü, Temel hak ve özgürlükler, Zorunlu sigorta, Normlar hiyerarşisi

---

\* Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Gazimağusa, KKTC (hakan.bilgec@emu.edu.tr), ORCID: 0000-0001-7951-0756 (Geliş Tarihi: 06.05.2021-Kabul Tarihi: 09.08.2021)



**EVALUATION OF THE PROCEDURE FOR DETERMINING  
COMPULSORY INSURANCE WITHIN THE SCOPE OF  
CONSTITUTIONAL PRINCIPLES RELATING TO LIMITATION  
OF FREEDOM OF CONTRACT**

*(Research Article)*

**Abstract**

*The legal nature of private insurance is contract. The principle of freedom of contract, which is one of the basis of contract law, is also implemented for insurance contracts as a rule. One of the exceptions of this rule is compulsory insurance. With the compulsory insurances, the freedom of the insurant to make a contract or not, and the freedom of the insurer to make a contract and the freedom to choose the party of the contract are restricted. Since the freedom of contract is a fundamental rights and freedoms in the Constitution of the Republic of Turkey, it is possible to limit it only within the framework of the principles in the Constitution. However the provision of the Insurance Code regarding the regulation of compulsory insurances appears to be against the principle of legality, which dominates the limitation of fundamental rights and freedoms.*

**Keywords**

*Insurance contract, Freedom of contract, Fundamental rights and freedoms, Compulsory insurance, Hierarchy of norms*

## GİRİŞ

Sigorta ile riskler<sup>1</sup>, belirli bir bedel karşılığında (sigorta primi) ve belirli bir süre içinde (sigorta süresi), profesyonel bir risk taşıyıcısı konumundaki sigortacıya aktarılmaktadır. Dolayısıyla dilimize güvence anlamına gelen İtalyanca *sicurta* sözcüğünden geçmiş olan<sup>2</sup> sigortayı, kişilerin karşılaşılabilecekleri risklerin ekonomik sonuçlarını belirli bir bedel karşılığında, belirli bir süre ile profesyonel bir risk taşıyıcısına aktarmaları şeklinde tanımlamak mümkündür<sup>3</sup>. Sigorta, sosyal sigorta ve özel sigorta olarak ikiye ayrılır<sup>4</sup>. Çalışmamızın kapsamı özel sigortalar ile sınırlandırılmıştır.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi doğrultusunda hukukumuzda özel sigortalar kural olarak ihtiyaridir. Başka bir deyişle, kişiler sigorta sözleşmesi akdedip akdetmeme konusunda serbesttir. Ancak, istisnai olarak bazı sigorta sözleşmelerinin akdedilmesi zorunlu hale getirilmiştir. Zorunlu sigortaların önemli bir kısmının sorumluluk (pasif) sigortası olduğu görülmektedir. Esasında sorumluluk sigortasının amacı ile bu sigortaların zorunlu hale getirilmesinde bağlantı vardır<sup>5</sup>. Sorumluluk sigortası ile sigorta ettiren veya sigortalı, üçüncü kişilere karşı vereceği zarar nedeniyle malvarlığının pasif kısmında oluşacak artışları güvence altına alır<sup>6</sup>. Kişinin malvarlığının üçüncü kişiye verdiği zararı karşılamaya yetmediği durumlarda, eğer sorumluluk sigortası da mevcut değilse, üçüncü kişi zararını tazmin edemeyecektir. Bu nedenle sorumluluk sigortalarının zorunlu hale getirilmesi genellikle üçüncü kişileri korumaya yönelik bir adımdır. Ancak şüphesiz sorumluluk sigortalarının zorunlu hale getirilmesinde başka etkenler de rol oynamaktadır<sup>7</sup>. Öte yandan

<sup>1</sup> Sigorta hukukunda risk kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bozer**, Ali: Sigorta Hukuku, Ankara 1965, s. 101-105; **Deutsch**, Erwin/**Iversen**, Theore: Versicherungsvertragsrecht, 7. Auflage, Karlsruhe 2015, p. 7-8; **Can**, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku, C. I, Ankara 2018, s. 5-10.

<sup>2</sup> **Arseven**, Haydar: Sigorta Hukuku, İstanbul 1987, s. 3.

<sup>3</sup> Sigorta tanımları için bkz. **Bozer**, 1965, s. 94-96; **Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet: Sigorta Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 1; **Can**, C. I, s. 13; **Kayıhan**, Şaban/**Bağcı**, Ömer: Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Kocaeli 2017, s. 27-30; **Yazıcıoğlu**, Emine/**Şeker Ögüz**, Zehra: Sigorta Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2019, s. 1; **Çeker**, Mustafa: Sigorta Hukuku, 23. Baskı, Adana 2021, s. 1.

<sup>4</sup> Sosyal sigortalar ve özel sigortalar arasındaki farklar için bkz. **Bozer**, 1965, s. 77-78; **Deutsch/Iversen**, p. 18-20.

<sup>5</sup> **Koyuncu**, İbrahim Serdar: "Türkiye'de Zorunlu Sigortalar ve Tarım Ürünlerinin Doğal Afet Zararlarına Karşı Himayesinde Zorunlu Sigortanın Uygulanabilirliği", Reasürör, S. 49, 2002, s. 8.

<sup>6</sup> Sorumluluk sigortasının tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Şenocak**, Kemal: Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000, s. 3 vd.

<sup>7</sup> Bu konuda bilgi için bkz. II-B-1 başlığı.

zorunlu deprem sigortası, maden çalışanları zorunlu ferdi kaza sigortası örneklerinde olduğu gibi mal (aktif) ve can sigortalarının da zorunlu hale getirilmesi söz konusu olabilmektedir.

Çalışmamızda öncelikle özel sigortaların hukuki niteliği belirlenerek sözleşme özgürlüğü ile ilişkisi ortaya konulmuştur. Sözleşme özgürlüğü Anayasa’da düzenlenen bir temel hak ve özgürlük olduğundan ancak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine uygun olarak sınırlandırılabilir. Oysa günümüzde zorunlu sigortaların belirlenmesine ilişkin usul, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi ile uyumlu değildir. Bu durum hukukun temellerinden olan normlar hiyerarşisine de aykırıdır. Modern hukuk sistemlerinde temel hak ve özgürlüklerin hukuka uygun bir şekilde sınırlandırılması güncelliğini yitirmeyen önemli bir meseledir. Öte yandan günümüzde zorunlu sigortaların belirlenmesi usulünü düzenleyen Sigortacılık Kanunu’nun 13. maddesinin 1. fıkrası etkin olarak uygulanan bir hukuk kuralı değildir. Başka bir deyişle, uygulamada zorunlu sigortaların önemli bir kısmı söz konusu maddede öngörülen usulden farklı yöntemlerle zorunlu hale getirilmişlerdir. Dolayısıyla, özel sigortaların hukuki nitelikleri göz önünde tutularak ve zorunlu sigorta uygulamasının sözleşme özgürlüğüne getirdiği sınırlama gözetilerek zorunlu sigortaların belirlenmesi usulünün Anayasal düzenleme ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Bu çalışmadaki temel hedefimiz söz konusu ihtiyaca ilişkin değerlendirmelerde bulunmak ve bir değişiklik önerisi ortaya koyabilmektir.

## I. ÖZEL SİGORTALARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ülkemizde özel sigortalara ilişkin temel düzenlemeler Sigortacılık Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu’nda yer almaktadır. Sigortacılık Kanunu, ağırlıklı olarak sigorta ve reasürans şirketlerinin denetimine; Türk Ticaret Kanunu ise sigorta ilişkisinin başlangıcına, devamı sırasında tarafların hak ve yükümlülükleri ile sona ermesine ilişkin hükümleri ihtiva etmektedir.

Türk Ticaret Kanunu’nun altıncı kitabı “Sigorta Hukuku” başlığını taşır<sup>8</sup>. Altıncı kitabın ilk hükmü olan 1401. maddenin hem başlığı<sup>9</sup>, hem de 1. fıkrası<sup>10</sup> sigortanın hukuki niteliğini tereddüte yer vermeyecek bir biçimde

<sup>8</sup> Başlığa yönelik eleştiri için bkz. **Ünan**, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap, Sigorta Hukuku, C. I, İstanbul 2016, s. 3.

<sup>9</sup> TTK m. 1534/I uyarınca TTK’nın madde başlıkları da metne dâhildir.

<sup>10</sup> TTK m. 1401’deki tanıma yönelik eleştiriler için bkz. **Kender**, Rayegan: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018, s. 174-176; **Kayihan/Bağcı**, s. 113-116; **Yazoğlu/Şeker Ögüz**, s. 48.

ortaya koyar. Sigorta ilişkisi bir sözleşmedir<sup>11</sup>. Öte yandan, sigorta sözleşmesi Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen bir sözleşme türü olduğu için mutlak ticari iş niteliğindedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1451. maddesi uyarınca sigorta sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde, Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Bu düzenleme sigorta sözleşmeleri açısından Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu arasındaki özel kanun – genel kanun ilişkisini ortaya koyar.

Sigorta sözleşmesi, azami iyi niyet ilkesinin geçerli olduğu tam iki tarafa borç yükleyen, sürekli ve kural olarak iradi (ihtiyarî) bir sözleşmedir<sup>12</sup>. Sigorta sözleşmesinin iradi bir sözleşme olmasının sonucu olarak, sözleşmenin taraflarını oluşturan sigorta ettiren ve sigortacı sigorta sözleşmesi yapmak için zorlanamazlar. Söz konusu durum, özel hukukun temellerinden olan irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğünün doğal bir sonucudur. Zorunlu sigortalar ise bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır.

## II. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE ZORUNLU SİGORTALAR

Sigortalar sözleşme niteliğinde olduğundan, sözleşme özgürlüğü ilkesi sigortalar bakımından da geçerlidir<sup>13</sup>. Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu'nda, sigorta sözleşmelerine ilişkin sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran önemli hükümler bulunmaktadır<sup>14</sup>. Aşağıda sigorta hukukunda sözleşme özgürlüğü bahsi, zorunlu sigortalar ile sınırlı bir şekilde incelenmiştir.

### A. Sözleşme Özgürlüğü

#### 1. Kavram

Özgürlük, “her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın kendi iradesine, kendi düşüncesine dayanarak karar vermesi durumu”dur<sup>15</sup>. Hukuki

<sup>11</sup> **Kender**, s. 173. Sigorta sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Şeker**, Zehra: “Sigorta Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Üzerine”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1044 vd.

<sup>12</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Bozer**, 1965, s. 116-131; **Can**, C. I, s. 19; **Yazıcıoğlu/Şeker Öğüz**, s. 49.

<sup>13</sup> **Deutsch/Iversen**, p. 53. Özel sigorta hukuku alanındaki sözleşme özgürlüğü ilkesi ile borçlar hukuku alanındaki sözleşme özgürlüğü arasındaki farklar için bkz. **Bozer**, Ali: Sigorta Hukuku, Genel Hükümler – Bazı Sigorta Türleri, 3. Baskı, Ankara 2009, s. 47-48; **Omağ**, Merih Kemal/**Kuntalp**, Erden: Banka ve Sigorta Hukuku, 3. Baskı, Eskişehir 2009, s. 107; **Can**, C. I, s. 19; **Kayhan/Bağcı**, s. 106-107.

<sup>14</sup> Bu yönde eleştiri için bkz. **Ünan**, s. 3 vd.

<sup>15</sup> Bkz. TDK Büyük Türkçe Sözlük (<https://sozluk.gov.tr> – Erişim Tarihi: 28.07.2021).

anlamda özgürlük, sadece insanlar (gerçek kişiler) için değil, tüzel kişiler için de söz konusudur. “Özel hukukun temel özgürlüklerinin taşıyıcı sütunlarından biri”<sup>16</sup>, “özgürlükçü bir toplum düzeninin yapı taşı”<sup>17</sup> olarak nitelendirilen sözleşme özgürlüğü ise bir sözleşmenin kurulmasında ve sona ermesinde tarafların özgür iradeleri doğrultusunda karar vermesini ifade eder<sup>18</sup>.

Sözleşme özgürlüğü, irade özerkliği ile yakın ilişki içindedir<sup>19</sup>. Tarafların mutlak özgürlük anlayışını benimseyen klasik sözleşme özgürlüğü, liberal sistemin hâkim olduğu dönemde altın çağını yaşamıştır<sup>20</sup>. Sözleşme özgürlüğü kapsamında gerçek bir özgürlükten bahsedebilmek; iradeleri özgür bir biçimde ortaya koyabilmek için taraflar arasında güç dengesinin varlığı şarttır<sup>21</sup>. Bu koşul sağlanmadığı takdirde sözleşme özgürlüğü, gücünün lehine işleyen bir hukuki mekanizmaya dönüşebilir<sup>22</sup>. Bahis konusu endişenin sonucunda, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki gelişmeler klasik

<sup>16</sup> İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 129 III 276 E. 3. 1 ([http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F129-III-276%3Ade&lang=de&type=show\\_document](http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F129-III-276%3Ade&lang=de&type=show_document) – Erişim Tarihi: 28.07.2021). Çeviri için bkz. **Kaşak**, Fahri Erdem: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, İstanbul 2019, s. 51.

<sup>17</sup> Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, BverfGe 81, 242 (beck-online.beck.de – Erişim Tarihi: 28.07.2021). Çeviri için bkz. **Kaşak**, s. 51.

<sup>18</sup> **Oftinger**, Karl: “Die Vertragsfreiheit”, Juristengenerationen und ihr Zeitgeist, Zurich 1991, s. 295-296; **Kramer**, Ernst A.: Berner Kommentar Bd. VI Obligationenrecht, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991, Art. 19-20 N. 35; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2019, s. 113.

<sup>19</sup> **Oftinger**, s. 290-291; **Kramer**, Art. 19-20 N. 18; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2020, s. 336-340; **Antalya**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/I.I, 2. Baskı, Ankara 2019, p. 1888; **Zevkililer**, Aydın/**Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, İstanbul 2020, s. 7 vd.; **Kaşak**, s. 45. Özel hukukta irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü kavramlarının eş anlamlı kullanıldığı konusunda bkz. **Eren**, s. 336; **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 18. Baskı, İstanbul 2020, s. 25. İrade özerkliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kaşak**, s. 38-41.

<sup>20</sup> Sözleşme özgürlüğünün liberalizmin ürünü olduğu konusunda bkz. **Eren**, s. 336; **Ayrancı**, Hasan: “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, AÜHFD, C. LII, S. 3, 2003, s. 229. Liberalizm öncesi dönemde sözleşme özgürlüğü hakkında bilgi için bkz. **Kramer**, Art. 19-20 N. 21.

<sup>21</sup> **Oftinger**, s. 296; **Kramer**, Art. 19-20 N. 21; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, 7. Baskı, İstanbul 2017, § 40 N. 6; **Kaşak**, s. 35.

<sup>22</sup> **Kramer**, Art. 19-20 N. 25.

sözleşme özgürlüğünün çeşitli sınırlamalara tabi tutulmasını gerektirmiştir<sup>23</sup>. Günümüzde diğer modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk Hukuku'nda da sözleşme özgürlüğü birtakım sınırlamalara tâbi olarak varlığını sürdürmektedir<sup>24</sup>.

## **2. Mevzuat**

Sözleşme özgürlüğünün ilk olarak On İki Levha Kanunları'nda düzenlendiği belirtilmektedir<sup>25</sup>. Günümüzde modern hukuk sistemlerinin neredeyse tamamında sözleşme özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Türk Hukukunda sözleşme özgürlüğü anayasal güvenceye sahiptir.

Kronolojik sıralamada ilk olarak, 1924 Anayasası'nın 70. maddesinde "Akit Hürriyeti"ne yer verilmiştir. Sözleşme özgürlüğü, 1961 Anayasası'nda ise 40. maddede "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" başlığı ile düzenlenmiştir. 1961 Anayasası'nın 40. maddesi, bugün için yürürlükte olan Anayasa'nın 48. maddesinin 1. fıkrasına aynen alınmıştır.

Anayasa'da temel hak ve özgürlükler arasında yer verilen sözleşme özgürlüğünün özel hukuk sözleşmelerindeki görünümüne ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nda da hükümler yer almaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun "Sözleşme Özgürlüğü" başlığını taşıyan 26. maddesi şu şekildedir: "Taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler." Her ne kadar madde başlığı "Sözleşme Özgürlüğü" olsa da, bu tanımın sözleşme özgürlüğünü tamamen kapsamadığı; yalnızca sözleşme özgürlüğünün görünümlerinden biri olan, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü ile sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan, sözleşme özgürlüğünün bir diğer görünümü olan şekil özgürlüğü ise Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinde düzenlenmiştir.

## **3. Hukuki Niteliği**

Sözleşme özgürlüğünün hukuki niteliğinin tespiti, sınırlandırılması usulünün belirlenmesi bakımından büyük önemi haizdir. Anayasa'nın "İkinci Kısım" temel haklar ve ödevlere ayrılmıştır. Sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. madde, ikinci kısmın, "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı üçüncü bölümünde yer almaktadır. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğü, bir temel hak ve özgürlük niteliğindedir.

---

<sup>23</sup> Eren, s. 339-340.

<sup>24</sup> Eren, s. 339-340; Kılıçoğlu, s. 113; Ayrancı, s. 229; Kaşak, s. 44. Ayrıca bkz. 13. HD., 14.05.2013, E. 2013/5117, K. 2013/12405 (lexpera.com.tr – Erişim Tarihi: 28.07.2021).

<sup>25</sup> Kaşak, s. 10.

#### 4. Görünüm Şekilleri

Tarafların, sözleşmenin kurulmasında ve sona ermesinde, özgür iradeleri ile hareket edebilmelerini sağlayabilmek adına, sözleşme özgürlüğü kendi içinde birden fazla görünüme sahiptir. Anılan görünüm; sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçebilme, sözleşmenin içeriğini belirleyebilme, sözleşmenin tipini seçme, sözleşmenin şeklini seçme ile sözleşmenin değiştirilmesi ve ortadan kaldırılması özgürlükleri olarak sıralanabilir<sup>26</sup>. Sayılanlar arasından sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin içeriğini belirleyebilme ve sözleşmenin karşı tarafını seçebilme özgürlükleri konumuz bakımından önem taşıyan üç görünümdür.

Sözleşme özgürlüğünün en temel yansıması olarak nitelendirilen<sup>27</sup> sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, kişinin bir sözleşmeyi yapıp yapmama konusunda özgür olduğu; başka bir anlatımla, sözleşme yapmaya zorlanamayacağını ifade eder<sup>28</sup>. Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü iki boyutludur. Bunlardan ilki “olumlu sözleşme yapma özgürlüğü” olarak adlandırılan, kişilerin istedikleri zaman sözleşme yapabilmelerini güvence altına alan özgürlük; diğeri ise “olumsuz sözleşme yapma özgürlüğü” olarak adlandırılan, kişilerin istemedikleri takdirde sözleşme yapmamalarını güvence altına alan özgürlüktür<sup>29</sup>. İnceleme konumuz bakımından önem taşıyan, olumsuz sözleşme yapma özgürlüğüdür.

Sözleşmenin içeriğini belirleyebilme özgürlüğü tarafların özgür iradeleri ile akdedecekleri sözleşmenin koşullarını tespit edebilmeleri anlamına gelir<sup>30</sup>. Örneğin sözleşme süresinin, karşılıklı edimlerin, ifa zamanının ve yerinin belirlenebilmesi gibi hususlar bu özgürlük kapsamında yer alır.

<sup>26</sup> Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünün TBK’da açık olarak hükme bağlanmamış olmasına karşın, sözleşme özgürlüğünün doğal bir sonucu olduğu yönünde bkz. **Eren**, s. 340-341; **Antalya**, p. 1893. Sözleşme özgürlüğünün, TBK’da düzenlenmeyen görünümlerinin hak ve fiil ehliyetinden çıkartılabileceği konusunda bkz. **Kaşak**, s. 55, dn. 195’de belirtilen yazarlar.

<sup>27</sup> **Kramer**, Art. 19-20 N. 43; **Kaşak**, s. 57. Sözleşme özgürlüğünün her şeyden önce sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünü ifade ettiği hakkında bkz. **Kılıçoğlu**, s. 113.

<sup>28</sup> **Kramer**, Art. 19-20 N. 45.

<sup>29</sup> **Sprafke**, Susanne: Diskriminierungsschutz durch Kontrahierungszwang, Kassel 2013, s. 136; **Kaşak**, s. 58; **Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul 2017, s. 60-61.

<sup>30</sup> Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün “dar anlamda sözleşme özgürlüğü” ve sözleşme özgürlüğünün en önemli görünüm şekli olduğu konusunda bkz. **Kramer**, Art. 19-20 N. 40; **Kaşak**, s. 63.

Sözleşmenin karşı tarafını seçebilme özgürlüğü ise sözleşme yapmaya karar veren kişinin, kiminle sözleşme yapacağını özgürce belirleyebilmesini güvence altına alır. Ancak unutulmamalıdır ki, sözleşmenin varlığı birbirine uygun ve karşılıklı irade açıklamalarına bağlıdır. Dolayısıyla sözleşme yapmak isteyen kişi için sözleşmenin karşı tarafını seçebilme özgürlüğü sınırsız bir özgürlük değildir. Karşı tarafın da sözleşmenin kurulması konusunda iradesinin varlığı şarttır. Bu yönüyle, taraf seçebilme özgürlüğü öğretide, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü ile ilişkilendirilmektedir<sup>31</sup>.

### 5. Sınırlandırılması

Ekonomik liberalizmin mutlak bir şekilde uygulanmasının zayıfın güçlü karşısında zor durumda kalmasına sebebiyet vermesi sınırlandırma düşüncesini de beraberinde getirmiş ve sözleşme özgürlüğü de bundan payını almıştır. 1911 yılında aşırı yararlanma (gabin) kavramının İsviçre Borçlar Kanunu'na eklenmesi klasik sözleşme özgürlüğünden vazgeçilmesinin ilk örnekleri arasında gösterilmektedir<sup>32</sup>.

Sözleşme özgürlüğünün herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın uygulanmasının doğuracağı sorunlar öngörülmekle birlikte, modern hukuk sistemlerinde sözleşme özgürlüğünün varlığı kural; sınırlandırılması istisnadır<sup>33</sup>. Sınırlandırma, sözleşme özgürlüğünün hukuki niteliğine uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Başka bir ifade ile sözleşme özgürlüğü temel hak ve özgürlük niteliğinde olduğundan, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca özüne dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve kanunla sınırlandırılabilir<sup>34</sup>.

Sınırlandırmanın yalnızca kanunla yapılabilmesi kanunilik ilkesi olarak adlandırılmakta ve Anayasa Mahkemesi tarafından, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ön koşul olarak ele alınmaktadır. Kanunilik ilkesi, biçimsel açıdan bir kanunun varlığını gerektirdiğinden kanun dışında herhangi bir düzenleme ile temel hak ve özgürlükler sınırlandırılmaz<sup>35</sup>. Ayrıca,

<sup>31</sup> **Kramer**, Art. 19-20 N. 95; **Oğuzman/Öz**, s. 25-26; **Kılıçoğlu**, s. 119.

<sup>32</sup> **Kaşak**, s. 33-34.

<sup>33</sup> **Oftinger**, s. 297.

<sup>34</sup> Sınırlamanın neden kanun ile yapılması gerektiğine ilişkin bkz. **Kapani**, Münci: Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara 1993, s. 231-232.

<sup>35</sup> Bilindiği üzere, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (RG. 10.01.2017, S. 29944) yürürlüğe girmeden önce fikri mülkiyet hukukuna ilişkin çeşitli düzenlemeler, kanun hükmünde kararname ile getirildikleri gerekçesi ile iptal edilmişlerdi. Örnek olarak bkz. AYM, E. 2016/148, K. 2016/189, 14/12/2016, §11; AYM, E. 2005/57, K. 2009/19, 05/02/2009.



biçimsel açıdan kanun<sup>36</sup> niteliğinde olan düzenlemenin sınırlama getirebilmesi için maddi içeriğinin<sup>37</sup> de belirlilik ilkesine uygun olması şarttır<sup>38</sup>. Nitekim, Türk Borçlar Kanunu'nun 12. ve 26. maddelerinde de sözleşme özgürlüğünün kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir<sup>39</sup>. Anayasa Mahkemesi, önüne gelen uyuşmazlıklarda temel hak ve özgürlüklerin kanunilik ilkesine aykırı olarak sınırlandırılması halinde doğrudan ihlal kararı vermektedir<sup>40</sup>.

Öte yandan, Anayasa'nın 48. maddesinin 2. fıkrasında, çalışma ve sözleşme özgürlüğünün sağlanabilmesi adına devletin, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alacağı ifade edilmiş; ancak özel sınırlama sebepleri gösterilmemiştir<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> “Şekli kanun (biçimsel yasa), yasama meclislerince öngörülen usullere uyularak yapılan ve yürürlüğe konulan hukuki işlemdir.” **Kaboğlu**, İbrahim: Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), 13. Baskı, İstanbul 2018, s. 121.

<sup>37</sup> “Maddi kanun, normun içeriğine ilişkin bir kavramdır. Bu bakımdan, ilgili hukuki işlemin genel, soyut ve kişisel olmayan kurallar içermesi anlamına gelir.” **Kaboğlu**, s. 121.

<sup>38</sup> “Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik ölçütü ilk olarak şekli bir kanunun varlığını gerekli kılar. Bir yasama işlemi olarak kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin iradesinin ürünüdür ve Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından Anayasa'da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak yapılan işlemlerdir. Bu anlayış, temel hak ve özgürlükler alanında önemli bir güvence ortaya çıkartır. Fakat kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirir ve bu noktada kanunun niteliği önem kazanır. Bu anlamıyla kanunilik ölçütü, sınırlamaya ilişkin kuralların erişilebilirliğini ve öngörülebilirliği ile kesinliğini ifade eden belirliliğini garanti altına alır.” (AYM, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri [GK], B. N. 2014/920, 25.05.2017, § 54,55).

<sup>39</sup> TBK m. 12'de “kanunda aksi öngörülmedikçe” ifadesi ile şekil özgürlüğünün ancak kanunla sınırlandırılacağı belirtilmiş olmasına karşın, hukukumuzda şekil özgürlüğünün istisnasını sadece kanun belirlemez. Sözleşmenin tarafları da kendi iradeleri sözleşmenin şeklini tayin edebilirler (TBK m. 17). TBK m. 17 kapsamındaki şekil, irade özerkliği kapsamında tarafların iradeleri ile oluşturulduğundan sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran bir durum olarak kabul edilmemelidir.

<sup>40</sup> Örnek olarak bkz. AYM, Sevim Akat, B. N. 2013/2187, 19.12.2013; AYM, Tuğba Arslan [GK], B. N. 2014/256, 25.06.2014.

<sup>41</sup> Öğretide hâkim görüş, haklarında özel sınırlama sebebi öngörülmeleyen hakların doğalarından kaynaklanan hudutlar çerçevesinde sınırlandırılacağı yönündedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve öğreti görüşleri için bkz. **Bozkurt**, Tamer: “Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle Sözleşme Hürriyeti Açısından Durum”, Hukuk Gündemi Dergisi, S. 9, 2008, s. 145 vd. Ayrıca bkz. AYM, 19.10.2005, E. 2003/66, K. 2005/72. Krş. **Gözler** ise Anayasa'nın ilgili maddesinde özel sınırlama sebebi öngörülmeleyen temel hakların sınırlandırılmayacağı görüşündedir. Bkz. **Gözler**, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2019, s. 318-319.

Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi ise genel olarak içerik yönünden sözleşme özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. Hükme göre, "kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür". Bunun yanında diğer kanunlarda da sözleşme özgürlüğüne yönelik özel sınırlamalar mevcuttur. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu'nun, "Sigorta ettirenin veya sigortalının, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir fiilden doğabilecek bir zararını teminat altına almak amacıyla sigorta yapılamaz" şeklindeki 1404. maddesi ile benzer bir düzenleme sigorta sözleşmeleri özelinde de öngörülmüştür.

## **B. Zorunlu Sigortalar**

### **1. Zorunlu Sigorta Kavramının Kapsamı**

Sigorta hukukunda kural olarak, taraflar sigorta sözleşmesi yapmaya zorlanamazlar. Buna rağmen, günümüzde kamu yararı göz önünde tutularak bazı sigortaların yapılması zorunlu hale getirilmiştir<sup>42</sup>. Sigorta hukukunda zorunlu sigorta ifadesi, kamu hukuku karakterli bir düzenleme ile zorunlu hale getirilen sigortaları ifade eder<sup>43</sup>. Dolayısıyla, sözleşmeden kaynaklanan sigorta yapma zorunlulukları zorunlu sigorta kapsamının dışında kalır<sup>44</sup>.

Öte yandan, kamu hukuku karakterli bir düzenleme ile zorunlu hale getirilen sigorta ve doğrudan kanundan kaynaklı sigorta ayrımı da dikkate alınmalıdır. Sosyal sigortalar gibi doğrudan kanundan kaynaklanan sigorta-

---

<sup>42</sup> **Deutsch/Iversen**, p. 55. Zorunlu sigortanın tarihçesi için bkz. **Akpınar**, Özgür: "Dünya'da ve Türkiye'de Zorunlu Sigortalar", Dünya'da ve Türkiye'de Zorunlu Sigortalar, Türkiye Uygulamaları Sorunlar ve Çözüm Önerileri (Seminer), Ankara 2012, s. 37-38.

<sup>43</sup> **Prölss**, Erich R./**Martin**, Anton: Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 30. Auflage, München 2018, Rn. 1; **Langheid**, Theo/**Wandt**, Manfred: Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 2. Auflage, München 2016, Rn. 6; **Kender**, s. 210-211; **Can**, C. I, s. 19; **Chen**, Yueyun/**Chen**, Dongmei: "The Review and Analysis of Compulsory Insurance", Insurance Market and Companies: Analyses and Actuarial Computations, Vol: IV, Iss. 1, 2003, s. 6.

<sup>44</sup> **Prölss/Martin/Klimke**, VVG § 113 Rn. 2; **Langheid/Wandt/Brand**, VVG § 113 Rn. 7; **Karayalçın**, Yaşar: Risk – Sigorta – Risk Yönetimi, Özel Sigorta Hukukuna Giriş, Ankara 1984, s. 30; **Omağ**, Merih Kemal: "Türk Hukukunda Mecburî Sigortalara ve Sorunlarına Genel Bir Bakış", Zorunlu Sigortalar Paneli (19 Kasım 1993 İstanbul), İstanbul 1994, s. 9 vd; **Yongalık**, Aynur: Kredi Hayat Sigortası, Ankara 2002, s. 39. Sözleşmeden kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluklarının genel olarak sözleşme özgürlüğünü sınırlandırdığı konusunda bkz. **Kramer**, Art. 19-20 N. 100-101.

larda, sigorta sözleşmesinden bahsedilemeyeceğinden sözleşme özgürlüğü ilkesinin uygulanması olanaklı değildir<sup>45</sup>.

Zorunlu sigorta ayrı bir sigorta türü değildir; mevcut sigorta türlerinden birine dâhil olan bir sigortanın zorunlu hale getirilmesinden ibarettir<sup>46</sup>. Zorunlu sigortaların önemli bir bölümü sorumluluk sigortası niteliğinde olmasına rağmen<sup>47</sup>, istisnai olarak zorunlu mal ve can sigortaları ile de karşılanmaktadır. Mal sigortalarında zorunlu sigortaların istisnai olmasının nedeni, kimsenin kendi malvarlığını korumaya zorlanamayacağı düşüncesidir<sup>48</sup>. Sadece kamuyu ilgilendiren, büyük boyutlu risklere karşı (örneğin deprem) zorunlu mal sigortası uygulamasına başvurulmaktadır. Can sigortalarında zorunlu sigortaların istisnai olmasının en önemli nedeni ise ülkemizde bu alandaki sosyal sigorta uygulamasının oldukça gelişmiş olmasıdır.

Bir sigortanın zorunlu hale getirilebilmesi için toplumun söz konusu sigortayı benimsemesi de önemlidir<sup>49</sup>. Bu doğrultuda, bir ülkede uygulanan zorunlu sigortaların sayısı o ülkenin ekonomik ve sosyo-kültürel gelişmişlik düzeyi ile doğru orantılıdır<sup>50</sup>. Hatta gelişmiş ülkelerde zorunlu sigortaların, sigortacılık sektörünün temelini oluşturduğu da belirtilmektedir<sup>51</sup>. Ülkemizde zorunlu sigortaların sayısı her geçen gün artmaktadır.

Sigortacılık Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca, sigortanın zorunlu hale getirilmesinin ön koşulu kamu yararının varlığıdır (SK m. 13/I)<sup>52</sup>. Zorunlu sigortalar bakımından kamu yararı kavramını, milli servetin korunması,

<sup>45</sup> Bu konuda bkz. **Bozer**, 2009, s. 3.

<sup>46</sup> **Akgün**, Evrim: "Zorunlu Deprem Sigortası", Sigorta Davaları (Editörler: **Topaloğlu**, **Mustafa/Dinç**, **Mutlu**), Ankara 2018, s. 619.

<sup>47</sup> **Kender**, s. 211; **Chen/Chen**, s. 7; **Koyuncu**, s. 8. Belirtmek gerekir ki, mülga SMK döneminde Bakanlar Kurulu'na sadece sorumluluk sigortalarını zorunlu hale getirme yetkisi tanınmıştı. SK'nın yürürlüğe girmesi ile sorumluluk sigortası dışındaki sigortaların da zorunlu hale getirilebilmesine olanak sağlanmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. III-A ve III-B başlıkları.

<sup>48</sup> **Karasu**, Gökhan: "Zorunlu Sigortalara ve Sorunlarına Devlet Bakışı", Dünya'da ve Türkiye'de Zorunlu Sigortalar, Türkiye Uygulamaları Sorunlar ve Çözüm Önerileri (Seminer), Ankara 2012, s. 66.

<sup>49</sup> **Chen/Chen**, s. 11.

<sup>50</sup> **Chen/Chen**, s. 7.

<sup>51</sup> **Akpınar**, s. 38.

<sup>52</sup> Bu koşulun amaç bakımından zorunlu sigortaları sosyal sigortalara yaklaştırdığı hakkında bkz. **Can**, C. I, s. 20. Kamu yararının dinamik bir kavram olduğu ve zorunlu sigortaların ihdasında değişen ve gelişen koşullar gözetilerek dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. **Kabukçuoğlu Özer**, Fatma Dilek: Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2012, s. 180-181.

kamu güvenliği veya belirli risklere maruz kalanların korunmasını da içine alacak kapsamda değerlendirmek uygun olur<sup>53</sup>. Kamu yararına hizmet eden sigortalar, genellikle sorumluluk sigortaları olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle Sanayi Devrimi sonrası teknolojiadaki ilerleme sonucunda geliştirilen ulaşım/üretim araçlarının verebilecekleri zararların büyüklüğü ve sorumluluk bilincinin olgunlaşması ile sorumluluk rejimi gittikçe katılmıştır. Lâkin sorumluluk rejiminin katılığı tek başına zarar görenlerin tazminata erişmesini sağlayamamaktadır. Zarardan sorumlu olan kişinin ekonomik durumunun yetersiz olduğu hallerde sorumluluk rejimi adeta kağıt üzerinde kalmaktadır<sup>54</sup>. Sorumluluk sigortalarının zorunlu tutulmasındaki amaç esasında bu olasılığı bertaraf ederek zarar görenin tazminata erişmesini kolaylaştırmaktır<sup>55</sup>. Ayrıca, zarara neden olan kişilerin tazminat yükümlülükleri zorunlu sigorta teminatı dahilinde üzerlerinden alınarak<sup>56</sup> bu kişilerin sorumluluk getirecek girişimlerden kaçınması da engellenmektedir. Söz konusu zorunlu sigortalardaki kamu yararı, belirli risklere maruz kalanların (mağdurların) korunması şeklinde tezahür etmektedir<sup>57</sup>. Mal sigortalarının zorunlu tutulmasında kamu yararı ise hem belirli risklere maruz kalanların hem de milli servetin korunması şeklinde karşımıza çıkar. Zorunlu mal sigortasının tipik örneğini oluşturan deprem sigortasının zorunlu hale getirilmesinde bu düşünce etkili olmuştur<sup>58</sup>. Bunun yanında zorunlu can sigortası türü olan maden çalışanları zorunlu ferdi kaza sigortasının ihdasında madencilik sektörünün kontrol ve denetimi düşüncesinin de dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Zira, söz konusu sigortanın yapılması için gerçekleştirilen risk incelemesinden olumlu sonuç alamayan maden işletmeleri hakkında sigorta korumasının başlatılamayacağı öngörülmüştür. Sigorta olmadan da

<sup>53</sup> Sayılan hususların zorunlu sigorta uygulamasında göz önünde bulundurulması gerektiği hakkında bkz. **Karayalçın**, Sigorta, s. 30; **Kender**, s. 211-212.

<sup>54</sup> **Kayıhan**, Şaban: “Zorunlu Deprem Sigortası”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 1-2, 2004, s. 498.

<sup>55</sup> Bu durumun modern hukuk sistemlerinin sosyal devlet ve sosyal adaletçi anlayışına da hizmet ettiği yönünde bkz. **Koyuncu**, s. 8.

<sup>56</sup> SK m. 13 Gerekeçe.

<sup>57</sup> **Can**, C. I, s. 20.

<sup>58</sup> **Bozer**, Ali: “Zorunlu Deprem Sigortası”, BATİDER, C. XXI, S. 1, 2001, s. 245; **Kayıhan**, s. 500-501; **Chen/Chen**, s. 7. **Bozer**'e göre, deprem sigortasının zorunlu hale getirilmesinde 1999 yılında Marmara Bölgesi'nde yaşanan depremler sonrasında Dünya Bankası'ndan bir miktar yardım almak ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Haller Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'un devlete yüklediği külfeti önemli ölçüde azaltmak düşünceleri de etkili olmuştur. Bkz. **Bozer**, Deprem, s. 246.

maden işletmelerinin faaliyete geçmesi yahut faaliyetlerini sürdürmesi mümkün olamayacaktır (2015/7249 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı m. 3/IV)<sup>59</sup>. Diğer yandan zorunlu sigortalar ülkemizde yeni yaygınlaşan sigorta olgusunun tanınmasına ve gelişmesine de yarar sağlayarak toplumda güven ve refahı artırıcı görev de sergilemektedirler<sup>60</sup>.

Bir sigortanın zorunlu hale getirilmesi onun sözleşme niteliğini ortadan kaldırmaz. Başka bir ifade ile zorunlu sigortalar kendiliğinden ortaya çıkmaz; sözleşmenin kurulabilmesi için öneri ve kabul safhaları yerine getirilmelidir<sup>61</sup>. Nitekim Sigortacılık Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nda sigortacının faaliyet alanı kapsamında kendisine gelen teklifleri reddedememesine ilişkin düzenlemeler (SK m. 13/I, TTK m. 1483)<sup>62</sup> bu savı destekler niteliktedir. İlgili hükümler sigorta ettirene, zorunlu sigorta sözleşmesini o alanda faaliyet gösteren sigortalılardan istediği ile akdetme olanağı sağlar.

Zorunlu sigortalarda asgari sigorta bedeli, kural olarak mevzuat tarafından belirlenir<sup>63</sup>. Türk Hukuku'nda zorunlu sigortalar için ortak asgari bedel uygulaması söz konusu değildir<sup>64</sup>. Sigortacılık Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca zorunlu sigortalının teminat tutarları Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurulu<sup>65</sup> tarafından tespit olunur ve

<sup>59</sup> Bkz. **Topaloğlu**, Mustafa: “Yeni Bir Sigorta Türü: Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası”, Prof. Dr. Merih Kemal Omağ'a Armağan, C. III, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S. 2 (Özel Sayı), 2017, s. 248 vd; **Kubilay**, Huriye/**Akdemir**, Pınar: “Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Taraflarının Yükümlülükleri” Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl: V, S. 10, 2017, s. 466-467.

<sup>60</sup> SK m. 13 Gerekçe.

<sup>61</sup> **Öztürk**, Seyyid Hasan: “Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası”, Sigorta Davaları (Editörler: **Topaloğlu**, Mustafa/**Diñç**, Mutlu), Ankara 2018, s. 1106. TTK m. 1405/I, sigorta sözleşmelerinin kuruluşu bakımından genel hükümlerden farklı bir düzenleme içermektedir. Buna göre, sigorta yaptırmak isteyen kişinin sigortacıya vereceği teklifname otuz gün içinde reddedilmezse sigorta sözleşmesi kurulmuş sayılır. Anılan hükme yönelik eleştiriler için bkz. **Ünan**, s. 64-68; **Günay**, Barış: Sigorta Hukuku, Ankara 2019, s. 56.

<sup>62</sup> Bu konuda bkz. II-C-2 başlığı.

<sup>63</sup> **Langheid/Wandt/Brand**, VVG § 114 Rn. 5.

<sup>64</sup> Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (Versicherungsvertragsgesetz)'nda ise asgari bedelleri belirlenmeyen zorunlu sorumluluk sigortaları hakkında her bir sigorta olayı için 250.000 Avro ve bir sigorta yılındaki toplam sigorta olayları için 1.000.000 Avro'luk ortak bir asgari bedel getirilmiştir (VVG m. 114/I). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Prölss/Martin/Klimke**, VVG § 114 Rn. 1; **Langheid/Wandt/Brand**, VVG § 114 Rn. 5-11.

<sup>65</sup> SK m. 12'de zorunlu sigortalıyı belirleme yetkisi Bakan'a tanınmıştı. 47 sayılı Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri

Resmi Gazete’de yayınlanır. Zorunlu sigorta, belirlenen asgari sigorta bedeli ile sınırlıdır. Taraflar, asgari sigorta bedelinden daha yüksek bedelli bir sigorta sözleşmesi akdederse, aşan kısmın ihtiyari sigorta olarak değerlendirilmesi gerekir<sup>66</sup>. Akdedilen sigorta sözleşmesinde, sigorta bedelinin mevzuatta belirlenenin altında kalması durumunda ise zorunlu sigortayı yaptırma yükümlülüğünün yerine getirildiğinden söz edilemez. Bu husus Zorunlu Sigorta Takibine İlişkin Yönetmelik’in<sup>67</sup> 6. maddesi ile vurgulanmıştır. Hükümde, zorunlu sigortaların konusunu oluşturan menfaate ilişkin bir faaliyetin icrası ya da bir şeyin kullanılması için izin, lisans veya ruhsat talep edildiğinde, zorunlu sigortaların geçerli teminat tutarları üzerinden yaptırılıp yaptırılmadığının yetkili mercilerce kontrol edileceği; geçerli teminat tutarları üzerinden yaptırılmadıklarının tespiti halinde, geçerli teminat alınana kadar yetkili mercilerce izin, lisans veya ruhsat verilmeyeceği düzenlenerek, sigorta bedelinin asgari tutarın altında kalması halinde zorunlu sigorta yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılmayacağı kabul edilmiştir.

Öte yandan söz konusu Yönetmelik’te zorunlu sigortaların yenilenmesi halinde de önemli yaptırımlar öngörülerek zorunlu sigortaların devamlılığının güvence altına alınması hedeflenmiştir<sup>68</sup>. Yönetmelik uyarınca, zorunlu sigorta teminatının bitiminden otuz gün önce Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi durumu Güvence Hesabı’na bildirir ve sigorta ettiren Güvence Hesabı tarafından zorunlu sigortayı yenileme konusunda uyarılır. Bunun yanında, zorunlu sigortaları yaptırmadığı veya yenilemediği tespit edilen kişiler ile Güvence Hesabı tarafından sigortasız olduğu tespit edilen kişiler izin, lisans veya ruhsat vermeye yetkili mercilere Güvence Hesabı tarafından bildirilir. Güvence Hesabı tarafından yapılan bu bildirim üzerine ilgili kişiler yetkili merciler tarafından uyarılır. Söz konusu uyarının tebliği tarihinden itibaren on beş gün içinde zorunlu sigortayı yenilemeyen ya da yaptırmayan kişilerin faaliyetleri, idari ve cezai kovuşturma saklı olmak üzere ilgili yetkili

---

Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (RG. 18.10.2019, S. 30922) ile Bakan’a tanınan yetkilerin Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurulu’na verildiği anlaşılmaktadır.

<sup>66</sup> Konuyu sorumluluk sigortaları özelinde ele alan *Hacıömeroğlu*, böyle bir ayrıma gitmeden, asgari sigorta bedelini aşan bedelle akdedilen zorunlu sorumluluk sigortalarının ihtiyari sigorta olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. **Hacıömeroğlu**, Abdülhamid Oğuzhan: “Zorunlu Sorumluluk Sigortacısının Sonraki Sorumluluğu”, *BATİDER*, C. XXXVI, S. 2, 2020, s. 179-180.

<sup>67</sup> RG. 09.08.2014, S. 29083.

<sup>68</sup> Zorunlu sigortalarla hedeflenen sosyal amaca ulaşılmasının sigortanın süreklilik arz etmesine bağlı olduğu yönünde bkz. **Koyuncu**, s. 10.

mercilerce sigorta yaptırılincaya kadar durdurulur. Zorunlu sigortanın, izin, lisans veya ruhsat vermeye yetkili mercilerce belirlenecek azami bir aylık süre içerisinde yenilenmediğinin veya yaptırılmadığının tespiti halinde ise ruhsat, lisans ve izinler ilgili mercilerce iptal edilir (ZSTİY m. 7).

## 2. Uygulanmakta Olan Zorunlu Sigortalar ve Hukuki Kaynakları

Ülkemizde çok sayıda zorunlu sigorta mevcuttur. Zorunlu sigortaların hukuki kaynakları kanun, kanun hükmünde kararname, Bakanlar Kurulu kararı ve yönetmelik olarak karşımıza çıkmaktadır. Hemen belirtelim ki, 2017 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği sonrasında kanun hükmünde kararname ve Bakanlar Kurulu kararı ile zorunlu sigorta ihdas edilme olanağı kalmamıştır. Söz konusu kaynaklarla zorunlu hale getirilen sigortalar 2017 yılı öncesine aittir.

Sayı olarak fazlalık nedeniyle her bir zorunlu sigortanın kapsamı ve koşullarını incelemek bu çalışmanın boyutunu aşmaktadır. Zorunlu sigortaların hangi hukuki kaynağa dayandığının tespiti konumuz bakımından önem taşıdığından, aşağıda sadece zorunlu sigortaların isimleri belirtilmiş ve hangi tür hukuki düzenlemeyle zorunlu hale getirildiklerine ilişkin sınıflandırmaya tabi tutulmuşlardır.

### a. Kanunla Zorunlu Hale Getirilen Sigortalar

Sigortacılık mevzuatında (mülga 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu<sup>69</sup> ve Sigortacılık Kanunu) zorunlu sigortaların kanunla belirleneceğine yer verilmemekle birlikte<sup>70</sup>, uygulamada çeşitli kanunlarla zorunlu hale getirilmiş sigortalarla karşılaşmaktadır.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun<sup>71</sup> 91-101. maddeleri arasında öngörülen ve hukukumuzda ilk ve en çok uygulanan zorunlu sigorta olma özelliğini haiz<sup>72</sup> karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası<sup>73</sup>, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun<sup>74</sup> 815. maddesinde öngö-

<sup>69</sup> RG. 30.12.1959, S. 10394.

<sup>70</sup> Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. III-B başlığı.

<sup>71</sup> RG. 18.10.1983, S. 18195.

<sup>72</sup> Akpınar, s. 35.

<sup>73</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Havutçu, Ayşe/Gökyayla, Emre: Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukuki Sorumluluk, Ankara 1999, s. 218 vd; Karasu, Rauf: Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası), Ankara 2016, s. 21 vd.; Öztürk, s. 1097 vd.; Cebe, Mehmet Sinan: Uygulamalı Sigorta Hukuku, Ankara 2018, s. 731 vd.

<sup>74</sup> RG. 08.12.2001, S. 24607.

rülen intifa hakkı sahibinin malik lehine yangına ve diğer tehlikelere karşı yaptırması gereken sigorta, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun<sup>75</sup> 17. maddesinde öngörülen kiralama konusu malın sigorta ettirilme yükümlülüğü, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun<sup>76</sup> 132. maddesinde öngörülen taşıma sözleşmelerinden doğabilecek zararların tazmin taleplerinin teminatı olarak yaptırılması zorunlu olan mali sorumluluk sigortası, 5312 sayılı Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun'un<sup>77</sup> 8. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen kıyı tesisleri deniz kirliliği zorunlu mali sorumluluk sigortası, 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nun<sup>78</sup> 12-16. maddeleri arasında seyahat acenteleri için öngörülen zorunlu mali sorumluluk sigortası, 1219 sayılı Tababet Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un<sup>79</sup> Ek 12. maddesinde öngörülen tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortası, Türk Ticaret Kanunu'nun 1126. maddesinde öngörülen gemi kira sözleşmelerinde kiracının denizcilik ve sorumluluk rizikolarına karşı yaptırması zorunlu olan sigorta<sup>80</sup> ve 1259. maddesinde öngörülen deniz yolu yolcu taşımacılığı zorunlu mali sorumluluk sigortası, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un<sup>81</sup> 21. maddesinde öngörülen özel güvenlik zorunlu mali sorumluluk sigortası, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun<sup>82</sup> 13. maddesinde öngörülen elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının yaptırması gereken zorunlu mali sorumluluk sigortası, 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu'nun<sup>83</sup> 6. maddesi ile lisanslı depo işleticilerinin yaptırması zorunlu hale getirilen sigorta kanunla zorunlu hale getirilen sigortalardır.

Ayrıca, ilk olarak kanun hükmünde kararname ile ihdas edilen, 2012 yılından itibaren ise 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nun<sup>84</sup> 10-13. mad-

---

<sup>75</sup> RG. 13.12.2012, S. 28496.

<sup>76</sup> RG. 19.10.1983, S. 18196.

<sup>77</sup> RG. 11.03.2005, S. 25752.

<sup>78</sup> RG. 28.09.1972, S. 14320.

<sup>79</sup> RG. 14.04.1928, S. 863; 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 30.01.2010, S. 27478, m. 8 ile ek.

<sup>80</sup> TTK m. 1126'nın lafzına yönelik eleştiri için bkz. **Kender**, s. 215.

<sup>81</sup> RG. 26.06.2004, S. 25504.

<sup>82</sup> RG. 23.01.2004, S. 25355.

<sup>83</sup> RG. 17.02.2005, S. 25730.

<sup>84</sup> RG. 18.05.2012, S. 28296.



deleri arasında düzenlenen zorunlu deprem sigortası<sup>85</sup>, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun<sup>86</sup> 63. maddesi ile kredi kuruluşları için getirilen, nezdindeki tasarruf mevduatı ve gerçek kişilere ait katılım fonlarının sigortaya tabi kısımları üzerinden sigorta ettirilmesi yükümlülüğü ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun<sup>87</sup> 83. maddesinde öngörülen yatırım kuruluşlarının Yatırımcı Tazmin Merkezi (YTM)'ne katılma yükümlülüğü de kanunla zorunlu hale getirilen sigortalardandır<sup>88</sup>. Bu üç sigortanın diğerlerinden farkı sadece belirlenmiş sigortacılarla akdedilebilecek olmalarıdır. Zorunlu deprem sigortası Doğal Afet Sigortaları Kurumu (DASK), tasarruf mevduatı ve gerçek kişilere ait katılım fonları için akdedilecek zorunlu sigorta Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF), yatırım kuruluşlarının yaptıracığı sigorta ise YTM nezdinde yapılacaktır. Söz konusu kuruluşlar sigorta şirketi değil, kamu hukuku sigorta kurumlarıdır<sup>89</sup>.

Bu noktada özel hukuk sigorta şirketlerinden farklı konumda olan söz konusu üç kurumun hukuki nitelikleri ve sigortacı sıfatlarına değinmek yararlı olacaktır:

DASK, zorunlu deprem sigortasının nezdinde yapılması amacıyla mülga 587 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kurulan bir kamu tüzel kişisidir<sup>90</sup>. Günümüzde ise DASK'a ilişkin hükümler Afet Sigortaları Kanunu'nda yer almaktadır. Gerek DASK'ın adında, gerekse Afet Sigortaları Kanunu'nun hükümlerinde DASK'ın sigortacı sıfatı açık bir şekilde belirtil-

<sup>85</sup> Zorunlu deprem sigortası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bozer**, Deprem, s. 243 vd.; **Yongalık**, Aynur: "Zorunlu Deprem Sigortası", BATİDER, C. XXI, S. 2, 2001, s. 151 vd.; **Kayıhan**, s. 497 vd.

<sup>86</sup> RG. 01.11.2005, S. 25983 "Mükerrer".

<sup>87</sup> RG. 30.12.2012, S. 28513.

<sup>88</sup> Bu yönde bkz. **Karayalçın**, Yaşar: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu", Bankalar ve 70 Sayılı KHK Sempozyumu, Ankara 1984, s. 305; **Turanboy**, Asuman: "Tasarruf Mevduatı Sigortasının Hukuki Niteliği ve Kapsamı", BATİDER, C. XXI, S. 2, 2001, s. 71. Krş. TMSF nezdinde yapılan sigortanın bir sigorta sözleşmesi olmayıp, kanundan kaynaklanan sigorta olduğu konusunda bkz. **Reisoğlu**, Seza: Bankacılık Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 1336; **Battal**, Ahmet: Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006, s. 250. Bu konudaki tartışmalar hakkında ayrıca bkz. **Önder**, Mehmet Fahrettin: "Fonksiyonları Açısından Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve Yatırımcı Tazmin Merkezi'nin Karşılaştırılması", TFM, C. IV, S. 1, 2018, s. 39-40 ve 42-44.

<sup>89</sup> Niteleme için bkz. **Yongalık**, Deprem, s. 157. Kamu ve özel hukuk sigorta kurumları ayrımı için bkz. **Yongalık**, Deprem, s. 156-157. Sigorta hukukunda sigortacının sigorta şirketleri ile sınırlı olmadığı konusunda bkz. **Can**, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2009, s. 225.

<sup>90</sup> Zorunlu deprem sigortası için bir kamu tüzel kişisi yaratılmasına yönelik eleştiri için bkz. **Bozer**, Deprem, s. 248-249.

mektedir. Zorunlu deprem sigortasını yaptırmakla yükümlü olanlar DASK tarafından belirlenir (ASK m. 11) ve zorunlu deprem sigortaları DASK adına yetkili sigorta şirketleri ve bu şirketlerin acenteleri tarafından düzenlenir<sup>91</sup>. Zorunlu deprem sigortası teminatı verme yetkisi münhasıran DASK'a tanınmıştır. Ancak risk yönetimi açısından şartların gerekli kılması durumu ile Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından da uygun görülmesi halinde teminat, sigorta şirketleri ile müştereken de verilebilir (ASK m. 6). Dolayısıyla zorunlu deprem sigortası için asıl sigortacı DASK'tır<sup>92</sup>. DASK, yetkilendirdiği sigorta şirketlerini tahsil edilen prim üzerinden ödenecek komisyon karşılığında aracı olarak kullanır.

TMSF'nin idari ve mâli özerkliği bulunan bir kamu tüzel kişiliği niteliğinde olduğu Bankacılık Kanunu'nun 111. maddesinde ortaya konulmuştur<sup>93</sup>. Anılan madde uyarınca TMSF'nin tasarruf mevduatı ve katılım fonları sahipleri açısından sigortacı kurum, bankalar açısından mali bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması ve alacakların takip ve tahsiline ilişkin görevleri olduğu anlaşılmaktadır. TMSF'nin sigortacı sıfatına ilişkin önemli dayanaklardan birisi de Bankacılık Kanunu'nun 63. maddesidir<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> Günümüzde zorunlu deprem sigortası yapmak üzere yetkilendirilmiş otuz iki sigorta şirketi bulunmaktadır. Yetkilendirilen sigorta şirketlerinin listesi için bkz. <https://dask.gov.tr/satis-agi-sigorta-sirketleri.html> (Erişim Tarihi: 28.07.2021).

<sup>92</sup> **Bozer**, Deprem, s. 249-250; **Yongalık**, Deprem, s. 154-155.

<sup>93</sup> Tasarruf mevduatı sigortasının Türkiye'deki gelişimi için bkz. **Turanboy**, s. 66-68.

<sup>94</sup> BankK m. 63: "Kredi kuruluşları nezdlerindeki tasarruf mevduatı ve gerçek kişilere ait katılım fonları, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından sigorta edilir.

Kredi kuruluşları, nezdlerindeki tasarruf mevduatı ve gerçek kişilere ait katılım fonlarını, sigortaya tâbi kısım üzerinden sigorta ettirmek ve bunun üzerinden prim ödemek zorundadır.

Sigortaya tâbi olacak tasarruf mevduatı ve gerçek kişilere ait katılım fonlarının kapsamı ve tutarı, Merkez Bankası, Kurul ve Hazine Müsteşarlığının olumlu görüşü alınmak suretiyle Fon Kurulu tarafından belirlenir. Risk esaslı sigorta priminin oranı, yıllık bazda sigortaya tâbi tasarruf mevduat ve katılım fonunun binde yirmisini aşamaz. Risk esaslı sigorta priminin tarifesi, tahsil zamanı, şekli ve diğer hususlar Kurulun görüşü alınmak suretiyle Fon Kurulu tarafından belirlenir.

Kredi kuruluşlarının iflası hâlinde mevduat ve katılım fonu sahipleri, Fonun imtiyazlı alacaklarından ve Devlet ile sosyal güvenlik kuruluşlarının 6183 sayılı Kanun kapsamındaki alacaklarından sonra gelmek üzere sigortaya tâbi olmayan kısım için 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 206 ncı maddesindeki üçüncü sıra anlamında imtiyazlı alacaklıdırlar.

Kredi kuruluşlarınca Fona ödenen sigorta primleri kurumlar vergisi matrahının tespitiinde gider olarak kabul edilir.

Faaliyet izni kaldırılan kredi kuruluşları nezdinde bulunan ve doğruluğu hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde kanıtlanan mevduat ve katılım fonunun sigorta kapsamındaki kısmı, Fon kaynaklarından ödenir."

Maddenin “Kredi kuruluşları nezdlerindeki tasarruf mevduatı ve gerçek kişilere ait katılım fonları, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından *sigorta* edilir.” şeklindeki 1. fıkrası TMSF’nin sigortacı kimliğini sergilemektedir. Ayrıca anılan maddenin 2. ve 3. fıkralarında bankaların TMSF’ye sigorta primi yatıracaklarının belirtilmiş olması ve TMSF tarafından güvence altına alınan riskin gerçekleşmemesi halinde yatırılan primlerin iade edilmeyecek olması da TMSF’nin sigortacı kimliğine yapılan vurgulardandır<sup>95</sup>. Buna karşın öğretide TMSF’nin bir garanti kurumu niteliğinde olduğuna ilişkin görüş de ileri sürülmüştür<sup>96</sup>. Gerçekten, TMSF’nin sigortalılara yapacağı ödemenin belirlenen limiti aşamayacak olması TMSF’yi özel hukuk sigorta şirketlerinden ayırarak garanti kurumu niteliğine yaklaştıran bir husustur. Bu nedenlerle, hem sigortacı hem de garanti kurumu niteliklerini bünyesinde birlikte barındırdığından TMSF’yi karma nitelikli bir kurum olarak nitelemek mümkündür<sup>97</sup>.

2000’li yılların başında sermaye piyasalarında faaliyet gösterenler için bir koruma sağlama amacıyla kurulan Yatırımcıları Koruma Fonu (YKF)’nin adı 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile YTM olarak değiştirilmiş ve koruma kapsamı da genişletilmiştir. YTM’ye ilişkin temel düzenleme Sermaye Piyasası Kanunu’nun 83. maddesinde yer almaktadır<sup>98</sup>. Ayrıca bu maddede işaret edildiği şekilde YTM’nin kurumsal yapısı ve işleyişi hak-

<sup>95</sup> TMSF’nin haiz olduğu üç kişiliğinden birinin “sigortacı” olduğu yönünde bkz. **Tekinalp**, Ünal: Banka Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul 2009, p. 13-02.

<sup>96</sup> **Ayhan**, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigortası ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. N. Kınacıoğlu’na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 2, 2017, s. 25.

<sup>97</sup> **Önder**, s. 40.

<sup>98</sup> SerPK m. 83: “(1) Yatırımcıların bu Kanundaki şartlar çerçevesinde tazmini amacıyla kamu tüzel kişiliğini haiz YTM kurulmuştur. YTM, Kurul tarafından çıkarılacak bir yönetmelik çerçevesinde Kurul tarafından idare ve temsil olunur. YTM tarafından yürütülecek iş ve işlemlerin Kurul personeli ve bu iş için istihdam edilecek personel tarafından yerine getirilmesi esastır. Buna ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.

(2) Yatırım kuruluşlarının YTM’ye katılması zorunludur. Yatırım kuruluşlarının YTM’ye katılımlarına, bunların giriş aidatı, yıllık aidat ve ek aidat ödeme zorunluluklarına ilişkin usul ve esaslar Kurulca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir. Bu yönetmelikte, aidat tutarının belirlenmesinde, kuruluşların tür ve risk durumlarına göre farklı esaslar da öngörülebilir.

(3) YTM tarafından gerekli görülmesi hâlinde, Kurulca hakkında yatırımcıları tazmin kararı verilen kuruluşun ödemelerinin durmasına ve tüm mal varlığı üzerinde sadece YTM tarafından tasarruf edilebilmesine karar verilebilir. Bu hüküm bankalar açısından, sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan nakit ödeme ve sermaye piyasası aracı teslim yükümlülükleri açısından uygulanır.”

kında Yatırımcı Tazmin Merkezi Yönetmeliği<sup>99</sup> de hazırlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Hukuki nitelik itibarıyla YTM de bir kamu tüzel kişisidir. Ancak, YTM'nin yönetimi ve temsili Sermaye Piyasası Kurulu'na bırakılarak YTM'ye TMSF'ye tanınan ölçüde bir özerklik tanınmamıştır. Kanun'da ve Yönetmelik'te YTM'nin gerçekleştireceği koruma faaliyeti için *sigorta*; YTM'ye katılan kişilerden tahsil edeceği ücret için *prim* ifadeleri de kullanılmamıştır. Buna rağmen YTM'nin TMSF'ye benzer bir amaca hizmet etmek için kurulduğunu söylemek olanaklıdır. YTM'ye katılan kişilerden tahsil edilecek aidatların Yönetmelik'te risk esasına göre belirlenmiş olması bu aidatları sigorta primine eşdeğer konuma getirmektedir. Öte yandan, mevzuatta sigorta ifadesi kullanılmamış olsa da YTM'nin sigorta esasına dayalı bir koruma sağladığını belirtmek yanlış olmayacaktır<sup>100</sup>. Sayılan nedenlerle YTM'nin de sigortacı olarak nitelendirilmesi mümkündür<sup>101</sup>.

#### ***b. Milletlerarası Anlaşma İle Zorunlu Hale Getirilen Sigortalar***

Milletlerarası anlaşmalarla zorunlu hale getirilen sigortanın tipik örneği uygulamada “yeşil kart sigortası” olarak da adlandırılan sigortadır<sup>102</sup>. Karayolları Trafik Kanunu'nda düzenlenen trafik sigortası, Türkiye'de gerçekleşen kazalara ilişkin sorumluluğu güvence altına alırken, Motorlu Taşıtlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi<sup>103</sup> hükümlerine göre yaptırılması zorunlu hale getirilen bu sigorta ile anlaşmaya taraf ülke sınırları içerisinde gerçekleşecek trafik kazaları kaynaklı tazminat yükümlükleri güvence altına alınmaktadır.

#### ***c. Kanun Hükümünde Kararname İle Zorunlu Hale Getirilen Sigortalar***

2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği öncesi kanun hükmünde kararnameler de zorunlu sigortaların kaynağı olarak kullanılmıştır. 660 sayılı

<sup>99</sup> RG, 27.02.2015, S. 29280.

<sup>100</sup> **Önder**, s. 43. Krş. **Kaymaz**, Ali İhsan: “6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanununa Göre Yatırımcı Tazmin Sistemi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. XXII, S. 3, 2016, s. 1633.

<sup>101</sup> İleride ortaya çıkabilecek tartışmaları engellemek adına SerPK'da değişiklik yapılarak YTM'nin yatırımcı varlıklarını sigortalama görevi olduğunun açıkça belirtilmesi gerektiği hakkında bkz. **Önder**, s. 43-44.

<sup>102</sup> Yeşil Kart Sistemi'nin tarihçesi için bkz. <https://www.tmtb.org.tr/YK/YesilKart> (Erişim Tarihi: 28.07.2021).

<sup>103</sup> Söz konusu sözleşme, 04.11.1999 tarihinde kabul edilen 4477 sayılı Motorlu Taşıtlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun (RG. 11.11.1999, S. 23873) ile onaylanmış ve Resmi Gazete'de yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir (4477 sayılı Kanun m. 2).

Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin<sup>104</sup> 24. maddesi ile bağımsız denetim kuruluşları ve bağımsız denetçilerin verdikleri hizmetlerden doğabilecek zararları karşılamak amacıyla zorunlu mesleki sorumluluk sigortası yaptırımları öngörülmüştür<sup>105</sup>.

Öte yandan, 1999 yılında 587 sayılı Zorunlu Deprem Sigortasına Dair Kanun Hükmünde Kararname<sup>106</sup> ile deprem sigortası zorunlu hale getirilmişti. Söz konusu Kanun Hükmünde Kararname, Afet Sigortaları Kanunu ile mülga edildiğinden, günümüzde zorunlu deprem sigortasının hukuki kaynağı kanun hükmünde kararname değil kanundur.

#### *d. Bakanlar Kurulu Kararı İle Zorunlu Hale Getirilen Sigortalar*

Sigortacılık Kanunu'nun 13. maddesinde 2018 yılında yapılan değişiklik öncesinde zorunlu sigortaları belirleme yetkisi Bakanlar Kurulu'na verilmişti. Bakanlar Kurulu, bu yetkiyle çeşitli zorunlu sigortalar öngörmüştü. 2004/6789 sayılı Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası Hakkında Karar<sup>107</sup> ile karayolu yolcu taşımacılığı zorunlu koltuk ferdi kaza sigortası, 2010/190 sayılı Tehlikeli Maddeler İçin Yaptırılacak Sorumluluk Sigortaları Hakkında Karar<sup>108</sup> ile tehlikeli maddeler zorunlu sorumluluk sigortası ve 91/2253 sayılı Tehlikeli Maddeler ve Tüpgaz Sorumluluk Sigortaları Hakkında Karar<sup>109</sup> ile tüpgaz zorunlu sorumluluk sigortası<sup>110</sup> ve 2015/7249 sayılı Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Hakkında Karar<sup>111</sup> ile maden çalışanları zorunlu ferdi kaza sigortası Bakanlar Kurulu kararı ile zorunlu hale getirilmişlerdi.

#### *e. Tüzük İle Zorunlu Hale Getirilen Sigortalar*

Tekel Dışı Bırakılan Patlayıcı Maddelerle Av Malzemesi ve Benzerlerinin Üretimi, İthalı, Taşınması, Saklanması, Depolanması, Satışı, Kullanıl-

<sup>104</sup> RG. 02.11.2011, S. 28103.

<sup>105</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özkorkut**, Korkut: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Ankara 2013, s. 297-298.

<sup>106</sup> RG. 27.12.1999, S. 23919, "Mükerrer".

<sup>107</sup> RG. 25.02.2004, S. 25384.

<sup>108</sup> RG. 11.03.2010, S. 27518.

<sup>109</sup> RG. 25.09.1991, S. 21002.

<sup>110</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Birişik**, Faik: "Tüpgaz Zorunlu Sorumluluk Sigortası", Sigorta Davaları (Editörler: **Topaloğlu**, Mustafa/**Dinç**, Mutlu), Ankara 2018, s. 1335 vd.

<sup>111</sup> RG. 06.02.2015, S. 29259.

ması, Yok Edilmesi, Denetlenmesi Usul ve Esaslarına İlişkin Tüzük'ün<sup>112</sup> 118. maddesi ile genel ve katma bütçeli idareler hariç olmak üzere, patlayıcı madde işiyle uğraşacak gerçek ve tüzel kişilerin tehlikeli maddeler zorunlu sorumluluk sigortası yaptırmaları öngörülmüştür.

#### ***f. Yönetmelik ile Zorunlu Hale Getirilen Sigortalar***

Hukukumuzda, çeşitli sigortalar ise yönetmeliklerle zorunlu hale getirilmiştir. Bu kapsamda, Sigorta Acenteleri Yönetmeliği'nin<sup>113</sup> 11. maddesinde öngörülen sigorta acenteleri tarafından yaptırılacak mesleki sorumluluk sigortası, Sigorta ve Reasürans Brokerleri Yönetmeliği'nin<sup>114</sup> 13. maddesinde öngörülen brokerler tarafından yaptırılacak mesleki sorumluluk sigortası<sup>115</sup>; Karayolu Taşıma Yönetmeliği'nin<sup>116</sup> 47-49. maddeleri arasında öngörülen zorunlu mali sorumluluk sigortası ve karayolu yolcu taşımacılığı zorunlu koltuk ferdi kaza sigortası, İşletmeler ve İşyerlerinin Araç Park Hizmetlerinin (Vale) Yürütülmesine İlişkin Yönetmeliği'nin<sup>117</sup> 8. maddesi ile öngörülen vale hizmeti veren işletmeler ve işyerlerinin yaptıracakları sorumluluk sigortası yönetmelik ile zorunlu hale getirilen sigortalardır.

Öte yandan, okul servis araçlarında taşınacak öğrenci ve bu araçlarda görevlendirilecek sürücü ve rehber öğretmenler için yaptırılması gereken ferdi kaza sigortası ilk olarak 1992 tarihli Okul Servis Araçları Yönetmeliği<sup>118</sup> ile öngörülmüş, bu Yönetmeliğin yerini alan Okul Servis Araçları Yönetmeliği'nin<sup>119</sup> 10. maddesinde ise okul servis araçlarının Karayolları Trafik Kanunu'nda öngörülen zorunlu sigortaları yaptırmaları gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla, günümüzde okul servis araçları için zorunlu tutulan sigorta yönetmeliğe değil kanuna dayanmaktadır. Benzer şekilde Fındık Lisanslı Depo Yönetmeliği<sup>120</sup> ile öngörülen, depolanan ürünler için yaptırılması gereken zorunlu sigorta, söz konusu yönetmeliğin Lisanslı Depoculuk Kanunu ile mülga edilmesiyle kanundan kaynaklanan zorunlu sigorta haline gelmiştir.

---

<sup>112</sup> RG. 29.09.1987, S. 19589.

<sup>113</sup> RG. 22.04.2014, S. 28980.

<sup>114</sup> RG. 27.05.2015, S. 29368.

<sup>115</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özdamar**, Mehmet: "Sigorta Brokeri ve Hukuki Niteliği" AÜHFD, C. LVII, S. 3, 2008, s. 540-541.

<sup>116</sup> RG. 08.01.2018, S. 30295.

<sup>117</sup> RG. 25.12.2020, S. 31345.

<sup>118</sup> RG. 21.05.1992, S. 21234.

<sup>119</sup> RG. 25.10.2017, S. 30221.

<sup>120</sup> RG. 02.08.2006, S. 26247.

### C. Zorunlu Sigortaların Sözleşme Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi

Sözleşme özgürlüğü ve zorunlu sigorta kavramlarında yer alan “özgürlük” ve “zorunlu” ifadelerinin karşılığında da anlaşılacağı üzere zorunlu sigortalar, sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlandırmalar arasında yer almaktadır. Başka bir ifade ile bir sigortanın yaptırılmasının zorunlu hale getirilmesi Anayasa’nın 48. maddesinde temel hak ve özgürlük olarak düzenlenen sözleşme özgürlüğünü sınırlandırmak anlamına gelmektedir.

Zorunlu sigortaların sözleşme özgürlüğüne getirdiği sınırlamalar, sigorta sözleşmesinin tarafları bakımından farklılık arz eder. Bu nedenle zorunlu sigortaların sözleşme özgürlüğüne etkisinin sigorta ettiren ve sigortacı bakımından ayrı ayrı incelenmesi uygun olacaktır.

#### 1. Sigorta Ettiren Bakımından

Sigortalanabilir menfaati bulunan gerçek ve tüzel kişiler bu menfaati, meydana gelebilecek risklere yahut olaylara karşı sözleşme özgürlüğü çerçevesinde sigorta sözleşmesi ile güvence altına alabilirler. Sigortalanabilir menfaati bulunan kişi, kural olarak menfaatini sigorta sözleşmesi ile güvence altına alıp almama konusunda serbesttir. Sigorta sözleşmesinin yapılmasının zorunlu hale getirilmesi sigorta ettirenin, menfaatini güvence altına alıp almama konusundaki serbestliğini sona erdiren bir durumdur. Böylelikle zorunlu sigortalar, sigorta ettiren bakımından sözleşme özgürlüğünün olumsuz sözleşme yapma görünümünü sınırlandırmaktadır.

Zorunlu sigortaların sözleşme özgürlüğüne getirdiği bir diğer sınırlama ise sözleşmenin içeriğini belirleyebilme görünümüne ilişkindir. Sigortacılık Kanunu’nun 12. maddesi uyarınca zorunlu sigortaların teminat tutarları ile tarife ve talimatları Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından belirlenir. Yukarıda da belirtildiği üzere sigorta sözleşmesinin belirlenen teminat tutarının altında bir teminat tutarı ile akdedilmesi halinde zorunlu sigorta yapma yükümlülüğü yerine getirilmiş sayılmaz. Dolayısıyla zorunlu sigortalarda tarafların sözleşmenin içeriğini özgürce belirleyebilme olanakları önemli ölçüde kısıtlanmaktadır. Hemen belirtelim ki, teminat tutarlarının aksine tarifelerin Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından belirlenmesi zorunlu değildir. Zira Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurulu’na özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla gerekli görülen hallerde tarifeleri serbest bırakma yetkisi de tanınmıştır (SK m. 12/II son cümle).

Zorunlu sigortalarda sigorta ettirenin sözleşmenin karşı tarafı konumundaki sigortacıyı seçme özgürlüğü kural olarak devam etmekte ve sigorta ettiren zorunlu sigorta sözleşmesini istediği sigortacı ile akdedebilmektedir. Sigortacılık Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca sigorta ettirenin serbestisinin tek sınırı, yerleşim yerinin Türkiye'de bulunması halinde, Türkiye'deki sigortalananabilir menfaatini güvence altına almak için seçeceği sigorta şirketinin Türkiye'de faaliyet gösteriyor olması<sup>121</sup> ve sözleşmenin Türkiye'de yapılmasıdır. Bununla birlikte, ihracat ve ithalat konusu mallar için nakliyat sigortası; uçak, gemi, helikopter için dış kredi ile satın alındıklarında, münhasıran dış kredi miktarı ile sınırlı olarak ve dış borç ödeninceye kadar; yurt dışından finansal kiralama yolu ile gemi getirilmelerinde ise finansal kiralama sözleşmesi süresi ile sınırlı olarak yaptırılacak tekne sigortaları; gemilerin işletilmesinden doğan sorumluluk sigortası; hayat sigortaları; kişilerin Türkiye haricinde bulunacakları süre için bu süre ile sınırlı olmak kaydıyla veya geçici olarak yurt dışında kaldıkları sırada yaptırabilecekleri ferdi kaza, hastalık, sağlık ve motorlu taşıt sigortaları, yurt dışında da yaptırılabilir (SK m. 15/II). Sayılan istisna kapsamındaki koşulların varlığı halinde motorlu taşıt sigortaları gibi zorunlu olan veya ileride zorunlu hale getirilecek sigorta sözleşmelerinin yurt dışında dahi yapılmasına imkân tanınmıştır. Ayrıca, Cumhurbaşkanı'na yurt dışında yaptırılacak sigortaların kapsamını genişletme yetkisi de verilmiştir (SK m. 15/III). Dolayısıyla zorunlu sigortalıların, sigorta ettirenin sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünü ortadan kaldırdığı ileri sürülemez.

Öte yandan, Sigortacılık Kanunu'nun 32. maddesinde sigorta yapma zorunluluğu doğuran sözleşmede sigortanın belirli bir sigorta şirketi ile yaptırılmasına ilişkin hükümlerin geçersiz olduğu belirtilerek teknik anlamda zorunlu sigorta olmayan, sözleşmeden kaynaklı sigorta yapma yükümlülüklerinde de sigorta ettirenin taraf seçme özgürlüğünün güvence altına alındığını da hatırlatmak gerekir.

Hemen belirtelim ki, bu kuralın istisnasını zorunlu deprem sigortası, kredi kuruluşlarının nezdindeki tasarruf mevduatı ve gerçek kişilere ait katılım fonları için yaptıracağı sigorta ile yatırım kuruluşlarının yaptıracağı sigorta oluşturmaktadır. Zorunlu deprem sigortası yalnızca kamu hukuku sigortacısı olan DASK nezdinde akdedilebildiğinden, bu sigorta bakımından sigorta ettirenin taraf seçme özgürlüğü de sınırlandırılmıştır. Benzer şekilde yukarıda kapsamı belirtilen, kredi kuruluşları tarafından yaptırılacak sigor-

<sup>121</sup> Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nda benzer şekilde zorunlu sorumluluk sigortalarının Almanya'da faaliyet göstermeye yetkili sigortacılar nezdinde akdedileceği belirtilmiştir (VVG m. 133/I).



tanın tek sigortacısı TMSF ve yatırım kuruluşlarının yaptıracağı sigortanın tek sigortacısı ise YTM olduklarından sigortacının taraf seçme özgürlüğünden söz edilemez<sup>122</sup>.

## 2. Sigortacı Bakımından

Zorunlu sigortalarda zorunluluk sadece sigorta ettiren için değil sigortacı için de söz konusudur. Hatta, zorunlu sigortaların sözleşme özgürlüğüne müdahalesi, sigortacı cephesinde daha baskın hissedilir. Tıpkı sigorta ettiren bakımından olduğu gibi zorunlu sigortanın varlığı, sigortacının olumsuz sözleşme yapma ve sözleşmenin içeriğini belirleyebilme görünümünü sınırlandırmaktadır.

Öte yandan Sigortacılık Kanunu 13. maddesi uyarınca, istisnalar saklı kalmak kaydıyla sigortacı, faaliyet gösterdiği sigorta branşlarının kapsamında bulunan zorunlu sigortaları yapmaktan kaçınmaz<sup>123</sup>. Benzer düzenleme sorumluluk sigortaları açısından Türk Ticaret Kanunu'nun 1483. maddesinde de tekrarlanmıştır<sup>124</sup>. Hatta ikincil düzenlemelerde de bu yönde hükümle karşılaşmak mümkündür<sup>125</sup>. Söz konusu düzenlemeler zorunlu sigortalarda, sigortacının taraf seçme özgürlüğünün de sınırlandırıldığını göstermektedir<sup>126</sup>. Esasında zorunlu sigortanın işlevselliği adına sigortacıya bu yükümlülüğün getirilmesi kaçınılmazdır. Zira, sigortanın sadece sigorta ettiren bakımından zorunlu hale getirilip, sigortacının taraf seçme özgürlüğünün korunması halinde sigorta ettiren sözleşmeyi akdedecek sigortacı bulamama ihtimali ile karşı karşıya kalabilirdi<sup>127</sup>.

<sup>122</sup> DASK, TMSF ve YTM'nin sigortacı sıfatları hakkında bilgi için bkz. II-B-2-a başlığı.

<sup>123</sup> Saklı tutulan istisnalar, sigortacının portföyünün Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından sınırlandırılması ile, SK m. 20'de öngörülen tedbirlerin uygulanmaması yahut uygulanamayacağının anlaşılması, sigortacının ödemelerini tatil etmesi, sigortalılara olan yükümlülüklerini yerine getirememesi veya şirket öz kaynaklarının minimum garanti fonunun altına düşmesi halinde Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından, sigortacının tüm branşlarda veya ilgili branşlarda yeni sigorta sözleşmesi akdetme ve temdit yetkisinin kaldırılması, ruhsatlarının iptal edilmesi veya varlıklarının bloke edilmesidir. (SK m. 13/I atfıyla SK m. 20/II-b ve SK m. 20/III).

<sup>124</sup> *Kender*, sigorta sözleşmeleri hukukuna ilişkin olmadığı ve SK m. 13/I-c.2'in tüm zorunlu sigortaları kapsadığı gerekçeleriyle TTK m.1483/I hükmünün TTK'da yer almasının yanlış olduğunu belirtmektedir. *Kender*, s. 212.

<sup>125</sup> Okul Servis Araçları Yönetmeliği m. 11'de, Türkiye'de kaza sigortası dalında çalışan ve ruhsatı bulunan sigorta şirketlerinin, okul servis araçlarına, karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası yapmak zorunda oldukları düzenlenmektedir.

<sup>126</sup> Ayrıca bu konuda bkz. *Deutsch/Iversen*, p. 56.

<sup>127</sup> Bu yönde bkz. *Cebe*, s. 713.

Zorunlu deprem sigortası, kredi kuruluşlarının nezdindeki tasarruf mevduatı ve gerçek kişilere ait katılım fonları için yaptıracağı sigorta ile yatırım kuruluşlarının yaptıracağı sigorta dışında kalan zorunlu sigortalar bakımından hiçbir sigortacı tekel konumunda değildir. Dolayısıyla buradaki durumun tekel konumunda bulunan kişi ya da kuruluşların sözleşme yapma yükümlülüğü<sup>128</sup> ile karıştırılmaması gerekir. Tekelin varlığı halinde sözleşme yapmak isteyen kişinin karşısında, sözleşmeyi akdetmek için tekel dışında bir alternatif yoktur. Oysa zorunlu sigortalarda sigorta ettiren, ilgili alanda faaliyet gösteren herhangi bir sigorta şirketi ile zorunlu sigorta sözleşmesini akdetmek olanağını haizdir.

Zorunlu sigorta sözleşmesinin akdedilmesi sigorta ettirenin talebine bağlıdır. Bu talep sigortacıya geldiğinde, sigortacının özgür iradesi yerine hukuki bir hüküm geçmekte, taraflar arasında sözleşme bu şekilde kurulmaktadır. Sigorta ettirenin primleri ödeme yeterliliğinin olmadığı veya sigorta sözleşmesini kötü niyetle akdetmek istediği konusunda kuvvetli şüphe olması gibi haklı nedenlerin varlığında sigortacının faaliyet gösterdiği branşlarda zorunlu olan sigorta sözleşmelerini akdetmekten kaçınabileceğinin kabulü uygun olacaktır<sup>129</sup>. Yalnız, Sigortacılık Kanunu'nun 13. maddesi göz önünde bulundurularak haklı neden kavramının oldukça sınırlı tutulması da bir gerekliliktir. Örneğin, zorunlu sigorta ile güvence sağlanacak riskin gerçekleşme olasılığının yüksek olması, sigortacı bakımından haklı neden olarak kabul edilmemelidir. Öte yandan tarifelerin serbest bırakıldığı hallerde, sigortacının belirlediği prim miktarının altındaki zorunlu sigorta tekliflerini kabul etmek durumunda olmadığı da belirtilmektedir<sup>130</sup>.

Bir sigortanın yapılması zorunluluğu, sözleşme gibi kamu hukuku karakterli olmayan bir düzenlemeye dayanıyorsa Sigortacılık Kanunu'nun 13. maddesi kapsamında zorunlu sigorta söz olmayacağından<sup>131</sup> böyle sigortalar için sigortacının kendisine gelen talebi reddetme hakkı vardır.

Sigortacılık Kanunu'nda sigortacının zorunlu sigorta sözleşmesini akdetmekten kaçınamayacağını düzenleyen hüküm faaliyet alanlarında tekel

<sup>128</sup> Bu konu hakkında bkz. **Eren**, s. 346-348; **Kılıçoğlu**, s. 114; **Antalya**, p. 1899 vd. "Hukukumuzda asıl olan sözleşme özgürlüğü ise de; piyasa ekonomisinin hâkim olduğu hukuk sistemlerinde sözleşme özgürlüğünden doğabilecek bazı sakıncalı durumlara engel olmak amacıyla sözleşme yapma mecburiyeti kabul edilmiştir. (...) Olayımızda; davalı şirketlerin sunduğu elektrik dağıtım hizmetinin tekel niteliğinde olduğu tartışmasızdır." 3. HD., 18.12.2014, E. 2014/13539, K. 2014/16751 (lexpera.com.tr – Erişim Tarihi: 28.07.2021).

<sup>129</sup> **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 14.

<sup>130</sup> **Kabukçuoğlu Özer**, s. 181.

<sup>131</sup> Bu konu hakkında bilgi için bkz. II-B-1 başlığı.

konumunda olan DASK, TMSF ve YTM bakımından önem taşımaz. Söz konusu hüküm olmasa da Devlet veya kamu kuruluşlarının tekelinde bulunan hizmetlere ilişkin talep halinde sözleşme yapma zorunluluğunun olduğu kabul edilmektedir<sup>132</sup>.

### III. ZORUNLU SİGORTALARIN BELİRLENMESİ USULÜ

Sigortacılık Kanunu'nun 13. maddesi zorunlu sigortaların belirlenmesi usulüne ilişkin genel kuralı ortaya koyan hükümdür. Anılan düzenlemenin kronolojik gelişimi şu şekildedir:

#### A. Sigorta Murakabe Kanunu

Sigorta hukukunda zorunlu sigortaların belirlenmesi usulünü gösteren ilk düzenleme mülga Sigorta Murakabe Kanunu'nda yer almaktaydı. Söz konusu Kanun'un 29. maddesi yurt dışında yaptırılacak sigortalar ve zorunlu sigortalar hakkındaki hükümleri içermekteydi.

Sigorta Murakabe Kanunu'nun 29. maddesi “zorunlu sorumluluk sigortalarını” belirleme yetkisini Bakanlar Kurulu'na tevdi etmişti. Bakanlar Kurulu'nun bir sigortayı zorunlu hale getirebilmesi iki koşulun varlığına tabi tutulmuştu: Sigortanın zorunlu hale getirilmesinde kamu yararı mevcut olmalı ve sigortanın türü sorumluluk sigortası olmalıydı. Görülüyor ki, Sigorta Murakabe Kanunu, Bakanlar Kurulu'nun sorumluluk sigortası dışındaki sigorta türlerini zorunlu hale getirmesini engeller nitelikteydi.

#### B. Sigortacılık Kanunu

Sigorta Murakabe Kanunu'nun yerini alan Sigortacılık Kanunu'nun 13. maddesi zorunlu sigortalara ayrılmıştır. Madde, yeni yönetim modeline uyum çalışmaları kapsamında 2018 yılında değişikliğe uğrayarak günümüzdeki şeklini almıştır. Değişiklik, doğrudan zorunlu sigortaların belirlenmesi usulüne dair olduğundan maddenin değişiklik öncesi ve değişiklik sonrası hali aşağıda ayrı ayrı incelenmiştir.

#### 1. Sigortacılık Kanunu'nun İlk Halindeki Düzenleme

Sigortacılık Kanunu'nun “Zorunlu sigortalar” başlıklı 13. maddesinin 1. fıkrasının ilk hali şu şekilde idi: “Bakanlar Kurulu, kamu yararı açısından

<sup>132</sup> Eren, s. 304; Antalya, p. 1904 vd.; Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayrancı, s. 235-239. Monopol konumunda olan kuruluşların kendilerine yöneltilen sözleşme taleplerini reddetmelerinin ayrımcılık yasağına da aykırı sayılabileceği konusunda bkz. Sprafke, s. 36-37.

gerekli gördüğü hallerde zorunlu sigortalar ihdas edebilir. Sigorta şirketleri, 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (b) bendi ile üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla faaliyet gösterdiği sigorta branşlarının kapsamında bulunan zorunlu sigortaları yapmaktan kaçınamaz.”

Fıkra, zorunlu sigortalara ilişkin iki boyutu içermektedir. İlk olarak zorunlu sigortalının belirlenmesinde yetkili makam ortaya konulmuş, sonrasında sigortacının taraf seçme özgürlüğü sınırlandırılarak zorunlu sigortalara ilişkin sözleşme taleplerini kabul etme yükümlülüğü getirilmiştir.

Tıpkı Sigorta Murakabe Kanunu gibi, Sigortacılık Kanunu da zorunlu sigortaları belirleme yetkisini Bakanlar Kurulu’na tevdi etmiş ve Bakanlar Kurulu’nun bir sigortayı zorunlu hale getirmesini kamu yararının varlığı koşuluna bağlamıştır. Ancak her iki kanun arasında önemli bir farklılık da mevcuttur. Sigorta Murakabe Kanunu’nun aksine Sigortacılık Kanunu, Bakanlar Kurulu’nun zorunlu sigorta belirleme yetkisini sorumluluk sigortaları ile sınırlı tutmamıştır. Diğer bir deyişle, Sigortacılık Kanunu, Bakanlar Kurulu’na kamu yararının varlığı koşulu ile sorumluluk sigortası türü dışında kalan sigortaları da zorunlu hale getirme olanağı sağlamıştır.

## **2. Sigortacılık Kanunu’nda 2018 Yılında Yapılan Değişiklik Sonrası Düzenleme**

6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>133</sup> ile kabul edilen ve 16 Nisan 2016 tarihli halk oylamasının ardından tüm hükümleriyle Temmuz 2018’den itibaren ülkemizde uygulanmaya başlanan yeni yönetim modelinin devreye girmesi ile Bakanlar Kurulu ortadan kalkmıştır. Buna bağlı olarak Sigortacılık Kanunu’nun 13. maddesinde değişiklik ihtiyacı doğmuş, bu ihtiyaca 700 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin<sup>134</sup> 182. maddesi ile cevap aranmış ve madde şu şekilde değiştirilmiştir: “Cumhurbaşkanı, kamu yararı açısından gerekli gördüğü hallerde zorunlu sigortalar ihdas edebilir. Sigorta şirketleri, 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (b) bendi ile üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla faaliyet gösterdiği sigorta branşlarının kapsamında bulunan zorunlu sigortaları yapmaktan kaçınamaz”.

---

<sup>133</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 11.02.2017, S. 29976.

<sup>134</sup> RG. 07.07.2018, S. 30471, “2. Mükerrer”.

Görüldüğü üzere değişiklik sigortacının taraf seçme özgürlüğüne ilişkin sınırlamada herhangi bir yenilik yaratmamış, zorunlu sigortaları belirleme yetkisi ise Bakanlar Kurulu yerine Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. Cumhurbaşkanı tarafından da, bir sigortanın zorunlu sigorta olarak ihdas edilebilmesinde kamu yararının varlığı aranmıştır. Öte yandan sorumluluk sigortası dışındaki sigortaların da zorunlu sigorta olarak belirlenebilmesi uygulaması devam ettirilmiştir.

#### IV. SİGORTACILIK KANUNU'NUN 13. MADDESİNİN SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN ESASLAR BAKIMINDAN YERİNDELİĞİ

Zorunlu sigortaları belirleme yetkisinin Sigorta Murakabe Kanunu ve Sigortacılık Kanunu'nun ilk halinde Bakanlar Kurulu'na, 2018 değişikliği sonrasında ise Cumhurbaşkanı'na verilmesine rağmen zorunlu sigortaların önemli bir bölümü kanunla ihdas edilmişlerdir<sup>135</sup>. Bununla birlikte, milletlerarası anlaşma, kanun hükmünde kararname ve yönetmeliklerle de zorunlu hale getirilen sigortalar mevcuttur. Dolayısıyla, Sigortacılık Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrasında yer alan zorunlu sigortaların belirlenmesine ilişkin usulün etkin bir şekilde uygulandığını söylemek mümkün değildir. Ancak söz konusu düzenleme varlığını sürdürdüğünden, yerindeliğinin tespiti hukuki açıdan önem taşımaktadır.

Sigorta hukuku öğretisinde, zorunlu sigortaların ancak kanunla belirlenebileceği görüşü mevcuttur<sup>136</sup>. *Ayhan/Özdamar/Çağlar*, ortak eserlerinde zorunlu sigortaların kanun ile belirlenmesi yanında Cumhurbaşkanı'na da zorunlu sigorta belirleme yetkisinin verildiğini belirtmektedirler<sup>137</sup>. *Özdamar*, Sigortacılık Kanunu'nun 13. maddesi değişikliğe uğramadan önce bireysel olarak kaleme aldığı çalışmasında, zorunlu sigortaları belirleme yetkisinin Bakanlar Kurulu'na devrinin, kanun koyucunun iradesiyle oluştuğu gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olmadığını ileri sürmüştür<sup>138</sup>. Öte yandan *Özdamar*, aynı eserinde yönetmelikle belirlenen zorunlu sigortanın normlar hiyerarşisine uymadığına dikkat çekmiştir<sup>139</sup>.

<sup>135</sup> Bu konu hakkında bilgi için bkz. II-B-2 başlığı.

<sup>136</sup> **Kender**, s. 211; **Yazıcıoğlu/Şeker Ögüz**, s. 82. Her zorunlu sigortanın ayrı kanun hükmü gerektirdiği konusunda bkz. **Bozkurt**, Tamer: Sigorta Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2021, s. 117-119; **Akpınar**, s. 36; **Karasu**, s. 66.

<sup>137</sup> **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, s. 13.

<sup>138</sup> **Özdamar**, s. 540-541.

<sup>139</sup> **Özdamar**, s. 541.

Çalışmamızda daha önce de belirtildiği üzere teknik anlamda zorunlu sigortalar Anayasa'nın 48. maddesinde bir temel hak ve özgürlük olarak düzenlenen sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirdiği için, zorunlu sigorta ihdasının temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi kapsamında ele alınması gerekir.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin Anayasa'nın 13. maddesi açık bir şekilde sınırlamanın ancak kanun ile yapılabileceğini ortaya koymaktadır. Kanunilik ilkesi olarak da anılan bu durum, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının şekli koşuludur<sup>140</sup>. Hatta, Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğüne ilişkin bir kararında, ifade özgürlüğüne sınırlandırma getiren kanun hükmünü maddi özellikleri bakımından da incelemiş ve söz konusu hükmün bir kanunda bulunması gereken "kaliteyi" taşımadığı gerekçesi ile başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>141</sup>.

Cumhurbaşkanı, düzenleme yetkisini Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Cumhurbaşkanlığı kararı ve yönetmelik yoluyla kullanabilir. Sigortacılık Kanunu'nda zorunlu sigortaları belirleme yetkisi Cumhurbaşkanlığı'na tevdi edilmiş olmasına rağmen bu yetkinin hangi yolla kullanılacağı belirtilmemiştir. Öğretide, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve Cumhurbaşkanlığı kararı arasındaki ayrım tartışmalı olmakla birlikte<sup>142</sup> her iki kurum arasında belirgin farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulama alanına ilişkin hükümlerinde kararnamelerin *çıkartılması* veya *düzenlenmesinden* (AY m. 104/IX ve XVII, m. 106/XI, m. 108/IV, m. 118/VI) ve söz konusu kararnameler ile kamu tüzel kişiliğinin *kurulmasından* (AY m. 123/III) bahsedilmektedir. *İba/Söyler*, *çıkarma/düzenleme/kurulma* ifadelerinin birel nitelikteki kararlardan ziyade düzenleyici nitelikte işlem yapılmasına hitap ettiğini belirtmektedirler<sup>143</sup>. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar arasındaki ilişkinin düzenlenmesi de bu görüşü destekler niteliktedir. Zira kanunlar da birel nitelikte değil genel, soyut ve objektif kurallar içermesi gereken normlardır. Hemen belirtelim ki, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri aslilik niteliğini Anayasa'dan almalarına rağmen kanun gücüne sahip değildir. Kanunda açıkça düzenlenen konu-

<sup>140</sup> Bu konu hakkında bilgi için bkz. II-A-5 başlığı.

<sup>141</sup> AYM, Youtube Llc Corporation Service Company ve Diğerleri [GK], B. N. 2014/4705, 29/5/2014.

<sup>142</sup> Tartışmalar için bkz. **İba**, Şeref/Söyler, Yasin: "Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları", Anayasa Yargısı, C. XXXVI, S. 1, 2019, s. 199-200.

<sup>143</sup> **İba/Söyler**, s. 200.

larda çıkarılmamaları, kanunla çatışan hükümleri olması halinde kanun hükümlerinin uygulanacağını kabul edilmesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılan konularda kanun çıkarılması halinde kararnamenin hükümsüz hale gelecek olması bu görüşün çıkış noktalarını oluşturmaktadır (AY m. 140/XVII)<sup>144</sup>. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanı kararlarının yargısal denetimi ise Danıştay tarafından yapılmaktadır<sup>145</sup>. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi'ne bırakılmış olması kararnamelerin düzenleyici nitelikte olmalarını zorunlu kılar<sup>146</sup>. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve Cumhurbaşkanlığı kararı arasındaki bir diğer fark Resmî Gazete'de yayına ilişkindir. Cumhurbaşkanı kararnamelerinin Resmî Gazete'de yayınlanması zorunludur (AY m. 104/XIX ve m. 151). Cumhurbaşkanı kararlarının ise Resmî Gazete'de yayınlanma zorunluluklarına ilişkin genel bir hükme Anayasa'da yer verilmemiştir. 10 sayılı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde bazı Cumhurbaşkanı kararlarının Resmî Gazete'de yayınlanması zorunlu tutulmuş iken, bazı kararlarının yayınlanıp yayınlanmayacağı konusunda karar verme yetkisi Cumhurbaşkanı'na tanınmıştır (10 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 4/I). Bu açıklamalar ışığında genel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin soyut, nesnel, sürekli ve genel durumları belirlemeye yönelik; Cumhurbaşkanı kararının ise birel nitelikte, başka bir ifade ile belirli bir olaya, kişiye veya nesneye uygulanmak üzere çıkarılacağı kabul edilebilir<sup>147</sup>. Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmelikler<sup>148</sup> ise kanunların uygulanmasını sağlamak amacı taşıyacaklardır. Belirtelim ki, Cumhurbaşkanı yönetmelikleri Anayasa'da ayrı bir düzenleme türü olarak ele alınmasına rağmen, bu yönetmelikler de Cumhurbaşkanı kararı ile yürürlüğe konulmaktadır<sup>149</sup>.

Cumhurbaşkanı'na *yürütme yetkisine ilişkin konularda* kararname çıkarma yetkisi veren Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar,

<sup>144</sup> **Günday**, Metin: İdare Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2017, s. 659; **İba/Söyler**, s. 208.

<sup>145</sup> **İba/Söyler**, s. 198.

<sup>146</sup> **İba/Söyler**, s. 202.

<sup>147</sup> Bu yönde bkz. **Şirin**, Tolga: Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, 2. Baskı, İstanbul 2019, s. 170-173. Birel nitelikteki işlemlerin de Cumhurbaşkanı kararnamesi ile yapılabileceği görüşü için bkz. **Tunç**, Hasan: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2018, s. 229; **Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi: 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2019, s. 437. Krş. **Söyler**, Yasin: Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ankara 2018, s. 160.

<sup>148</sup> **Şirin**, s. 168-170.

<sup>149</sup> **İba/Söyler**, s. 198.

kişi hakları ve ödevleriyle, dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceği kuralı getirilmiştir. Anayasa'nın ikinci kısmı "Temel Hak ve Ödevler"e ayrılmıştır. Sözleşme özgürlüğü ikinci kısmın, "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı üçüncü bölümünde kendisine yer bulmuştur. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğü Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceği belirtilen birinci, ikinci ve dördüncü bölümlerden birinde yer almamaktadır. Bu durumda üçüncü bölümde yer alan temel hakların, dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün Cumhurbaşkanı kararnamesi ile sınırlandırılıp, sınırlandırılmayacağı sorusu gündeme gelir. Bu soruya verilecek yanıt, Sigortacılık Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenen zorunlu sigortaların belirlenmesi usulünün hukuka uygunluğunu doğrudan ilgilendirmektedir.

"Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" konusunda, Cumhurbaşkanı kararnamesi ile düzenleme yapılması olanaklıdır. Vurgulanmalıdır ki, olanaklı olan husus, Cumhurbaşkanı kararnamesi ile düzenleme yapılmasıdır<sup>150</sup>. Söz konusu hakların, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sınırlandırılması ise mümkün değildir. Bu görüşü destekleyen argümanları şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanun ile sınırlandırılabilirliği belirtilmiştir<sup>151</sup>. Kanun, yalnızca yasama organı tarafından çıkarılabilir ve Anayasa'nın 7. maddesi uyarınca yasama yetkisi devredilemez bir şekilde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne hasredilmiştir. Cumhurbaşkanı kararnamesi ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilirliği, Anayasa'nın 7. maddesinde düzenlenen yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırıdır<sup>152</sup>.

- Anayasa'nın 14. maddesinde açık bir şekilde Anayasa hükümlerinden hiçbirisinin Devlete veya kişilere Anayasa ile tanınan hak ve özgürlüklerin

<sup>150</sup> Bu kapsamda, Anayasa'nın üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik hakların diğer temel haklardan hangi gerekçelerle ayrık tutulduğu hakkında bkz. **Sağlam**, Fazıl: "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar", Anayasa Yargısı, C. I, 1984, s. 268-269; **Gözler**, s. 312.

<sup>151</sup> Krş. **Kapani**, sosyal gerçekler karşısında özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabilmesi kuralını çok dar ve katı bir şekilde yorumlamamak, kanunun verdiği yetki ve çizdiği çerçevede kalmak koşuluyla, gerektiğinde yürütme organı tarafından da sınırlandırılabilirliği şeklinde anlamak gerektiği görüşündedir. **Kapani**, s. 232. Temel hak ve özgürlüklerin kural, sınırlandırmalarının ise istisna olması ve AY m. 13'ün açık düzenlenmesi karşısında bu görüş günümüzde tartışmaya açıktır.

<sup>152</sup> Zorunlu sigortaların kanun dışında bir düzenleme ile sınırlandırılmasının yasama yetkisinin devredilmezliğine aykırı olduğu konusunda bkz. **Bozkurt**, Sigorta, s. 118.



yok edilmesini veya Anayasa’da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamayacağı belirtilmiştir. Hüküm temel hak ve özgürlükleri, Anayasanın sistematüğinde yer aldıkları bölüme göre bir ayrıma tabi tutmamıştır. Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevlerin Cumhurbaşkanı kararnamesi ile sınırlandırılabilceğini kabul etmek, Anayasa’nın 13. maddesinde belirtilen kanunilik koşulunu ihlal eden bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle Cumhurbaşkanı kararnamesi ile sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması Anayasa’nın 14. maddesine aykırılık teşkil eder.

- Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasında, Anayasanın ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan temel hak ve özgürlüklerin Cumhurbaşkanı kararnamesi ile yalnızca düzenlenebileceği öngörülmüştür. Sınırlandırma kavramı, düzenleme kavramının kapsamını aşmaktadır. Dolayısıyla 104. maddenin 17. fıkrasından şu çıkarımı yapmak mümkündür: Anayasa’nın ikinci kısmının birinci, üçüncü ve dördüncü bölümünde yer alan temel hak ve özgürlükler Cumhurbaşkanı kararnamesi ile ne düzenlenebilir ne de sınırlandırılabilir; üçüncü bölümde yer alan temel hak ve özgürlükler ise Cumhurbaşkanı kararnamesi ile düzenlenebilir ancak sınırlandırılmaz<sup>153</sup>.

- Anayasa’nın 104. maddesi ile Cumhurbaşkanı’na verilen, ikinci kısmın üçüncü bölümünde yer alan temel hakları düzenleme yetkisi, 2017 yılında yapılan değişiklik öncesi Bakanlar Kurulu’na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi veren 91. maddenin tekrarı niteliğindedir<sup>154</sup>. Nasıl ki, 2017 yılından önce, üçüncü bölümde yer alan temel hak ve özgürlüklerin kanun hükmünde kararname ile sınırlandırılması mümkün değilse<sup>155</sup>, günümüzde de Cumhurbaşkanı tarafından sınırlandırılmalarının mümkün olmadığı kabulü uygun olacaktır.

- Sözleşme özgürlüğü başlıklı Türk Borçlar Kanunu’nun 26. maddesi sadece sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilme görünümü ile sözleşme özgürlüğünü düzenlese de, bu özgürlüğün sınırlarının “kanun” olduğunu

<sup>153</sup> **Gözler**, s. 317; **Şirin**, s. 201. Üçüncü bölümde yer alan temel hak ve özgürlüklerin Cumhurbaşkanı kararnamesi ile düzenlenebilmesinin amacının, sınırlandırma getirilmesine olanak sağlanması değil, Cumhurbaşkanı kararnamesiyle yapılacak tüm düzenlemelerin hak ve özgürlüklerle bağlantılı olduğundan hareketle yasak kapsamının oldukça genişleyecek olması ve Cumhurbaşkanı kararnamesi ile düzenlenebilecek alan kalmayacağı olduğu görüşü için bkz. **Yıldırım**, Turan: “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, Anayasa Yargısı, C. XXXVI, S. 1, 2019, s. 302-303.

<sup>154</sup> Bu yönde bkz. **Gözler**, s. 312, dn. 114; **Yıldırım**, s. 301-304.

<sup>155</sup> Bu konuda bkz. **Sağlam**, s. 269.

açıkça belirtmektedir. Şekil özgürlüğünü düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesine göre de, bir sözleşmenin geçerliliğinin şekle bağlı olmasının koşulu bunun "kanunla" düzenlenmiş olmasıdır. Her iki düzenleme de sözleşme özgürlüğünün farklı görünüş biçimlerinin ancak kanunla sınırlanabileceğini vurgulamaktadır<sup>156</sup>.

- Nihayet, demokratik hukuk devletlerinde yerleşmiş kural özgürlüklerin yasama organı tarafından, ancak kanunla sınırlandırılabilmesidir<sup>157</sup>. Bu kuralın zorunlu sigorta bakımından Türkiye'ye somut bir yansıması da olmuştur. 1999 yılında zorunlu deprem sigortasının ilk olarak kanun hükmünde kararname ile ihdas edilmiş olması nedeniyle, Dünya Bankası 500 milyon dolarlık yardımı ülkemize vermemiş, yardımın verilebilmesi için düzenlemenin kanunla yapılması gerektiğini belirtmiştir<sup>158</sup>.

## SONUÇ

Çalışmamızda varılan sonuçları şu şekilde sıralanabilir:

1. Özel sigortalar hukuki nitelik itibariyle birer sözleşmedir. Sözleşmeler hukukunun temellerinden olan ve Anayasa'da bir temel hak ve özgürlük olarak düzenlenen sözleşme özgürlüğü kural olarak sigortalar bakımından da geçerlidir.

2. Sözleşme özgürlüğünün çeşitli görünüşleri mevcuttur. Zorunlu sigortalar sigorta ettiren bakımından sözleşme özgürlüğünün olumsuz sözleşme yapma ve sözleşmenin içeriğini belirleyebilme; sigortacı bakımından ise olumsuz sözleşme yapma, sözleşmenin içeriğini belirleyebilme ve sözleşmenin karşı tarafını seçme görünüşlerine istisna getirmektedir.

3. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen koşullara uyulması gereklidir. Bu koşullar arasında şekli koşul olarak da nitelendirilen kanunilik ilkesi sınırlamanın kanun ile yapılmasını emreder. Yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğundan "kanun" çıkarabilecek tek makam Türkiye Büyük Millet Meclisi'dir.

4. Sigortacılık Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrasında zorunlu sigortaları belirleme yetkisi Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. Dolayısıyla söz konusu madde bir temel hak ve özgürlük niteliğinde olan sözleşme özgürlü-

<sup>156</sup> TBK m. 117 uyarınca belirlenecek şeklin sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına gelmeyeceği konusunda bkz. dn. 39.

<sup>157</sup> Bkz. **Kapani**, s. 230.

<sup>158</sup> Bkz. **Bozer**, Deprem, s. 245.

ğünün Cumhurbaşkanı tarafından sınırlandırılabilirliğini öngörmektedir. Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlerin, Cumhurbaşkanı kararnamesi ile düzenlenebileceği belirtilmiştir. Ancak öğretide "sınırlandırma" kavramının, "düzenleme" kavramını aştığı; başka bir deyişle temel hak ve özgürlük niteliğinde olan sosyal ve ekonomik hakların da Cumhurbaşkanı kararnamesi ile sınırlandırılmayacağı görüşü hâkimdir. Ayrıca, Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlükler bakımından herhangi bir ayırım yapılmadığından, temel hak ve özgürlüklerin tamamının ve bu kapsamda sözleşme özgürlüğünün de ancak kanunla sınırlandırılabilirliğinin kabulü gerekir. Konu, özünde Cumhurbaşkanı'nın yetkilerine ilişkin olsa da, gerek düzenleme yerinin Sigortacılık Kanunu olması gerekse de zorunlu sigortaların sigorta hukukunda oldukça geniş bir uygulama alanına sahip olması nedenleriyle doğrudan sigorta hukuku ile de bağlantılıdır.

5. Günümüzde yürürlükte olan birçok zorunlu sigorta bulunmaktadır. Anılan sigortaların belirlenme usulleri incelenerek önemli bir kısmının Sigortacılık Kanunu'nda düzenlenen zorunlu sigorta belirleme usulüne uyulmadan zorunlu hale getirildikleri ortaya konulmuştur. Bu nedenle Sigortacılık Kanunu'nun ilgili hükmünün etkin bir hukuk kuralı olmadığı tartışmasızdır.

6. Ülkemizdeki gelişimler göz önünde tutulduğunda uygulanan zorunlu sigortaların sayısının ilerleyen dönemlerde artacağı öngörülebilmektedir. Zorunlu sigortaların hukuka uygun bir şekilde belirlenmemeleri, sözleşme özgürlüğü hakkının ihlali niteliğinde olacağından Sigortacılık Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrası uyarınca belirlenecek zorunlu sigortalar hukuka aykırı bir görünüm sergileyecek ve hukuki uyumsuzluklara neden olacaktır.

7. Tüm bu gerekçelerle Sigortacılık Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrasının temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine; normlar hiyerarşisine uygun hale getirilmesi ve dolayısıyla etkinlik probleminin de ortadan kaldırılabilmesi adına aşağıdaki şekilde değiştirilmesini önermekteyiz:

*"Kamu yararı açısından gerekli görülen hallerde, **kanunla** zorunlu sigorta ihdas edilebilir. Sigorta şirketleri, 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (b) bendi ile üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla faaliyet gösterdiği sigorta branşlarının kapsamında bulunan zorunlu sigortaları yapmaktan kaçınamazlar."*

## KAYNAKÇA

- Akgün**, Evrim: “Zorunlu Deprem Sigortası”, Sigorta Davaları (Editörler: Topaloğlu, Mustafa/Dinç, Mutlu), Ankara 2018, s. 619-632.
- Akpınar**, Özgür: “Dünya’da ve Türkiye’de Zorunlu Sigortalar”, Dünya’da ve Türkiye’de Zorunlu Sigortalar, Türkiye Uygulamaları Sorunlar ve Çözüm Önerileri (Seminer), Ankara 2012, s. 34-57.
- Antalya**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/I.I, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Arseven**, Haydar: Sigorta Hukuku, İstanbul 1987.
- Ayhan**, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigortası ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. N. Kınacıoğlu’na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 2, 2017, s. 14-27.
- Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet: Sigorta Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Ayrancı**, Hasan: “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, AÜHFD, C. LII, S. 3, 2003, s. 229-252.
- Battal**, Ahmet: Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006.
- Birişik**, Faik: “Tüpgaz Zorunlu Sorumluluk Sigortası”, Sigorta Davaları (Editörler: Topaloğlu, Mustafa/Dinç, Mutlu), Ankara 2018, s. 1335-1360.
- Bozer**, Ali: Sigorta Hukuku, Genel Hükümler – Bazı Sigorta Türleri, 3. Baskı, Ankara 2009 (Anılış: 2009).
- Bozer**, Ali: “Zorunlu Deprem Sigortası”, BATİDER, C. XXI, S. 1, 2001, s. 243-254 (Anılış: Deprem).
- Bozer**, Ali: Sigorta Hukuku, Ankara 1965 (Anılış: 1965).
- Bozkurt**, Tamer: Sigorta Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2021 (Anılış: Sigorta).
- Bozkurt**, Tamer: “Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle Sözleşme Hürriyeti Açısından Durum”, Hukuk Gündemi Dergisi, S. 9, 2008, s. 144-153 (Anılış: Sınırlandırma).
- Can**, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku, C. I, Ankara 2018 (Anılış: C. I).
- Can**, Mertol: Türk Özel Sigorta Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2009 (Anılış: 2009).
- Cebe**, Mehmet Sinan: Uygulamalı Sigorta Hukuku, Ankara 2018.

- Chen, Yueyun/Chen, Dongmei:** “The Review and Analysis of Compulsory Insurance”, Insurance Market and Companies: Analyses and Actuarial Computations, Vol: IV, Iss. 1, 2003, s. 6-17.
- Çeker, Mustafa:** Sigorta Hukuku, 23. Baskı, Adana 2021.
- Deutsch, Erwin/Iversen, Theore:** Versicherungsvertragsrecht, 7. Auflage, Karlsruhe 2015.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2020.
- Gözler, Kemal:** Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2019.
- Günay, Barış:** Sigorta Hukuku, Ankara 2019.
- Günday, Metin:** İdare Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2017.
- Hacıömeroğlu, Abdülhamid Oğuzhan:** “Zorunlu Sorumluluk Sigortacısının Sonraki Sorumluluğu”, BATİDER, C. XXXVI, S. 2, 2020, s. 165-192.
- Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul 2017.
- Havutçu, Ayşe/Gökyayla, Emre:** Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Hukuki Sorumluluk, Ankara 1999.
- İba, Şeref/Söyler, Yasin:** “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları”, Anayasa Yargısı, C. XXXVI, S. 1, 2019, s. 195-223.
- Kaboğlu, İbrahim:** Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 13. Baskı, İstanbul 2018.
- Kabukçuoğlu Özer, Fatma Dilek:** Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2012.
- Kapani, Münici:** Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara 1993.
- Karasu, Gökhan:** “Zorunlu Sigortalara ve Sorunlarına Devlet Bakışı”, Dünya’da ve Türkiye’de Zorunlu Sigortalara, Türkiye Uygulamaları Sorunlar ve Çözüm Önerileri (Seminer), Ankara 2012, s. 65-70.
- Karasu, Rauf:** Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası), Ankara 2016.
- Kaşak, Fahri Erdem:** Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, İstanbul 2019.
- Kayıhan, Şaban/Bağcı, Ömer:** Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Kocaeli 2017.
- Karayalçın, Yaşar:** Risk – Sigorta – Risk Yönetimi, Özel Sigorta Hukukuna Giriş, Ankara 1984 (Anılış: Sigorta).

- Karayalçın, Yaşar:** “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu”, Bankalar ve 70 Sayılı KHK Sempozyumu, Ankara 1984, s. 285-313 (Anılış: TMSF).
- Kayihan, Şaban:** “Zorunlu Deprem Sigortası”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 1-2, 2004, s. 497-516.
- Kaytaz, Ali İhsan:** “6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanununa Göre Yatırımcı Tazmin Sistemi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. XXII, S. 3, 2016, s. 1625-1648.
- Kender, Rayegan:** Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2019.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, 7. Baskı, İstanbul 2017.
- Koyuncu, İbrahim Serdar:** “Türkiye’de Zorunlu Sigortalar ve Tarım Ürünlerinin Doğal Afet Zararlarına Karşı Himayesinde Zorunlu Sigortanın Uygulanabilirliği”, Reasürör, S. 49, 2002, s. 6-23.
- Kramer, Ernst A.:** Berner Kommentar Bd. VI Obligationenrecht, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991.
- Kubilay, Huriye/Akdemir, Pınar:** “Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası Taraflarının Yükümlülükleri” Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl: V, S. 10, 2017, s. 455-473.
- Langheid, Theo/Wandt, Manfred:** Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 2. Auflage, München 2016.
- Oftinger, Karl:** “Die Vertragsfreiheit”, Juristengenerationen und ihr Zeitgeist, Zurich 1991, s. 289-306.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 18. Baskı, İstanbul 2020.
- Omağ, Merih Kemal:** “Türk Hukukunda Mecburî Sigortalara ve Sorunlarına Genel Bir Bakış”, Zorunlu Sigortalar Paneli (19 Kasım 1993 İstanbul), İstanbul 1994, s. 7-40.
- Omağ, Merih Kemal/Kuntalp, Erden:** Banka ve Sigorta Hukuku, 3. Baskı, Eskişehir 2009.
- Önder, Mehmet Fahrettin:** “Fonksiyonları Açısından Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve Yatırımcı Tazmin Merkezi’nin Karşılaştırılması”, TFM, C. IV, S. 1, 2018, s. 33-56.

- Özdamar**, Mehmet: “Sigorta Brokeri ve Hukuki Niteliği” AÜHFD, C. LVII, S. 3, 2008, s. 525-560.
- Özkorkut**, Korkut: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Ankara 2013.
- Öztürk**, Seyyid Hasan: “Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası”, Sigorta Davaları (Editörler: **Topaloğlu**, Mustafa/**Dinç**, Mutlu), Ankara 2018, s. 1097-1314.
- Prölss**, Erich R./**Martin**, Anton: Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 30. Auflage, München 2018.
- Reisoğlu**, Seza: Bankacılık Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2015.
- Sağlam**, Fazıl: “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, Anayasa Yargısı, C. I, 1984, s. 279-291.
- Söyler**, Yasin: Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ankara 2018.
- Sprafke**, Susanne: Diskriminierungsschutz durch Kontrahierungszwang, Kassel 2013.
- Şeker**, Zehra: “Sigorta Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Üzerine”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1043-1061.
- Şenocak**, Kemal: Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000.
- Şirin**, Tolga: Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, 2. Baskı, İstanbul 2019.
- Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi: 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2019.
- Tekinalp**, Ünal: Banka Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul 2009.
- Topaloğlu**, Mustafa: “Yeni Bir Sigorta Türü: Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası”, Prof. Dr. Merih Kemal Omağ’a Armağan, C. III, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S. 2 (Özel Sayı), 2017, s. 247-266.
- Tunç**, Hasan: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2018.
- Turanboy**, Asuman: “Tasarruf Mevduatı Sigortasının Hukuki Niteliği ve Kapsamı”, BATİDER, C. XXI, S. 2, 2001, s. 65-81.
- Ünan**, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap, Sigorta Hukuku, C. I, İstanbul 2016.

**Yazıcıoğlu, Emine/Şeker Ögüz, Zehra:** Sigorta Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2019.

**Yıldırım, Turan:** “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, Anayasa Yargısı, C. XXXVI, S. 1, 2019, s. 293-314.

**Yongalık, Aynur:** Kredi Hayat Sigortası, Ankara 2002 (Anılış: Kredi Hayat).

**Yongalık, Aynur:** “Zorunlu Deprem Sigortası”, BATİDER, C. XXI, S. 2, 2001, s. 151-173 (Anılış: Deprem).

**Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, İstanbul 2020.



**KISALTMALAR**

<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AY</b>	: Anayasa
<b>AYM</b>	: Anayasa Mahkemesi
<b>B.</b>	: Başvuru
<b>BATİDER</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>Bkz</b>	: Bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>DASK</b>	: Doğal Afet Sigortaları Kurumu
<b>E.</b>	: Esas
<b>GK</b>	: Genel Kurul
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>Iss</b>	: Issue
<b>K.</b>	: Karar
<b>Krş</b>	: Karşılaştırınız
<b>m.</b>	: Madde
<b>N.</b>	: No
<b>p.</b>	: Paragraf
<b>RG.</b>	: Resmi Gazete
<b>S.</b>	: Sayı
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>SerPK</b>	: Sermaye Piyasası Kanunu
<b>SK</b>	: Sigortacılık Kanunu
<b>TBK</b>	: Türk Borçlar Kanunu
<b>TFM</b>	: Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
<b>TKHK</b>	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
<b>TMSF</b>	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
<b>TTK</b>	: Türk Ticaret Kanunu
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>Vol</b>	: Volume
<b>VVG</b>	: Versicherungsvertragsgesetz
<b>YTM</b>	: Yatırımcı Tazmin Merkezi

## YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA YASAL ÖNALIM HAKKININ TAPUDA DÜŞÜK GÖSTERİLEN BEDEL ÜZERİNDEN KULLANILMASI

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998162>

**Dr. Öğr. Üyesi Özge ERBEK ODABAŞI\***

### Öz

Tapu masraflarını azaltmak için tarafların satım sözleşmesinde bedeli düşük göstermesi bedel muvazaası dediğimiz hallerden biridir. İki taraf da edimini ifa ettiği zaman bir çekişme olarak mahkeme önüne gelmesi de söz konusu olmaz. Ancak satım konusu taşınmaz paylı mülkiyete tabi ise, yasal önalım hakkı ortaya çıkacaktır. Yargıtay, bu durumda, kural olarak önalım hakkı sahibinin tapudaki düşük bedel üzerinden hakkını kullanabileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, yeni kararlarında davalı alıcının, dava açılmadan önce harcı tamamlaması halinde, bu bedel üzerinden hakkın kullanılacağını kabul ettiği de vakidir.

### Anahtar Kelimeler

Yasal önalım hakkı, Muvazaa, Bedelde muvazaa, Dürüstlük kuralı, Hakkın kötüye kullanımı

## EXERCISE OF LEGAL PREEMPTION RIGHT ON THE PRICE SHOWN LOWER IN REGISTRATION OF REAL ESTATE IN THE VIEW OF THE SUPREME COURT DECISIONS

(Research Article)

### Abstract

In order to reduce costs of the registration of real estate, the parties lower price in the sales contract is one of the cases we call simulation of price of real

---

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İzmir (ozge.erbek@deu.edu.tr), ORCID: 0000-0002-3707-0702 (Geliş Tarihi: 23.06.2021-Kabul Tarihi: 18.08.2021)

*property. When both parties fulfill their duties, it is out of question for them to appear in the court as a conflict. However, if the sale of the real property is subject to joint ownership, the legal preemption right will arise. The Supreme Court, in this situation, as a rule, accepts the exercise of the right of preemption on low price. However, according to the recent decisions of the Supreme Court, it is accepted that if the defendant buyer completes the fees of the title before the lawsuit is filed, he may exercise the sale price.*

**Keywords**

*Legal right of preemption, Simulation, Simulation of price of real property. The principle of good faith, The abuse of rights*

## GİRİŞ

Yargıtay'ın yasal önalım hakkının kullanılmasının koşulları hususunda pek çok içtihadı mevcuttur. Tapuda satış bedelinin düşük gösterilmesi halinde, bu bedeli önalım bedeli olarak kabul eden içtihadı da bunlardan biridir. Burada bedel muvazaasının bir türü mevcuttur. Tarafların tapuda satış bedelini gerçek bedelden düşük göstermelerinin sebebi tapu masraflarını azaltmaktır. Bu halde, önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmasını zorlaştırmak, ona zarar vermek amacı güdülmese de, Yargıtay bu bedeli önalım bedeli olarak kabul etmektedir.

Çalışmamızın ilk bölümünde yasal önalım hakkını ve hakkı kullanma koşullarını ana hatlarıyla değerlendireceğiz. Kullanılma koşulları bağlamında iki hususa ayrıca yer vereceğiz. Şöyle ki, Yargıtay, taşınmazın fiilen taksim edilip paydaşlar tarafından bu taksime uygun olarak kullanılması ve paydaşlardan birinin kendi payını devretmesi halinde diğer paydaşlara önalım hakkı tanımamaktadır. Bundan başka, şeklen satış sözleşmesi bulunsa bile, gerçekte miras hukukuna ilişkin amaçlarla eşe, çocuklara, akrabaya yapılan devirlerde de önalım hakkının kullanılamayacağını kabul etmektedir. Bu iki halde önalım hakkının kullanılamaması açık kanun hükmünden ileri gelmemekte, Yargıtay tarafından içtihat yoluyla ortaya konulmuş bulunmaktadır.

İkinci bölümde üç ihtimal dâhilinde Yargıtay uygulamasına göre önalım bedelini inceleyeceğiz. Birinci halde, satış bedelinin objektif değer artışlarına göre mahkeme tarafından belirlenmesi söz konusudur. Bu halde bedel muvazaası yoktur. Diğer iki ihtimalde ise, bedelin gerçekten yüksek veya düşük gösterilmesi söz konusudur. Yüksek gösterilmesi halinde Yargıtay gerçek bedelin ispatına imkân verip bu bedel üzerinden önalım hakkının kullanılabileceğini kabul etmektedir. Buna karşılık, bedelin düşük gösterilmesi halinde, kural olarak bu düşük bedeli önalım bedeli olarak kabul etmektedir.

## I. YASAL ÖNALIM HAKKININ TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, KULLANILMASININ KOŞULLARI

### A. Tanımı ve Hukuki Niteliği

*Devir hakkının kısıtlamaları; Yasal önalım hakkı; Önalım hakkı sahibi kenar başlıklı TMK m. 732'ye göre, "Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler".*

Yasal önalım hakkı (kanunî şuf'a) öğretide çeşitli biçimlerde tanımlanmıştır<sup>1</sup>. Yasal önalım hakkının bütün unsurlarını içeren bir tanım vermek gerekirse, “paylı taşınmaz mülkiyetinde bir paydaşın payını tamamen ve kısmen pay sahibi olmayan üçüncü bir kişiye satması halinde, diğer paydaşlara

<sup>1</sup> Bu hususta bkz. **Sebüik**, Tahir M.: Türk Medeni Kanununda Şuf'a, Vefa ve İştirah Hakları, Kader Basımevi, İstanbul, 1951, s. 140-141; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmettin: Şuf'a Hakkı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1959, s. 5; **Taman Şıpka**, Şükran: Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı (MK.m.659) Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları, Alfa Basım Yayım, İstanbul, 1994, s. 2 vd.; **Ayan**, Mehmet: “Kanuni Şuf'a Hakkı” (Şuf'a), Prof. Dr. Halil CİN'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Özel Sayı, Konya, 1995, s. 336; **Kırca**, Çiğdem: “Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler”, Prof. Dr. Ömer TEOMAN'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, s. 1179; **Erkan**, Vehbi Umut: Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı (MK. md. 732, 733, 734), Ankara, 2006 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), s. 5 vd.; **Eren**, Fikret: “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 106; **Eren**, Fikret: Mülkiyet Hukuku (Mülkiyet), Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 395; **Tunaboğlu**, Müslim: Önalım (Şuf'a) Davaları, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 28; **Aydoğdu**, Murat: Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 10; **Özenli**, Soysal: Uygulamada Önalım (Şuf'a) Davaları, 2. Basım, Kazancı Yayınları, Ankara, 1990, s. 10 vd.; **Yıldız**, Ekrem: Önalım Davaları, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 3 vd.; **Akalp-Demirtabak**, Didem: Yasal Önalım Hakkı, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 5 vd.; **Günay**, Erhan: Önalım Hakkı, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 15 vd.; **Kırkbeşoğlu**, Nagehan: Önalım Hakkı, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 3 vd.; **Suata**, İlay Zeynep: Kanuni Önalım Hakkı, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 15 vd.; **Ruhi**, Canan/ **Ruhi**, Ahmet Cemal: Önalım Hakkına Dayalı Tapu İptali ve Tescil Davaları, Yenilenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 35; **Saymen**, Ferit Hakkı/ **Elbir**, Halit Kemal: Türk Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963, s. 371; **Gürsoy**, Kemal Tahir/ **Eren**, Fikret/ **Cansel**, Erol: Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978, s. 614; **Tekinay**, Selahattin Sulhi: Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988, s. 38; **Akıpek**, Jale/ **Akıntürk**, Turgut/ **Ateş**, Derya: Eşya Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 553; **Oğuzman**, M. Kemal/ **Seliçi**, Özer/ **Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, 22. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 632; **Sirmen**, Lale: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 458; **Aybay**, Aydın/ **Hatemi**, Hüseyin: Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 194; **Esener**, Turhan/ **Güven**, Kudret: Eşya Hukuku, 8. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 312; **Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku II, Mülkiyet, 9. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 384; **Ertas**, Şeref: Eşya Hukuku, İzmir, 11. Baskı, Fakülteler Yayınevi, 2014, s. 391; **Meier-Hayoz**, Arthur: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Grundeigentum II, Art. 680-701, Bern, 1975, Art. 682, N. 34; **Rey**, Heinz: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, Bern, 2000, N. 1235; **Rey**, Heinz/ **Strebel**, Lorenz: **Honsell**, Heinrich/ **Vogt**, Nedim Peter/ **Geiser**, Thomas: Basler Kommentar (Bas.Kom.) Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZBG, Art 1-61 SchlT ZGB, Basel, 2011, Art. 681, N. 1.

satılan payın dava açmak suretiyle öncelikli alıcısı olma hakkını veren, eşyaya bağlı, kurucu yenilik doğuran bir hak<sup>2</sup>“tır.

Yargıtay bir içtihadı birleştirme kararında önalım hakkını aynı hak olarak nitelendirmiştir<sup>3</sup>. Ancak daha sonra bu görüşünü değiştirip önalımın bir yenilik doğuran hak olduğunu kabul etmiştir<sup>4</sup>. Öğretideki baskın görüş de, önalım hakkının yenilik doğuran bir hak olduğu yönündedir<sup>5</sup>.

743 sayılı Türk Medeni Kanunu (MK m. 659) ve İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB Art. 682) aksine 4721 sayılı Medeni Kanun bu hakkın kullanımını için dava açma zorunluluğu getirmiştir<sup>6</sup>.

## B. Kullanılmasının Koşulları

### 1. Paydaş Sıfatına Sahip Olmak

Yasal önalım hakkı ancak paylı mülkiyete tabi taşınmazlar için söz konusudur. Dolayısıyla ancak paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda pay sahibi olanlar önalım hakkına sahip olurlar. Yasal önalım hakkı, mülkiyetin özel

<sup>2</sup> Akalp-Demirtabak, s. 8.

<sup>3</sup> Bkz. YİBK, 20.06.1951 T., 13 E., 5 K. (07.11.1951 T. ve 7950 S. RG).

<sup>4</sup> Bkz. YİBK, 11.02.1959 T., 10 E., 12 K. (29.04.1959 T., ve 10194 S. RG). Anayasa Mahkemesi, 12.12.2007 T., 2003/34 E. ve 2007/94 K. sayılı kararında önalımın aynı hak olduğu yönünde karar vermiştir. Bu kararın eleştirisi için bkz. **Erkan**, Vehbi Umur: “Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/34 ve K. 2007/94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 5, S. 1, Y. 2014, s. 284 vd.

<sup>5</sup> Bu husustaki görüşler için bkz. **Feyzioğlu**, s. 106 vd.; **Taman Şıpka**, s. 20 vd.; **Erkan**, s. 19 vd.; **Akalp-Demirtabak**, s. 16 vd.; **Kırkbeşoğlu**, s. 17 vd.

<sup>6</sup> Önalım hakkının dava yoluyla kullanılması zorunluluğu öğretinin çoğunluğu tarafından eleştirilmektedir. Bkz. **Arpacı**, Abdülkadir: “Eşya Hukukumuzda Yeni Medeni Kanunla Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış”, Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'na Armağan, Ankara, 2004, s. 105; **Aybay/Hatemi**, s. 195-196; **Kırca**, s. 1200-1202; **Eren**, s. 108; **Gümüş**, M. Alper: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK m. 237/III. 238, 239 ve 240-242) Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan ADAL'a Armağan, Özel Sayı, C. VIII/2-IX/1, Y. 2011-2012, S. 1-2, s. 450; **Buz**, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 158 vd. Karş. **Burcuoğlu**, Haluk: “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Önalım Hakkı Düzenlemesi ve Borçlar Kanunu'nun ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Sözleşmesel Önalım Hakkına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Bazı Gözlemler”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, 2011, s. 298. Ayrıca bkz. ve karşı. **Ertaş**, s. 388, N. 1777, s. 398, N. 1830.

hukuktan doğan yasal kısıtlamalarından<sup>7</sup> biridir. Paylı mülkiyetin kurulmasıyla birlikte, bu kısıtlama da doğmuş olur<sup>8</sup>. Kanundan doğan bir kısıtlama olduğu için eşyaya bağlı borç<sup>9</sup> etkisiyle tapu siciline şerhi gerekmeden her yeni malike karşı ileri sürülebilir<sup>10</sup>. Sözleşmesel önalım hakkının aksine şerhi gerekmediği gibi, caiz de değildir<sup>11</sup>. Yasal önalım hakkı kanundan doğduğu için herkes tarafından bilindiği varsayılır<sup>12</sup>.

Yasal önalım hakkının tanınmasının sebebi paylı mülkiyet ilişkisinde paydaşlar arasına yabancı üçüncü kişilerin girmesini engellemek, payların mümkün olduğunca bir veya birkaç paydaşın elinde toplanmasını sağlamak, giderek paylı mülkiyet ilişkisine son vermektir<sup>13</sup>.

Yasal önalım hakkı paya bağlı bir haktır, pay üzerinde kim hak sahibi ise onun tarafından kullanılabilir. Paya bağlı olduğu için önalım hakkının paydan ayrı devri veya miras yoluyla geçmesi de söz konusu değildir<sup>14</sup>.

## 2. Önalım Olayının Gerçekleşmesi

Sözleşmesel önalım hakkını düzenleyen TBK m. 240/1'e göre, "Önalım hakkı, taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü

<sup>7</sup> Bu kısıtlamanın mülkiyetin doğrudan kısıtlaması mı, yoksa dolaylı kısıtlaması mı olduğu hususu da tartışmalıdır. Dolaylı kısıtlama olduğu yönünde bkz. **Eren**, Mülkiyet, s. 396; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 634; **Akalp- Demirtabak**, s. 22-23. Doğrudan kısıtlama olduğu yönünde bkz. **Meier-Hayoz**, Art. 682, N. 34-36; **Rey**, N. 1215; **Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra**: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch., 2009, s. 971, N. 26; **Sirmen**, s. 458; **Erkan**, s. 29. Karş. **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 596.

<sup>8</sup> **Feyzioğlu**, s. 96; **Tekinay**, s. 39; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 615; **Eren**, s. 108; **Ayan**, s. 389; **Erkan**, s. 35. Karş. **Taman Şipka**, s. 37-38. Yargıtay da, önalım hakkının paylı mülkiyet ilişkisinin kurulduğu anda vücut bulduğu, payın satılmasıyla da kullanılabilir hale geldiği görüşündedir. Bkz. 14. HD, 2014/4065 E., 2014/7543 K., 09.06.2014 T.; 14. HD 2014/5481 E., 2014/9286 K., 10.07.2014 T.; 14. HD, 2016/278 E., 2018/64 K., 08.01.2018 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 01.10.2020)

<sup>9</sup> Bu hususta bkz. **Erel**, Şafak: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 33.

<sup>10</sup> **Saymen/Elbir**, s. 376; **Taman Şipka**, s. 32; **Eren**, s. 108-109; **Akalp-Demirtabak**, s. 45.

<sup>11</sup> **Eren**, s. 108; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 636; **Kırca**, s. 1180; BGE 117 II 544.

<sup>12</sup> **Eren**, s. 108.

<sup>13</sup> **Feyzioğlu**, s. 105-106; **Tekinay**, s. 39; **Saymen/Elbir**, s. 376; **Ayan**, Şu'fa, s. 336; **Ayan**, s. 385; **Erkan**, s. 7; **Eren**, 109; **Akıpek/Akıntürk, Ateş**, s. 553; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 635.

<sup>14</sup> **Feyzioğlu**, s. 174; **Tekinay**, s. 39; **Taman Şipka**, s. 40; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 632; **Erkan**, s. 31; **Eren**, s. 109.

işlemin yapılması hâllerinde kullanılabilir”. Buna karşılık, yasal önalım hakkını düzenleyen TMK m. 732’ye göre önalım hakkının kullanılması için paydaşın payının tamamını veya bir kısmını üçüncü kişiye satması gereklidir. Hal böyle olunca, yasal önalım hakkının sadece satış halinde mi kullanılabileceği, yoksa sözleşmesel önalım hakkında olduğu gibi, satışa eşdeğer işlemlerde de söz konusu olup olmayacağı hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, sözleşmesel önalım hakkına ilişkin bu esasın, yasal önalım hakkında geçerli olmaması için bir sebep yoktur<sup>15</sup>. GÜMÜŞ, TBK m. 240 ile TMK m. 732 arasında bir atıf köprüsü kurulmadığı için, burada örtülü bir kanun boşluğu olduğunu ve bu boşluğun ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerin yasal önalım hakkı bakımından da önalım olayı kabul edilerek doldurulması gerektiğini ifade etmektedir<sup>16</sup>.

Önalım olayı, satış sözleşmesi veya ekonomik açıdan satışa eş değer<sup>17</sup> olan bir hukuki işlemdir. Ekonomik açıdan satışa eş değer bir hukuki işlem de, iradi (isteğe bağlı), ivazlı, bir bedel karşılığında mülkiyetin devrinin amaçlandığı cüz’i halefiyet şeklinde gerçekleşmelidir<sup>18</sup>. Belirtmek gerekir ki, bazı satışlarda Yargıtay önalım hakkının kullanımına izin vermemektedir. Yargıtay uygulamasına göre önalım hakkının kullanılamayacağı halleri sonraki bölümde<sup>19</sup> değerlendireceğiz.

<sup>15</sup> Tekinay, s. 40; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 632-635; Eren, s. 110 vd.; Sirmen, s. 458-459; Erkan, s. 39; Gümüş, s. 452; Aydın Ünver, Tülay: “Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 145-146, Eylül Ekim 2016, Prof. Dr. Özer SELİÇİ’nin Anısına Armağan, s. 834. Aksi yönde Sebük, s. 85; Feyzioğlu, s. 185; Taman Şıpka, s. 48; Karş. Aybay/Hatemi, s. 194 ve Ayan, s. 390 vd.

<sup>16</sup> Gümüş, s. 452.

<sup>17</sup> Bu hususta bkz. Baygın, Cem: “Yeni Borçlar Kanununun Satış İlişkisi Doğuran Haklar Konusunda Getirdiği Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y. 2011, S. 79-80, s. 7 vd.

<sup>18</sup> Sirmen, s. 447 ve s. 458-459. Ayrıca bkz. bu yönde Tekinay, s. 22 ve s. 40; Gürsoy/ Eren/Cansel, s. 616-617; Kırca, s. 1184-1185; Erkan, s. 38-39; Eren, s. 110 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 632-635; Akalp-Demirtabak, s. 53; Kırkbeşoğlu, s. 72-73. İsviçre hukuku için bkz. Meier-Hayoz, Art. 682, N. 58; Rey/Strebel, Bas.Kom., Art. 681, N. 6. Aksi yönde Sebük, s. 85; Feyzioğlu, s. 185; Taman Şıpka, s. 48-50. Karş. Ayan, s. 390 vd.; Aybay/Hatemi, s. 194. Geniş bilgi için bkz. Kizir, Mahmut: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, s. 1770 vd.; Okur, Sinan: “Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori; Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme (TBK m. 240/Art. 216c OR)”, SDÜHFD C.9, S. 1, Y. 2019, s. 101 vd.

<sup>19</sup> Bkz. I, C, 1 ve 2.



Satış işleminin önalım olayını gerçekleştireceği açıktır. Ancak cebri artırımla satışlarda kanunun açık hükmü gereği önalım hakkı kullanılamaz (TMK m. 733/1). Buna karşılık isteğe bağlı (ihtiyari) özel artırma veya açık artırımla yapılan satışlarda önalım hakkı kullanılabilir<sup>20</sup>. Alım ve geri alım haklarının kullanılmasıyla hak sahibi ile muhatap arasında satım ilişkisi doğmaktadır. Dolayısıyla bu hakların kullanımıyla ortaya çıkan satış ilişkisi de önalım olayı teşkil eder<sup>21</sup>. Taşınmaz satış vaadinin önalım olayı kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır<sup>22</sup>. Yargıtay, tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilmiş bağımsız ve sürekli üst hakkının satımında önalım hakkının kullanılabileceğini kabul etmiştir<sup>23</sup>. Keza ifa yerine geçen edim de satım teşkil edebilir<sup>24</sup>. Buna karşılık, mülkiyeti devir borcu doğuran bağış<sup>25</sup> ve trampada önalım hakkı kullanılmaz<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> **Feyzioğlu**, s. 238-239; **Tekinay**, s. 22; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 616; **Taman Şıpka**, s. 81; **Kırca**, s. 1184; **Eren**, s. 113; **Ertaş**, s. 394; **Erkan**, s. 61; **Akalp-Demirtabak**, s. 71; **Kırkbeşoğlu**, s. 53.

<sup>21</sup> **Sebük**, s. 147; **Feyzioğlu**, s. 118 vd.; **Tekinay**, s. 22-23; **Taman Şıpka**, s. 84-85; **Eren**, s. 114; **Erkan**, s. 64. Bu hakların önalım olayı oluşturmaları hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Erkan**, s. 64 vd.

<sup>22</sup> Taşınmaz satış vaadini önalım olayı kabul etmeyen görüş için bkz. **Feyzioğlu**, s. 187 ve s. 284; **Taman Şıpka**, s. 60-61; **Ertaş**, s. 394; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 613. Aksi görüş için bkz. **Meier-Hayoz**, Art 681, N. 59; **Tekinay**, s. 23-24; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 616; **Eren**, s. 113; **Erkan**, s. 64. Karş. **Ayan**, s. 392. Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. 14. HD, 2016/9475 E., 2019/6869 K., 21.10.2019 T.; 14. HD, 2016/5110 E., 2019/2835 K., 27.03.2019 T., **Ruhi/Ruhi**, s. 132-135. (Yollama yapılan kararlarda satış vaadi ile birlikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılması söz konudur). Ancak hemen belirtelim ki, taşınmaz satış vaadi borçlusuna karşı dava açılıp da mülkiyetin geçmesine karar verildiğinde bu şekilde gerçekleşen işleme karşı önalım hakkı kullanılabilir. Bkz. **Taman Şıpka**, s. 61; **Sirmen**, s. 447. YHGK, 1978/6-672 E., 1979/477 K., 16.05.1979 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 19.10.2020); 6.HD, 7579 E.; 7797 K., 06.07.1993 T. (**Karahasan**, Mustafa Reşit: Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, 1. Cilt, Arıkan Basım Yayım, İstanbul, 2007, s. 1120).

<sup>23</sup> **Eren**, s. 114. Bu yönde bkz. 6. HD, 2007/13277 E., 2008/323 K., 21.01.2008 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 19.10.2020)

<sup>24</sup> **Meier-Hayoz**, Art. 682, N. 59; **Rey**, N. 1257; **Eren**, s. 114; **Sirmen**, s. 606.

<sup>25</sup> **Feyzioğlu**, s. 256; **Taman Şıpka**, s. 87-88; **Tekinay**, s. 22; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 616; **Eren**, 114; **Ertaş**, s. 394; **Sirmen**, s. 458; **Ayan**, s. 390; **Erkan**, s. 66; **Akalp-Demirtabak**, s. 78; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 613.

<sup>26</sup> **Feyzioğlu**, s. 245; **Tekinay**, s. 22; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 616; **Eren**, s. 114; **Sirmen**, s. 448; **Ayan**, s. 390; **Erkan**, s. 68; **Akalp-Demirtabak**, s. 77; **Kırkbeşoğlu**, s. 70-71. Karş. **Taman Şıpka**, s. 91; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 614; **Aydın Ünver**, s. 841-842; **Rey/Strebel**, Bas.Kom., Art. 681, N. 6; **Von Fischer Lehmann**, Marie: ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar, 2016, Art. 681, N. 3 (<https://www.swisslex.ch/>) (Erişim tarihi: 30.09.2020).

Bundan başka, satış ya da satışa eşdeğer işlemin geçerli olması gerekir. Sözleşmenin geçerlilik şartlarında eksiklik söz konusu ise, eksikliğin türüne göre, kesin hükümsüzlük (butlan) veya iptal edilebilirlik yaptırımları söz konusu olacak ve bu halde önalım olayı gerçekleşmeyecektir<sup>27</sup>. Her türden hukuki işlem için aranan geçerlilik koşulları ehliyet, işlemin konusunun emredici hukuk kurallarına, hukuka, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusunun imkânsız olmamasıdır. Keza irade beyanlarında muvazaa olmamalıdır. Bu ifade edilen koşullardaki eksiklik işlemin kesin hükümsüz olması sonucunu doğurur. Öte yandan, işlemin taraflarının irade beyanlarının sağlıklı olması, bir başka ifadeyle yanıltma, aldatma veya korkutmayla sakatlanmamış olması gerekir. Bundan başka, işlemde aşırı yararlanma (gabin) da olmamalıdır. İrade sakatlıkları ve aşırı yararlanmanın yaptırımını iptal edilebilirliktir<sup>28</sup>. Son olarak şekil şartı öngörülmüş işlemlerde -taşınmazın satışı kural olarak şekil şartına tabidir- bu şekilde uyulmamasının yaptırımı da kesin hükümsüzlüktür<sup>29</sup>.

Biz çalışma konumuz çerçevesinde, sadece hukuki işlemde muvazaa halini müteakip başlığın altında ana hatlarıyla değerlendireceğiz.

### 3. Özel Bir Durum: Önalım Olayında Muvazaa

#### a. Genel Olarak Muvazaa

Muvazaa, iki tarafın iradeleriyle beyanları arasında isteyerek meydana getirdikleri bir uygunsuzluk halidir. Muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, kendi iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ifade etmeyecek bir görünüş yaratma hususunda anlaşmalarıdır<sup>30</sup>. Taraflar, yap-

<sup>27</sup> Hukuki işlemin geçerlilik koşulları ve buna bağlı ortaya çıkan yaptırımlar için bkz. **Oğuzman, Kemal/Barlas**, Nami: Medeni Hukuk, 24. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 203 vd.; **Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 80 vd.; **Eren, Fikret**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (BG), 24. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 375 vd. Önalım hakkı bağlamında spesifik değerlendirmeler için bkz. **Feyzioğlu**, s. 186 vd.; **Taman Şıpka**, s. 61 vd.; **Erkan**, s. 42 vd.; **Akalp-Demirtabak**, s. 54 vd.; **Kırkbeşoğlu**, s. 122 vd.

<sup>28</sup> İptal edilebilirliğin türleri ve bu husustaki tartışmalar için bkz. **Eren, BG**, s. 387-389; **Oğuzman/Barlas**, s. 230 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir**: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 580 vd.

<sup>29</sup> Şekle aykırılık hususunda geniş bilgi için bkz. **Altaş, Hüseyin**: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1998, s. 101 vd.; **Özbilen, Arif Barış**: Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 248 vd.

<sup>30</sup> **Eren, BG**, s. 394. Muvazaa hususunda bkz. **Esener, Turhan**: Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1956,

tıkları sözleşmenin hüküm doğurmaması konusunda veya yaptıkları sözleşmeden (görünürdeki işlem) farklı bir sözleşmenin hüküm doğurması konusunda anlaşılırlar. İlk halde, mutlak muvazaa (basit muvazaa), ikinci halde nisbi muvazaa (mevsuf muvazaa) söz konusu olur<sup>31</sup>.

Mutlak muvazaanın unsurları; görünürdeki işlem, muvazaa anlaşması ve aldatma kastı/ niyetidir. Görünürdeki işlem (muvazaalı işlem), tarafların üçüncü kişileri aldatmak için yaptıkları işlemidir. Taraflar hukuki işlemi sırf görünürde yapmaktadırlar, bu nedenle de aralarında hüküm ve sonuç doğurmayacağı konusunda anlaşmaktadırlar. Muvazaa anlaşması, tarafların görünürdeki işlemi sırf üçüncü kişileri aldatmak için yaptıklarına ve kendi aralarında hüküm ifade etmeyeceğine ilişkin olarak yaptıkları anlaşmadır. Mutlak muvazaanın üçüncü koşulu aldatma kastıdır. *Sözleşmelerin yorumu, muvazaalı işlemler* kenar başlıklı TBK m. 19/1'e göre, "bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır". Gizleme niyeti, ancak üçüncü kişilerin aldatılması ile söz konusu olabileceği için, aldatma kastı da muvazaanın unsurlarından biridir<sup>32</sup>.

Nisbi (mevsuf) muvazaada, mutlak muvazaadaki unsurlardan başka bir de gizli işlem bulunur. Taraflar görünürdeki - muvazaalı işlemin altında kendi iradelerine uygun ve gerçekten istedikleri bir işlem yapabilirler. Görünürdeki işlemin arkasına gizlenmiş olan ve muvazaalı işlemin aksine taraflarca hüküm ve sonuç doğurması istenen bu işleme/ sözleşmeye gizli işlem denir. Örneğin saklı pay sahibi mirasçıdan mal kaçırmak için satış sözleşmesi arkasında yapılan bağış sözleşmesinde, satım sözleşmesi görünürdeki işlem, bağış sözleşmesi ise gizli işlemdir<sup>33</sup>.

s. 7 vd.; **Aday**, Nejat: Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, 1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992, s. 5 vd.; **Atamulu**, İsmail: Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 22 vd.; **Özkaya**, Eraslan: Açıklamalı – İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 182 vd.

<sup>31</sup> **Eren**, BG, s. 395; **Oğuzman/Öz**, s. 129; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 345-346; **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altıp**, Atilla: TEKİNAY Borçlar Hukuku (TEKİNAY Borçlar), 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 407; **Esener**, s.41-43; **Aday**, s. 5 ve s. 12 vd.; **Atamulu**, s. 46-47.

<sup>32</sup> **Eren**, BG, s. 397; **Esener**, s. 25; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 345; **Atamulu**, s. 44-45. Aksi görüşte bkz. **Aday**, s. 9. Karş. **Oğuzman/Öz**, s. 128-129.

<sup>33</sup> **Eren**, BG, s. 398; **Oğuzman/Öz**, s. 129; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 346; **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altıp**, TEKİNAY Borçlar, s. 410; **Esener**, s. 42; **Aday**, s. 13 vd.; **Atamulu**, s. 51 vd.

Muvazaanın hüküm ve sonuçlarına gelince, yukarıda da yer verdiğimiz üzere TBK m. 19/1 gereğince, bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya *gerçek amaçlarını gizlemek için* kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınacaktır. Muvazaalı yani görünürdeki işlemde tarafların arzusu işlemin hüküm doğurmamasıdır, kanun koyucu da tarafların gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağını ifade etmiştir. Baskın görüşe göre, muvazaalı yani görünürdeki işlem, hem taraflar, hem de üçüncü kişiler bakımından kesin hükümsüzdür. Buna karşılık, gizli işlem gerekli geçerlilik şartlarını taşıyorsa geçerli olacaktır<sup>34</sup>.

Muvazaalı işlemin hükümsüzlüğü, hâkim tarafından re'sen dikkate alınır. Kural olarak herkese karşı ve herkes tarafından ileri sürülebilir. Fakat belirtmek gerekir ki, bu kuralın mutlak uygulanması, ilgili ilgisiz herkese muvazaalı işlemin taraflarının sözleşme ilişkilerine orantısız müdahale imkânı verir. Dolayısıyla işlemin muvazaalı olduğunu ileri sürebilecek kişiler sınırlandırılmıştır. Öğreti ve uygulama muvazaalı işlemin geçersizliğinin ilgililer tarafından ileri sürülebileceğini kabul etmektedir<sup>35</sup>. Bu bağlamda, muvazaa, kural olarak, sözleşmenin taraflarınca birbirlerine karşı ileri sürülebileceği gibi, sözleşme taraflarınca üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir, keza üçüncü kişiler de “ilgili” olmak kaydıyla sözleşmenin taraflarına karşı

<sup>34</sup> **Esener**, s. 50 vd.; **Aday**, s. 21 vd.; **Atamulu**, s. 112 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 130-132; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, TEKİNAY Borçlar, s. 410; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 346. Bkz. YHGK, 2013/4-1016 E.; 2014/436 K.; 02.04.2014 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 31.03.2021). Muvazaalı işlemin yoklukla malul olduğu görüşü için bkz. ve karşı **Eren**, BG, s. 401; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 354-355. İsviçre öğretisinde ve uygulamasında da hâkim görüş kesin hükümsüzlüktür. Bu hususta bkz. **Wiegand**, Wolfgang: **Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Wiegand**, Wolfgang: Basler Kommentar (Bas.Kom.) Obligationenrecht (OR) I, Art. 1-529, Basel, 2011, Art. 18, s. 183, N. 126. Bkz. BGE 96 II 383, 390. Yokluk görüşü için bkz. **Keller**, Max/**Schöbi**, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel, 1988, s. 194; **Kramer**, Ernst A./**Schmidlin**, Bruno: Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zur Art. 1-18 OR, Bern 1986, Art. 18, N. 156-157. (**Kramer**, Ber.Kom.). Buna karşılık Alman Hukukunda, Alman Medeni Kanunu'nda (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) muvazaalı işlemin kesin hükümsüz olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bkz. BGB § 117/1.

<sup>35</sup> Bu hususta bkz. **Atamulu**, s. 120; **Atamulu**, s. 120 ve dipnot 48'de yollama yapılan yazarlar. “... Diğer taraftan, görünüşteki hukuki işlemin muvazaa sebebiyle geçersiz bulunduğu iddiası, hukuken korunması gereken bir hakkı bulunan üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir...” YHGK, 2013/19-1622 E., 2015/1238 K., 17.04.2015 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 31.03.2021)

hükümsüzlük iddiasında bulunabilirler. Esasen bir kimsenin davacı sıfatını haiz olabilmesi de, dava konusu hukuki ilişkiden kaynaklanan bir menfaatinin bulunmasını gerektirir (HMK m. 114/1 b. h).

Kanun koyucu, doğrudan veya dolaylı olarak muvazaalı işlemin hükümsüzlüğünün ileri sürülemeyeceği istisnai haller de kabul etmiştir. Esasen muvazaalı işlemin geçersizliğine ilişkin açık bir hüküm mevzuatımızda olmadığı gibi, bu geçersizliğin ileri sürülemeyeceğine dair doğrudan ve genel bir hüküm de yoktur<sup>36</sup>. Ancak ifade edeceğimiz bazı hallerde muvazaalı işlemin hükümsüzlüğünün ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir.

Bu bağlamda, muvazaaya ilişkin doğrudan düzenleme getiren spesifik kanun hükmü TBK m. 19/2'dir. Buna göre, "Borçlu, yazılı bir borç tanımına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz". Bundan başka, doğrudan doğruya muvazaayı düzenlememekle birlikte, yine muvazaanın ileri sürülememesi sonucunu doğuran bir kanun hükmü TMK m. 1023'dür. Buna göre, "Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur". Bu çerçevede tapuda yapılan muvazaalı devir sonucu malik olarak gözüken kişiden aynı hak iktisap eden iyiniyetli üçüncü kişinin bu kazanımı korunacaktır. Keza TMK m. 988'e göre de, " Bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynî hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur". Bu bağlamda da, taşınır malı emin sıfatıyla zilyedinden edinen iyiniyetli üçüncü kişiye karşı muvazaa iddiası dermeyeran edilemeyecektir. Bir diğer hal de, TBK m. 41/2 hükmü kapsamında ortaya çıkar. Buna göre, "Temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, bu bildirimde göre belirlenir". Şayet temsil olunan ve temsilci temsil belgesinin içeriğinin muvazaalı olması hususunda anlaşmışlarsa, temsil olunan bunu temsilciyle işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremeyecek, bu kişilere bildirilen temsilin kapsamı geçerli olacaktır<sup>37</sup>.

Muvazaalı işlemin hükümsüzlüğünün ileri sürülemeyeceği son hal, hükümsüzlüğü ileri sürmenin hakkın kötüye kullanımı teşkil etmesi durumudur. TMK m. 2/2'ye göre, " Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz". Bu bağlamda, muvazaalı işlemin hükümsüzlüğünün dermeyeranın hakkın kötüye kullanımı teşkil etmesi halinde, esasen hükümsüz

<sup>36</sup> Esener, s. 113-114 ve s. 119 vd.; Atamulu, s. 140-141; Aday, s. 24 vd.; Wiegand, Bas.Kom. OR I, Art. 18, s. 183, N. 126.

<sup>37</sup> Bu hallerle ilişkin geniş bilgi için bkz. Aday, s. 24 vd.; Atamulu, s. 140 vd.

olan muvazaalı işlem geçerliymiş gibi hüküm ve sonuç doğuracaktır<sup>38</sup>. Zira hakkın kötüye kullanımını hukuk düzenin korumaması, hakkı kötüye kullananın bu şekilde elde etmeye çalıştığı amaca ulaşmaması anlamına gelir.

Hakkın kötüye kullanımının söz konusu olması için, hukuk düzeninin tanıdığı bir hakkın varlığı ve bu hakkın açıkça yani herkesin anlayabileceği toplum içinde ortalama akıl ve düşünceye sahip kişilerin fark edebileceği açıklıkta kötüye kullanılması gereklidir. Bu kötüye kullanmadan bir zararın hâsıl olmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır<sup>39</sup>.

Kötüye kullanmaktan amaç, esas itibarıyla hakkın amacına aykırı kullanımı ile hakkın kullanılmasında menfaat olmayışı olarak ifade edilebilir<sup>40</sup>. Öte yandan öğretide, hakkın kötüye kullanımı örneklerinin belirli şablonları ortaya konulmuştur<sup>41</sup>. Esasen bunlar da, amaca aykırı kullanım bağlamında ortaya çıkan hallerdir<sup>42</sup>. Hakkın amaca aykırı kullanımı çerçevesinde, örneğin bir babanın küs olduğu oğlunu annesinin kabrinin bulunduğu bahçesine sokmaması<sup>43</sup> hali örnek verilebilir. Babanın mülkiyet hakkı söz konusudur ve mülkiyet hakkı bağlamında bir kimsenin taşınmazına bir başkasının girmesine engel olması mümkündür. Bu mahremiyet isteğinden ileri gelebileceği gibi, sadece çimlerinin zarar görmesini istememesinden de ileri gelebilir. Fakat bu olay bağlamında mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı yetkiyi kullanmasının sebebi, mahremiyet veya bahçesinin zarar görmesi kaygısı

<sup>38</sup> Hakkın kötüye kullanımı hususunda bkz. **Edis**, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1989, s. 331; **Zevkliler**, Aydın/**Acabey**, Beşir/**Gökyayla**, Emre: Zevkliler Medeni Hukuk, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 185 vd.; **Akyol**, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 111 vd.; **Oğuzman/Barlas**, s. 284 vd.; **Altaş**, Hüseyin: Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 287 vd.; **Uyar**, Talih: “Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet)” Kuralı (MK.2/I) ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” (MK.2/II)”, Prof. Dr. SEYFULLAH EDİS’E ARMAĞAN, İzmir, 2000, s. 441 vd.; **Alaslan**, Fatma: “Medeni Hukuk’da Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Ekim 2016, s. 413 vd., s. 424 vd. Ayrıca bkz. **Ateş**, Derya: “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, TBB Dergisi, S. 72, 2007, s. 75 vd.

<sup>39</sup> **Oğuzman/Barlas**, s. 271; **Serozan**, Rona: Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 160; **Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat: Türk Özel Hukuku, C. I, Filiz Kitabevi, 12. Baskı, İstanbul, 2017, s. 256. Karş. **Edis**, s. 329; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 184.

<sup>40</sup> **Şans Uçaryılmaz**, Talya: Bono Fides (Dürüstlük Kuralı), Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 151.

<sup>41</sup> **Serozan**, s. 270-271.

<sup>42</sup> **Şans Uçaryılmaz**, s. 151.

<sup>43</sup> **Serozan**, s. 270.

değil, oğlunu üzmeştir. Mülkiyet hakkının tanınmasının sebebinin bu olmadığı da açıktır. Bu noktada, amaca aykırı - yararsız hak kullanımı mevcuttur. Bunun yaptırımı, malik babanın elde etmek istediği amaca ulaşamaması biçiminde ortaya çıkacaktır. Yani oğlunun bahçesine girmesine mülkiyet hakkını ileri sürüp engel olamayacaktır. Nitekim benzer bir olayda Alman İmparatorluk Mahkemesi, malikin oğluna belli günlerde saatle sınırlı biçimde bahçeye girme hakkı tanımıştır<sup>44</sup>.

Muvazaanın ispatı hususuna gelince, bununla kast edilen, tarafların gerçek iradesinin, görünürdekinden farklı olduğunun ortaya konulmasıdır. Muvazaayı ispatlayacak olanlar sözleşmenin tarafları ise, onların Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 200-201 hükümleri gereği, kural olarak yazılı delil göstermeleri gerekecektir<sup>45</sup> <sup>46</sup>. Buna karşılık, sözleşme taraflarının dışındaki üçüncü kişiler muvazaayı HMK m. 203/1 b. d'ye göre her türlü delille ispat edebilirler<sup>47</sup>.

### ***b. Önalım Hakkının Kullanılması Bağlamında Muvazaa***

Konumuzla bağlantılı olarak tarafların görünürde bir satım sözleşmesi yapmaları fakat gerçekte bu satımın hüküm ve sonuç doğurmayacağı hususunda anlaşmış olmaları halinde mutlak muvazaa söz konusu olacaktır. Bu ihtimalde taraflar muvazaalı satım işlemi önalım hakkı sahibini hakkını kullanması için harekete geçirmek ve onun önalım konusu malı çok defa yüksek bedelle satın almasını sağlamak amacıyla yapmaktadırlar<sup>48</sup>. Önalım hakkı sahibi, bu durumu dava sırasında öğrenirse davadan vazgeçip önalım hakkını kullanmaktan feragat edecektir<sup>49</sup>. Buna karşılık, hakkını kullandıktan

<sup>44</sup> RGZ 72, 251.

<sup>45</sup> **Aday**, s. 63 vd.; **Atamulu**, s. 205. Bkz. YHGK 2003/1-374 E., 2003/370 K., 28.05.2003 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 15.03.2021). Hemen belirtilim ki, yazılı delil dışındaki diğer kesin delillerle de ispat mümkündür. Bkz. 1. HD, 2013/8612 E., 2013/12448 K., 12.9.2013 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 15.10.2021). Ayrıca bkz. 3. HD, 2014/413 E., 2014/7545 K., 15.5.2014 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 15.10.2021).

<sup>46</sup> YİBK, 5.2.1947 T., 20 E., 6 K. (07.07.1947 T. ve 6651 S. RG).

<sup>47</sup> **Aday**, s. 66 vd.; **Atamulu**, s. 212 vd. Belirtmek gerekir ki, her ne kadar uygulamada ve öğretide muvazaa iddiasının üçüncü kişilerce her türlü delille ispat edilebileceği kabul görmekte idiyse de, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda, mevcut 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 203/1 b. d gibi bir hüküm mevcut değildi. Bkz. **Atamulu**, s. 214.

<sup>48</sup> **Feyzioğlu**, s. 420; **Taman Şıpka**, s. 71; **Özenli**, s. 131; **Erkan**, s. 51; **Akalp-Demirtabak**, s. 60; **Kırkbeşoğlu**, s. 128-129.

<sup>49</sup> **Taman Şıpka**, s. 71; **Erkan**, s. 51.

sonra muvazaayı öğrenirse ne olacaktır? Bu soruya verilen cevapların ilki, önalım hakkı sahibinin aldatma (hile) hükümlerine istinaden muvazaayı öğrenmesinden itibaren bir yıl içinde iptal hakkını kullanıp bedel iadesi talep etmesidir<sup>50</sup>. Bir diğeri ise, aldatma (hile) hükümlerine istinaden değil yanlışlık (hata) hükümlerine istinaden önalım hakkı beyanının iptali ve bedelin iadesidir<sup>51</sup>. Bu iki cevap arasında sonuca etkili olan fark, aldatma halinde sözleşmeye icazet verilmesinin tazminat hakkına halel getirmemesidir<sup>52</sup>. Bu husustaki bir diğeri görüşe göre ise, önalım hakkı kullanılıp tescil yapılmışsa, ancak satım sözleşmesinde muvazaa varsa, bu sözleşmeye istinaden önalım hakkı sahibi lehine yapılan tescil de yolsuzdur. Bu yolsuzluğu üçüncü kişiler de, önalım hakkı sahibi de ileri sürebilir, aldatma veya yanlışlık hükümlerine başvurmayaya gerek yoktur<sup>53</sup>.

Tarafların görünürde taşınmaz payının devrini sağlayan bir sözleşme, örneğin bağış veya trampa yapımları fakat gizli işlem olarak satım bağitlemeleri halinde, önalım hakkı sahibi hakkını kullanabilecek midir? Bu soruya, gerek öğreti, gerekse Yargıtay<sup>54</sup> olumlu cevap vermektedir. Yani

<sup>50</sup> Feyzioğlu, s. 420; Özenli, s. 135; Taman Şıpka, s. 71.

<sup>51</sup> Aday, s. 80; Kırkbeşoğlu, s. 129-130.

<sup>52</sup> Akalp-Demirtabak, s. 61.

<sup>53</sup> Erkan, s. 52. Karş. Akalp-Demirtabak, s. 61

<sup>54</sup> Örnek olarak bkz. "...Davacı, davalının dava konusu payı gerçekte satın almasına rağmen önalım hakkının kullanımını önlemek için muvazaalı olarak trampa işlemi gösterdiğini ileri sürmüştür... Somut olayda, 01.11.2010 tarihli bilirkişi raporuna göre her iki taşınmaz arasındaki değer farkının beş katına yakın olduğu görülmüştür. Her ne kadar, trampaya konu edilen taşınmazlar arasındaki değer farkı tasarrufun yalnız başına satış olduğunu göstermeye yeterli değil ise de; davalının trampa sebebiyle devrettiği taşınmaz payını, iki aydan daha az bir süre içerisinde, aynı değer üzerinden, üç kez el değiştirdikten sonra dördüncü intikalde tekrar almış olması; davalının, 12.01.2010 ve 14.01.2010 tarihli işlemlerde taşınmaz payını satın alan ve satan sıfatı ile T... İnş. San. Tic.A. Ş.'nin ortağı ve temsilcisi olarak işlemde yer alması gözetildiğinde, bu temlik işleminin davacının önalım hakkını kullanmasını engellemeye yönelik olduğunu kabul etmek gerekmiştir. Gerçekte satış olan işlemin sırf diğer paydaşların önalım haklarını kullanmalarının engellenmesi için trampa olarak gösterilmesi halinde kanunun dolaşılması söz konusu olur ki, bu hususu kanun korumaz. Öyle ise, yerel mahkeme direnme kararı gerekçesinde de belirtildiği üzere, davalı A. tarafından, taşınmazda trampa yolu ile pay edinimi muvazaalı olup, gerçekte satış işlemi ile pay edindiği ve davacı yan yönünden önalım hakkının var olduğu kabul edilmelidir. Yerel mahkemenin direnme kararı yerindedir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir..." YHGK, 2013/6-109 E., 2013/1476 K., 23.10.2013 T., Günay, s. 225-228. Benzer bir karar için bkz. 6. HD, 2004/4 E., 2004/1054 K., 24.02.2004 T., Yıldız, s. 140-141. Hibenin gerçek satış olduğu yönünde bkz. 6. HD, 1985/14055 E., 1986/399 K., 21.1.1986 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 19.10.2020).



önalım hakkı sahibi, hakkını kullanabilecektir. Bununla birlikte, bu sonuca ulaştıran gerekçeler farklıdır. Bir görüşe göre, bu halde kanuna karşı hile vardır, tarafların önalım hakkının kullanımına engel olmak için muvazaalı işlem yapmaları, önalım hakkı sahibi bakımından kanuna karşı hile teşkil edecektir<sup>55</sup>. Baskın görüşe<sup>56</sup> göre ise, önalım hakkı sahibi görünüşte tapuda yapılan işlemin muvazaalı olduğunu, asıl gerçekleştirilmek istenen işlemin satış olduğunu dermeyeran ederek önalım hakkını kullanabilecektir. Bu iddia karşısında, muvazaalı işlemin taraflarının gizli işlemin şekle aykırılık sebebiyle geçersizliği ileri sürmesi hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceği için dinlenmeyecektir<sup>57</sup>. Hal böyle olunca, önalım hakkı sahibi geçerli bir satım sözleşmesi varmış gibi önalım hakkını kullanabilecektir. Öte yandan, önalım hakkı sahibi iddiasını da her türlü delille ispat edebilecektir<sup>58</sup>. TAMAN ŞIPKA, bu hususta hangi yoldan gidilirse gidilsin sonuçta önalım hakkının kullanılabilirliğini, önalım hakkı sahibi muvazaaya dayandığında, muhatapın geçersizlik iddiasının hakkın kötüye kullanılması sayılıp geçerli bir satış varmışçasına önalım hakkının kullanılacağını ifade etmektedir<sup>59</sup>.

Öte yandan, nisbi muvazaa halinin görünürde bir satım sözleşmesi yapıldığı fakat gizli işlem olarak önalım hakkı kullanılması mümkün olmayan bir devrin -örneğin bağış sözleşmesi- gerçekleştirildiği halde, kullanılıp kullanılmayacağı sorusuna baskın görüş<sup>60</sup> ve Yargıtay uygulaması<sup>61</sup> olumlu

<sup>55</sup> Tekinay, s. 25. Karş. Esener, s. 98.

<sup>56</sup> Feyzioğlu, s. 415-417; Özenli, s. 133; Aday, s. 79-80; Ertaş, s. 394; Erkan, s. 54. Karş. Sebük, s. 87 ve Atamulu, s. 244-245.

<sup>57</sup> Burada görünürdeki işlem muvazaalı olduğu için, gizli işlem ise şekle aykırılık sebebiyle hükümsüzdür. Esasen hükümsüzlüğü ileri sürmek haktır, ancak bu hakkı kullanmak yani hükümsüzlüğü dermeyeran etmek, bu hakkın amaca aykırı kullanımı yani kötüye kullanımıdır. Nihayetinde hükümsüzlüğün sonucu işlemin herkes için, yani ilgili üçüncü kişiler – önalım hakkı sahibi paydaş için de, hükümsüz olması ve bu bağlamda önalım hakkı sahibinin de hükümsüz işleme istinaden önalım hakkını kullanamamasıdır. Fakat burada işlem taraflarının üçüncü kişileri aldatma amacıyla muvazaalı işlem yapmaları, bundan başka hükümsüzlüğe de kendilerinin sebep olması söz konusudur. Önalım hakkı sahibinin gerçekte yaptıkları/yapmak istedikleri işlemin bağış değil satım olduğunu kanıtlaması karşısında, satımın hükümsüzlüğünü ileri sürmek, kanaatimizce, kendi hukuka aykırı davranışlarıyla sebep oldukları hükümsüzlüğü ileri sürmeleri anlamına gelir ve bu nedenle hakkın kötüye kullanımı teşkil eder.

<sup>58</sup> Feyzioğlu, s. 415-417; Özenli, s. 133; Aday, s. 79-80; Ertaş, s. 394; Erkan, s. 54. Karş. Sebük, s. 87 ve Atamulu, s. 244-245.

<sup>59</sup> Taman Şipka, s. 75.

<sup>60</sup> Sebük, s. 88; Feyzioğlu, s. 418-419; Taman Şipka, s. 73; Erkan, s. 55. Karş. Aday, s. 82.

<sup>61</sup> Hemen belirtelim ki, bilahare yer vereceğimiz üzere Yargıtay 27.03.1957 tarihli içtihadı birleştirme kararıyla akrabaya yapılan temliklerin tapuda satış gösterilmiş olsa bile

yanıt vermektedir. Yani bu halde önalım hakkı sahibi hakkını kullanabilecek, buna karşı muvazaalı işlemin tarafları, muvazaayı yani satım değil de bağış yaptıklarını ve hatta bunun da şekle aykırılık sebebiyle hükümsüz olduğunu, önalım hakkı sahibine karşı dermeyan edemeyeceklerdir. Zira bu iddia da hakkın kötüye kullanımı teşkil edecektir<sup>62</sup>. Kanaatimizce, satış işleminin önalım hakkının kullanılmasını engellemek için bağış gösterilmesi ve bu durumun önalım hakkı sahibi tarafından ispatlanması karşısında, muvazaalı işlemin taraflarının hükümsüzlük dermeyan etmesinde hakkın kötüye kullanımının söz konusu olduğu açıktır. Buna karşılık, bağışın veya önalım hakkı kullanımının mümkün olmadığı bir devir işleminin, satış olarak gösterilmesi halinde, önalım hakkını kullanan paydaşa karşı, muvazaalı işlemin taraflarının muvazaa dermeyanında bulunduğu her halde, hakkın kötüye kullanımı olduğu söylenemez. TAMAN ŞİPKA, görünürde satış sözleşmesi yaptıkları halde gerçekte bağış yaptıkları iddiasının önalım hakkını engellemeye çok elverişli olduğunu, tarafların muvazaa iddialarını üçüncü kişi olan önalım hakkı sahiplerine ileri sürmeleri olanağı bir kez kabul edildiğinde, artık her satış olayında tarafların anlaşıp satışı bağış şeklinde göstermeleri mümkün olacağından, önalım hakkının kullanılmasının kötü niyetle engelleneceğini, bu nedenle gerçekte bağış işlemi yaptıkları yönündeki iddianın hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi halinde, tarafların iyiniyete uymayan davranışlarından bizzat kendilerinin yararlanması yolunun kapanmış olacağını ifade etmektedir. Bu kaygı yerinde olmakla birlikte, verilen

---

gerçekte miras hukukuna ilişkin amaçlarla yapılması veya bağış olması halinde önalım hakkının kullanılmayacağını kabul etmiştir. Bu YİBK saklı kalmak kaydıyla, Yargıtay, görünürde satım fakat gerçekte bağış veya önalım hakkının doğmayacağı başkaca bir temlikin yapıldığı hallerde, önalım hakkının kullanılabilmesini kabul etmektedir. Örnek olarak bkz. "... Her ne kadar davalı bu intikalin gerçekte satış şeklinde olmadığını ileri sürmüşse de, kendisi o resmi akdin tarafı olduğundan akdin mahiyeti hakkındaki muvazaa iddiası dinlenemez. İntikal satış suretiyle olduğuna satıcı ile davalı arasındaki diğer ilişkilerin davacının şuf'a hakkına etkisi olmadığına ve yine davacı ile satıcının akraba durumunda olmalarının önemi bulunmadığına göre kararda sözü edilen İçtihadı Birleştirme Kararının oluşturma uygunluğu da mevcut değildir..." 6. HD, 6896/7221, 11.07.1995 T., **Tunaboğlu**, s. 312. "...Dava konusu pay 16.2.2012 tarihli resmi senet ile H. Y. tarafından davalıya satılmıştır. Davalı her ne kadar tapuda satış olarak gösterilen işlemin H. Y.'in kooperatife üye olması için peşin ödemesi gereken aidat bedeline mahsuben devralındığını savunmuş, gerçek bir satış olmadığından önalım hakkı doğmadığını bildirmiş ise de tapudaki resmi işlemin tarafı olup üçüncü kişi konumundaki davacıya karşı kendi muvazaasına dayanamaz..." 14. HD, 2014/4011 E., 2014/9348 K., 11.07.2014 T., **Günay**, s. 221-222.

<sup>62</sup> **Sebük**, s. 88; **Feyzioğlu**, s. 418-419; **Taman Şipka**, s. 73; **Erkan**, s. 55. Karş. **Aday**, s. 82.

örnekte gerçekte de satış yaptıkları yani gizli işlem olarak bağış yapmadıkları halde, tarafların gerçeğe aykırı olarak satış değil bağış yapmış olduklarını ifade etmeleri ihtimali gözetilmiştir. Fakat bu durumda zaten muvazaa yoktur, muvazaa olmadığı halde muvazaa iddiasında bulunmak, hükümsüzlük ileri sürmek söz konusudur ki, bu halde teknik anlamda kötüye kullanılabilir bir hak da yoktur. Hükümsüz olup da bunu ileri sürmek değil, muvazaalı olmadığı - hükümsüz olmadığı halde açıkça yalan beyanla hükümsüzlük iddiasında bulunmak söz konusudur. Buna karşılık, gerçekte bağış yaptıkları halde, tapuda satış gösterilmesi halinde muvazaa vardır. Ön-alım hakkı sahibinin hakkını kullanması üzerine alıcının (gerçekte bağışlananın), satım değil bağış olduğunu ileri sürmesi hakkın kötüye kullanımı teşkil ediyorsa, hiç şüphesiz bu iddia dinlenmeyecektir. Fakat bu iddianın, gerçekteki satışın bağış gösterilmesinde ve bu muvazaanın ileri sürülmesinde olduğu gibi verili biçimde kabul görmemesi gerekir. Tarafların burada ön-alım hakkı sahibinin, hakkını kullanamamasını amaçlamaları da söz konusu değildir, zira öyle olsaydı ön-alım hakkı kullanılmasına imkân vermeyen bağış satış gösterme yolu tercih edilmezdi. Öte yandan, ispat güçlüğü dikkate alındığında çok defa ispat faaliyetinin gerçekleştirilememesinden mütevellit ön-alım hakkı sahibi her şeye rağmen ön-alım hakkı kullanma olanağına kavuşacaktır. Dolayısıyla direkt olarak hakkın kötüye kullanımı vardır demek yerine hakkın kötüye kullanımını şartlarının dikkatle gözetilmesi, ancak ondan sonra -yani bir ön kabul olarak ya da verili biçimde değil- bu sonuca varılması gerektiği kanaatindeyiz<sup>63 64</sup>.

<sup>63</sup> Bu hususta bkz. Aday, s. 82. Krş. **Taman Şıpka**, s. 73, dipnot 135.

<sup>64</sup> Örneğin daha önce yollama yaptığımız Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 2014/4011 E., 2014/9348 K., 11.07.2014 T. sayılı kararındaki ifadeler şu şekildedir: "... Davacı vekili 21.1.2013 tarihli dilekçesi ile paylı malik olduğu Susuz Köyü 63380 ada 4 Sayılı 4000 m2 arsa cinsli taşınmazın diğer paydaşı olan H. Y.'ın 22612/400.000 payını 16.2.2012 tarihinde davalı kooperatife 4000 TL bedel ile sattığını, beyanla ön-alım hakkına dayalı olarak tapu iptali ve tescil istemiştir. **Davalı, gerçekte payın satın alınmadığını, kooperatif üyesi olan H. Y.'ın üyelik peşinatına mahsuben pay devri yapıldığını gerçek bir satış olmadığından davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, davalı tarafından sunulan, kooperatif kayıtlarından taşınmaz payını satan H. Y.'ın davalı kooperatifin ortağı olduğu, Ankara 11. Noterliğinin 25.1.2008 tarih ve 01546 yevmiye numaralı "taahhütname"den H. Y.'ın kooperatif ortaklığına kabulü halinde davaya konu taşınmazdaki payını kayıtsız şartsız devredeceğini taahhüt ettiği** kural olarak kişinin kendi muvazaasına dayanması mümkün değil ise de, davalı kooperatifin muvazaa iddiasında bulunmadığı, tapuda gösterilen satışın gerçekte bir satış olmadığını savunma olarak ileri sürdüğü ve buna dair inandırıcı belgeler sunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Hükmü Davacı vekili temyiz etmiştir... Dava konusu pay 16.2.2012 tarihli resmi senet ile H. Y. tarafından davalıya satılmıştır. Davalı her ne kadar tapuda satış olarak gösterilen işlemin H. Y.'ın kooperatife üye olması için peşin

Muvazaa anlaşması görünürdeki işlemin tamamına veya bir kısmına ilişkin olabilir. İlk halde tam muvazaa, ikincisinde ise kısmi muvazaa söz konusu olur. Örneğin taraflar yaptıkları satış sözleşmesinde satış bedelini gerçek satış bedelinden daha düşük veya daha yüksek gösterirlerse, kısmi muvazaa söz konusu olur. Uygulamada en çok karşılaşılan nisbi muvazaa türü de esasen bedel muvazaası denilen bu türdür. Önalım hakkının kullanımını bağlamında da çokça ortaya çıkan bir haldir. Biz bedel muvazaasını spesifik olarak çalışmamızın ikinci bölümünde değerlendireceğiz.

#### 4. Önalım Davası

*Kullanılması* kenar başlıklı, TMK m. 734/1'e göre, önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır. Hak sahibinin alıcıya karşı önalım hakkını kullanmak için açtığı ve sonucunda hâkimin dava konusu payın davacıya satımı ve davacı adına tesciline karar verdiği yenilik doğuran dava önalım davasıdır. Bu dava nitelik itibarıyla yenilik doğuran bir davadır<sup>65</sup>. İsviçre Medeni Kanunu'nda ve 743 sayılı mülga Türk Medeni Kanunu'nda önalım hakkı yenilik doğuran bir hakla kullanılırken, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hakkın dava açılarak kullanılması zorunluluğunu getirmiştir. Madde gerekçesine göre, dava açılması zorunluluğu getirilmesinin sebebi, yürürlükteki hükümlerin önalım hakkının dava dışı beyanla kullanılmasına olanak tanınması ancak buna rağmen bu beyanla istenilen sonucun elde edilebilmesinin sonuçta daima bir dava açılmasını gerektirmesidir.

Yenilik doğuran haklar kural olarak dava açmaya gerek olmaksızın muhataba varması gerekli bir irade beyanıyla hüküm ve sonuçlarını doğururlar. Bazı yenilik doğuran haklar ise, kamu düzeni veya üçüncü kişilerin korunabilmesi gibi nedenlerle yenilik doğurucu dava açmak yoluyla kullanılırlar. Bu sonuçların tarafların anlaşmasıyla doğması mümkün değildir.

*ödemesi gereken aidat bedeline mahsuben devralındığını savunmuş, gerçek bir satış olmadığından önalım hakkı doğmadığını bildirmiş ise de tapudaki resmi işlemin tarafı olup üçüncü kişi konumundaki davacıya karşı kendi muvazaasına dayanamaz. Öte yandan, payın şirkete aynı sermaye olarak konulduğu da kanıtlanamamıştır. Bu durumda mahkemece işin esası incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru görülmemiştir...*" Bu kararda hakkın kötüye kullanıldığı söylenmeden işlem tarafının muvazaasına dayanamayacağı ifade edilmiştir ama – yukarıda da incelediğimiz üzere - böyle genel bir kural hukukumuzda yoktur. Öte yandan, karardan anlaşıldığı kadarıyla, taahhütname de dikkate alındığında önalım olayının gerçekleşip gerçekleşmediği de kanaatimizce tartışılır. Bu karar için bkz. **Günay**, s. 221-222. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 25.04.2021).

<sup>65</sup> **Eren**, s. 117; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 635; **Sirmen**, s. 460. Bu hususta geniş bilgi için bkz. **Köylüoğlu**, Egemen: Önalım Davası, Ankara, 2011, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 127 vd.

Babalık davası, boşanma davası böyledir<sup>66</sup>. Ne var ki yasal önalım hakkı bakımından esas itibariyle böyle bir durum söz konusu değildir. Nitekim bu nedenle öğretide dava açma zorunluluğunun getirilmiş olması da eleştirilmektedir<sup>67</sup>.

Önalım davasının davacısı paylı mülkiyete konu taşınmazda payını üçüncü kişiye satan paydaşın, paydaş veya paydaşlarıdır. Davalısı ise önalım hakkına konu taşınmazda payı alan yani yeni maliktir. Yasal önalım hakkı paydaşlar arasında kullanılamaz, bu hak sadece üçüncü kişilere karşı kullanılabilir<sup>68</sup>. Kural olarak, önalım davasının davalısı satım veya satıma eşdeğer işlemten sonra tescil yapılmış olup olmamasına göre belirlenir. Tescil henüz yapılmamışsa satıcı paydaşa, tescil yapılmışsa alıcı yeni malike dava açılması gerekir. Ancak uygulamada satımın hemen ardından tescil yapıldığı için bu davanın davalısı payı devralan yeni malik olacaktır<sup>69</sup>.

Bundan başka, önalım hakkının kanunda öngörülmuş bulunan hak düşürücü süreler içinde kullanılması gerekir. TMK m. 733/3 ve 4'e göre, "Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilir. Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer". Alıcıya karşı bu süreler içinde dava açılmadığı takdirde, önalım hakkı düşer. Bildirimin<sup>70</sup> yapılmamış ve sürelerin geçmiş olması halinde, hakkı düşen paydaş tazminat davası ikame edebilir<sup>71</sup>.

TMK m. 734/2'ye göre, "Önalım hakkı sahibi, adına payın tesciline karar verilmeden önce, satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerini, hâkim tarafından belirlenen süre içinde hâkimin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür". Bu çerçevede, önalım bedeli, önalım hakkı sahibi davacının, önalım borçlusuna ödemesi gereken bedeli ifade eder. Bu bedel, TMK m. 734/2 gereğince taşınmazın satış bedeli ve alıcıya düşen tapu giderleri toplamıdır<sup>72</sup>. Taşınmaz satış bedeli de, kural olarak, tapudaki akit

<sup>66</sup> Buz, s. 183 vd.

<sup>67</sup> Kırca, s. 1200; Buz, s. 158-160; Erkan, s. 91-93.

<sup>68</sup> Eren, s. 120; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 634; Erkan, s. 96 vd.

<sup>69</sup> Eren, s. 119-120; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 637.

<sup>70</sup> Bu bildirim hususunda geniş bilgi için bkz. Aydın Ünver, s. 842 vd.

<sup>71</sup> Kırca, s. 1190; Sirmen, s. 462; Aydın Ünver, s. 852 ve dipnot 91'de yollama yapılan yazarlar.

<sup>72</sup> "... Gayrimenkul mülkiyetinin takyidlerinden olan kanuni şuf'a hakkı gayrimenkulde hisse sahibi bulunan şahsa diğer bir hissenin üçüncü şahsa satılması halinde o hisse müsteriye neye mal olmuş ise o miktar ile ve belli bir süre içinde satın almak salâhiyetini veren aynı bir haktır..." YİBK, 20.06.1951 T., 13 E., 5 K. (07.11.1951 T. ve 7950 S. RG).

tablosunda gösterilen bedeldir<sup>73</sup>. Davacı adına tescile karar verilmeden önce önalım bedelinin hâkim tarafından belirlenen süre içinde ve hâkimin belirleyeceği yere nakden yatırılması zorunludur<sup>74</sup>.

Davanın sonucunda hâkimin vereceği karar ile önalım hakkı sahibi paydaşla alıcı üçüncü kişi arasında kendiliğinden iki tür ilişki doğar. İlki davacı ile davalı arasındaki satış ilişkisi, diğeri ise mülkiyeti nakleden ilişkidir. Bu dava üzerine hâkimin vereceği kararın kesinleşmesiyle, mülkiyet alıcıdan önalım hakkı sahibine geçer<sup>75</sup>. Burada bir tescilsiz iktisap hali söz konusudur. Önalım hakkı sahibi bu kararla tapu memurundan tescilin yapılmasını talep edebilir. Bu talep herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süreye tabi değildir. Yapılacak tescil de kurucu değil açıklayıcı mahiyette olacaktır<sup>76</sup>.

### C. Yargıtay Uygulamasına Göre Yasal Önalım Hakkının Kullanılmayacağı Haller

#### 1. Fiili Taksim

Yargıtay'ın müstakar hale gelmiş uygulaması bağlamında, paylı mülkiyete tabi olup da fiilen taksim edilmiş taşınmazlarda, paydaşlardan birinin payını devretmesi halinde diğer paydaşların önalım hakkını kullanmak istemesi hakkın kötüye kullanımı teşkil eder. Belirtmek gerekir ki, bu yönde, yani fiili paylaşma halinde yasal önalım hakkının olmadığı veya kullanılmayacağı yönünde herhangi bir kanun hükmü söz konusu değildir. Yargıtay, bu hususta bir içtihadı birleştirme kararı vermiş de değildir; ancak çok uzun zamandır istikrarlı bir şekilde bu içtihadını sürdürmektedir<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> 6. HD, 1992/3754 E., 1992/4155 K., 23.3.1992 T. Ayrıca bkz.6. HD, 2010/8834 E., 2011/442 K., 24.1. 2011 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 03.03.2021).

<sup>74</sup> **Eren**, s. 123; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 637-638. Madde gerekçesinde bu hususa ilişkin şu açıklama yapılmıştır: “Maddenin ikinci fıkrası, önalım bedelinin depo edilmesine ilişkin uygulamada kabul edilen esas kanun hükmü haline getirmektedir. Burada hak sahibinin satış bedeliyle birlikte, alıcıya düşen tapu giderlerinin hâkim tarafından belirlenen süre içinde ve belirlenen yere depo edilmesi öngörülmüştür. Önalım hakkı sahibinin depo edeceği bedelin, zaman zaman uygulamada sorunlar yaratan ve haksızlıklara yol açan banka teminat mektubu olarak da tevdi edilebilmesine son verilmiştir. Bedelin “nakden” yatırılması koşulu öngörüldüğünden, nakit dışında yapılacak tevdiatlar geçerli kabul edilmeyecektir”.

<sup>75</sup> **Eren**, s. 124-125; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 638; **Sirmen**, s. 461.

<sup>76</sup> **Eren**, s. 125; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 620; **Sirmen**, s. 461.

<sup>77</sup> ÖZÇELİK'in tespit ettiği üzere, bu husustaki en eski HGK kararı 1988, özel daire kararı ise 1987 tarihlidir. Öte yandan 1981 tarihli bir HGK kararında karşı oy yazısında, 6. Hukuk Dairesinin uygulamasının 1980 yılından beri bu yönde olduğu ifade edilmiştir.

Yargıtay uygulamasına göre, fiili taksimin söz konusu olması için, yasal önalım hakkına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmazın paydaşlarca kendi aralarında taksim edilmiş ve taksim sonucu ortaya çıkan bölümlerin paydaşlara özgülenmiş olması gerekmektedir. Bu halde, bir paydaşın kendi payını devretmesi halinde diğer paydaşların önalım hakkını kullanmak istemesini Yargıtay hakkın kötüye kullanımı olarak görmektedir<sup>78</sup>.

Öğretide bir görüş Yargıtay'ın fiili taksime ilişkin uygulamasını isabetli bulurken<sup>79</sup>, diğer bir görüş -deyim yerindeyse- bu uygulamaya şüpheyle yaklaşmaktadır<sup>80</sup>. Kanaatimizce de, taşınmazın fiilen taksim edildiği her olayda önalım hakkının kötüye kullanıldığını kabul etmek yerine her somut olay bakımından değerlendirme yapmak gerekir<sup>81</sup>.

## 2. Miras Hukukuna İlişkin Amaçlarla Akrabaya Yapılan Devir

Yargıtay 27.03.1957 tarih ve 12/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla<sup>82</sup> “*Müşterek mülkün hissedarları, hisselerini karı ve kocaya, evlada veyahut akrabaya temlik etmeleri halinde şeklen satış akdi bulunsa bile hakikatte satıştan gayri miras hukukuna müteferri maksatların veya hibe gibi mülahazaların hâkim olduğu ahvalde Medeni Kanunun hakiki satışlarda kabul eylediği şuf'a hakkının cereyan etmeyeceği*” ni kabul etmiştir.

Dolayısıyla Yargıtay kırk yıldır bu uygulamasını sürdürmektedir. Bkz. **Özçelik**, Barış: “Fiili Taksim Halinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılmayacağı Yönündeki Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, Mart-Nisan 2019, Sayı 141, s. 258, dipnot 15, 16 ve 17’de yollama yapılan kararlar.

<sup>78</sup> **Özçelik**, s. 254 vd.; **Sayımlar**, Zeynep: “Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Etkileyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Y. 2015, C.1, s. 637 vd. Bu yöndeki kararlarına örnek olarak bkz. 14. HD, 2016/15682 E., 2020/4155 K., 29.06.2020 T.; 14. HD, 2016/14986 E., 2020/3422 K., 08.06.2020 T., **Ruhi/Ruhi**, s. 258-259 ve 276-277.

<sup>79</sup> **Tekinay**, s. 45; **Özenli**, s. 75-79; **Özdek**, Yasemin: “Önalımda (Şuf’ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1985, C. 3, S. 3, s. 365.

<sup>80</sup> **Oğuzman**, M. Kemal: “Dürüstlük Kuralına (MK m. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi”, Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN’A 65. Yaş Armağanı, Ankara, 1988, s. 414; **Taman Şıpka**, s. 117-118; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 633, dipnot 1206 ve s. 642-643, dipnot 1242; **Sirmen**, s. 460; **Erkan**, s. 111; **Köylüoğlu**, s. 95-96; **Sayımlar**, s. 646; **Kırkbeşoğlu**, s. 206-207.

<sup>81</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 642-643, dipnot 1242; **Sirmen**, s. 460; **Erkan**, s. 111; **Köylüoğlu**, s. 95-96; **Sayımlar**, s. 646; **Kırkbeşoğlu**, s. 206-207. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. ve karşı **Özçelik**, s. 259 vd.

<sup>82</sup> Karar için bkz. RG 21.08.1957 T., 9687 S.

Bu kararlar birlikte Yargıtay, görünüşte satım sözleşmesi olsa bile gerçekte miras hukukuna müteferri amaçlarla bağış yapılması halinde, bir başka ifadeyle esasen muvazaanın söz konusu olduğu bu türden işlemlerde -gerçekte bir satım sözleşmesi olmadığı için- önalım hakkının kullanılmayacağını kabul etmiştir. Bu halde, Yargıtay, davalının muvazaayı ileri sürmesini de hakkın kötüye kullanımı olarak görmemektedir.

Öğretide de, çoğunlukla bu uygulama kabul görmektedir<sup>83</sup>. Öte yandan, Yargıtay burada akrabayı sadece mirasçılarla da sınırlandırmamaktadır<sup>84</sup>. Ancak öğretilerde akraba kavramının miras hukuku anlamında mirasçı sıfatı taşıyan akrabalar olarak anlaşılması gerektiğini ifade eden yazarlar da vardır<sup>85</sup>.

## II. YARGITAY UYGULAMASINA GÖRE ÖNALIM BEDELİ

### A. Satış Bedelinin Değer Artışlarına Göre Mahkeme Tarafından Yeniden Belirlenmesi

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere önalım bedeli, tapu kütüğünde/ akit tablosunda görünen satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderlerinin toplamıdır<sup>86</sup>. Önalım bedeli, önalım hakkı sahibi davacının önalım borçlusuna ödemesi gereken bedeli ifade eder. Bu bedel, TMK m. 734/2 gereğince **taşınmazın satış bedeli ve alıcıya düşen tapu giderleri toplamı**dır. Davacı

<sup>83</sup> İsviçre öğretisi ve uygulaması için bkz. **Meier-Hayoz**, Art. 681, N. 145; **Rey**, N. 1262; **Rey/Strebel**, Bas.Kom., Art. 681, N. 11. Türk hukuku ve uygulaması için bkz. **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 616; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 612; **Sirmen**, s. 459; **Erkan**, s. 75 ve dipnot 316'da yollama yapılan yazarlar. Yargıtay kararları için bkz. 14. HD, 2016/15429 E., 2020/2034 K., 20.02.2020 T.; 14. HD, 2016/8066 E., 2019/6219 K., 03.10.2019 T.; YHGK 2013/2268 E., 2015/1437 K., 27.05.2015 T., **Ruhi/Ruhi**, s. 314-315, s. 408-410, s. 1154-1158.

<sup>84</sup> "... *Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 08/02/2012 gün ve 2011/6-762 Esas, 2012/56 sayılı ilamı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27/04/2011 gün ve 2011/6-38 Esas sayılı 2011/225 Karar sayılı ilamı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2011/6-164 Esas ve 2011/245 sayılı ilamlarında da satışın satış tarihi itibarıyla doğrudan mirasçılar arasında yapılması gerekmeyip temlikin taraflarının akraba olmasının yeterli olduğuna karar verilmiştir...*", 14. HD, 2016/8066 E., 2019/6219 K., 03.10.2019 T., **Ruhi/Ruhi**, s. 408-410.

<sup>85</sup> **Feyzioğlu**, s. 270; **Arık**, K., Fikret: "Mirasçıya Satışta Suf'a Cereyan Eder mi?", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 4, s. 214; **Erkan**, s. 75.

<sup>86</sup> Bkz. Yukarıda s. 16, dipnot 72. Bu yöndeki yeni tarihli kararlar için bkz. 14. HD, 2016/15432 E., 2020/3282 K., 3.6.2020 T.; 14. HD, 2016/14449 E., 2020/3353 K., 4.6.2020 T.; 14. HD, 2018/5673 E., 2016/6186 K., 3.10.2019 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 03.03.2021). Bu hususta ayrıca bkz. **Erdem**, Mehmet: "Yasal Önalım Bedeli ve Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Bedelin Güncellenmesi Meselesi", Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU'NA Armağan, C. I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 798 vd.



adına tescile karar verilmeden önce bu bedelin hâkim tarafından belirlenen süre içinde ve hâkimin belirleyeceği yere nakden yatırılması zorunludur.

Bu bağlamda, taşınmazın satış bedeli de, resmi senette gösterilen bedeldir. Satış bedeli resmi senetten açıkça görüleceği için, esasen bedelde muvazaa halleri dışında, kural olarak tartışmaya da mahal vermez. Bununla birlikte, paranın alım gücündeki değişikliklere bağlı olarak bu bedelin güncellenmesi ihtiyacı ortaya çıkabilir.

Yargıtay'ın satış bedelinin güncellenmesine ilişkin uygulaması zaman içinde değişiklik göstermiştir. Esasen bu konuyu mülga 743 sayılı Türk Medeni Kanunu ve mevcut 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir. Şöyle ki, mevcut Medeni Kanun önalım hakkının kullanımını süreyle sınırlandırmış olduğundan -önceki Medeni Kanun'a göre- daha kısa süre içinde önalım hakkı kullanılabilir (TMK m. 733/4). Hal böyle olunca da, güncelleme ihtiyacı görece daha az ortaya çıkacaktır. Buna karşılık önceki Medeni Kanun zamanında açık kanun hükmüyle süre sınırlaması olmadığı için hakkın kullanımını satıştan çok sonra gerçekleştirilebilmekteydi<sup>87</sup>.

5 Mayıs 1993 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararına<sup>88</sup> konu olayda, 1982 ve 1983'de iki paydaşın paylarını üçüncü bir kişiye satmaları, o sırada yurt dışında bulunan diğer paydaşın ise 1988 yılında yurda döndüğünde satışları öğrenip bir ay içinde hakkını kullanması söz konusu olmuştur. Davacı paydaş hakkını tapuda gösterilen bedel (90.100 TL.) üzerinden kullanmış, akabinde Sulh Hukuk Mahkemesi'nde dava açmış, ancak yapılan keşifte taşınmazın değerinin davanın açıldığı tarihte 44.000.000 TL. olduğunun belirlenmesi üzerine mahkeme görevsizlik kararı vermiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bu kararı önalım bedelinde tapudaki değer esas olduğu gerekçesiyle bozmuş, direnme üzerine konu Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir.

Hukuk Genel Kurulu, "... Yargıtay uygulamasında, (YHGK.'nun 7.10.1931 günlü kararından beri, bkz. Tepeci Notlu izahlı Türk Kanunu Medenisi II 1946, sh. 49) Şufa bedeli olarak ödenmesi gereken miktar "Davalıya tapuda yapılan satışta düzenlenen sözleşme tablosunda (sicilde) gösterilenle" sınırlı olduğu kabul edilmekte idi. Ancak Şufa (önalım) bedeli ola-

<sup>87</sup> Geniş bilgi için bkz. Şipka, Şükran: "Yargıtay Kararları Doğrultusunda Taşınmazdaki Değer Artışlarının Kanuni Önalım (Şufa) Bedeline Yansıtılması", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1996, C. 20, s. 31 vd.; Erdem, s. 802 vd.

<sup>88</sup> YHGK, 1993/6-761 E., 1993/192 K., 5.5.1993 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>). Erişim tarihi: 19.10.2020).

rak tapu sicilinde gösterilerinin esas alınması, hakkaniyet ile bağdaşmayan ve çıkarlar dengesini bozan durumlar meydana getirmektedir. **Ülkemizde, genel olarak, taşınmaz satımlarında-tapuda-satış bedeli olarak gerçek değer yerine “emlak vergisine esas alınan daha düşük değer” gösterilmektedir.** Diğer taraftan Şufa (önalım) hakkının kullanılması, satış işleminin ortaklara resmen duyurulmaması nedeniyle olayımızda olduğu gibi satıştan senelerce sonra gerçekleşebilmektedir. İşte, gerek gerçeği yansıtmayan sicildeki **düşük bedelin kabul edilmesi ve gerekse satış günü ile Şufa hakkının kullanıldığı (genellikle tescil) davası ile birlikte kullanılmakta) gün arasında geçen sürede taşınmazın değerinde enflasyon ve diğer objektif nedenlerle meydana gelen artışların gözetilmemesi, hukukun amacı olan adaletin somutlaşmasını (hakkaniyet) önlediği ve çıkarlar dengesini bozduğu tartışılmayacak biçimde ortaya çıkmaktadır.** Bu durumda Şufa (önalım) hakkı sahibi nedensiz zenginleşirken alıcı olan davalı, fakirleşmektedir. Nitekim olayımızda, davalıya (tapu sicilindeki bilgiye göre) 1982 yılında 90.100.- lira satılan payın davanın açıldığı (Şufa hakkının kullanıldığı) 10.2.1988 günündeki değerinin yaklaşık 30.000.000.- lira olduğu belirlenmiştir. **Şufa bedeli olarak 30.000.000.- TL.ye karşılık 90.100.- liranın ödenmesini kabul etmenin hakkaniyete uygun düşeceğini savunma olanağı yoktur, konunun tartışılması sırasında bu durum oybirliği ile benimsenmiştir. Sorun, çözüm yolu ve yönteminde toplanmıştır...**” şeklinde sorunu ortaya koymuştur. Devamında “...Şufa (önalım) hakkının, kullanılması nedeniyle uygulamada ortaya çıkan ve tartışmasız kabul edilen adaletsiz (hakkaniyet) durumun yorum yoluyla düzeltilmesi olanağı olduğu kabul edilmelidir. Unutulmamalıdır ki, yasaların uygulanması sırasında görülecek haksızlıkların, adaletten sapmaların düzeltilmesi ilk önce yargıya düşen bir görevdir. Yasa'nın açık ve buyurucu bir emri olmadıkça yargı bu görevini yerine getirmekle yükümlüdür. Olayımızda yasal bir değişikliğe ve düzenlemeye gerek bulunmadığına göre bindokuzyüztuzlardan günümüze kadar gelen yerleşmiş inançtan dönülerek, önalım (Şufa) bedelinin payın satışında tapu sicilinde gösterilen değer olmayıp hakkın kullanıldığı yani dava tarihindeki değer olduğunun kabulü hukukun temel amaçlarından olan adaleti (hakkaniyet) gerçekleştirecektir...” denilmiştir. Sonuç itibarıyla de, oy çokluğu ile temyiz itirazlarını reddedip direnme kararını onamıştır<sup>89</sup>.

<sup>89</sup> 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun uygulandığı dönemde verilen bu yöndeki başkaca kararlar için bkz. YHGK 1996/6-61 E., 1996/164 K., 13.3.1996 T.; YHGK 1994/6-663 E., 1994/841 K., 14.12.1994 T.; YHGK 2012/6-1127 E., 2013/434 K., 3.4.2013 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 19.10.2020). Ayrıca bkz. Erdem, s. 807 vd. ve dipnot 41 vd.'nda yollama yapılan kararlar.

4721 sayılı Medeni Kanun'un yürürlüğüne kadar verilen kararlarda, payın satışı ile önalım hakkının kullanıldığı zaman arasında uzunca bir süre geçmiş olması halinde, önalım bedelinin payın önalım hakkının kullanıldığı tarihteki değerine, daha önce kullanılmamış olması halinde dava tarihindeki değerine göre belirlenmesi söz konusu olmuştur. Öte yandan, bu dönemde payın satışı ile önalım hakkının kullanıldığı veya dava açıldığı tarih arasında uzun bir zaman geçmemişse, önalım bedeli satış sözleşmesinde gösterilen bedele göre belirlenmiştir<sup>90</sup>.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, önalım hakkının kullanılabilmesi için paydaşlara bildirim yükümlülüğü getirdiği gibi (TMK m. 733/3), önalım hakkının kullanımını da süreyle sınırlandırmıştır. Hal böyle olunca, çok uzun süre sonra (TMK m. 733/4 gereği en çok iki yıl) önalım hakkı kullanılması ihtimali bertaraf edilmiş olmaktadır. Hakkın geç kullanımı, kural olarak, bildirim yükümlülüğün yerine getirilmemiş olmasından ileri geleceği için, sonuçlarına da önalım hakkı sahibi paydaşın değil alıcının katlanması gerekecektir. Nitekim Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir<sup>91</sup>.

Öte yandan, her ne kadar mevcut Medeni Kanun bağlamında hakkın kullanımını en çok satıştan iki sene sonra gerçekleştirebilecek olsa da, sürenin uzaması taşınmaz satış vaadi sözleşmesi sebebiyle de söz konusu olabilir. Şöyle ki, paydaş ile alıcı arasında bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olup da, paydaşın satış sözleşmesi yapmaması üzerine vaad alacaklısı cebri tescil davası açmış olabilir. Mahkemenin devir kararı vermesi halinde diğer paydaşlar için önalım hakkı doğacaktır. Ancak bu ihtimalde devrin sağlanması uzun bir mahkeme sürecinden sonra gerçekleşebilir. Bu halde de bedelin güncellenmesi ihtiyacı hâsıl olabilir. Bu husus Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. Yargıtay, bu hallerde davanın kabulünü kural olarak payın dava tarihine göre belirlenen değerinin davacıdan alınması koşuluna bağlamaktadır<sup>92 93</sup>. Bundan başka, bu konu Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru-

<sup>90</sup> **Erdem**, s. 813 vd. Uzun zamanın ne kadarlık bir süreye tekabül ettiği açık değildir ancak Yargıtay kararlarına baktığımızda bir yıla kadar olan süreleri uzun kabul etmediği görülmektedir. Bkz. YHGK 2001/6-299 E., 2001/295 K., 28.3.2001 T.; 6. HD 2004/175 E., 2004/254 K., 26.1.2004 T.; 6. HD 2002/3186 E., 2002/4285 K., 25.06.2002 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 19.10.2020).

<sup>91</sup> YHGK 2009/6-31 E., 2009/68 K., 11.2.2009 T.; YHGK 2009/6-32 E., 2009/68 K., 11.2.2009 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 19.10.2020). 6. HD, 11109/13508, 2.12.2008 T.; 6. HD 2017/4445, 16.04.2007 T., **Tunaboğlu**, s. 412-413; s. 416-417; **Erdem**, s. 814-815.

<sup>92</sup> YHGK 6-663/841, 14.12.1994 T.; YHGK 6-673/898, 28.12.1994 T., **Tunaboğlu**, s. 430-432, s. 432-434; 6. HD, 2012/16738 E., 2013/10770 K., 20.06.2013 T.

ruya ve Anayasa Mahkemesi kararına da konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi önalım davacısının ödemesi gereken bedelin enflasyon farkına göre güncellenmesi gerektiğine, bu yapılmadığı için mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ve başvuru tazminat ödenmesine hükmetmiştir<sup>94</sup>.

## B. Satış Bedelinde Muvazaa Halleri

### 1. Genel Olarak Bedel Muvazaası

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, muvazaa anlaşması görünürdeki işlemin tamamına ilişkin olabileceği gibi, bir kısmına ilişkin de olabilir. İlkinde tam muvazaa, ikincisinde ise kısmi muvazaa söz konusu olur. Tarafların yaptıkları satış sözleşmesinde satış bedelini gerçek satış bedelinden daha düşük veya daha yüksek göstermeleri halinde kısmi muvazaa mevcuttur. Kısmi muvazaa şeklinde ortaya çıkan bu muvazaaya spesifik olarak bedel muvazaası denir<sup>95</sup>. Öte yandan buradaki muvazaa nisbi muvazaadır. Dolayısıyla ve esas itibarıyla gizli işlemde şekle aykırılık söz konusudur ve kural olarak yaptırım da kesin hükümsüzlüktür. Satış bedeli sözleşmenin esaslı noktasıdır ve sözleşmede gösterilen bedel, gerçek bedelden farklıdır. Bu nedenle, kural olarak, görünürdeki işlem muvazaa sebebiyle, gizli işlem şekle aykırılık sebebiyle geçersizdir<sup>96</sup>. Bedel muvazaası yapılmış sözleşmeye

(<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 19.10.2020); 6. HD, 12623/13393, 13.12.2011 T., **Günay**, s. 276-277; **Erdem**, s. 818 vd.

<sup>93</sup> Önalım bedelinin güncellenmesi gereken hallerde, güncellemenin nasıl ve özellikle hangi tarihe (dava tarihi – depo kararının verildiği tarih) göre yapılacağı hususunda geniş bilgi ve Yargıtay uygulaması için bkz. **Erdem**, s. 829-832.

<sup>94</sup> Bkz. Başvuru No: 2016/77854, 1.7.2020 T.; Başvuru No: 2017/15134, 29.1.2020 T. (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/77854> Erişim tarihi: 24.03.2021).

<sup>95</sup> **Esener**, s. 62 vd.; **Aday**, s. 54 vd.; **Atamulu**, s. 225 vd. Bu hususta ayrıca bkz. ve karşı. **Cihan**, Ali Hulki: “Taşınmaz Devirlerinde Bedelde Muvazaanın Sözleşmeye Etkisi”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2013, S. 2, s. 105.

<sup>96</sup> **Esener**, s. 63-64; **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. I/1, 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 237; **Sirmen**, Lale: “Taşınmaz Satımlarında Bedelin Düşük Gösterilmesinin Hukuki Sonuçları” (Bedel), Prof. Dr. Jale G. AKİPEK’E Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, 1991, s. 305 vd., s. 311; **Aday**, s. 55-57; **Atamulu**, s. 230; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 357-358. Karş. **Eren**, s. 403; **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla: TEKİNAY Eşya Hukuku, 5. Bası, Filiz Kitabevi, C. 1, İstanbul, 1989 (TEKİNAY Eşya), s. 669-670. Bu görüş Federal Mahkeme kararlarında da kabul görmüştür. Ancak tarafların edimlerini ifa ettikten sonra muvazaa iddiasında bulunmaları hali hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiği için, işlem geçerliymiş gibi sonuç doğurmaktadır. Bkz. **Gauch**, Peter/**Schlupe**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Emmenegger**, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Zürich, 2008, s. 223, N. 1035; **Wiegand**, Bas.Kom, OR I, Art. 18, s. 160, N. 52. Karş. **Kramer**, Ber.Kom., Art.

istinat eden tescil de, kural olarak yolsuz tescildir. Bu bağlamda tescilin yolsuzluğunun düzeltilmesi için tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilir, keza taraflar yaptıkları işlemlere istinaden birbirlerine vermiş olduklarını sebepsiz zenginleşme ve istihkak davasıyla talep edebilirler. Bununla birlikte, şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiği hallerde, geçersiz işlem, geçerliymiş gibi hüküm ve sonuç doğuracaktır<sup>97 98</sup>.

Esasen bedel muvazaası sebebiyle tarafların birbirlerine karşı muvazaası iddiasında bulunması pratikte gerçekleşmesi zor bir ihtimaldir. Zira taraflar zaten işlemi yapmak istemekte; fakat çeşitli sebeplerden -esaslı nokta olmakla birlikte- bedeli gerçekten farklı göstermektedirler<sup>99</sup>. Bir başka ifadeyle, taşınmazı satanın ve alanın yapmak istediği zaten budur, tam muvazaada olduğu gibi satış gösterip bağış yapmak istemek veya tam tersi söz konusu değildir. Öte yandan, muvazaalı işlemi yapan taraflar, çok defa edim borçlarını da yerine getirmiş olacaktırlar. Hal böyle olunca muvazaası iddiasının hakkın kötüye kullanımı teşkil etmesi kuvvetle muhtemeldir. Keza tarafların birbirine karşı muvazaayı ispatlamaları da yazılı delil gerektirecektir (HMK m. 200-201)<sup>100</sup>.

Bununla beraber, belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın hakkın kötüye kullanımı hususunu tartışma konusu yapmadan bedel muvazaası yapılmış devri geçerli saydığı kararları da mevcuttur. Hukuk Genel Kurulu 29.2.2012 tarihli kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “...*Tarafların protokolde bedeli 250.000 TL, tapu satış senedinde ise 93.000 TL olarak göstermeleri bilindiği üzere az vergi ödemek amacıyla yapılan bir işlem olup taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olmasına sebep olmayacaktır. Taraflar görüşündeki sözleş-*

18, N. 194 vd. Federal Mahkeme kararları için bkz. BGE 78 II 224; BGE 84 IV 163-164; BGE 104 II 101.

<sup>97</sup> **Atamulu**, s. 231.

<sup>98</sup> Türk hukukunda vergi mevzuatına istinaden yapılan işlemi geçerli kabul eden görüşe ilişkin geniş bilgi için bkz. **Aday**, s. 54 vd.; **Atamulu**, s. 237 vd. Tarafların edimlerini ifa etmiş olması halinde geçersizliği ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceğine ilişkin bkz. YHGK, 1997/15-146 E., 1997/372 K., 30.4.1997 T.; 15. HD, 2002/2457 E., 2002/4795 K., 23.10.2002 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 15.03.2021).

<sup>99</sup> Esas itibarıyla, bedel esaslı nokta olduğu için bu işlemin hükümsüz olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

<sup>100</sup> **Atamulu**, s. 205. Bkz. YHGK 2003/1-374 E., 2003/370 K., 28.05.2003 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 15.03.2021). **Hemen belirtelim ki, yazılı delil dışındaki diğer kesin delillerle de ispat mümkündür.** Bkz. 1. HD, 2013/8612 E., 2013/12448 K., 12.9.2013 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 15.10.2021). Ayrıca bkz. 3. HD, 2014/413 E., 2014/7545 K., 15.5.2014 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 15.10.2021).

*mevayı yapmayı ciddi olarak istemekte ve niteliğinde de anlamaktadırlar. Sadece sözleşmenin bedeli değiştirilmektedir. Burada muvazaa sözleşmenin tamamında değil bir bölümünde gerçekleşmiştir...*”. Yargıtay şekle aykırılık, şekle aykırılığın kesin hükümsüzlük sonucu doğurması meselelerine hiç değinmeksizin, sözleşme bedeli esaslı nokta değilmiş gibi, (*taflar*) sadece bedeli değiştirmişler demektir<sup>101</sup>. Ancak bu yönde karar verdiği çekişmelerde, edimlerin tamamıyla yerine getirilmemiş olduğu iddiaları söz konusudur<sup>102</sup>. Bedel gerçekten farklı gösterilse bile, her iki tarafın da edimi tamamen ifa ettikleri halde, kuvvetle muhtemeldir ki, tafların bu sebeple mahkemenin önüne götürecekleri bir çekişme de söz konusu olmayacaktır.

Yargıtay’ın bu tavrı, satış bedelinde muvazaanın yaygın olmasından ve bu türden satış sözleşmelerinin tümünün kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulması halinde deyim yerindeyse işin içinden çıkılamayacağı kaygısından ileri geliyor olmalıdır<sup>103</sup>. Bununla birlikte, bu kaygı, uygulamayı, gizli bedel anlaşmasını ne pahasına olursan olsun ayakta tutmak için Borçlar Kanunu’nun genel sistematiğinden uzaklaşan gerekçeler üretmek üzere çözmek yoluna götürmemelidir. Olması gereken bu sorunu hakkın kötüye kullanımı yasağı bağlamında çözmektir<sup>104</sup>.

Üçüncü kişilerin yani sözleşme tafları dışındakilerin -konumuz bağlamında önalım hakkı sahibi paydaşların- muvazaayı her türlü delille ispatlamaları mümkündür (HMK m. 203/1 b. d). Önalım hakkı söz konusu olduğunda, muvazaa iddiası çok defa önalım hakkı sahibi paydaşlardan gelmektedir ve tapuda gösterilen bedelin gerçek bedelden yüksek olduğu şeklinde ortaya çıkmaktadır. Müteakip bölümde bu husustaki uygulamayı değerlendireceğiz.

## 2. Satış Bedelinin Tapuda Yüksek Gösterilmesi Halinde Gerçek Bedel Üzerinden Kullanılması

Satış bedelinin önalım hakkı kullanımını engellemek amacıyla gerçek bedelden yüksek gösterilmesi halinde, önalım hakkı sahibinin muvazaa

<sup>101</sup> YHGK 2011/13-716 E.; 2012/106 K.; 29.2.2012 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 29.04.2021).

<sup>102</sup> 1. HD, 2013/18950 E.; 2014/6764 K.; 31.3.2014 T. Ayrıca bkz. otomobil satışına ilişkin olmakla beraber aynı yönde YHGK 2011/19-841 E.; 2012/144 K.; 14.3.2012 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 29.04.2021).

<sup>103</sup> **Özbilen**, s. 262, dipnot 806.

<sup>104</sup> Bu yönde bkz. **Özbilen**, s. 265-266. Bedelde muvazaada kısmî hükümsüzlük yaptırımının uygulanması yönünde bkz. **Şenol**, Nilay: “Taşınmaz Satış Sözleşmelerinde Bedelde Muvazaa ve Sonuçları”, YÜHFD, C. XV, 2020/1, s. 333 vd.

iddiasında bulunup gerçek bedeli ispat edip gerçek bedel üzerinden önalım hakkını kullanması mümkündür. Esasen önalım hakkına ilişkin uygulamada en çok görülen hal de budur. Önalım hakkı sahibi taraflara nazaran üçüncü kişi olduğu için ispat için kesin delil göstermesine de gerek yoktur, her türlü delille ispat faaliyetini gerçekleştirebilecektir. Nitekim Yargıtay bu halde, bedelde muvazaa iddiasında bulunan davacının, satış sözleşmesinin tarafı olmadığından, iddiasını tanık dâhil her türlü delille kanıtlanmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir<sup>105</sup>.

Bundan başka, yine Yargıtay kararlarıyla ortaya konulan bir diğer husus, muvazaa iddiasında bulunulması halinde, başkaca hiçbir delil göstermeden sadece keşif ve keşifle ortaya konan bedelin satış bedelinden düşük olması halinin muvazaayı ispata yetmeyeceğidir<sup>106</sup>.

<sup>105</sup> “...Uyuşmazlık, önalım hakkına konu edilen payın iptali ve davacı adına tesciline ilişkindir... Önalım hakkının kullanılması ile bu hakkı kullanan paydaş ile alıcı arasında kapsam ve şartları satıcı ile davalı arasında yapılan sözleşmenin aynı olan bir satım ilişkisi kurulmuş olur. Önalım hakkını kullanan paydaş bu payı satın almak isterken tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masraflar toplamından ibaret önalım bedelini depo etmesi gerekir. Ancak davacı tapuda yapılan satış sözleşmesinin tarafı olmadığından bedelde muvazaa iddiasında bulunabilir ve bu iddiasını her türlü delille kanıtlayabilir... **Davacı bedelde muvazaa iddiasında bulunduğu göre bu iddiasını kanıtlanması gerekir. Satış sözleşmesinin tarafı olmadığından bu iddianın tanık dâhil her türlü delille kanıtlanması mümkündür.** Davacı vekili de bu konuda 19.10.2009 tarihli dilekçesi ile delillerini bildirmiştir. Ancak mahkemece bedelde muvazaa iddiası konusunda tarafların göstermiş olduğu delilleri toplamadan, yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırmadan tapuda gösterilen bedel üzerinden önalım bedelinin süresinde yatırılmadığından söz ederek davanın reddine karar vermiştir. Bedelde muvazaa iddiasıyla açılan davalarda depo ettirilecek bedel, bu iddia doğrultusunda tarafların delillerinin toplanmasından sonra belirlenebilir...”, 6. HD, 81/2192; 01.03.2011 T., Tunaboğlu, s. 357-358. Bu yönde ayrıca bkz. 6440/6704, 21.10.2002 T., Tunaboğlu, s. 367-368.

<sup>106</sup> “...Kabule göre de, dava konusu 1/2 payın mülkiyetinin naklini sağlayan resmi senet içeriğinden bu payın davalıya 110.000,00TL bedelle satıldığı anlaşılmaktadır. **Davacı vekili, dava dilekçesinde miktar belirtmeksizin gerçek satış bedelinin daha düşük olduğunu, önalım hakkına engel olmak için bedelin muvazaalı olarak yüksek gösterildiğini iddia ederek keşif ve bilirkişi incelemesi delillerine dayanmış;** mahallinde yapılan keşif sonrası sunulan bilirkişi raporunda da dava konusu taşınmazın devir tarihi itibarıyla toplam değerinin 135.335,00TL olduğu bildirilmiştir. Mahkemece, her ne kadar taşınmazın bilirkişi tarafından belirlenen toplam değerinden dava konusu 1/2 paya isabet eden 67.667,50TL üzerinden davanın kabulüne karar verilmiş ise de **keşfen belirlenen bu bedel davacının bedelde muvazaa iddiasını kanıtlamaya yeterli değildir...** O halde mahkemece, davacı taraf bedelde muvazaa iddiasını kanıtlayamadığından, 4721 Sayılı TMK'nın 734. maddesi uyarınca tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masrafların toplamından ibaret olan önalım bedelini depo

Önalım hakkı sahibinin muvazaa iddiasında bulunması ve bunu ispat etmesi halinde, gerçek bedel üzerinden önalım hakkını kullanması mümkün olacaktır. Bu durumda mahkeme gerçek bedelin üzerine alıcı - davalının harç ve masraflarını ekleyip bu değer üzerinden depo kararı verecektir<sup>107</sup>.

### 3. Satış Bedelinin Tapuda Düşük Gösterilmesi Halinde Düşük Gösterilen Bedel Üzerinden Kullanılması

#### a. Genel Olarak

Tarafların satış bedelini düşük gösterdikleri fakat edimlerini tamamen yerine getirdikleri halde, bu sözleşmenin mahkeme önüne gelmesi esasen önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmasıyla olacaktır. Nitekim yukarıda da ifade ettiğimiz üzere<sup>108</sup> bedelin düşük gösterilmesi halinde çekişmenin mahkemenin önüne gelmesi, edimlerin, özellikle tarafların kendi aralarında

*etmek üzere davacıya süre verilerek sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, dava konusu payın keşfen belirlenen değeri üzerinden davanın kabulüne karar verilmesi de doğru görülmemiş, açıklanan nedenlerle hükmün bozulması gerekmiştir...*", 14. HD, 2016/16022 E., 2020/3403 K., 04.06.2020 T., **Ruhi/Ruhi**, s. 277-279. Keza aynı yönde bkz. "...Davacılar vekili bedelde muvazaa iddiasında bulunmuş, bedelde muvazaa iddiasında bulunan davacının muvazaayı her türlü delil ile kanıtlanma imkânı bulunmasına karşın; dosya kapsamı içerisinde davacıların muvazaa iddiası yeterli delillerle kanıtlanmamıştır. Dairemizin 24.02.2015 tarihli bozma ilamında bu husus belirtilmiş olmasına ve mahkemece de bozma ilamına uyulmasına karar verildiği halde bozma gereği yerine getirilmeyerek bedelde muvazaa iddiasının kabulüyle keşifte belirlenen değer ve tapu masrafları toplamı olarak depo edilen 82.587,50 TL miktarın davalıya ödenmesine karar verilmesi doğru değildir... Mahkemece, davacılar bedelde muvazaa iddiasını kanıtlayamadıklarından, 4721 Sayılı TMK'nın 734. maddesi uyarınca tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masrafların toplamından ibaret olan önalım bedelini depo etmek üzere davacılar süre verilerek sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, dava konusu payın keşfen belirlenen değeri üzerinden davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir..."14. HD, 2019/2583 E., 2020/2998 K., 11.03.2020 T., **Ruhi/Ruhi**, s. 294-296. "...Kabule göre de, bedelde muvazaa iddiasının salt keşifte belirlenen miktar ile kanıtlanamayacağı, tanık beyanlarının da görgüye ve bilgiye dayalı olması gerektiği hususunun gözetilmemesi de doğru görülmemiştir..."", 14. HD, 2016/15549 E., 2020/3386 K., 04.06.2020 T., **Ruhi/Ruhi**, s. 281-283.

<sup>107</sup> "... Bedelde muvazaa iddiası ile açılan davalarda depo ettirilecek bedel, bu iddia doğrultusunda tarafların delillerinin toplanmasından sonra belirlenebilir. Bu itibarla öncelikle bedelde muvazaa konusunda tarafların göstermiş olduğu delillerinin toplanması, tüm deliller birlikte değerlendirildikten sonra varılacak sonuç itibarıyla davalıya önalım bedelini depo etmesi için uygun süre tanınması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir..." Bkz. 6. HD, 81/2192, 01.03.2011 T., **Tunaboğlu**, s. 357-358.

<sup>108</sup> Bkz. Yukarıda II, B, 1.



kararlaştırdıkları gerçek bedelin tamamen ifa edilmemiş olması halinde söz konusu olmaktadır. Onun dışında düşük bedel iddiasının mahkemenin önüne gelmesi ise, önalım hakkı sahibinin hakkını kullanmak için dava açmasıyla gerçekleşecektir.

Bedel muvazaasının en çok görülen türü, tapu kütüğünde satış bedelinin, gerçek satış bedelinden düşük gösterilmesidir. Fakat bu muvazaada amaç esas itibariyle “ilgili üçüncü kişileri” aldatmak değil, deyim yerindeyse Vergi İdaresini aldatmak, ödenmesi gereken vergi ve harcı az ödemektir<sup>109</sup>. Yargıtay, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bedel muvazaası yapılmış bu türden hukuki işlemleri geçerli kabul etmekte, sadece tarafların vergi hukuku bakımından sorumluluklarının doğacağına işaret etmektedir. Şöyle ki; “...Tarafların protokolde bedeli 250.000 TL, tapu satış senedinde ise 93.000 TL olarak göstermeleri bilindiği üzere az vergi ödemek amacıyla yapılan bir işlem olup **taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olmasına sebep olmayacaktır.** Taraflar görüşteki sözleşmeyi yapmayı ciddi olarak istemekte ve niteliğinde de anlaşmaktadırlar. Sadece sözleşmenin bedeli değiştirilmektedir. Burada muvazaa sözleşmenin tamamında değil bir bölümünde gerçekleşmiştir... **Satış bedelinin 93.000 TL olarak gösterilmesinin sadece verginin düşük gösterilmesi amacını taşıyan bir işlem olarak varsayılması, bu durumda da yani düşük vergi gösterilmiş olması hususunun da resen hareket edilerek ilgili vergi dairesine ihbar edilmesi gereklidir...**<sup>110</sup>” ifadesi bu hususu açıkça göstermektedir.

#### **b. Yargıtay Uygulaması**

Yargıtay, tarafların düşük harç ve vergi ödemek için satış bedelini gerçekten düşük gösterdikleri hallerde, önalım hakkı sahibinin önalım hakkını bu düşük gösterilen bedel üzerinden kullanacağını büyük ölçüde kabul etmektedir. Esasen bu hususta nispeten istikrar kazanmış uygulaması, davalı alıcının davacı önalım hakkı sahibine karşı kendi muvazaasına dayanamayacağı, bunun hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceği yönündedir.

Yargıtay, bir kararında, davacı alıcının, daha önce aynı taşınmazın 1/3 payını, önalım hakkı kullanmak istediği pay için tapuda öngörülen bedelden çok daha yüksek bir bedele satın almış ve fakat düşük bedel üzerinden önalım hakkı kullanmış olmasını uygun bulmuştur. Burada davalının, davacı

<sup>109</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Şenol, s. 316 vd.

<sup>110</sup> YHGK 2011/13-716 E.; 2012/106 K.; 29.2.2012 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 29.04.2021).

önalım hakkı sahibinin hakkını kötüye kullandığı iddiası Hukuk Genel Kurulu tarafından kabul görmemiştir<sup>111</sup>.

Yargıtay'ın bir diğer kararında ise şu ifadeler yer almaktadır: "... Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk, önalım bedelinin belirlenmesinde tapudaki satış bedelinin mi yoksa temlik tarihi itibarıyla hesaplanan (davalının ödediğini iddia ettiği) gerçek bedelin mi esas alınması gerektiği noktasında toplanmakta olup; Kurulda yapılan görüşmeler sonunda **çoğunlukça**, dosya içeriği ve toplanan deliller uyarınca TMK'nın 734. maddesinde düzenlendiği ve Özel Daire bozma kararında belirtildiği gibi **önalım bedelinin belirlenmesinde esas alınacak satış bedelinin tapudaki satış bedeli olarak anlaşılması gerektiği kanaatine varılmıştır**. Hukuk Genel Kurulu görüşmeleri sırasında bir kısım üyelerce, paylı mülkiyete tabi taşınmazda pay satın

<sup>111</sup> "... Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk; dava konusu taşınmazda 1/3 payı **14.01.2008** tarihinde tapuda 90.000,00TL satış bedeli göstererek satın alan davacının, aynı taşınmazda 1/3 payı **11.05.2011** tarihinde 27.000,00TL satış bedeli göstererek davalının satın alması durumunda **davacının tapuda gösterilen 27.000,00TL satış bedeli üzerinden şufa hakkı kullanmak istemesinin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, davalının bedelde muvazaa iddiasının dinlenip dinlenemeyeceği noktasında toplanmaktadır...** Taraflar tapuda yapılan tescil işlemi ile sözleşmeyi ifa ettiklerine ve bu sözleşmenin koşullarını yerine getirip ana unsurlarını gerçekleştirdiklerine göre bedelde muvazaa iddiasını ileri sürerek sözleşmenin iptalini istemeleri "hakkın kötüye kullanılması" olarak değerlendirilmektedir (Eraslan Öz-kaya, İnançlı işlem ve Muvazaa Davaları, Ankara, Mayıs 2015, sayfa 187)... **Diğer taraftan şufa hakkını kullanan paydaşa karşı satış bedelinde muvazaa bulunduğu, gerçekte bedelin daha fazla olduğu, sözleşmenin taraflarından biri (alıcı) tarafından ileri sürülmesi de hakkın kötüye kullanılması teşkil eder** (Eraslan Öz-kaya, İnançlı işlem ve Muvazaa Davaları, Ankara, Mayıs 2015, sayfa 197). Somut olaya gelince; davacı, dava konusu 1393 ada 1 parsel sayılı taşınmazda paydaş olduğunu, dava dışı İ. 11.05.2011 tarihinde dava konusu taşınmazdaki 1/3 payını davalıya 27.000,00 TL bedelle sattığını, tapudaki satış bedeli üzerinden önalım hakkını kullanmak istediğini belirterek davalı adına kayıtlı 1/3 payın iptali ile adına tescilini istemiştir. Davalı ise dava konusu payı gerçekte 93.000,00TL bedelle satın aldığı ancak tapuda satış bedelinin 27.000,00TL olarak gösterildiğini sonradan öğrendiğini, şufa hakkının ancak gerçek bedel üzerinden kullanılabileceğini ileri sürerek davanın reddini savunmuştur. Davalı, dava konusu taşınmazdaki 1/3 payın satışına ilişkin 11.05.2011 tarih 7471 yevmiye numaralı satış akdinin tarafı olduğundan ve hiç kimse kendi muvazaasına dayanamayacağından davalının **bedelde muvazaa** iddiasında bulunması açıkça hakkın kötüye kullanmasıdır. **Bu itibarla, mahkemece dava konusu payın tapudaki satış bedeli olan 27.000,00 TL ile tapu harc ve masraflardan oluşan önalım bedelini depo etmek üzere davacıya uygun bir önel verilerek oluşacak sonuca göre işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken bu husus gözetilmeksizin yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir. Hal böyle olunca, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır...**", YHGK 2014/14-292 E., 2015/1544 K., 10.6.2015 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 02.10.2020).

*alan davalının, davaya konu payı tapuda gösterilen 5.000-TL bedelle değil, 200.000-TL bedelle satın aldığı savunarak buna dair belge sunduğu ve tanık dinlettiği; burada bedelde muvaza'a iddiasının işlemin tarafına değil üçüncü kişi olan davacıya karşı ileri sürüldüğü, bu iddianın her türlü delille kanıtlanabileceği, uyuşmazlığın çözümünde 5.5.1993 tarih, 1992/6-761 E., 1993/192 K. sayılı Hukuk Genel Kurulu<sup>112</sup> kararının dikkate alınması gerektiği, bu sebeple Yerel Mahkeme kararının yerinde olduğu görüşü ileri sürülmüş ise de, **Kurul çoğunluğunca yukarıda ve bozma ilamında belirtilen sebeplerle bu görüş benimsenmemiştir...**<sup>113</sup>”.*

Yollama yapılan kararda, azınlıkta kalan üyelerin istinat ettiği karar, yukarıda “Satış Bedelinin Değer Artışlarına Göre Mahkeme Tarafından Yeniden Belirlenmesi” başlığı altında yer verdiğimiz kararlardan biridir. Söz konusu kararda pratikte satış bedelinin düşük gösterilmesi meselesine de değinilmiştir ama esas mesele önalım hakkının geç kullanılması (mülga MK zamanında bu mümkündü) sebebiyle bu süre içinde ortaya çıkan değer artışının dikkate alınıp alınmayacağı meselesidir. Dahası kararın doğrudan konusu da mahkemenin görevi hususudur. Bu kararda, her ne kadar gerekçede düşük bedelden gösterme, muvazaanın ileri sürülüp sürülemeyeceği hususundaki görüşlere yer verilmişse de, nihayetinde taşınmazın değerinin zamanın geçmesine bağlı olarak ortaya çıkan değer artışına göre yeniden belirlenmesi ve bu değerlendirme üzerinden önalım hakkının kullanılması gerektiğine karar verilmesi söz konusudur. Bir başka ifadeyle, Yargıtay, bu kararda tapuda gösterilen düşük bedel üzerinden önalım hakkını kullanmak istemenin, önalım hakkı sahibinin hakkını kötüye kullanması anlamına geldiğine karar vermemiştir. Öte yandan karar oy çokluğuyla çıkmıştır.

Belirtmek gerekir ki, her ne kadar Yargıtay tapuda gösterilen düşük bedel üzerinden hakkın kullanılacağını kabul ediyorsa da, bu sonucu bertaraf eden kararlar da vermiştir. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 7.9.2020 tarihli kararında alıcının, önalım hakkı sahibi tarafından kendisine dava açılmadan önce, kütükte gösterilen düşük bedeli harç tamamlamak suretiyle “düzeltmesi” halinde, önalım hakkı sahibinin artık bu düzeltilmiş bedel üzerinden önalım hakkını kullanılabileceğini kabul etmiştir. Davacı önalım hakkı sahi-

<sup>112</sup> Bu karar için bkz. Yukarıda II, A.

<sup>113</sup> YHGK 2014/356 E., 2016/491 K., 6.4.2016 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 02.10.2020). 2014/14-292 E., 2015/1544 K., 10.06.2015 T., **Ruhi/Ruhi**, s. 1150-1154. Yargıtay’ın daha önceki tarihli kararları da bu yöndedir. 6. HD, 4143/4520, 19.04.1994 T.; 6. HD, 3010/4013, 28.03.1985 T.; 6. HD, 2428/2552, 17.03.1983 T., 391-392; 6. HD, 10412/10532, 16.11.1982 T. (Sırasıyla **Tunaboğlu**, s. 381-382; 389-390; 391-392; 393-394).

binin kütükteki bedel üzerinden hakkını kullanmak istemesini ise dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı gerekçesiyle reddetmiştir<sup>114</sup>.

Buna karşılık, eski tarihli olmakla birlikte, bir başka kararında<sup>115</sup>, “... Dava konusu pay bidayette otuz bir lira bedelle satılmıştır. Davalı bu akdin

<sup>114</sup> “...resmi satış sözleşmesine göre, davalı dava konusu taşınmazlardaki payları 24.11.2015 tarihinde toplam 9.240,00TL'ye satın almış; davalı tarafından dosyaya ibraz edilen Gelendost Vergi Dairesinin 25.11.2015 tarihli, Afşar 2347, 7149 ve 7150 parseller için ek harç açıklamalı, 1.950,00TL miktarlı vergi dairesi alıncısına göre, davalının gerçek değer olarak ifade ettiği miktar üzerinden harcı tamamladığı anlaşılmıştır. Bu düzeltme işlemi, önalım davasının açıldığı 04.12.2015 tarihinden önce tamamlanmıştır. Davalı taraf, satış sözleşmesinde yer alan ve satış bedelinden kaynaklanan hatayı dava açılmadan önce yetkili mercie başvurmak suretiyle düzeltirmiştir. Buradaki mesele; davalı tarafın, dava açılmadan önce resmi olarak düzenlenen sözleşmedeki herhangi bir hatayı düzeltirmeye hakkı ve yetkisinin bulunup, bulunmadığı; eğer düzeltme yapılmış ise bu düzeltmenin sözleşme dışındaki üçüncü kişilere etki edip etmeyeceğidir. Taşınmaz mal mülkiyetinin kanundan kaynaklanan daraltımlarından biri olan önalım hakkıyla ilgili yorumların ve değerlendirmelerin, mülkiyet hakkının özüne zarar verecek şekilde önalım hakkı sahibi lehine genişletilmesi doğru değildir. Bu nedenle, dava açılmadan önce gerçekleşen satış ve düzeltme işlemlerinin, bir bütün halinde ve hepsine eşit değer vererek mevcut durumun değerlendirilmesi gerekir. Önalım davasına konu satış sözleşmesine ve buradaki bilgilere dayanarak talepte bulunan davacının, dava açılmadan önce bu sözleşmedeki bir hatanın düzeltilmesine yönelik davalı işlemi kabul etmemesi 4721 Sayılı Kanun'un 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Davanın 58.000,00TL satış bedeli üzerinden kabulü gerekirken, 9.240,00TL üzerinden kabulü hukuka uygun değildir. Davalı vekilinin karar düzeltme istemi açıklanan nedenle yerinde olduğundan hükmün yazılan gerekçe ile bozulması gerekmiştir...”, 14. HD, 2019/3186 E., 2020/4622 K., 7.9.2020 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 20.05.2021). Bu yönde bir diğer karar için bkz. 14. HD, 2016/14090 E., 2020/2342 K., 27.02.2020 T., **Ruhi/Ruhi**, s. 309-313. Bu karara konu olayda, harç tamamlama davanın açılmasından bir gün önce yapılmıştır.

<sup>115</sup> 6. HD, 4120/4582, 23.06.1975 T.. **Tunaboğlu**, s. 397. Aynı yönde daha yeni tarihli bir diğer karar için bkz. 6. HD, 8042/8546, 21.09.1995 T., **Tunaboğlu**, s. 379-380. Bu kararda da, şu ifadeler yer almaktadır: “...Dava konusu taşınmazların tapu kayıt örneklerine ve tapunun cevabi yazısına göre şuf'alı payların **13.12.1993** tarihinde **50.000.000-TL** bedelle davalıya satıldığı, davalının bu satış sebebiyle 2.000.000-lira harç ödediği anlaşılmaktadır. Şuf'a hakkı **26.1.1994** tarihinde dava yolu ile kullanıldıktan sonra davalı **28.1.1994** günü **1.700.000.000-Lira** üzerinde gerekli harcı yatırmıştır. Davanın açılmasından sonra davalının vergi dairesine müracaatla evvelce vaki bedel hakkındaki beyanı hilafı hakikat olduğundan bahisle satış karşılığı 1 milyar 700 milyon lira üzerinde harç ödemiş olması açılan şuf'a davasına etkili değildir. Şuf'alı payların bedeli tapuda 50.000.000-lira olarak yazılıdır. Davalı satım sözleşmesinde taraflardan biri olduğuna göre tapuda gösterilen bedelde muvazaa bulunduğunu iddia edemeyeceği gibi o iddiaya uyularak sonradan vergi ödenmesinin, davanın değerinin yükseltilmesinin ve ona göre harç ödenmesinin de sonuca etkili olamaz. Bu nedenle satım sözleşmesinde gösterilen bedel üzerinden şuf'a hakkının tanınmasına karar verilmesi

tarafındandır. Bu itibarla satış bedelinin daha fazla olduğunu ileri sürmeyeceği gibi, sonradan vergisi ödenmek suretiyle arttırılan bedelle şefi sorumlu tutulamaz. Aksi kabul edilecek olursa şefi şuf'a hakkını kullanmaktan men edilmiş duruma düşürülmüş olur. Mahkemenin bu hususu göz önünde bulundurmadan yazılı şekilde hüküm tesisi, usul ve kanuna aykırıdır..." ifadesine yer verilmiştir.

Yargıtay, tespit ettiğimiz kadarıyla, kural olarak önalım hakkı sahibinin tapuda gösterilen düşük bedel üzerinden önalım hakkını kullanmasını kabul etmekte, gerçek bedelin yüksekliği iddiasını hakkın kötüye kullanımı olarak görmektedir. Bununla birlikte, alıcı kendisine **dava açılmadan önce**, düşük bedeli harç tamamlamak suretiyle düzelttiyse, bu düzeltilmiş bedel üzerinden önalım hakkının kullanılacağını, önceki düşük bedel üzerinden kullanılması talebinin ise dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağını ifade etmektedir. Dolayısıyla buradaki kilit nokta, dava açılmadan önce bedelin düzeltilmiş olmasıdır. Zira dava açıldıktan sonra yapılan düzeltmeler bakımından, düzeltilmiş bedelin değil tapuda gösterilen düşük bedelin önalım bedeli olduğunu kabul etmektedir.

### c. Öğretideki Görüşler

Öğretide, önalım hakkı sahibinin kütükte düşük gösterilmiş bedel üzerinden hakkını kullanmasını savunan ya da yerinde bulan yazarlar olduğu gibi, aksine davalı alıcının ispat ettiği gerçek bedel üzerinden hakkını kullanması gerektiğini ifade eden yazarlar da mevcuttur.

Kronolojik olarak baktığımızda, ESENER, Yargıtay'ın, alıcının bedelin tapudaki miktardan fazla olduğunu iddia edemeyeceğine ilişkin bir içtihadına yollama yapmış, fakat Harçlar Kanunu'nda yapılan değişikliğe istinaden zaten rayiç bedelden aşağı satım yapılamayacağını, dolayısıyla alıcının artık tapu sicilinde tescil edilmiş bedele karşı bir iddiasının olamayacağını ifade etmiştir<sup>116</sup>. FEYZİOĞLU, tarafların kötüniyetinin olduğunu ama bunun esasen önalım hakkını kullanana değil, fazla harç vermemek gayesiyle Hazine'ye karşı olduğunu açıklamakta, önalım hakkı sahibinin gerçek bedel üzerinden hakkını kullanmasının istendiğini, bedelin düşük gösterilmesi

*gerekirken bedelde muvazaa iddiasını davalı tarafından öne sürmeye hakkı olduğundan, bu yönde davacı tarafın iddiasının yerinde olmadığından söz edilerek 1 milyar 700 milyon lira karşılığında şuf'a hakkının tanınması hatalı görüldüğünden davacı vekilinin karar düzeltme isteğinin kabulü gerekmektedir..."* (6. HD, 1995/8042 E., 1995/8543 K., 21.9.1995 T.) (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 21.05.2021).

<sup>116</sup> Esener, s. 114 ve s. 67-68.

halinde, alıcıya gerçek bedeli ispat imkânı tanınmanın daha mantıklı olacağını söylemektedir. Fakat nihayetinde, resmi işlemlere karşı temin edilmesi gereken güven ve şu veya bu sebeple tevessül edilen kötünietli hareketleri himaye etmemek gereğinin, alıcının önalım hakkı sahibine karşı gerçek bedeli ileri sürmesine cevaz vermeme fikrini tercih edilebilir bulunduğunu ifade etmektedir<sup>117</sup>. ACEMOĞLU, eksik harç vermek için satım bedelini eksik gösteren tarafların sonradan bunu önalım hakkı sahibine karşı ileri sürmesini “*Nemo auditur - hiç kimse kendi hukuka ve ahlaka aykırı davranışından hak çıkaramaz*” kaidesiyle çeliştiğini ve her zaman hakkın kötüye kullanımı anlamına geleceğini savunmaktadır<sup>118</sup>. ACEMOĞLU’nun “*her zaman*” hakkın kötüye kullanımı anlamına geleceğini vurgulamasının sebebi, TANDOĞAN’ın görüşünü eleştirmesidir. Şöyle ki, TANDOĞAN, muvazaanın üçüncü kişilere ileri sürülememesinin ancak böyle bir iddia ortaya atmanın hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiği veya mülga TBK m. 18/2’deki gibi (TBK 19/2) kanunen açıkça öngörölmüş hallerde söz konusu olacağını, burada önalım hakkı sahibine karşı muvazaanın ileri sürülmesinde hakkın kötüye kullanımının olmadığını kabul etmektedir<sup>119</sup>. ACEMOĞLU, yazarın satım bedelini düşük göstermenin vergi kaçırma amacına yönelik olduğunu gözden uzak tuttuğunu, bu sebepten bedeli düşük gösteren kimsenin her zaman hakkını kötüye kullanmış olacağını savunmaktadır<sup>120 121</sup>.

ESENER/GÜVEN, bir Yargıtay kararına<sup>122</sup> atıfla ödenen bedelin senette yazılı bedelden daha fazla olduğu kanıtlanırsa bile, bu bedelin payı satandan istenemeyeceği, zira kimsenin kendi muvazaasına dayanarak hak iddia edemeyeceğini ifade etmektedir<sup>123</sup>. Atıf yapılan Yargıtay kararına konu olayda, bedelin tapuda düşük gösterilmesi fakat harici bir belgede gerçek bedelin yer alması, alıcının da gerçek bedeli ödemesi söz konusudur. Fakat kendisine karşı önalım hakkı kullanılmış ve tapudaki değer üzerinden ödeme

<sup>117</sup> Feyzioğlu, s. 430-431.

<sup>118</sup> Acemoğlu, Kevork: Eşya Hukuku Meseleleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1970, s. 129, dipnot 9.

<sup>119</sup> Tandoğan, s. 238.

<sup>120</sup> Acemoğlu, s. 129, dipnot 9. ATAMULU da, burada hakkın kötüye kullanımı olduğu görüşüne katılmaktadır. Bkz. Atamulu, s. 233.

<sup>121</sup> Hemen belirtelim ki, öğretilerde *hakkın kötüye kullanımı gerekçesine dayanmaksızın* alıcının önalım hakkı sahibine karşı bedelin tapudakinden fazla olduğunu ileri süremeyeceğini ifade eden yazarlar da mevcuttur. Bkz. Tekinay, s. 52; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 487; Ertaş, s. 278; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 434.

<sup>122</sup> YHGK, 2011/13-173 E., 2011/291 K., 11.5.2011 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 25.09.2020).

<sup>123</sup> Esener/Güven, s. 314.

yapılıp taşınmaz önalım hakkı sahibi üzerine tescil edilmiştir. Alıcı, gerçek bedel ile kütükteki bedel farkı için taşınmazı satın aldığı kişilere karşı icra takibi yapmış, takip kesinleşmiş, bunun üzerine menfi tespit davası açılmıştır. Hukuk Genel Kurulu, uyuşmazlığın şufa hakkının kullanılması sebebiyle taşınmazı geri alınan davalının, ödediği satış bedelinin taşınmazın tapudaki değerinden fazla kısmını, satıcı davacılarından sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyip isteyemeyeceği noktasında toplandığı belirtmiştir. Menfi tespit davasının davalısı alıcının uğramış olduğu zararın, harici sözleşme gereğince kararlaştırılan bedelin ödenmesinden değil, tapu masraflarından kaçınmak için eksik satış bedeli bildirmekten ileri geldiğini, davalının bu eyleminden dolayı kendi kusuru ile zarar gördüğünü, hukukun temel ilkelelerine göre hiç kimse kendi kusurundan kendisi lehine sonuç çıkaramayacağı için uğramış olduğu zarara kendisinin katlanmak zorunda olduğuna hükmetmiştir<sup>124</sup>.

ADAY, bu hususta ileri sürülen görüşlere yer verdikten sonra, TANDOĞAN'a da yollama yaparak<sup>125</sup> ispatın sorun teşkil edeceğini söylemektedir. TANDOĞAN, "...yalnız muvazaanın nasıl ispat edilebileceği ayrı bir sorundur..." demektedir. Onun bulduğu çözüm, rayiç bedelin öne sürülebilmesidir. Buna karşılık, ADAY, satışın rayiç bedel üzerinden yapılmış sayılacağı hususunda fiili veya hukuki bir karine olmadığı, öte yandan, tarafların satışın yüksel bedelle yapıldığını belgelendirmek üzere kendi aralarında düzenlemiş oldukları bir muvazaa senedini önalım hakkı sahibine karşı delil olarak kullanabilmesine izin vermenin işlem güvenliğini zedeleyeceğini ifade etmektedir. ADAY'ın önerdiği çözüm, önalım hakkı sahibine karşı gerçek bedeli ispat edemeyen alıcının, satıcıya rücu ederek muvazaayı taraflar arasındaki ispat rejimine göre ispat edip fazladan ödediği miktarın iadesini ondan (satıcıdan) istemesidir. Satıcının bu sonuca katlanmak zorunda olduğunu ifade etmektedir<sup>126</sup>. Fakat önceki paragrafta yer verdiğimiz üzere, Yargıtay bu yöndeki talebi kabul etmemiştir<sup>127</sup>.

<sup>124</sup> "... Diğer taraftan, kural olarak, muvazaalı işlemin tarafları birbirine karşı kendi muvazaasına dayanarak talepte bulunabilir, üçüncü kişilere karşı bu durumu ileri süremezler ise de, somut olayda olduğu gibi tapuda bedelin düşük gösterilmesi suretiyle yapılan muvazaa taraflar arasındaki muvazaa niteliğinde olmadığından bu tür bir muvazaaya dayanılarak talepte bulunulması olanaklı değildir...". YHGK, 2011/13-173 E., 2011/291 K., 11.5.2011 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 25.09.2020). Bu karar için karar düzeltme talep edilmiş ancak talep reddedilmiştir. Bkz. YHGK, 2011/13-743 E., 2011/721 K., 30.11.2011 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 25.09.2020).

<sup>125</sup> Bkz. Tandoğan, s. 238.

<sup>126</sup> Aday, s. 81-82.

<sup>127</sup> Bkz. Yukarıda, dipnot 124.

Davalı alıcının gerçek bedeli ispat edebilmesi ve önalım hakkı sahibinin de gerçek bedel üzerinden hakkını kullanması gerektiğini savunan görüşe baktığımızda, ilk olarak SEBÜK<sup>128</sup>'ün Yargıtay'ın aksi yöndeki kararına atıf yaptıktan bu hal tarzını isabetli görmediği yönündeki açıklaması mevcuttur. Ancak herhangi bir gerekçe ortaya koymamıştır.

İlk görüşü ifade ederken de yer verdiğimiz üzere, TANDOĞAN, muvazaanın üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesinin ancak böyle bir iddia ortaya atmanın hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiği veya kanunen açıkça öngörüldüğü hallerde (mülga TBK m. 18/2/ TBK m. 19/2) söz konusu olacağı, burada önalım hakkı sahibine karşı muvazaanın ileri sürülmesinde hakkın kötüye kullanımının olmadığı ifade etmiştir. Asıl sorunun muvazaanın ispatı meselesi olduğunu fakat rayiç bedel üzerinden hak kullanımı yoluna gidilirse deyim yerindeyse ispat probleminin de halledilmiş olacağı söylemiştir<sup>129</sup>.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu husustaki en geniş incelemeyi SUNGURBEY yapmıştır<sup>130</sup>. Öncelikle Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarına yer vermiş, bu içtihat sebebiyle uygulamada “şuf”azedeler” diye adlandırılacak bir topluluğun ortaya çıktığını, bu kişiler içinde varını yoğunu verip satın aldığı taşınmaz payının önalım hakkı sahibi tarafından yok bahasına elinden alınmak istenenler olduğunu söylemiştir. Resmi senette satış bedelinin düşük gösterilmesine karşı bu davranışları önleyip Hazine'nin çıkarlarını korumak için yapılması gerekenin cezalı harç almak olduğunu, önalım hakkı sahiplerinin düşük bedelle önalım konusunu alabileceğini kabul ederek alıcıyı cezalandırmanın Medeni Hukukun görevi olmayacağını, keza önalım hakkı sahibinin bedeldeki düşüklük tutarında sebepsiz zenginleştirildiğini ifade etmiştir<sup>131</sup>. Öte yandan, yukarıda da incelediğimiz üzere<sup>132</sup>, Yargıtay miras hukukuna müteferri amaçlarla akrabaya yapılan muvazaalı temliklerde, alıcıya bu muvazaayı ileri sürüp ispatlama hakkı tanımaktadır, fakat bedeldeki muvazaayı ispatlama hakkı tanımamaktadır<sup>133</sup>. Bu bağlamda, Yargıtay'ın 1948 tarihli oy çokluğuyla alınmış bir kararına ve o karardaki muhalefet şerhine de yollama yaparak<sup>134</sup> bedelin çok gösterilmiş olması

<sup>128</sup> **Sebük**, s. 89.

<sup>129</sup> **Tandoğan**, s. 238.

<sup>130</sup> **Sungurbey**, İsmet: Medeni Hukuk Sorunları, Beşinci Cilt, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından, İstanbul, 1984, s. 315-343.

<sup>131</sup> **Sungurbey**, s. 323-324.

<sup>132</sup> Bkz. Yukarıda I, C, 2.

<sup>133</sup> **Sungurbey**, s. 318-319 dipnot 1.

<sup>134</sup> “... Şuf'a hakkı, iddia olunan gayrimenkulün satış bedelinin 4 bin lira olduğu tapu cevabıyla anlaşılmasına ve bu gibi şuf'a davalarında müşterinin tapu memuru huzu-



halinde, önalım hakkı sahibine gerçek bedeli ispat hakkı verildiğine göre, alıcıya da gerçek bedeli ispat hakkı verilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>135</sup>. Bundan başka, Yargıtay'ın söz konusu kararda, alıcının önalım hakkı sahibine karşı bu bedelin gerçekte daha çok olduğu yolundaki savunmasını TMK m. 2/2'deki hakkın kötüye kullanımının özel bir çeşidi olan “çelişkili davranış yasağına” aykırı saydığını anlaşıldığını<sup>136</sup>; fakat bunun söz konusu olabilmesi için bu yasağa dayanmak isteyen kişide haklı bir güven yaratılmış olması gerektiğini, bununla beraber düşük harç ödemek için satış bedelinin düşük gösterilmesi uygulamasının çok yaygın olması ve herkesçe bilinen bu gerçek karşısında, önalım hakkı sahibinin bu bedele güvenmesinin haklı bir güven olamayacağını söylemektedir<sup>137</sup>. Esasen, hakkın kötüye kullanılması yasağının tali – ikinci derecede ve düzeltici bir işlevi varken, bu yasaktan dem vurup önalım hakkı sahibinin, önalım konusu alıcıya kaç mal olmuşsa; ancak o bedeli ödeyerek alabileceği yolundaki hakkaniyete dayanan ve bu nedenle uygulanması mümkün ve zorunlu olan bir temel hukuk ilkesini bertaraf etmesi söz konusu olamaz<sup>138</sup>. SUGURBEY'e göre, önalım hakkı sahibinin resmi satış senedinde bedelin düşük gösterilmiş olmasını fırsat bilip önalım konusunu bu düşük bedelle alıp kendi malvarlığında sebepsiz zenginleşmeye kalkışması hakkın kötüye kullanımının “kürsü örneği” olacak kadar tipik bir örneğidir. Öte yandan bir kimsenin hukuki işlem yaparken

*runda tapu memuru huzurunda tapu bedelini eksik beyan etmesi hüsnüniyete delalet edemeyeceğine ve şuf'a bedelinin davadan sonra yapılan ihbar üzerine idarece yapılan tahkikat neticesinde 13 bin lira olarak kabulü ile cezai harç alınması bedel hakkındaki tapu kaydına tesiri olmayacağına göre, ferağ bedelinin 4 bin lira olduğu kabul edilmek lazım gelirken...”. 1. HD, 1546/3215, 1.6.1948 T. Bu karar için bkz. Feyzioğlu, s. 428-429. “... Bu müdafaa, vergiden kurtulmak için bedelin sözleşmede az gösterilmiş olması ahlaka mugayirdir, denerek dinlenmemelik edilemez ve şuf'a davacısına vergiden kurtulmak maksadıyla bedelin sözleşmede az gösterilmiş olmasına rağmen, sözleşmede yazılı miktar ile şuf'ali hisseyi almak hakkı verilemez. Çünkü şuf'a hakkı davacısı, müşterinin yerini tutmak istemektedir. Bunun içindir ki, müşteri iktisap için mamelekinden ne çıkarmışsa, şuf'a davacısı da onu vermeye mecburdur. Bedelin çok gösterilmiş olması halinde şuf'a davacısına hakiki vaziyeti ve bedeli ispat ederek o miktarı almak yetkisinin tanınması da bu düşüncüyü teyit eder. Şuf'a hakkı sahibine bu yetkinin tanınıp müşteriye tanınmaması için hiçbir hukuka uygun sebep gösterilemez... ” Bu muhalefet serhi için bkz. Feyzioğlu, s. 423-426.*

<sup>135</sup> Sungurbey, s. 331-332.

<sup>136</sup> Sungurbey, s. 329.

<sup>137</sup> Sungurbey, s. 332-333. Belirtmek gerekir ki, ACEMOĞLU da bu hususta hakkın kötüye kullanımını olduğunu kabul etmektedir ancak o, çelişkili davranış yasağına aykırılık değil; hiç kimsenin kendi hukuka ve ahlaka aykırı davranışından hak çıkaramayacağı ilkesine aykırılık olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Acemoğlu, s. 129, dipnot 9.

<sup>138</sup> Sungurbey, s. 334.

sahip olduğu bir olanaktan aşırı çıkar sağlayacak şekilde yararlanması mülga BK m. 20 anlamında ahlaka aykırılık teşkil eder. Düşük bedel üzerinden önalım hakkı kullanarak kurulan satım ilişkisi de mülga BK m. 20 uyarınca ahlaka aykırılık sebebiyle batıldır<sup>139</sup>. Yazar bu noktada 6. Hukuk Dairesi'nin bir kararına yer verip kararı da çokça övmüştür<sup>140</sup>. Şöyle ki; karara konu olaydan anlaşıldığı kadarıyla kütükte 660 lira bedel belirlenmiş, önalım davası açılmış, davalılar bedelin gerçek olmadığından bahisle 4000 lira üzerinden harç vermişlerdir. Fakat bu husus sonuca etkili olmamıştır. Zira Yargıtay "... *davacının satışın hakikatte 4000 lira üzerinden yapıldığından haberdar olduğu ve suinayetle hareket ettiğini de iddia etmemiş olmalarına göre gerek mahkemenin görevine ve gerekse bedele mütedair temyiz itirazları varit görülmemiştir...*" diyerek hüküm kurmuştur. Karşıt kavram üzerinden gidersek, davalılar tarafından davacının kötüniyetli olduğu iddia edilmiş olsaydı bu hususun dikkate alınacağı fakat bunun iddia edilmediği sonucuna varmak mümkündür. Yargıtay'ın kötüniyetli olmaktan kast ettiği hakkın kötüye kullanımı ise, bu hususun dermeyan edilmese bile hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerekir. Muvazaanın iyiniyetli kimselere karşı ileri sürülemeyeceği kast ediliyorsa, bunun için de TBK m. 19/2 veya TMK m. 1023 gibi, açık kanun hükmü gerekir<sup>141</sup>. Karara konu olayla ilgili böyle bir hüküm de söz konusu değildir.

AYBAY/HATEMİ de, önalım hakkını düşük bedelle kullanmaya kalışan davacıya karşı bedelin gerçek miktarını ispatlama hakkı verilmesi gerektiğini, verilmediği takdirde, satıcı ve alıcının anlaşıp satıcının alıcıya karşı muvazaalı gabin davası açtığını ifade etmektedirler<sup>142</sup>. AYAN da, dürüstlük ilkesinin (TMK m. 2) gerekli kıldığı hallerde gerçek bedelin ileri sürülebileceğini kabul etmenin daha uygun düşeceği görüşündedir<sup>143</sup>.

TAMAN ŞİPKA da, öncelikle bu husustaki görüşlere yer vermiştir<sup>144</sup>. TANDOĞAN'ın hakkın kötüye kullanımı teşkil etmedikçe iddianın ispatına olanak verilmesi gerektiği görüşünden hareket edip gerçek bedelden ne anlaşılması gerektiği hususuna gelmiştir. Gerçek bedel taraflar arasındaki muvazaa anlaşmasına göre belirledikleri bedel mi, yoksa yapılacak keşif veya bilirkişi incelemesi sonucuna göre belirlenecek olan bedel midir sorusunu

<sup>139</sup> **Sungurbey**, s. 334-335.

<sup>140</sup> **Sungurbey**, s. 336. Karar için bkz. **Karahasan**, Mustafa Reşit: Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, İki Cilt, Ankara, 1977, s. 967.

<sup>141</sup> Bkz. ve karşı. **Sungurbey**, s. 325-327. Ayrıca bkz. **Şenol**, s. 323 ve s. 331.

<sup>142</sup> **Aybay/Hatemi**, s. 171.

<sup>143</sup> **Ayan**, s. 409-410.

<sup>144</sup> **Taman Şipka**, s. 77-79.

sormuştur. Tarafların kendi aralarında düzenlemiş oldukları muvazaaa senedini önalım hakkı sahibine karşı kullanmalarını kabul etmenin sakıncalı olabileceğini ifade etmiş, tarafların rayiç bedelden çok yüksek senet yapmış olmaları halinde bunu ileri sürmemeleri gerektiğini belirtmiştir. Nihayetinde, alıcının rayiç bedelin kütükte gösterilen bedelden daha yüksek olduğunu iddia etmesi de, muvazaaa ileri sürmektir. Buna göre, önalım hakkı sahibi, tapudaki bedel rayiç bedelin çok üzerinde gösterilmişse, gerçek bedelin kütükteki bedel olmadığını, rayiç bedelin tespiti gerektiğini ileri sürbildiğine göre, ona karşı da rayiç bedelin tapuda gösterilen bedelden fazla olduğunun ileri sürülebilmesi gerekir. Aksi durum, önalım hakkı sahibinin kendi hakkını bertaraf etmek amacıyla kararlaştırılmamış olan bir muvazaanın sonucundan kanunen ve ahlaken gerekmeyecek bir biçimde yararlandırılması sonucunu doğuracaktır<sup>145</sup>.

ERKAN da, önalım hakkı sahibinin düşük bedeli fırsat bilip önalım hakkını kullanmasının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağı görüşündedir. Tapu harç ve masraflarından kaçmak için bedelin düşük gösterilmesi açıkça kanuna (vergi kanunlarına) aykırıdır fakat bunun sonucunda o hukuk kuralının gerektirdiği sonuçla karşılaşmalıdır. Vergi kanunlarına aykırı bir sözleşme, hukuka aykırı olduğu için geçersiz de olsa, nihayetinde vergi cezası uygulanmak suretiyle bu sözleşme ayakta tutulmaktadır. Bu bağlamda, alıcının hukuk düzeninin ayakta tuttuğu sözleşme için önalım hakkının rayiç bedel üzerinden kullanılmasını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanımı anlamına gelmez. Hukuka aykırı davranan kişinin cezası vergi cezası ödemesidir, bundan başka bir de önalım hakkı sahibine düşük bedelle önalım hakkı kullanma imkânı vermek biçiminde ikinci bir ceza, hukuk sistemimizde öngörülmemiştir<sup>146</sup>. EREN de aynı hususa işaret etmekte, Yargıtay'ın önalım hakkının kütükteki bedel üzerinden kullanılması gerektiğine yönelik bir kararına yollama yaptıktan sonra bu görüşe mutlak olarak katılmanın mümkün olmadığını söylemektedir. Zira vergi kanunları düzeltme ve pişmanlık hakkı tanımaktadır. Buna göre, bir hukuk düzeninde bizzat yasa hükmü sözleşmede yapılan bedelde muvazaayı ek harç ve vergi ödemek suretiyle düzeltiyorsa, yargı organının bu sözleşmeyi artık muvazaalı saymasına imkân yoktur<sup>147</sup>.

ŞENOL, satım sözleşmesinde bedel objektif esaslı unsurlardan biri olduğu için basit kısmi hükümsüzlüğün söz konusu olamayacağını, zira

<sup>145</sup> **Taman Şıpka**, s. 79.

<sup>146</sup> **Erkan**, s. 59.

<sup>147</sup> **Eren**, s. 112-113.

bedelin geçersiz olup sözleşmenin diğer hükümlerinin ayakta kalacağını iddia edilemeyeceğini ifade etmiştir. Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük<sup>148</sup> bakımından değerlendirip bu tür hükümsüzlük türünde geçersiz olan hükmün yerine yedek bir kuralın geçebileceği ve sözleşmedeki boşluğun bu şekilde doldurulabileceği üzerinden gitmiştir. Buna göre, yedek hüküm, emredici bir kural, tamamlayıcı bir kural veya tarafların ortak ve farazi iradesi olabilir. Bedelde muvazaa halinde bedelin geçersiz, sözleşmenin geri kalan hükümlerinin geçerli olarak ayakta kaldığı varsayımında ise, taşınmaz satış sözleşmesinde bedelin yerine geçecek bir emredici veya yedek hukuk kuralı söz konusu değildir. Ancak yazara göre, tarafların farazi iradesi ile bu boşluğun doldurulması hususu tartışılabilir. Bedelde muvazaada tarafların görünürde yaptıkları işlem dışında, aralarında yaptıkları ve gerçek bedeli içeren bir de gizli işlem bulunmaktadır. Bu işlem şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olması ve fakat bu geçersizliğin taraflar arasında TMK 2/2 gereği ileri sürülemeyecektir. Buna karşılık, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımının kabul edilmesi halinde, taraflar arasındaki gizli işlemdeki bedele ilişkin irade gerçek iradelerini yansıttığı için, ortak irade olarak kabul edilerek hükümsüz bölümün veya diğer bir ifadeyle objektif esaslı noktanın yarattığı boşluğun bu gerçek irade ile dolduğu kabul edilebilir. Bu hükümsüzlük türünün bedelde muvazaa için kabul edilmesi durumunda, görünürdeki işlemin hükümsüz olan bedel unsuru gizli işlemdeki bedel unsuru ile doldurulacak; ancak, üçüncü kişi konumundaki kişiler bakımından uygulanacak bedel, rayiç emlak vergisi değeri üzerinden hesaplanacaktır. ŞENOL bu değerlendirmesindeki amacının, borçlar hukuku prensiplerine göre kesin hükümsüz olan bir sözleşmenin zorla ayakta tutulmaya çalışılması olmadığını, uygulamada bedelde muvazaa halinde geçersizlik yaptırımının tam olarak uygulanmıyor olmasından kaynaklanan hukuki durumu temellendirme çabası olduğunu ifade etmektedir<sup>149</sup>.

#### *d. Görüşümüz*

Önalım hakkı sahibinin tapuda gösterilen düşük bedel üzerinden önalım hakkını kullanması hususundaki görüşümüzü konuyu ikiye ayırarak değerlendirmek istiyoruz. Şöyle ki, Yargıtay yukarıda yer verdiğimiz üzere, bedelin dava açılmadan önce harç tamamlamak suretiyle düzeltilmesi halinde

<sup>148</sup> Bu hususta geniş bilgi için bkz. **Başpınar**, Veysel: Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998, s. 152 vd.; **Kırkbeşoğlu**, Nagehan: Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 203 vd.

<sup>149</sup> **Şenol**, s. 333-334.

düzeltilmiş bedel üzerinden kullanıma imkân vermektedir. Biz bu hususa ilişkin değerlendirmemizi sonraya bırakarak önalım hakkı sahibinin hakkını gerçek bedel mi yoksa tapudaki düşük bedel üzerinden mi kullanmasının hukuka uygun olduğu meselesini öncelikle değerlendirmek istiyoruz.

Esasen, yukarıda da yer verdiğimiz üzere<sup>150</sup>, muvazaanın üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesini engelleyen açık bir kanun hükmü olmadığı takdirde bu sonucu doğuracak hüküm TMK m. 2/2 hakkın kötüye kullanımı yasağıdır. Yani muvazaayı ileri sürmek ancak hakkın kötüye kullanımı anlamına geliyorsa, sonuç doğurmayacak, bir başka ifadeyle hakkını kötüye kullanan elde etmek istediği sonuca ulaşamayacaktır. Yani kütükteki bedelin gerçek olmadığını, gerçek bedel üzerinden önalım hakkının kullanılması gereğini ifade eden davalı alıcı, hakkını kötüye kullanıyorsa, bu iddia dinlenmeyecek ve kütükteki değer üzerinden önalım hakkı kullanılacaktır. Öğretide tapuda gösterilen bedelin gerçek bedel olmadığını önalım hakkı sahibine karşı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanımı anlamına gelmeyeceğini savunan yazarların başında TANDOĞAN gelmektedir. Hemen ifade edelim ki, kanaatimizce de gerçek bedeli önalım hakkı sahibine karşı ileri sürmek kural olarak hakkın kötüye kullanımı teşkil etmez.

Hakkın kötüye kullanımının söz konusu olması için, hukuk düzeninin tanıdığı bir hakkın varlığı ve bu hakkın açıkça kötüye kullanılması gereklidir. Bu kötüye kullanmadan bir zararın hâsıl olmasının gerekip gerekmediği ise tartışmalıdır. Buna göre, davalı alıcının hakkını kötüye kullandığını söyleyebilmek için, öncelikle hukuk düzeninin tanıdığı bir hakkın varlığı aranır. Edimler ifa edildikten sonra bedelin muvazaalı olduğunu sözleşmenin diğer tarafına karşı dermeyan etmekte hakkın kötüye kullanımının olduğu kanaatindeyiz. Nihayetinde tarafların edimlerini yerine getirdikten sonra, hükümsüzlüğü ileri sürüp geçersiz sözleşmenin tasfiyesini talep etmelerinde yani bedelin ve taşınmazın iadesini istemelerinde menfaatlerinin en azından haklı bir menfaatlerinin olmadığı açıktır. Bir başka ifadeyle, hükümsüzlük ileri sürme hakkını kullanmakta yarar yokluğu söz konusudur. Bundan başka, bu halde bir tarafın diğer tarafı aldatıp şekle aykırılığa sebep olması durumu da mevcut değildir. Esasen bu halde konunun mahkeme önüne gitmesi de gerçek bedelin eksik ödenmesi yani edimlerin ifasının tamamlanmadığı hallerde gerçekleşmektedir. Hemen belirtelim ki, bedel sözleşmenin esaslı unsurudur ve kanaatimizce Yargıtay'ın "*Taraflar görüşteki sözleşmeyi yapmayı ciddi olarak istemekte ve niteliğinde de anlaşmaktadırlar. Sadece sözleşmenin*

<sup>150</sup> Bkz. Yukarıda I, B, 3, a.

*bedeli değiştirilmektedir*<sup>151</sup>” ifadesiyle ortaya koyduğu üzere, önemsiz görülecek ve geçiştirilecek bir husus değildir. Burada medeni hukuk bağlamındaki çözüm, hakkın kötüye kullanımının korunmamasıdır. Hak kötüye kullanılıyorsa hükümsüzlük dikkate alınmayacak, hükümsüzlük dermeyanıyla elde edilmek istenen sonuca ulaşılamayacaktır. Aksi halde ise ileri sürülebilecektir.

Tarafların düşük harç, vergi ödemek için bedeli de düşük göstermiş olmaları halinde davalı alıcının bu hususu davacı önalım hakkı sahibine ileri sürmesinde yani bedelin muvazaalı olduğunu söyleyip gerçek bedeli ispat edip önalım hakkının bu bedel üzerinden kullanılmasını istemesinde kötüye kullanılan bir hak olduğu kanaatinde değildir<sup>152</sup>.

ACEMOĞLU, eksik harç vermek için satım bedelini eksik gösteren tarafların sonradan bunu önalım hakkı sahibine karşı ileri sürmesini “*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* – hiç kimse kendi hukuka ve ahlaka aykırı davranışından hak çıkaramaz” kaidesiyle çeliştiğini ve her zaman hakkın kötüye kullanımı anlamına geleceğini savunmuştur<sup>153</sup>. Tarafların bedeli eksik göstermelerinin hukuka aykırı olduğu açıktır. Ne var ki, bizatihi Devlet bu hukuka aykırılığı yani tarafların yalan beyanını deyim yerindeyse affedip onlara düzeltme imkânı tanımaktadır<sup>154</sup>. Öte yandan, tarafların amacı üçüncü kişileri yani önalım hakkı sahiplerini aldatmak da değildir.

Buna karşılık, önalım hakkı sahibinin tapuda gösterilen düşük bedel üzerinden önalım hakkı kullanmaya çalışması bakımından hakkın kötüye kullanımı halini irdelemek gerekir. Çok defa tapudaki bedelin piyasadaki rayiç bedelden düşük olduğunu bildiği ve davalı tarafından da bu husus ileri sürüldüğü halde, tabiri caizse kütükte gösterilen düşük bedeli fırsat bilip önalım hakkını bu değer üzerinden kullanmakta hakkın kötüye kullanımı söz konusu olabilecektir<sup>155 156</sup>. Hakkın kötüye kullanımından bir zarar ortaya

<sup>151</sup> YHGK 2011/13-716 E.; 2012/106 K.; 29.2.2012 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 29.04.2021).

<sup>152</sup> Hatta SUNGURBEY’in ifade ettiği üzere, üçüncü kişinin yani önalım hakkı sahibinin kütükteki bedelin gerçek bedel olduğunu düşündüğü, böyle düşünmekte de haklı olduğu bir başka ifadeyle iyiniyetli olduğu halde ona karşı bedelde muvazaanın ileri sürüleceğini kanaatinde de değildir. Zira iyiniyetin korunması ancak Kanunun iyiniyete sonuç bağladığı hallerde söz konusu olur. Halbuki burada örneğin TBK m. 19/2 gibi bir hüküm mevcut değildir. Bkz. **Sungurbey**, s. 325-327.

<sup>153</sup> **Acemoğlu**, s. 129, dipnot 9.

<sup>154</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Şenol**, s. 313-318.

<sup>155</sup> Yargıtay kararına konu olan ve yukarıda da yer vermiş olduğumuz bir olayda, davacı önalım hakkı sahibi daha önce aynı taşınmazın 1/3 payını, önalım hakkı kullanmak istediği pay için tapuda öngörülen bedelden çok daha yüksek bir bedele satın almış ve

çıkması gerekip gerekmediği tartışmalı bir husustur ancak burada davalı alıcının zarara uğrayacağı da açıktır. Hatta bu durum, SUNGURBEY'in ifadesiyle, hakkın kötüye kullanımının "kürsü örneği" olacak kadar tipik bir örneğidir<sup>157</sup>.

TANDOĞAN bedeli düşük gösterme hususunda esas sorunun ispat olduğunu, bu nedenle rayiç bedel üzerinden hakkın kullanımının sorunu çözeceğini ifade etmiştir. İspat hususunda sözleşme tarafının muvazaayı ispat etmesi yazılı delili, daha doğrusu bir ifadeyle kesin delili gerektirecektir. Önalım davasının davalısı alıcının elinde bedelde muvazaayı ispat eden bir yazılı belge olması halinde ispat gerçekleşecektir. İspatın gerçekleştiği halde de rayiç bedeli tespiti gerek kalmayacaktır.

Esasen sorununun rayiç bedelle çözüleceğini düşünen tek yazar TANDOĞAN değildir. ESENER, gerçek bedelin önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülebileceğini ifade etmesine rağmen, Harçlar Kanunu'nda yapılan değişiklikle, rayiç bedelden aşağı satış yapmak mümkün olmadığından alıcının artık tapu sicilinde tescil edilmiş bedele karşı bir iddiasının olamayacağını ifade etmiştir. Önceki bölümde yer verdiğimiz üzere önalım hakkı sahibinin kütükteki düşük bedel üzerinden hakkını kullanmasını yerinde bulmayan hemen hemen bütün yazarlar, rayiç bedel üzerinden kullanımın sorunu çözeceği kanaatindedir. Bu bağlamda TAMAN ŞİPKA, önalım hakkı sahibi, tapudaki bedel rayiç bedelin çok üzerinde gösterilmişse, gerçek bedelin kütükteki bedel olmadığını, rayiç bedelin tespiti gerektiğini ileri sürdüğüne göre, ona karşı da rayiç bedelin tapuda gösterilen bedelden fazla olduğunun ileri sürülebilmesi gerektiği görüşündedir. Bununla birlikte, ADAY<sup>158</sup>, FEYZİOĞLU<sup>159</sup>'nun da bir anlamda kaygısını paylaşarak şöyle

fakat yeni pay için düşük bedel üzerinden önalım hakkı kullanmıştır. Buna rağmen, davalının, davacı önalım hakkı sahibinin hakkını kötüye kullandığı iddiası Hukuk Genel Kurulu tarafından kabul görmemiştir. YHGK 2014/14-292 E., 2015/1544 K., 10.6.2015 T. (<http://www.kazanci.com.tr/>. Erişim tarihi: 02.10.2020).

<sup>156</sup> Nitekim bu yönde bkz. **Aybay/Hatemi**, s. 171; **Ayan**, s. 409-410; **Taman Şipka**, s. 79. **Erkan**, s. 59; **Eren**, s. 112-113.

<sup>157</sup> SUNGURBEY, önalım hakkı sahibinin hakkını nasıl kötüye kullandığını çarpıcı örneklerle ve bütün unsurlarıyla açıklamıştır. Bkz. **Sungurbey**, s. 315-343, s. 334-335.

<sup>158</sup> ADAY, tarafların satışın yüksel bedelle yapıldığını belgelendirmek üzere kendi aralarında düzenlemiş oldukları bir muvazaa senedini önalım hakkı sahibine karşı delil olarak kullanabilmesine izin vermenin işlem güvenliğini zedeleyeceğini ifade etmektedir. Bkz. **Aday**, s. 81-82.

<sup>159</sup> FEYZİOĞLU, resmi işlemlere karşı temin edilmesi gereken güven ve şu veya bu sebeple tevessül edilen kötüniyetli hareketleri himaye etmemek gereğinin, alıcının önalım hakkı sahibine karşı gerçek bedeli ileri sürmesine cevaz vermeme fikrine tercih edilebileceği görüşündedir. Bkz. **Feyzioğlu**, s. 430-431.

bir yorum da getirmiştir: Yazara göre, tarafların kendi aralarında düzenlemiş oldukları muvazaa senedini önalım hakkı sahibine karşı kullanmalarını kabul etmenin sakıncası olabilir, bu nedenle, taraflar rayiç bedelden çok yüksek senet yapmış olmaları halinde bunu ileri sürememelidir. Önalım hakkı sahibinin hakkını kullanma ihtimalini gözetip bir muvazaa senedi de hazırlayan ve bu senette ödenen bedelden de fazla bir bedel gösteren kişinin bunu ileri sürememesi gerektiği açıktır. Nihayetinde bunun önalım hakkı sahibinin hakkını kullanamaması veya yüksek bedelden kullanması için, kütükte gerçek bedelden yüksek bir bedel göstermekten farkı yoktur.

Bununla birlikte, “rayiç bedel” de esasen sorunu çözmemektedir. Bu noktada rayiç bedel ifadesiyle neyin kast edildiğini önemlidir. Şöyle ki, tapuda bildirilecek olan asgari değer emlak vergisi değeridir. Emlak vergisi değeri de, taşınmazın asgari değeri üzerinden bir bölgede belediye tarafından hesaplanan metrekare satış değeridir. Buna karşılık, taşınmazın gerçek satış değeri gerçek rayiç değeridir. Çoğunlukla da taşınmazın gerçek rayiç değeri, belediyenin tespit ettiği rayiç değerinden yüksektir<sup>160</sup>. Dolayısıyla “rayiç bedel” de bu hususta her zaman bir çözüm olamayabilecektir.

ŞENOL, bedelde muvazaa halinde değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerektiği kanaatindedir. Öncelikle belirtelim ki, görünürdeki düşük bedel gösterilmiş işlem muvazaa sebebiyle, gizli işlem ise şekle aykırılık sebebiyle geçersizdir. Fakat tarafların edimlerini ifa ettikten sonra geçersizliği ileri sürmesi hakkın kötüye kullanımı anlamına gelir. ŞENOL görünürdeki işlemin bedel unsurunun hükümsüz olduğunu, bedel esaslı nokta olduğu için, basit kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanamayacağını, bu nedenle değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanarak gizli işlemdeki bedel unsurunun görünürdeki işlemdeki boşluğu doldurması ve böylece hakkın kötüye kullanımından mütevellit geçersizlik yaptırımın söz konusu olmaması gerektiğini ifade etmektedir. Kanaatimizce, görünürdeki işlem muvazaa sebebiyle kesin hükümsüzdür. Bedel muvazaa-sında edimler ifa edildikten sonra bunu ileri sürmek de hakkın kötüye kullanımı teşkil etmektedir. Bu noktada medeni hukuk ilkeleri bakımından bir yanlışlık olduğu kanaatinde değiliz, keza bu husus yorumla değiştirilebileceğimiz bir konu da değildir, buna gerek de yoktur. Bundan başka, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanabilmesi için tarafların farazi iradelerinin, *sakatlığı bilmiş olsalardı* sözleşmeyi ikame bir hükümle yapacakları sonucuna varılması gerekir<sup>161</sup>. Tarafların bedeli düşük gösterirken

<sup>160</sup> Geniş bilgi için bkz. Şenol, s. 317 vd.

<sup>161</sup> Başpınar, s. 162.



bunun hukuka aykırı olduğunu veya sakat olduğunu bilmemeleri de kanaatimizce mümkün değildir. Esasen sorun tarafların birbirlerine karşı olan taleplerinden ziyade, alıcı üçüncü kişilere karşı taleplerinde ortaya çıkmaktadır. Yazarın o husustaki çözümü ise rayiç bedelin uygulanmasıdır<sup>162</sup>. Kanaatimizce değiştirilmiş kısmi butlan yaptırımını uygulamayı kabul ettikten sonra, üçüncü kişiler bakımından niye gizli sözleşmedeki bedelin değil de, bu çözümle çelişen bir biçimde rayiç bedelin uygulanması gerektiği açıklanmaya muhtaç bir konudur. Üstelik kendisinin ayrıntısıyla açıkladığı ve bizim de yukarıda yollama yaptığımız üzere<sup>163</sup> Emlak Vergisi Kanunu'ndaki rayiç bedel, gerçek satış bedelinin çok altında olmaktadır.

Yargıtay'ın uygulamasına gelince, esasen Yargıtay'ın görüşüne katılmadığımız zaten buraya kadar yaptığımız açıklamalardan da ortaya çıkmaktadır. Fakat bu noktada Yargıtay'ın kendi içinde çelişkili içtihatlarını da dikkate aldığımızda bu uygulamayı benimseyenlerin bile yerinde bulmayacağını düşündüğümüz bir husus vardır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, Yargıtay dava açılmadan önce harç tamamlanmış olması halinde tamamlanmış harca esas bedeli önalım bedeli olarak kabul etmektedir. Hatta bir kararında dava açılmadan bir gün önce – belki de dava açılacağından bir şekilde haberdar olunması üzerine – harç tamamlanmış, ertesi gün de alıcıya dava açılmıştır. Şayet harç tamamlanıp gerçek bedel üzerinden hak kullanımında hakkın kötüye kullanımı – hukuka aykırılık yoksa pekâlâ dava açılması üzerine de bunun mümkün olması gerekir. Açıkçası bir kimsenin kendi muvazaasına dayanamayacağı argümanı, harç dava açılmadan tamamlanırsa bu bedel üzerinden önalım hakkı kullanımını mümkün kılmaya göre daha kabul edilebilir bir gerekçedir.

Öte yandan, Yargıtay, yine yukarıda yer verdiğimiz üzere, miras hukukuna müteferri amaçlarla yapılan fakat satış gösterilen bağış sözleşmelerinde önalım hakkının kullanılamayacağını kabul etmektedir. Üstelik bağışlanan kişilerin akraba olması yeterlidir, yani bu uygulama müstakbel mirasçılarla sınırlı da değildir. Bu halde, muvazaanın ileri sürülmesini kabul ederken, kimsenin kendi muvazaasına dayanamayacağı hususunu gözetmezken, önalım hakkı sahibinin, deyim yerindeyse, göz göre göre düşük bedel üzerinden hak sahibi olmasına -dava açılmadan önce harç tamamlanmamışsa- hiçbir engel çıkarmamaktadır. Yargıtay'ın bu uygulamasının yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.

<sup>162</sup> Şenol, s. 333-334.

<sup>163</sup> Bkz. Yukarıda dipnot 160.

## SONUÇ

Yargıtay bedel muvazaasının bir türü olarak karşımıza çıkan hatta muvazaanın en çok görülen türü olan tapuda gerçek bedelden düşük bedel gösterilmesi hususunda sözleşmeyi geçerli saymaktadır. Burada tarafların amacı düşük vergi ve harç ödeyip tapu masraflarını azaltmaktır. Esas itibarıyla, bu hususun mahkeme önüne gelmesi de ancak taraflardan birinin edimini gereği gibi getirmemesi halinde söz konusu olmaktadır. Zira her iki taraf edimini yerine getirdikten sonra mahkemenin önüne gidecek bir çekişme ortaya çıkmayacağı gibi, bu halde geçersizliği ileri sürmek de hakkın kötüye kullanımı teşkil edecektir.

Yargıtay, kural olarak, önalım hakkı sahibinin de tapuda gösterilen düşük bedel üzerinden hakkını kullanacağını kabul etmektedir. Kişinin (önalım hakkı yükümlüsü alıcının) kendi muvazaasına dayanmasının hakkın kötüye kullanımı anlamına geleceğine istinaden bu şekilde hüküm vermektedir. Ancak miras hukukuna müteferri amaçlarla yapılan muvazaada, bağışın satış gösterilmesi halinde, bunun ileri sürülebileceğini kabul etmekte, dahası bağışlanan kişinin müstakbel mirasçı olmasını da aramamakta, akraba olmasını yeterli görmektedir. Bundan başka, son kararlarında gördüğümüz üzere, önalım hakkı kullanmak için dava açılmadan önce gerçek bedele göre harç tamamlanmış olması halinde, önalım hakkının bu bedel üzerinden kullanılacağını kabul etmektedir. Yargıtay'ın burada dikkate aldığı husus davanın açılma tarihidir.

Kanaatimizce, önalım hakkı sahibine karşı alıcının gerçek bedelin kütükte görünenden daha yüksek olduğunu iddia etmesini, bir ön kabul olarak hakkın kötüye kullanımı saymak doğru değildir. Yargıtay, bu hallerde, hiçbir değerlendirme yapmadan, deyim yerindeyse ezbere biçimde hakkın kötüye kullanımı olduğunu söylemektedir. Ne var ki, incelememizde de gördüğümüz üzere, önalım hakkı sahibinin, bir payı, aynı taşınmazdan daha önce aldığı başka bir paya ödediği bedelden, çok daha düşük bedele önalım hakkını kullanmak suretiyle edinmesi bile söz konusu olmaktadır. Burada önalım hakkı sahibinin hakkını kötüye kullanıp kullanmadığının incelenmesi gerekmektedir. Bu nedenle Yargıtay'ın bu içtihadını yerinde bulmuyoruz. Öte yandan, yine belirttiğimiz üzere, Yargıtay, harcın dava açılmadan önce tamamlanması halinde, bu bedel üzerinden hakkın kullanımını kabul etmekte, burada bir kötüye kullanma görmemektedir. Eğer böyle ise, davanın açılması üzerine, davalının talebi olması halinde, davalı alıcıya harç tamamlama imkânı verilmesi, en azından kendi uygulamasındaki çelişkiyi ortadan kaldıracaktır.

**BİBLİYOGRAFYA**

- Acemoğlu**, Kevork: Eşya Hukuku Meseleleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1970.
- Aday**, Nejat: Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, 1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992.
- Akalp-Demirtabak**, Didem: Yasal Önalım Hakkı, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Eşya Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.
- Akyol**, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- Alaslan**, Fatma: “Medeni Hukuk’da Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Ekim 2016, s. 413-434.
- Altaş**, Hüseyin: Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7), Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- Altaş**, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1998.
- Arık**, K., Fikret: “Mirasçıya Satışta Şuf’a Cereyan Eder mi?”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 4, s. 211-217.
- Arpacı**, Abdülkadir: “Eşya Hukukumuzda Yeni Medeni Kanunla Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış”, Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU’na Armağan, Ankara, 2004, s. 89-113.
- Atamulu**, İsmail: Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Ateş**, Derya: “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, TBB Dergisi, S. 72, 2007, s. 75-93.
- Ayan**, Mehmet: “Kanuni Şuf’a Hakkı” (Şuf’a), Prof. Dr. Halil CİN’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Özel Sayı, Konya, 1995, s. 335-368.
- Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku II, Mülkiyet, 9. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- Aybay**, Aydın/**Hatemi**, Hüseyin: Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Aydın Ünver**, Tülay: “Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 145-

- 146, Eylül Ekim 2016, Prof. Dr. Özer SELİÇİ'nin Anısına Armağan, s. 829-857.
- Aydoğdu**, Murat: Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Başpınar**, Veysel: Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998.
- Baygın**, Cem: "Yeni Borçlar Kanununun Satış İlişkisi Doğuran Haklar Konusunda Getirdiği Düzenlemelere Genel Bir Bakış", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y. 2011, S. 79-80, s. 7-30.
- Burcuoğlu**, Haluk: "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Önalım Hakkı Düzenlemesi ve Borçlar Kanunu'nun ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Sözleşmesel Önalım Hakkına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Bazı Gözlemler", Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, 2011, s. 285-298.
- Buz**, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- Cihan**, Ali Hulki: "Taşınmaz Devirlerinde Bedelde Muvazaanın Sözleşmeye Etkisi", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2013, S. 2, s. 101-106.
- Dural**, Mustafa/Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku, C. I, 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Edis**, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Ankara, 1989.
- Erdem**, Mehmet: "Yasal Önalım Bedeli ve Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Bedelin Güncellenmesi Meselesi", Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU'NA Armağan, C. I, İstanbul, 2020, s. 789-832.
- Erel**, Şafak: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları Ankara, 1982.
- Eren**, Fikret: "Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 103-126.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (BG), 24. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Eren**, Fikret: Mülkiyet Hukuku (Mülkiyet), Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011.

- Erkan, Vehbi Umut:** “Anayasa Mahkemesi’nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/34 ve K. 2007/ 94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 5, S. 1, Y. 2014, s. 269-294.
- Erkan, Vehbi Umut:** Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkı (MK. md. 732, 733, 734), Ankara, 2006 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Ertaş, Şeref:** Eşya Hukuku, 11. Baskı, Fakülteler Yayınevi, İzmir, 2014.
- Esener, Turhan/Güven, Kudret:** Eşya Hukuku, 8. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Esener, Turhan:** Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları İstanbul, 1956.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmettin:** Şu’fa Hakkı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1959.
- Gauch, Peter/Schlupe, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Zürich, 2008.
- Gümüş, M. Alper:** “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK m. 237/III. 238, 239 ve 240-242) Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan ADAL’a Armağan, Özel Sayı, C. VIII/2-IX/1, Y. 2011-2012, S. 1-2, s. 435-453.
- Günay, Erhan:** Önalım Hakkı, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Gürsoy, Kemal Tahir/Eren, Fikret/Cansel, Erol:** Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978.
- Karahasan, Mustafa Reşit:** Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, İki Cilt, Ankara, 1977.
- Karahasan, Mustafa Reşit:** Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, 1. Cilt, Arıkan Basım Yayım, İstanbul, 2007.
- Keller, Max/Schöbi, Christian:** Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel, 1988.
- Kırca, Çiğdem:** “Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler”, Prof. Dr. Ömer TEOMAN’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, s. 1179-1203.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan:** Önalım Hakkı, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

- Kırkbeşoğlu**, Nagehan: Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- Kızır**, Mahmut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, s. 1770-1792.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Köylüoğlu**, Egemen: Önalım Davası, Ankara, 2011 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).
- Kramer**, Ernst A./**Schmidlin**, Bruno: Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zur Art. 1-18 OR, Bern 1986 (**Kramer**, Ber.Kom.).
- Meier-Hayoz**, Arthur: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Grundeigentum II, Art. 680-701, Bern, 1975.
- Oğuzman**, Kemal/**Barlas**, Nami: Medeni Hukuk, 24. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- Oğuzman**, Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, 22. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Oğuzman**, M. Kemal: "Dürüstlük Kuralına (MK m. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi", Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN'A 65. Yaş Armağanı, Ankara, 1988, s. 407-415.
- Okur**, Sinan: "Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori; Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme (TBK m. 240/Art. 216c OR)", SDÜHFD C. 9, S. 1, Y. 2019, s. 101-258.
- Özbilen**, Arif Barış: Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- Özçelik**, Barış: "Fiili Taksim Halinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılmayacağı Yönündeki Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi", TBB Dergisi, Mart-Nisan 2019, Sayı 141, s. 253-264.

- Özdek**, Yasemin: “Önalımda (Şuf`ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1985, C. 3, S. 3, s. 337-369.
- Özenli**, Soysal: Uygulamada Önalım (Şuf`a) Davaları, 2. Basım, Kazancı Yayınları, Ankara, 1990.
- Özkaya**, Eraslan: Açıklamalı – İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- Rey**, Heinz/**Strebel**, Lorenz: **Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Geiser**, Thomas: Basler Kommentar (Bas.Kom.) Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZBG, Art 1 - 61 SchlT ZGB, Basel, 2011.
- Rey**, Heinz: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, Bern, 2000.
- Ruhi**, Canan/**Ruhi**, Ahmet Cemal: Önalım Hakkına Dayalı Tapu İptali ve Tescil Davaları, Yenilenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Sayımlar**, Zeynep: “Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Etkileyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Y. 2015, C. 1, s. 627-652.
- Saymen**, Ferit Hakkı/**Elbir**, Halit Kemal: Türk Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963.
- Sebük**, Tahir M.: Türk Medeni Kanununda Şuf`a, Vefa ve İştira Hakları, Kader Basımevi, İstanbul, 1951.
- Serozan**, Rona: Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- Sirmen**, Lale: “Taşınmaz Satımlarında Bedelin Düşük Gösterilmesinin Hukuki Sonuçları” (Bedel), Prof. Dr. Jale G. AKİPEK’E Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, 1991, s. 305-326.
- Sirmen**, Lale: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Suata**, İlay Zeynep: Kanuni Önalım Hakkı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Sungurbey**, İsmet: Medeni Hukuk Sorunları, Beşinci Cilt, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından, İstanbul, 1984.
- Şans Uçaryılmaz**, Talya: Bono Fides (Dürüstlük Kuralı), Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Şenol**, Nilay: “Taşınmaz Satış Sözleşmelerinde Bedelde Muvazaa ve Sonuçları”, YÜHFD, C. XV, 2020/1, s. 305-337.
- Sıpka**, Şükran: “Yargıtay Kararları Doğrultusunda Taşınmazdaki Değer Artışlarının Kanuni Önalım (Şuf`a) Bedeline Yansıtılması”, İstanbul

Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1996, C. 20, s. 31-39.

**Taman Şıpka**, Şükran: Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı (MK.m.659) Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları, Alfa Basım Yayım, İstanbul, 1994.

**Tandoğan**, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. I/1, 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

**Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altıp**, Atilla: TEKİNAY Eşya Hukuku, C. 1, (TEKİNAY Eşya), 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.

**Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altıp**, Atilla: TEKİNAY Borçlar Hukuku (TEKİNAY Borçlar), 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

**Tekinay**, Selahattin Sulhi: Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988.

**Tunaboğlu**, Müslim: Önalım (Şuf'a) Davaları, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013.

**Tuor**, Peter/**Schnyder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Rumo-Jungo**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 2009.

**Uyar**, Talih: "Yargıtay Kararlarında "Dürüstlük (Objektif İyiniyet)" Kuralı (MK.2/I) ve "Hakım Kötüye Kullanılması Yasası" (MK.2/II)", Prof. Dr. SEYFULLAH EDİS'E ARMAĞAN, İzmir, 2000, s. 439-465.

**Von Fischer Lehmann**, Marie: ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar, 2016, Art. 681 (<https://www.swisslex.ch/>).

**Wiegand**, Wolfgang: **Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Wiegand**, Wolfgang: Basler Kommentar (Bas.Kom.) Obligationenrecht (OR) I, Art. 1-529, Basel, 2011.

**Yıldız**, Ekrem: Önalım Davaları, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

**Zevkliler**, Aydın/**Acabey**, Beşir/**Gökyayla**, Emre: Zevkliler Medeni Hukuk, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.

<http://www.kazanci.com.tr/>

<https://www.swisslex.ch>



**KISALTMALAR**

<b>Art.</b>	: Artikel (madde)
<b>b.</b>	: Bend
<b>Bas.Kom.</b>	: Basler Kommentar
<b>Ber.Kom.</b>	: Berner Kommentar
<b>BGB</b>	: Bürgerliches Gesetzbuch
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>E.</b>	: Esas
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>K.</b>	: Karar
<b>Karş.</b>	: Karşılaştırınız
<b>KHK</b>	: Kanun Hükmünde Kararname
<b>m.</b>	: Madde
<b>N</b>	: Numara
<b>OR</b>	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
<b>RG</b>	: Resmi Gazete
<b>RGZ</b>	: Entscheidungen des deutschen Reichgerichts in Zivilsachen (Hukuk Davalarına İlişkin Alman İmparatorluk Mahkemesinin Kararları)
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>SDÜHFD</b>	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>T.</b>	: Tarih
<b>TBB</b>	: Türkiye Barolar Birliği
<b>TBK</b>	: Türk Borçlar Kanunu
<b>TMK</b>	: Türk Medenî Kanunu
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>Y.</b>	: Yıl
<b>YHGK</b>	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
<b>YİBK</b>	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
<b>YÜHFD</b>	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>ZGB</b>	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

## TÜRK HUKUKUNDA VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA GÜMRÜKSÜZ SATIŞ MAĞAZALARI

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1002848>

**Dr. Öğr. Üyesi Altan Fahri GÜLERCİ\***

### Öz

“Gümrüksüz satış mağazası” terimi, dünyada yaygın bir uygulaması bulunan “duty-free shop” ifadesinin Türkçe’ye uyarlanmış halidir. Kavramın yaygın ve bilinen adı “duty-free shop” şeklindedir. Bu mağazalar gümrük giriş ve çıkışlarında bulunan ve ancak belirli şartları yerine getirenlerin alışveriş yapabildikleri kendine özgü statüsü olan yerlerdir. Bu mağazalar ayrıca gümrük hukukunun kamu karakterinin özel hukuk uygulamasına yansımış bir örneğini teşkil etmektedir. Zira kamu hukuku bu mağazaların sadece kurulması, faaliyete geçmesi, denetimi noktalarında değil, bu mağazalar tarafından yapılan birtakım özel hukuk işlemlerinde de etkisini göstermektedir. Ancak kamu hukukunun ne kadar etkisi olursa olsun, gümrüksüz satış mağazalarının fiil ve işlemlerinin doğrudan ticaret hukukunu ilgilendirdiği de bir gerçektir. Bu makalede gümrüksüz satış mağazalarının açılması, faaliyetleri, denetimi ve hukuki niteliği konuları ile mağazaların faaliyetlerinin ticaret hukuku boyutuna ilişkin önemli noktalara değinilmiştir. Bu bağlamda gümrüksüz satış mağazalarının şube niteliği taşıyıp taşımadıkları, devri, tekel hakkı, mağazadaki malların haczi ve rehni konularında değerlendirmelerde bulunulmuştur. Ayrıca uygulamada çıkabilecek olası sorunlara da çözüm önerileri sunulmuştur. Makalede konuyla ilgili karşılaştırmalı hukuk incelemesine de yer verilmiştir. Bu kapsamda seçilmiş bazı ülkelerin mevzuatlarındaki durum ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Gümrüksüz satış, Gümrüksüz satış mağazası, Antrepo, Ticari işletme, Şube

\* Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Afyonkarahisar (altanfahrigulerci@gmail.com), ORCID: 0000-0001-8731-4181 (Geliş Tarihi: 05.07.2021-Kabul Tarihi: 28.09.2021)

## DUTY FREE SHOPS IN TURKISH LAW AND COMPARATIVE LAW

*(Research Article)*

### **Abstract**

*The concept of “gümrüksüz satış mağazası” is the Turkish adaptation of the “duty-free shop” concept, which is widely used in the world. The concept is commonly used as a “duty-free shop” without being translated into Turkish. These stores are sui generis businesses that are located at the customs entrance and exit and only those who fulfill certain conditions can shop. These stores also constitute an example of the mixed character of customs law reflected in practice. Because public law affects directly, not only the establishment, operation and inspection of these stores, but also some private law transactions made by these stores. However, regardless of the effect of public law, it is a fact that duty-free shops and their actions and transactions directly concern commercial law. In this article, the opening, activities, inspection and legal nature of duty free shops and important points regarding the commercial law dimension of the activities of the stores are mentioned. In this context, evaluations were made on whether the duty-free shops have the characteristics of branches, their transfer, monopoly right, seizure and pledge of the goods in the store. In addition, possible solutions to possible problems that may arise in practice are offered. The article also includes comparative law analysis on the subject. In this context, the situation in the legislation of some selected countries has been discussed in detail.*

### **Keywords**

*Duty-Free, Duty-Free shops, Warehouse, Commercial business, Branch*

## **GİRİŞ**

Ortaya çıkışı yirminci yüzyılın ikinci yarısına tekabül eden ve “duty-free shop” adıyla bilinen gümrüksüz satış mağazaları, özellikle de demir perdenin yıkılması ve küreselleşme süreciyle ülkeler arası seyahatlerin yoğunluk kazanması ile birlikte, son yirmi yılda dünyada yaygınlık kazanmış ve bu durum hemen hemen tüm ülkelerin mevzuatlarında özel düzenlemelerin yapılması gereğini doğurmuştur. “Duty-free shop” sektörünün gerek ülkemizde ve gerekse dünyada yabancı sermaye girişinin yoğun olarak yaşandığı, yüksek karlılık ve ciro getiren çok canlı bir sektör olduğu görülmektedir<sup>1</sup>. Bu çalışma gümrüksüz satış mağazalarının kurulması, faaliyete geçmesi, hukuki niteliği, denetimi konuları ile bu mağazaların ticaret hukuku açısından bir değerlendirmesini yapmayı amaçlamıştır. Dolayısıyla söz konusu mağazaların faaliyetlerinin vergi hukukuna ilişkin boyutu çalışmamızın kapsamı dışındadır. Bu bağlamda gümrüksüz satış mağazalarının başta ticari işletme ve şube nitelikleri üzerinde olmak üzere değerlendirmede bulunulacak, hukuki nitelikleri tespit edilmeye çalışılacak; gümrüksüz satış mağazalarına ilişkin olarak tanınan tekel hakkı, mağazanın devre konu olması, mağazanın ve mağazadaki ürünlerin rehni ve haczedilmesi konularının irdelemesi yapılacaktır.

### **I. GÜMRÜKSÜZ SATIŞ MAĞAZALARI HAKKINDA GENEL BİLGİLER VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KONUNUN DÜZENLENİŞİ**

#### **A. Gümrüksüz Satış Mağazası Kavramı, İşleyiş Mantığı ve Bu Mağazaların Ortaya Çıkışı**

Gümrüksüz satış mağazaları “alış ve satışında gümrük ve diğer vergilerin ödenmediği veya düşük nispetlerde ödendiği eşyaların satıldığı” mağaza şeklinde tanımlanabilir<sup>2</sup>. Bu mağazalar havaalanlarında ve hudut kapılarında, emniyet (pasaport) kontrolünden geçilmesinden sonra, gümrüksüz alan (tax-free zone) olarak ifade edilebilecek sahalarda kurulabilen; sattığı malların nitelik ve nicelik itibarıyla, malların satıldığı kişilerin de kural

<sup>1</sup> Bu konuda bkz. Gümrüksüz ve Vergisiz Satış Mağazaları İşletmeciliği, Sektör Tanıtımı, Gümrük ve Ticaret Dergisi, 2013/1, s. 119. 2017 Yılı itibarıyla dünya genelinde DFS’lerin perakende satış tutarının 64,6 milyar ABD Doları olduğu hakkında bkz. <http://dfworldcouncil.com/what-is-duty-free-travel-retail/> (Erişim Tarihi: 10.06.2021).

<sup>2</sup> **Aksu**, Mustafa: Gümrüksüz Satış Mağazalarında Pazarlama Organizasyonu, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1989, s. 4.

olarak dış hatlar yolcuları olarak sınırlandırıldığı, vergi hukuku anlamında birtakım ayrıcalıklı hükümlere tabi yerlerdir. Ülkeden ülkeye değişmekle birlikte genellikle giriş ve çıkışta ayrı ayrı gümrüksüz satış mağazaları bulunabileceği gibi gemi ve uçaklarda da bu mağazaların teşekkül etmesi imkân dâhilindedir. Bu mağazaların en önemli özelliği, mağazalarda satılan ürünler üzerinde birtakım vergi muafiyetleri tanınmak suretiyle, ürünlerin serbest dolaşıma girmiş eşyaya nazaran daha uygun olarak satılabilmesi ve bazen de serbest dolaşıma hiç girmemiş eşyaların yine uygun fiyatlarla satılabilmesidir<sup>3</sup>. İlk ortaya çıktığı yer olan İrlanda'da, bu mağazaların açılma gayesi ülkenin iktisadi açıdan görece yoksul olan Shannon bölgesinin gelişimine katkı sağlanması idi<sup>4</sup>. Sonraki dönemlerde bu mağazaların yaygınlık kazanmasının ve böyle bir mağaza türüne ihtiyaç duyulmasının ardındaki temel nedenlerin ise; mağazalarda satılan ürünlerin kaçakçılığa müsait ürünlerden olması nedeniyle kaçakçılığa ve böylelikle kayıt dışı döviz çıkışına mâni olunması, haksız rekabetin önüne geçilmesi ve çeşitli avantajlar ve muafiyetler sağlanmak suretiyle ülkeye döviz kazandırılması olduğu söylenebilir<sup>5</sup>. Ancak tüm bu satış işlemlerinin mağazada alışveriş yapabilecek kişi başına belli limitlerle sınırlı olduğunu da belirtmek gerekir. Sağlanan bu mali avantajların ve satın alınabilecek ürünlerin belli bir sınıra tabi tutulmasının nedeni ise satılan ürünlerin ticari değil, tüketim amaçlı olması bir başka ifadeyle yolcu başına şahsi kullanım (personal use) ötesine geçmemesinden kaynaklanmaktadır<sup>6</sup>.

Yine aralarında benzerlikler bulunmakla beraber gümrüksüz satış mağazalarının, serbest bölgelerde faaliyet gösteren işletmelerden farklılık arz ettiğini ifade etmeliyiz. Gerçekten de gümrüksüz satış mağazalarında yapılan satışlar, serbest bölgelere göre oldukça dar kapsamlı olup, bu mağazalarda ihracat ve ithalat işlemleri gerçekleştirilmemekte iken; serbest bölgelerde her türlü sınaî, ticari ve hizmetle ilgili faaliyetler yapılabilmektedir<sup>7</sup>. Yine

<sup>3</sup> Bununla birlikte gümrüksüz satış mağazalarında satılan her ürünün serbest dolaşıma girmiş eşyaya göre daha uygun fiyatlı olmayabileceği, bu nedenle fiyat araştırması yapılmadan bu mağazalardan alışveriş yapılması durumunda belki de serbest dolaşımda daha ucuza satılan aynı ürünün çok daha pahalıya dahi alınabileceği yönünde bir değerlendirme için bkz. Duty Free Is Cheaper: Myth, Or Fact? (godsavethepoints.com) (Erişim Tarihi: 10.06.2021).

<sup>4</sup> **Sektör Tanıtımı**, Gümrüksüz ve Vergisiz Satış Mağazaları (Duty-Free) İşletmeciliği, Gümrük ve Ticaret Dergisi, 2013/1, s. 118.

<sup>5</sup> **Aksu**, s. 12.

<sup>6</sup> Zoll online - Reisefreimengen (Erişim Tarihi: 06.09.2021).

<sup>7</sup> **Aksu**, s. 13. Ayrıca bkz. Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliği md. 10. (RG. 10.03.1993, S. 21520)

gümrüksüz satış mağazalarında vergi muafiyeti satışa sunulan mallar bakımından olup, mağazanın kendisinin vergi mükellefiyeti devam etmektedir<sup>8</sup>. Buna karşılık serbest bölgelerde faaliyet gösteren işletmelerin vergi hukuku anlamında çok önemli birtakım muafiyetleri söz konusudur<sup>9</sup>.

Gümrüksüz satış mağazası terimi, gündelik hayatta sık kullanılmayan ve bu nedenle çoğu kimsede de herhangi bir çağrışım uyandırmayan bir kavramdır. Zira bu mağazalar tüm dünyada “duty-free shop” hatta sadece “duty-free” adıyla bilinir. Bazı ülkelerde “tax-free store”, “export shop” olarak da adlandırılabilir. Ama kavramın hâkim kullanılışı kısaca “duty-free” şeklindedir. Dünyada ilk duty-free shop 1951 yılında İrlanda’da Shannon Havaalanında Brendan O’Regan tarafından kurulmuştur<sup>10</sup>. Keza dolaylı olarak da olsa mevzuat anlamındaki düzenlemelerin yapılması da yine İrlanda’da da gerçekleşmiştir<sup>11</sup>.

Gümrüksüz satış mağazalarının yaygınlık kazanmasının ise sonraki zamanlarda gerçekleştiği görülmektedir. Nitekim Dünya Gümrük Örgütü (WCO), 16 Haziran 1960 tarihinde gümrüksüz satış mağazalarının münha-

<sup>8</sup> Aksu, s. 14.

<sup>9</sup> 15.06.1985 Tarihli ve 18785 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Serbest Bölgeler Kanunu’nun geçici 3. maddesinin 5810 sayılı kanunun 7. maddesi ile değişik ikinci fıkrasına göre, Avrupa Birliğine tam üyeliğin gerçekleştiği tarihi içeren yılın vergilendirme döneminin sonuna kadar serbest bölgelerde üretim faaliyetinde bulunan mükelleflerin bu bölgelerde imal ettikleri ürünlerin satışından elde ettikleri kazançları ile serbest bölgelerde, bakım, onarım, montaj, demontaj, elleçleme, ayrıştırma, ambalajlama, etiketleme, test etme, depolama hizmeti alanlarında faaliyette bulunan ve hizmetin tamamını Türkiye’de yerleşmiş olmayan kişilerle, işyeri, kanuni ve iş merkezi yurt dışında bulunanlara veren hizmet işletmelerinin, söz konusu hizmetlere konu malların serbest bölgelerden Türkiye’ye herhangi bir şekilde girişi olmaksızın yabancı bir ülkeye gönderilmesi şartıyla bu hizmetlerden elde ettikleri kazançları gelir veya kurumlar vergisinden müstesnadır.

<sup>10</sup> Seely, Antony: Duty-free shopping, House of Commons Library Research Paper 99/74, 1999, s. 7 (Erişim Tarihi: 12.06.2021); Brendan O’Regan | The Times (Erişim Tarihi: 12.06.2021); Kılıç, Özkan: Gümrüksüz Satış Mağaza Faaliyetlerinin Bilgisayar Desteğinde Yürütülmesi ve Bir Uygulama Örneği, (Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul, 1992, s. 3.

<sup>11</sup> Gerçekten de, İrlanda parlamentosu tarafından 18 Mart 1947 tarihinde kabul edilen The Custom Free Airport Act bu konuda tüm dünyaya öncülük teşkil etmiştir. Kanun metni için bkz. Customs-Free Airport Act, 1947 (irishstatutebook.ie) (Erişim Tarihi: 10.06.2021). Bu kanun daha sonra 25 Kasım 1958 yılından yapılan değişikliklerle Customs-Free Airport (Amendment) Act of 1958 adını almıştır. Söz konusu düzenlemenin 9. maddesi ile gümrüksüz satış mağazaları daha açık bir hukuki dayanağa kavuşmuştur; bkz. Customs-Free Airport (Amendment) Act, 1958 (irishstatutebook.ie) (Erişim Tarihi: 10.06.2021).

sıran deniz limanlarında ve gümrük havalimanlarında işletilebilmesine ve bu tür mağazalarda malların gümrüksüz ve vergisiz olarak ve yalnız yurt dışına seyahat edenlere satışına izin verilmesi gerektiğine dair bir tavsiye kararı yayınlamıştır<sup>12</sup>. Mağazaların yaygınlık kazanması da bu karardan sonrasına dayanmaktadır. Ülkemizde de ilk gümrüksüz satış mağazalarının kurulması bu gelişmeleri takip ederek, 1965 yılında gerçekleşmiştir<sup>13</sup>.

### B. Karşılaştırmalı Hukukta Gümrüksüz Satış Mağazalarına İlişkin Düzenlemeler

Gümrüksüz satış mağazaları ile ilgili olarak karşılaştırmalı hukuk incelemesi yapmak, mevzuatımızdaki düzenlemelerin anlaşılabilmesi açısından bize ışık tutacaktır. Karşılaştırmalı hukuk incelememizi yaparken belirli birkaç ülkeyle sınırlı kalınmamış olup, mümkün olduğunca farklı hukuk çevrelerinin ve ayrıca sektörün güçlü olduğu birtakım ülkelerin hukuki düzenlemelerine yer verilmiş, böylelikle farklı çözümlerin görülebilmesine olanak sağlanmak amaçlanmıştır. Keza karşılaştırmalı hukuk incelemesi yaparken seçilen ülkelerin tesadüfi olarak belirlenmediğini de belirtmek gerekir. Nitekim 2017 yılı istatistiklerine göre dünya genelinde gümrüksüz satış mağazalarında yapılan satışların %49,2'si Asya-Pasifik olarak adlandırılan ülkelerde gerçekleşmiştir<sup>14</sup>. Bu nedenle mezkûr bölgede yer alan Avustralya, Çin Halk Cumhuriyeti ve Tayvan hukuklarındaki düzenlemelere yer verilmiştir. Anglo-Sakson yaklaşımını temsilen Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada hukuku ile Brexit süreci ile birlikte ayrıca hususiyet arz etmesi nedeniyle Birleşik Krallık hukukundaki düzenlemeler de incelenmiştir. Pek çok noktada hukukumuza kaynaklık teşkil eden İsviçre hukuku ve Avrupa Birliği mevzuatındaki düzenlemelerin yanı sıra AB ile olan yakın ilişkileri nedeniyle Norveç'in benimsediği sistem de çalışmamızda irdelenmiş bulunmaktadır.

<sup>12</sup> Söz konusu kararın, o dönem İsviçre'yi uluslararası ticaret ve ulaşım konularında rekabet edemez duruma düşürmemek adına İsviçre Federal Konseyi tarafından da benimsendiğine ilişkin olarak bkz. Botschaft zum Bundesgesetz über den Einkauf von Waren in Zollfreiläden auf Flughäfen, 12. März 2010, <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2010/2169.pdf>, s. 2171. (Erişim Tarihi: 14.06.2021).

<sup>13</sup> Gümrüksüz ve Vergisiz Satış Mağazaları İşletmeciliği, Sektör Tanıtımı, Gümrük ve Ticaret Dergisi, 2013/1, s. 119. Ülkemizde ilk olarak girişte Tekel ve Türksan, çıkışta Tekel ve Setur mağaza açmış ve daha sonra bunlara yenileri eklenmiştir; bkz. **Kaliç**, s. 3.

<sup>14</sup> Global Travel Retail Change 2018 v 2017, PowerPoint Presentation (dfworldcouncil.com) (Erişim Tarihi: 06.09.2021).

## 1. İsviçre Hukuku'ndaki Düzenlemeler

İsviçre'de gümrüksüz satış mağazalarına (Zollfreiläden) ilişkin olarak Gümrük Kanunu (Zollgesetz-ZG) md. 17 hükmü özellikle zikredilmelidir<sup>15</sup>. Hemen belirtelim ki, ZG'nin bu maddesi, 17 Aralık 2010 tarihli Havaalanlarında Bulunan Gümrüksüz Satış Mağazalarında Mal Alımlarına İlişkin Federal Kanun ile mevcut halini almıştır. ZG Art. 17 Abs. 1 hükmüne göre Federal Maliye Bakanlığı (EFD), hava meydanlarında sürekli olarak faaliyet gösteren gümrük dairelerinin bulunduğu havaalanı işletmecilerine gümrüksüz satış mağazası işletme hususunda yetki verilebilecektir. Görüldüğü gibi bu düzenleme ile gümrüksüz satış mağazası işletmeciliği yapmak üzere lisans verilmesi havaalanı işletmecilerine tanınmıştır. ZG Art. 17 Abs. 3 hükmüne göre ise Federal Gümrük İdaresi (EZV), havacılık şirketlerine ya da diğer şirketlere gümrük havalimanlarında veya yakınlarında, uçakta açık büfe hizmetlerinin sağlanması için gümrüksüz malları depolama ve bunları yurtdışı uçuşlara hazırlamak için kullanma yetkisi verebilir. Her halükârda bu izinlerin verilebilmesi için gerekli güvenlik ve kontrol önlemlerinin sağlandığının tespiti gerekmektedir (ZG Art.17 Abs. 3). Giden ve gelen yolcuların<sup>16</sup> bu mağazalardan hangi ürünleri satın alabileceği ise Federal Konsey tarafından belirlenecektir (ZG Art. 17 Abs. 2).

1 Kasım 2006 tarihli Gümrük Yönetmeliği'nin (Zollverordnung-ZV) 69. maddesi ise "Gümrüksüz Satış Mağazaları ve Gemide Büfe Hizmetleri" başlığını taşımakta ve birinci fıkrasında mağazalarda yurt dışına giden ve yurt dışından gelen yolculara hangi ürünlerin satılabileceğini hükme bağlamaktadır<sup>17</sup>. İkinci fıkrasında ise gümrüksüz satış mağazalarındaki depolama işlemlerinin açık gümrük antrepo hükümlerine göre gerçekleştirileceği ifade edilmiştir. Gümrüksüz satış mağazası işletmeciliğinin hukuki dayanağını da bu hüküm teşkil etmektedir. ZG Art. 54'e göre açık gümrük antreposu işletmek için Federal Gümrük İdaresi'nden izin almak gerekmektedir. Aynı maddeye göre bu iznin verilebilmesi için başvuru sahibinin İsviçre'de yerleşik olması ve açık gümrük antrepusunun hukuka uygun bir şekilde çalışaca-

<sup>15</sup> Kanun metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20030370/index.html#a17> (Erişim Tarihi: 14.06.2021).

<sup>16</sup> Yurtdışından gelen yolcuların da mağazalardan alışveriş yapabilmesi, 2010 tarihli kanun ile getirilen yeniliklerden birisidir. Bu değişiklikten önce sadece giden yolcuların mağazalardan alışveriş yapabilmesine izin verilmekte idi; bkz. Botschaft zum Bundesgesetz über den Einkauf von Waren in Zollfreiläden auf Flughäfen, 12. März 2010, <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2010/2169.pdf>, s. 2175.

<sup>17</sup> Yönetmelik metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20052713/index.html> (Erişim Tarihi: 14.06.2021).



ğına ilişkin bir garanti vermesi şartları aranmaktadır. Verilen bu izin şarta bağlı bir izindir ve belirli riskli mallar bakımından da istisnaları mevcuttur (Art. 54 Abs. 3). Gümrük Yönetmeliği (ZV) Art. 158 ise başvuruçunun ciddi suçlar işlemesi ya da müteaddit defalar federal kanunları ihlal etmiş olmasının hukuka uygun çalışmanın garanti edilemediği anlamına geldiğini belirtmektedir. Art. 159 hükmüne göre de lisans sahibi ZG Art. 54'ün şartlarını artık sağlamıyorsa, lisans belgesindeki şartlara aykırı hareket ediyorsa ve lisans sahibinin suç işlemesi durumunda lisansın geri alınması söz konusu olabilecektir.

## 2. Kanada Hukukundaki Düzenlemeler

Kanada'da gümrüksüz satış mağazalarına ilişkin hukuki düzenlemeler Gümrük Kanunu'nun 164. maddesine dayanarak 1986 yılında çıkartılan SOR<sup>18</sup> 86/1072 sayılı Duty Free Shop Regulations'da yer almaktadır<sup>19</sup>. Bu yönetmeliğin 3. maddesinde gümrüksüz satış mağazası açılabilmesi için gerekli şartlara yer verilmiş bulunmaktadır. Buna göre anonim şirketler ile gerçek kişilerin gümrüksüz satış mağazası kurabilmesine imkân tanınmıştır. Bir anonim şirketin, gümrüksüz satış mağazası kurabilmesi için şirketin Kanada'da kurulu olması gerekir (md. 3/3, a). Ayrıca şirketin tüm hisse-lerinin bir Kanada vatandaşı ya da Kanada'da daimi ikamet eden bir kişiye, hisselerinin bir Kanada vatandaşı ya da Kanada'da daimi ikamet sahibi bir kişiye ait olduğu başka bir anonim şirkete veya Kanada vatandaşı, Kanada'da daimi ikameti olanla birlikte bir anonim şirkete birlikte ait olması gerekmektedir (md. 3/3, b). Ayrıca Kanada vatandaşı ile Kanada'da daimî ikameti bulunan kişinin de iyi karakterli olması, ana ikametgâhının Kanada'da bulunması ve mağaza açma başvurusundan önceki yılda en az 183 günü Kanada'da geçirmiş olması gibi şartları taşıması şarttır (md. 3/4, a, b, c bentleri). Önemle belirtelim ki, bu son şartları taşıyan gerçek kişilerin de mağaza açma başvurusunda bulunmasına olanak tanınmıştır (md. 3/5).

Yönetmeliğin 3/6 hükmünde bir gümrüksüz alanda birden fazla mağaza işletmenin mümkün olmadığı hükme bağlanmıştır. Yönetmeliğin 4. maddesi ise mağaza açma başvurusunda bulunacaklardan teminat alınmasını öngörmektedir. Bu miktar her halükârda on bin Kanada dolarından az olmayacak ve gerekli görülmesi halinde artırılabilir. Yönetmeliğin 6. maddesine göre verilen mağaza açma izinlerinin geçerlilik süresi 10 yıldır.

<sup>18</sup> Statutory orders and regulations.

<sup>19</sup> <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/sor-86-1072/FullText.html> (Erişim Tarihi: 14.06.2021).

Yönetmeliğin 8. maddesi verilen iznin iptal edilmesi ve askıya alınması hallerini ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre mağaza işletenin iflas etmesi, mağazanın bulunduğu işyerinin tapusunu devretmesi ya da kira sözleşmesini yenilememesi veya mağaza sahibinin talep etmesi üzerine mağaza açma ve faaliyet izni iptal edilecektir. Mağaza işletenin borçları nedeniyle tasfiyeye tabi tutulması, kanun ve sair düzenlemelere aykırı hareket etmesi, dürüst olmayan davranışlarda bulunması, satılan malların hacminin mağazanın işleyişini garanti etmek için yeterli olmaması, o bölgede mağazaya artık ihtiyaç kalmaması gibi durumlar ise iznin iptal veya askıya alınması nedenleri olarak kabul edilmiştir. Bunun haricinde lisans devri ise söz konusu olmayıp, lisansı devretmek isteyen işleticinin bunun iptali için başvurması gerekmektedir<sup>20</sup>. Yine gümrüksüz satış mağazası işleteninin gerçek kişi olması ve ölmesi durumunda da mirasçılara bildirim yükümlülüğü getirilmekte, mağaza geçici olarak kapatılmakta ve mirasçılara işletmeyi mevzuata uygun hale getirmeleri için 30 gün süre verilmektedir<sup>21</sup>.

Yönetmeliğin 18. maddesinin birinci fıkrası ise gümrüksüz satış mağazasındaki malların mülkiyetinin yalnızca Kanada'dan ayrılmak üzere olan kişilere satış yoluyla devredilebileceğini hükme bağlamıştır.

Görüldüğü gibi Duty Free Shop Regulations gümrüksüz satış mağazalarına ilişkin oldukça ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Bu düzenlemeler özellikle de devir ve lisansın son bulması noktalarında ülkemizdeki düzenlemelerden farklı olup, daha koruyucu bir mantıkla hazırlanmıştır.

### **3. Tayvan Hukuku'ndaki Düzenlemeler**

Tayvan güçlü bir ekonomik yapıya sahip olmasının yanı sıra, hukuki anlamda üzerinde (özellikle de uluslararası hukuk konusunda) pek çok mukayeseli bilimsel çalışma yapılan bir ülkedir. Tayvan'ın hukuk sisteminin Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinin ikisinin de etkisi altında bulunması nedeniyle karşılaştırmalı hukuk disiplini açısından karma hukuk sistemlerine dâhil olduğu söylenebilir. Tayvan hukukunda konuyla ilgili düzenleme 20.02.1970 tarihli Gümrüksüz Satış Mağazalarının Kurulması ve Yönetilmesine Dair Yönetmelik ile ele alınmıştır<sup>22</sup>. Hemen belir-

<sup>20</sup> <https://www.cbsa-asfc.gc.ca/publications/dm-md/d4/d4-3-2-eng.html> (Erişim Tarihi: 15.06.2021).

<sup>21</sup> <https://www.cbsa-asfc.gc.ca/publications/dm-md/d4/d4-3-2-eng.html> (Erişim Tarihi: 15.06.2021).

<sup>22</sup> <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=G0350036> (Erişim Tarihi: 15.06.2021).

telim ki mezkûr yönetmelik en sonuncusu 16.06.2020 tarihinde olmak üzere toplamda 27 kez değişikliğe uğramıştır. Yönetmeliğin 3. maddesine göre iki tür gümrüksüz satış mağazası bulunmaktadır. Bunlardan ilki, uluslararası bir havalimanı ya da liman içerisinde belli bir bölgede açılan; ikincisi ise, şehir merkezinde ama uluslararası havalimanı ya da liman yakınında olup, gümrük idaresince yetkilendirilmiş gümrüksüz satış mağazası olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki, giden, gelen ve transit yolculara mal satmaya yetkili iken, ikincisi ise giden turistlere ve yolculara mal satma konusunda yetkilidir (md. 4).

Gümrüksüz satış mağazalarının kurulması ise yönetmeliğin 9. maddesinde hükme bağlamıştır. Oldukça ayrıntılı olan bu maddede gümrük satış mağazası kurmak için asgari sermayesi elli milyon yeni Tayvan doları olan sınırlı sorumlu şirket olma, şirketin faaliyet konusunun turistlere satış olması ve mağaza ile birlikte antrepo da açılmasının gerekli olması gibi şartlar arandığı görülmektedir. Mağaza açmak için verilen ruhsat ise 3 yıl için geçerlidir ve 3 yıl daha uzatılması mümkündür (md. 11). Ancak sürenin kendiliğinden yenilenmesi mümkün olmayıp, mağaza sahibinin sürenin son bulmasından 2 ay önce başvuruda bulunması gerekmekte, yapılan yeniden değerlendirme neticesinde yeni bir lisans verilmektedir (md. 11). Mağazaların mutlaka bir antrepoya sahip olmaları gerekmektedir (md. 17).

#### 4. Çin Halk Cumhuriyeti Hukuku'ndaki Düzenlemeler

Çin Halk Cumhuriyeti'nde konu ile ilgili olarak 28 Kasım 2005 tarihli Çin Halk Cumhuriyeti Genel İdaresi 132 numaralı emri ile yayınlanan, 1 Ocak 2006 tarihinde yürürlüğe giren Gümrüksüz Satış Mağazaları ve Gümrüksüz Ürünlerin Gözetimi ve Kontrolüne İlişkin Önlemler yürürlüğe konulmuştur. Bu önlemler 29 Mayıs 2018 tarihinde Gümrük Genel İdaresinin 240 numaralı emri ile güncellenmiş bulunmaktadır<sup>23</sup>. Bu önlemlerin 7. maddesine göre gümrüksüz satış mağazası kurmak isteyen işletmelerin tüzel kişiliklerinin bulunması, gümrüksüz emtia için satış yeri ve denetim deposunun bulunması gerekmektedir. Görüldüğü gibi satış mağazası kurmak için tüzel kişiliğe sahip olmak gerekmekte, dolayısıyla gerçek kişilerin mağaza kurmaları mümkün olmamakta ancak tüzel kişiliğe sahip şirketler dışında diğer tüzel kişilere de mağaza açmak için başvuruda bulunabilme imkânı tanınmaktadır. 28. maddeye göre de mağazaların işletme haklarının kiralanması ya da devri yasaklanmıştır.

<sup>23</sup> <http://search.chinalaw.gov.cn/law/detail?LawID=405204> (Erişim Tarihi: 15.06.2021).

### **5. Norveç Hukukundaki Düzenlemeler**

Norveç, AB üyesi olmamasına rağmen AB ülkeleri ile çok sıkı ticari ilişkileri bulunan bir ülkedir. Bu bakımdan Norveç hukukundaki düzenleme de konumuz açısından önem taşımaktadır. Norveç hukukunda gümrüksüz satış mağazaları, Gümrük Yükümleri ve Hareketleri Hakkında Kanun<sup>24</sup> Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir<sup>25</sup>. Bu yönetmeliğin 4-23-11. maddesine göre serbest dolaşım izni olmayan ürünler havaalanındaki vergisiz mağazalardan, yurt dışına seyahat etmek isteyen kişilerce (malların ihraç edilmiş olması şartı ile) satın alınabilecektir. Yönetmelik md. 4-30-2/1 hükmüne göre gümrük müdürlükleri bir işletmeye, bir havalimanında C Tipi Antrepo (md. 4-30-13) hükmünde olmak üzere gümrüksüz ve vergiden muaf bir mağaza kurma ve işletme yetkisi verebilir. Havaalanında gümrüksüz satış mağazası açılabilmesi için havaalanının uluslararası statüye sahip olması ve mağazanın sadece yurtdışına giden ve yurtdışından gelen yolcuların ulaşabileceği şekilde konumlanması gerekir (md. 4-30-13/4). Yönetmeliğin 3-1-18/2 hükmüne göre gümrüksüz satış mağazası açılabilmesi için başvuru sahibinin (kural olarak, zira gümrük idaresi buna istisna getirebilir) ticari işletme olarak sicile kayıtlı olması, işletmenin yönetici ve temsilcilerinin geçen 3 yıl içinde vergi ve gümrük mevzuatını ciddi bir şekilde ihlal etmemiş olmaları, işletmenin bir iç kontrol sistemine sahip bulunması gerekmekte olup; yönetmelik md. 3-1-18/4 hükmü uyarınca verilen izinlerin geçerlilik süresi 5 yıl olarak belirlenmiştir. Başvuru yapabilme yetkisine sahip ticari işletme kavramı ile neyin kastedildiğine gelince; yönetmelik md. 3-1-20 hükmüne göre bununla Norveç'te mukim ve Norveç ticari işletmeler siciline kayıtlı işletmeler anlaşılmalıdır. Bununla birlikte, merkezi Norveç dışında bulunan hava yolu ya da nakliye şirketlerine de, bölgesel ofislerinin bulunması kaydıyla başvuru izni verilebilecektir. Ayrıca AB içerisinde eşdeğer statüdeki işletmelerin bu anlamda gerekli şartları taşıdığı da kabul edilmektedir (md. 3-1-20/3). Son olarak izin şartlarına aykırılık veya hukuka aykırı bir durumun tespiti halinde verilen iznin geçici ya da sürekli olarak geri alınabileceği de belirtilmelidir (md. 3-1-19).

### **6. Avustralya Hukukundaki Düzenlemeler**

Avustralya hukukunda gümrüksüz satış mağazalarına ilişkin temel düzenlemeler Customs Act of 1901, Part V, Section 79-101 arasında ifade-

<sup>24</sup> 21 Aralık 2007 tarihli ve 119 sayılı kanun.

<sup>25</sup> Yönetmelik metni için bkz. <https://www.toll.no/contentassets/eb096d765fd3460c9415b6a3d158aec1/oversettelse-av-tollforskriften-siste-endorringer-per-1.-mai-2020.pdf> (Erişim Tarihi: 15.06.2021).

sini bulan antrepolarla ilişkin kısımda hükme bağlanmıştır<sup>26</sup>. Bu kısım hükümlerinden özellikle de Section 96A ve 96B hükümleri konumuzla doğrudan ilgilidir. Bunun yanı sıra Customs Regulation of 2015 hükümleri de önem taşımaktadır<sup>27</sup>. 2015 Tarihli bu yönetmeliğin antrepolarla ilgili 6.kısımının 39 vd. maddelerinde gümrüksüz satış mağazaları ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Ayrıca bütün bu hükümlerin uygulamasının nasıl gerçekleşeceği konusunda gümrüksüz satış mağazası işletenlere yardımcı olmak üzere Avustralya Hükümeti Göç ve Sınır Koruma Bürosu tarafından da “Duty-Free Operators’ Guide” adında bir rehber yayınlanmış bulunmaktadır<sup>28</sup>. Customs Act of 1901 gümrüksüz satış mağazalarını çıkış (outwards) ve giriş (inwards) gümrüksüz satış mağazası olmak üzere ikiye ayırmıştır (Sec. 96A/96B). Bu mağazalar antrepo hükmündedir. Kanununun 81. maddesi genel olarak antrepo lisansının kimlere verileceğini hükme bağlamıştır. Bu maddeye göre gerçek kişiler, ortaklıklar (partnerships) ve şirketler (companies) antrepo lisansı alabilmek için başvuruda bulunma hakkına sahiptir. Bununla birlikte gümrük denetmeni; gerçek kişinin, ortakların ya da şirket yönetici, çalışan ya da ortaklarının şahsından kaynaklanan sebepleri gerekçe göstererek lisans başvurusunu reddedebilecektir. Bu kapsamda başvuru tarihinden önceki on yıl içerisinde gümrük mevzuatına aykırılıktan dolayı ceza alınması, İngiliz Milletler Topluluğu (Commonwealth) bünyesinde bir yıldan uzun süreli bir mahkûmiyet kararının varlığı, bu kişilerin iflas etmiş olup da halen ibra edilmemiş olması (undischarged bankrupt), yanlış ve yanıltıcı beyanlarda bulunulduğunun tespit edilmesi ret nedeni olduğu gibi, bu hallerin sonradan gerçekleşmesi de verilen lisansın iptali için neden olabilecektir. Lisans sahibinin gerçek kişi olması halinde, ölümü durumunda lisanstan doğan haklar onun kanuni temsilcisine intikal edecektir (Sec. 89). Avustralya’da gümrüksüz satış mağazası işletecek kişilerin sadece gümrük idaresi tarafından lisans almaları yetmemekte ayrıca ilgili eyalet ticaret kanunları tarafından öngörülen izinler ile birlikte Avustralya Vergi Dairesi’nden vergiden muaf mal satma iznini de almaları gerekmektedir<sup>29</sup>. Bir diğer önemli durum da sadece giriş ya da çıkış mağazası için alınan lisansın (bunlar eğer bitişik

<sup>26</sup> Customs Act 1901’in ilgili hükümleri için bkz. Customs Act 1901 (legislation.gov.au) (Erişim Tarihi: 15.06.2021).

<sup>27</sup> Customs Regulations 2015 için bkz. Customs Regulation 2015 (legislation.gov.au) (Erişim Tarihi: 15.06.2021).

<sup>28</sup> Duty-Free Operators’ Guide, Australian Government Department of Immigration and Border Protection, July, 2017, Duty Free Shop Operators’ Guide July 2017 (abf.gov.au) (Erişim Tarihi: 15.06.2021).

<sup>29</sup> Duty-Free Operators’ Guide, s. 5.

değilse) tek bir mağaza için geçerli olduğu hususudur<sup>30</sup>. Bu husus Customs Regulation of 2015 md. 39 ve md. 60'da ayrıca belirtilmiştir.

### **7. Amerika Birleşik Devletleri Hukukundaki Düzenlemeler**

Amerika Birleşik Devletleri hukukunda gümrüksüz satış mağazaları Sınıf 9 Antreposu olarak anılmaktadır. Bu mağazalar Code of Federal Regulations-CFR'nin "Gümrük Vergileri" adlı 19.başlığının 1.bölümünün, "Gümrük Antrepoları, Konteyner İstasyonları ve Buralardaki Ticaretin Kontrolü" başlıklı 19. kısmında, "Gümrüksüz Satış Mağazaları" adı altında §§ 19.35-19-39 arasında düzenlenmiştir<sup>31</sup>. Bu mağazaların Sınıf 9 Antreposu olarak adlandırılmasının nedeni ise 19 CFR Part 19'un § 19,1 hükmünde yer alan gümrük antrepolarına ilişkin sınıflandırmada 9. sınıf antrepo olarak gösterilmesinden kaynaklanmaktadır<sup>32</sup>.

Gümrüksüz satış mağazalarının nasıl kurulacağına ilişkin olarak §§ 19.35 hükmünde gümrüksüz satış mağazalarının koşullu gümrüksüz malların, gerçek kişilerin dış ticaret bölgeleri de dâhil olmak üzere gümrük bölgesinden uçak ya da gemi ile ayrılması veya doğrudan araçla veya yaya olarak komşu bir ülkeye gitmesi esnasında, ihracının sağlanması amacıyla kurulabileceği belirtilmiştir [§§ 19.35 (a)]. Gümrüksüz satış mağazaları, gümrüksüz mağazada satışa sunulan malların alıcısının gümrük bölgesinden ayrıldığı giriş limanı içerisinde ya da ayrılmanın gerçekleştiği çıkış yeri itibarıyla 25 kara mili içerisinde, havaalanlarında ise herhangi bir giriş noktası ya da bunun 25 kara mili içerisinde kurulabilir ya da faaliyet gösterebilir [§§ 19.35 (b)].

Gümrüksüz satış mağazalarının kurulma usulü ile ilgili hükümlerin §§ 19.2'de yer aldığını görmekteyiz. Gümrüklü antrepo tesisi kurmak isteyen malik veya kiracı, antreponun bulunduğu yere en yakın liman müdürüne<sup>33</sup> tesisi tanımlayan ve hangi sınıfta bir antrepo kurmak istediğini içeren yazılı başvuruda bulunur [§§ 19.2 (a)]. Liman müdürlüğü gerek duyması durumunda başvuru sahibinden antreponun yönetici ve çalışanları ile antrepoda doğrudan ya da dolaylı olarak iktisadi menfaati bulunan kişilerin listesini talep edebilir [§§ 19.2 (a)]. Bunun haricinde §§ 19.2 (b) bendinde sınıf 9

<sup>30</sup> Duty-Free Operators' Guide, s. 6.

<sup>31</sup> Söz konusu düzenleme için bkz. eCFR :: Title 19 (federalregister.gov) (Erişim Tarihi: 16.06.2021).

<sup>32</sup> Bu hüküm gümrük antrepolarını 11 sınıfa ayırmış bulunmaktadır.

<sup>33</sup> Liman kavramı geniş bir şekilde anlaşılmalı ve havaalanı gibi yerler de bu kapsamda değerlendirilmelidir.

antropoları için özel birtakım düzenlemelerle karşılaşıyoruz. Başvuru esnasında verilecek belgelerle ilgili olan bu özel düzenlemeler arasında mağazanın açılacağı eyalet yetkilisinden alınan uygunluk beyanı ile teminat göstermeye ilişkin hükümler özellikle zikredilmelidir. Liman müdürlüğü başvuru sahibinin niteliği, karakteri ve tecrübesi ile ilgili hususların bir gümrük yetkilisi tarafından soruşturulmasını talep edebilecektir [§§ 19.2 (f)]. Bu anlamda başvuru sahibinin kişisel geçmişi, finansal ve ticari kayıtları, kredi bilgileri ve şahsi referansları araştırılabilecektir. Hatta başvuru sahibinin ve mağazada çalışacak kişilerin parmak izlerinin alınması da talep edilebilecektir. Liman müdürünün başvurunun reddine ilişkin gerekçeli kararı, aynı zamanda yetkili gümrük idaresinin nihai bir tespiti niteliğinde olacaktır [§§ 19.2 (g)].

Burada mağazanın bulunduğu yerin kira sözleşmesi ile kiralanmak suretiyle işletilmesi durumunda mağaza sahibine yükletilen tasfiye yükümlülüğünü de ayrıca belirtmek gereği duymaktayım. Buna göre mağaza sahibi kira süresinin sona ermesinden önce mağazada yer alan malları, her türlü borçtan arı olarak en yakın mağazaya nakletmek ya da bunu yapamıyorsa biran önce gümrük mevzuatına uygun bir şekilde elden çıkartmakla yükümlüdür [§§ 19.2 (b)].

### **8. Avrupa Birliği Hukuku Düzenlemeleri ve Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerdeki Durum**

Gümrüksüz satış mağazaları bir dönem AB ülkelerinde oldukça canlı tartışmalara sebebiyet vermiştir. Bunun nedenini ise ECOFIN (Economic and Financial Affairs Council) tarafından 11 Kasım 1991 tarihinde alınan ve 1 Temmuz 1999 tarihi itibarıyla AB sınırları içerisinde gümrüksüz satışlara son verileceğine ilişkin karar teşkil etmektedir. Bu kararın ardından, doksanlı yıllar boyunca Avrupa Birliği ülkelerinde gümrüksüz satış mağazaları gündemde kalmış, mesele çeşitli platformlarda enine boyuna tartışılmıştır<sup>34</sup>. Ancak tüm lobi çalışmalarına rağmen bu karardan dönülmediğini de belirtmek gerekir. Bununla birlikte 1 Temmuz 1999 yılından itibaren AB içinde gümrüksüz satışlar kaldırılmış olsa da, AB dışı yerlere yapılan seyahatler için gümrüksüz satışlar devam etmektedir<sup>35</sup>. Gümrüksüz satış mağazaları ise

<sup>34</sup> Bu konudaki tartışmaların ayrıntılı bir panoraması için bkz. Seely, s. 13 vd. AB Komisyonu'nun 24 Eylül 1997 tarihli "Duty-Free Sales-The Facts" adlı basın notunda gümrüksüz satışların neden sona ermesi gerektiği ayrıntılı olarak savunulmuştur; bkz. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_97\\_82](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_97_82). (Erişim Tarihi: 16.06.2021).

<sup>35</sup> Duty-Free Sales-The Facts.

bir nevi başka hukuki niteliğe bürünmek suretiyle varlığını devam ettirmektedir. Gerçekten de 1 Temmuz 1999 tarihinden sonra da bu mağazalar AB içi seyahatlerde de tıpkı AB dışı seyahatlerde yapılan satışlarla aynı fiyat üzerinden satışlar yapmakta; varış noktasına ve yolcunun milliyetine bakılmaksızın herkes duty-free fiyatlardan yararlanmakta, bu durum ise AB ülkelerinde “travel value” olarak adlandırılmaktadır<sup>36</sup>. Böylelikle sıradan bir perakende satış mağazası ile gümrüksüz satış mağazalarının iç içe geçmiş olduğu görülmektedir. AB ülkelerinde bu tip mağazaların kurulması sıklıkla havaalanı işletmecisi ile perakendeci arasında yapılan, gelirden yüzdelik olarak pay verme esasına dayalı ve genellikle de (gümrüksüz ürünler bakımından) münhasırlık hakkı tanıyan bir imtiyaz sözleşmesine dayanmakla beraber; söz konusu mağazalar havaalanı işletmecisi ile joint venture anlaşması yapılması şeklinde, havaalanı işletmecisinin bizzat kendisinin işletmesi şeklinde de işletilebilmektedir<sup>37</sup>. Bu tip mağazaların aynı zamanda depo sahibi olmaları da işin mahiyeti gereği zorunluluk arz ettiğinden, doğal olarak mağaza işletenler AB gümrük mevzuatının antrepo kurulmasına ilişkin hükümlerine de tabi olacaktır. Bu konuyla ilgili olarak Birlik Gümrük Kodu şeklinde tercüme edebileceğimiz Union Customs Code-UCC Art. 211/1 uyarınca kişilerin antrepo kurabilmesi ilgili gümrük idaresinden izin alınması şartına bağlanmış; UCC Art. 211/3 (a) bendine göre de antrepo kurucularının AB sınırları içerisinde yerleşik olmaları gerektiğinin altı çizilmiştir<sup>38</sup>.

## **9. Birleşik Krallık Hukukundaki Düzenlemeler**

Birleşik Krallık'ta Brexit süreci ile birlikte gümrüksüz satış mağazalarının yeniden önem kazandığı ve hatta popülerlik kazandığı görülmektedir. Birleşik Krallık'ta gümrüksüz satış mağazalarına ilişkin temel hukuki dü-

<sup>36</sup> Bu yöntemde perakendeci, gümrük vergisinden muaf ürünlerle aynı ya da benzeri fiyatları sunabilmek için vergi maliyetini bizzat üstlenmektedir; bkz. EC Case No COMP/M.5123 Autogrill/World Duty Free, Notification of 7 April 2008 pursuant to Article 4 of Council Regulation No 139/2004, s. 3. Hemen belirtelim ki, gümrüksüz satışların kaldırılmasının AB ülkelerinin rekabet gücünü diğer ülkelere göre zayıflattığı ve yeniden düşünülmesi gerektiği The European Travel Retail Confederation tarafından sıklıkla gündeme getirilmektedir. Özellikle de Covid-19 salgın hastalığı nedeniyle AB havaalanlarının desteklenmesi amacıyla en azından gelen yolculara bu imkânın tanınması gerektiği ileri sürülmektedir; bkz. ETRC - Arrivals Duty Free (Erişim Tarihi: 16.06.2021).

<sup>37</sup> Case No COMP/M.5123 Autogrill/ World Duty Free, Notification of 7 April 2008 pursuant to Article 4 of Council Regulation No 139/2004, s. 3 ve ayrıca dn. 5.

<sup>38</sup> 9 Ekim 2013 tarihli ve 952/2013 sayılı AB Tüzüğü ile yürürlüğe giren Union Customs Code- UCC metni için bkz. UCC - Legislation | Taxation and Customs Union (europa.eu) (Erişim Tarihi: 30.06.2021).



zenlemeler olarak The Customs and Excise Management Act of 1979 adlı kanun ile The Excise Goods (Export Shops Regulations) 2000 ve The Warehousekeepers and Owners of Warehoused Good Regulations 1999 adlı yönetmelikleri zikredebiliriz. Brexit süreci sonrasında ilk olarak, 20.05.2021 tarihinde son güncellemesi yapılan 196 numaralı genelge<sup>39</sup>, 30.06.2021 tarihinde son güncellemesi yapılan 197 numaralı genelge<sup>40</sup> ve 28.01.2021 tarihinde son güncellemesi yapılan 197a numaralı genelge<sup>41</sup> ile gümrüksüz satış mağazalarına ilişkin yeni uygulamalar kamuoyuna duyurulmuştur.

Birleşik Krallık hukukunda gümrüksüz satış mağazaları export shop olarak adlandırılmaktadır. Lisans başvuruları Birleşik Krallık Gelir ve Gümrük İdaresi'ne (HMRC)<sup>42</sup>, çevrimiçi bir başvuru formunun doldurulması suretiyle yapılmaktadır. Birleşik Krallık hukukunda export shop, tüketim antreposu olarak ifade edebileceğimiz excise warehouse sınıfında kabul edilmektedir (Notice 197a/3). Birleşik Krallık'ta export shop lisansı için gerçek kişi işletmeleri (sole proprietor), ortaklıklar (partnerships) ve anonim şirketler (corporate bodies) başvuruda bulunma imkânına sahiptir (Notice 196/3.1). Bununla birlikte HMRC kapsamlı bir araştırma ve değerlendirilmede bulunacak ve özellikle de ticari anlamda bu işin başvuru sahibi tarafından yürütülemeyeceği kanısına varırsa, başvuruyu reddedecektir<sup>43</sup>. Burada önem taşıyan bir diğer husus da işletme ya da şirketlerin tür değiştirmesi, şahıs işletmesinin ortaklığa dönüşmesi ya da antreponun lisans sahibi olmayan bir şirket tarafından devralınması gibi durumlarda önceki lisansın hükmünü yitirecek olması ve yeniden başvuru yapmak gerektiğidir<sup>44</sup>. Benzer şekilde lisans sahibinin işletmeyi satması ya da devretmesi halinde de devralanın yeni bir başvuru yapması gerekmektedir (Notice 196/4.11). Bir diğer

<sup>39</sup> Excise Notice 196: excise goods - registration and approval of warehousekeepers, warehouse premises, owners of goods and registered consignors - GOV.UK (www.gov.uk) (Erişim Tarihi: 30.06.2021).

<sup>40</sup> Receive goods into and remove goods from an excise warehouse (Excise Notice 197) - GOV.UK (www.gov.uk) (Erişim Tarihi: 30.06.2021).

<sup>41</sup> Excise Notice 197a: excise goods - holding and movement - GOV.UK (www.gov.uk) (Erişim Tarihi: 30.06.2021).

<sup>42</sup> Her Majesty's Revenue and Customs.

<sup>43</sup> Bu araştırma yapılırken başvuru sahiplerinin, şirket ortaklarının mali yapısı, geçmişi, daha önce ceza alıp almadıkları gibi hususlar irdelenecektir. Hemen belirtelim ki, burada İngiliz otoriteleri araştırma yapılacak kişileri tek tek belirlemekten ziyade "key persons" kavramı üzerinden yola çıkmış ve işletme ya da şirket üzerinde etkili anahtar rolüne sahip kişilerin tespit edilerek araştırılacağına altı çizilmiştir (Notice 196/3.2).

<sup>44</sup> Kilit role sahip kişilerdeki değişikliklerde ise HMRC, yeniden değerlendirme hakkını saklı tutmaktadır (Notice 196/3.4).

önemli durum da lisans onayının süre bakımından iki safhali olmasıdır. Gerçekten de alınan lisans ilk etapta 12 aylık olacak, bu sürenin sonunda yapılacak yeniden değerlendirme neticesinde sürenin uzatılması mümkün olabilecektir (Notice 196/4.7).

### **10. Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Ulaşılan Sonuçlar**

Yukarıda yaptığımız karşılaştırmalı hukuk araştırması bize göstermektedir ki, gümrüksüz satış mağazalarına ve bu mağazaların kurulup işletilmesine ilişkin esaslara hemen bütün ülkelerde büyük önem atfedilmiş ve ayrıntılı birtakım düzenlemelere konu edilmiştir. Yine bu araştırma neticesinde gümrüksüz satış mağazalarının antrepo vasfına sahip olduğu, yapılan düzenlemelerin de antrepo vasfı ekseninde gerçekleştirildiği görülmektedir. Bu durum gayet normaldir; zira depolama olgusu bu mağazaların doğasından kaynaklanan bir zaruret olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir diğer önemli husus da mağaza kurucularında aranan şartlar konusunda farklı ülkelerin büyük oranda benzer düzenlemeler içermekle beraber, bazı ülkelerde gerçek kişilere mağaza açma imkânının tanınmamış olmasıdır. Mağaza açma izninin çeşitli sürelerle sınırlandırılması, mağaza kurucularında birtakım iktisadi ve hukuki şartlar aranması ve bu konuda araştırma yapılması ayrıca mağazaların devredilmesi halinde devre bazı önemli sonuçlar öngörülmüş olması da burada ayrıca zikredilmelidir.

## **II. TÜRK HUKUKUNDA GÜMRÜKSÜZ SATIŞ MAĞAZALARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER**

### **A. Genel Olarak**

Gümrüksüz satış mağazaları ülkemizde kanuni anlamda ilk olarak halen de yürürlükte bulunan 27.10.1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu (GK) ile düzenlenmiştir<sup>45</sup>. Ancak 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun ilk halinde gümrüksüz satış mağazaları konusunda özel bir düzenleme bulunmadığını da belirtmek gerekir. Gümrük Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden çok sonra, 2009 yılında 5911 sayılı kanunun 21. maddesi ile yapılan değişiklikle<sup>46</sup>, 95. maddenin birinci fıkrası, "...gümrük kapılarında eşya satışı yapmak üzere özel antrepo statüsünde mağaza ve bunların depolarının açılması ve işletilmesine izin vermeye Müsteşarlık yetkilidir. İzin verilmesine, bu iznin geçici veya sürekli geri alınmasına, faaliyet, belge ve kayıt düzenine

<sup>45</sup> Bu kanun 04.11.1999 Tarih ve 23866 sayılı RG'de yayımlanmış ve yayımını izleyen tarihten itibaren 3 ay sonra yürürlüğe girmiştir (GK md. 247).

<sup>46</sup> 07.07.2009 tarih ve 27281 sayılı RG.

ilişkin usul ve esaslar ile eşya alabilecek kişiler ve bu kişilere satılabilecek eşyanın cins ve miktarı yönetmelikle belirlenir” şeklini aldı. Böylelikle gümrüksüz satış mağazaları da kanuni bir dayanağa kavuşmuş oldu. Gümrüksüz satış mağazalarının Gümrük Kanunu’nda ancak 2009 yılında yer bulabilmesinin nedenini ise, ortaya çıkmasından bu yana mağazaların uzunca bir süre genel antrepo olarak kabul edilmesi ve genel antrepolara ilişkin hükümlerin bu mağazalara da uygulanmasında aramak gerekir<sup>47</sup>.

Bununla birlikte ülkemizde gümrüksüz satış mağazalarına ilişkin olarak yürürlüğe konulan yönetmeliklerin ise eski tarihlere kadar gittiği görülmektedir.

Burada ilk olarak 1968 tarihli Gümrük Hattı Dışı Vergisiz Eşya Satış Mağazaları (Duty Free Shop) Yönetmeliği zikredilmelidir<sup>48</sup>. Bu yönetmeliğin 2. maddesi, duty free shop’ların genel antrepolara ilişkin hükümlere tabi olduğu ve Gümrük ve Tekel Bakanlığı’nın izni olmadan devredilemeyeceğini hükme bağlanmıştır. Bu yönetmeliğin kanımca en önemli özelliği, İngilizce bir ifadeyi, “Duty Free Shop” şeklinde fiilen kullanmış olmasıdır. Bu yönetmelik daha sonra 1974 tarihli Gümrük Hattı Dışı Eşya Satış Mağazaları ve Depoları Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılmıştır<sup>49</sup>. Bu yönetmelik de, tıpkı öncekinde olduğu gibi, gümrüksüz satış mağazalarını genel antrepo olarak kabul etmiştir (md. 4). Söz konusu yönetmeliğin 1985 tarihli Gümrük Hattı Dışı Eşya Satış Mağazaları ve Depoları Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırıldığı görülüyor<sup>50</sup>. Yürürlüğe giren bu yeni yönetmeliğin 3. maddesinin b bendi uyarınca gümrüksüz satış mağazalarının genel antrepo niteliğinin burada da değişmediği anlaşılmaktadır. 1999 yılına geldiğinde gümrüksüz satış mağazaları Gümrük Hattı Dışı Eşya Satış Mağazaları ve Depoları Yönetmeliği adlı yeni bir yönetmelikle tekrar düzenlenmiştir<sup>51</sup>. Bu

<sup>47</sup> 01.08.1972 Tarih ve 14263 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 1615 Sayılı Gümrük Kanunu’nun yürürlükte bulunduğu dönemde “gümrük hattı” kavramı benimsenmiş (md. 14) ve antrepolar (dolayısıyla gümrüksüz satış mağazaları) da gümrük hattı dışında sayılan yerlerden kabul edilmişti. Her ne kadar 4458 Sayılı yeni Gümrük Kanunu, 1615 sayılı kanundan farklı olarak “gümrük bölgesi” kavramı benimsenmiş ve antrepoları gümrük bölgesi içinde kabul etmiş olsa da, antrepoya konan eşyanın niteliğinde bir değişikliğe gidilmemiş ve bu eşyalar kural olarak (serbest dolaşıma girmediği) gümrük yükümlülüğüne tabi tutulmamıştır; bkz. Yerci, Cahit: Yorum ve Açıklamalarla Gümrük Hukuku ve Davaları, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 56.

<sup>48</sup> 12.11.1968 tarih ve 13049 sayılı RG.

<sup>49</sup> 23.01.1974 tarih ve 1477 sayılı RG.

<sup>50</sup> 24.08.1985 tarih ve 18852 sayılı RG.

<sup>51</sup> 22.07.1999 tarih ve 23763 sayılı RG

yönetmelik de, tıpkı diğerleri gibi bu mağazaları genel antrepo olarak kabul etmektedir (md. 3/d bendi).

Ancak 1999 yılında yürürlüğe giren yönetmeliğin ömrünün çok kısa olduğunu belirtmek gerekir. Bunun nedeni de 27.10.1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu'dur. Bu kanunla birlikte yeni bir yönetmelik yayınlanmış Gümrük Hattı Dışı Eşya Satış Mağazaları ve Depoları Yönetmeliği adıyla yürürlüğe girmiş bulunmaktadır<sup>52</sup>. Bu yönetmelikle birlikte gümrüksüz satış mağazalarının artık özel antrepo olarak kabul edildiğini de belirtmek gerekir (md. 3/c bendi). 2006 yılına gelindiğinde tekrar değişikliğe gidilmiş ve yeni bir yönetmelik yürürlüğe konulmuştur. Bu yönetmelikle birlikte duty free shop'lar mevzuatta "gümrüksüz satış mağazaları" olarak anılmaya başlanmıştır. Zaten yeni yönetmeliğin de adı Gümrüksüz Satış Mağazaları Yönetmeliği'dir<sup>53</sup>. Bu yönetmeliğin md. 3/c bendi hükmü de gümrüksüz satış mağazalarının özel antrepo niteliğinde olduğuna vurgu yapmıştır.

Nihayet 2017 yılında yürürlüğe giren ve halen de yürürlükte bulunan Gümrüksüz Satış Mağazaları Yönetmeliği (GSMY) ile konu tekrar ele alınmış ve düzenlenmiş bulunmaktadır<sup>54</sup>.

Gümrüksüz satış mağazaları konusundaki bir diğer düzenleme de Gümrük Yönetmeliği (GY) md. 552 hükmüdür. Bu maddenin birinci fıkrası mülga 2006 tarihli yönetmeliğe atıf yapmakta ve "Gümrüksüz satış mağazaları ve depolarının kuruluş, işleyiş ve eşya satışına ilişkin esaslar, 13/10/2006 tarihli ve 26318 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Gümrüksüz Satış Mağazaları Yönetmeliği hükümlerine tabidir" ifadelerine yer vermektedir. Kuşkusuz defalarca değişikliğe uğrayan Gümrük Yönetmeliği'nin bu hükmünün de değiştirilmesi gerekirdi. Şu durumda söz konusu yönetmelik artık yürürlükte olmadığından bu madde hükmündeki atfın 2017 tarihli yeni yönetmeliğin 38/2 hükmü gereği yeni yönetmeliğe yapılmış olduğu kabul edilmelidir.

Gümrük Yönetmeliği'nin de gümrüksüz satış mağazaları açısından kaynak vazifesi bulunmaktadır. Nitekim mezkûr yönetmeliğin md. 552/2 hükmü, "Gümrüksüz satış mağazaları ve depolarının kuruluş, işleyiş ve eşya satışına ilişkin Gümrüksüz Satış Mağazaları Yönetmeliği'nde hüküm bulunmayan hallerde bu Yönetmelik hükümleri uygulanır" diyerek bu duruma işaret etmiş bulunmaktadır.

<sup>52</sup> 10.03.2000 tarih ve 23989 sayılı RG.

<sup>53</sup> 13.10.2006 tarih ve 26318 sayılı RG.

<sup>54</sup> 08.08.2017 tarih ve 30148 sayılı RG.

### B. Gümrüksüz Satış Mağazalarının Tanımı ve Türleri

GSMY md. 3/1-f bendi hükmünde gümrüksüz satış mağazası “1 inci maddede belirtilen kişilere satış yapmak üzere açılmasına ve işletilmesine izin verilen ve özel antrepo sayılan yerler” şeklinde tanımlanmaktadır. Yönetmeliğin birinci maddesindeki kişileri de içerecek şekilde yapılacak tanıma göre gümrüksüz satış mağazalarının, Türkiye’ye gelen veya Türkiye’den giden yolcular ile transit yolculara, diplomatik muafiyetten yararlananlara, yabancı basın yayın organlarının yabancı uyruklu mensuplarına, İstanbul Boğazı ve Çanakkale Boğazı’ndan transit geçen gemilere ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca belirlenecek diğer kişilere satış yapmak üzere açılmasına ve işletilmesine izin verilen ve özel antrepo sayılan yerler” şeklinde tanımlanması mümkündür.

Gümrüksüz Satış Mağazaları Yönetmeliği’ne göre gümrüksüz satış mağazalarının, gemilere satış mağazası (shipstore), uçakta satış mağazası ve klasik anlamda gümrüksüz satış mağazası olmak üzere üç farklı türünün bulunduğu görülmektedir<sup>55</sup>.

### C. Gümrüksüz Satış Mağazası Açma ve İşletme İzni Verilmesi, Mağazanın Faaliyete Geçmesi

Gümrüksüz satış mağazalarının kurulması ile faaliyete geçmelerini birbirinden ayırt etmek gerekir. Yönetmelik mağaza kurulmasını mağaza açma olarak ifade etmiş ve mağaza açma izni için başvuruda bulunabilecekleri sınırlandırmıştır. Buna göre mağaza açma başvurusu kamu kurumları ile asgari beş yıldır faaliyette bulunan<sup>56</sup>, ödenmiş sermayeleri ve ihtiyatları toplamı en az 1.000.000 (bir milyon) TL ve son beş yılda tahakkuk eden kurumlar vergisinin basit ortalaması en az 50.000 (elli bin) TL olan limited

<sup>55</sup> Gemilere satış mağazası İstanbul Boğazı ve Çanakkale Boğazı’ndan transit geçen gemiler ile yurtdışına sefer yapmak üzere mağazanın bulunduğu limandan hareket eden yerli ve yabancı gemilere kumanya olarak satış yapmak üzere açılan ve özel antrepo sayılan yerleri (GSMY md. 3/1-d); uçakta satış mağazası ise yolculara uçak içinde satılmak amacıyla sadece yabancı ülkelere sefer yapan uçaklara eşya teslimi yapmak üzere hava hudut kapılarında yolculardan arındırılmış yerlerde açılan ve özel antrepo sayılan yerleri (GSMY md. 3/1-ı) ifade etmektedir.

<sup>56</sup> **Danıştay 6. D, 12.02.1998 T., E. 1997/1300, K. 1998/769:** “Davacı şirketin, gümrük hattı dışı eşya satış mağazaları ve depoları yönetmeliğinin 5. maddesi hükmü olan anonim şirketlere asgari beş yıldan beri faaliyetlerini sürdürüyor olmaları şartıyla, mağaza ve depo açma izni verilebileceği koşulunu taşımaması nedeniyle ihalelere girmesinde sakınca olmadığı konusunda belge verilmemesinde hukuki isabetsizlik bulunmadığı...” (www.legalbank.net) (Erişim Tarihi: 07.09.2021)

veya anonim şirketler tarafından yapılabilecektir (GSMY md. 6/1)<sup>57</sup>. Böylelikle yönetmeliğin gerçek kişilerin gümrüksüz satış mağazası açmasına müsaade etmediği görülüyor<sup>58</sup>. Acaba mağaza açma başvurusunda bulunabilecek anonim şirketlerin paylarının hamiline yazılı olması mümkün müdür? Yönetmelik hükümleri irdelendiğinde bu konuda bir sınırlandırmaya gidilmediği görülmektedir. Hatta GSMY md. 6/3 hükmü, şirket sermayesinin yüzde onundan fazlasına sahip gerçek kişiler bakımından belli bazı suçlardan kesinleşmiş ceza ve mahkûmiyet kararının bulunmamasını şart kılmış olmasına rağmen, yönetmelik payların hamiline ya da nama yazılı olması ile ilgili bir hükme yer vermemiştir. Şu durumda mağaza açma başvurusundan bulunabilecek anonim şirketlerde paylar hamiline yazılı olabilecektir.

Gerekli şartları taşıyanların ilk aşamada ön izin almak için başvuruda bulunmaları gerekmektedir. Yönetmeliğin 7. maddesi ön izin başvurusu için başvuru dilekçesine eklenecek belgeler arasında mağaza veya depo olarak açılmak istenilen yeri gösteren resmî plan veya kroki, söz konusu yerin mülkiyetinin veya üzerindeki sınırlı aynî hakkın başvuru sahibine ait olduğunu belgeleyen tapu sicil örneği veya kira sözleşmesini de saymıştır. Dolayısıyla henüz ön izin alınmadan, işyeri kira sözleşmesinin akdedilmesi gerekecektir. Ayrıca belirtelim ki, yönetmeliğe göre ön izin başvurusunun uygun bulunması, mağaza veya depoya açılış izni verileceği anlamına da gelmeyecektir (GSMY md. 7/1, son cümle).

<sup>57</sup> Ayrıca yönetmelik başvuruda bulunacak tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeleri, sermayesinin yüzde onundan fazlasına sahip gerçek kişiler ile limited şirketlerde ortaklar ile şirket müdürünün belli bazı suçlardan kesinleşmiş ceza ve mahkûmiyet kararı bulunmamasını gerekli görmektedir (GSMY md. 6/3). Keza başvuru sahibi limited ve anonim şirketlerin gümrük mevzuatı uyarınca kesinleşmiş vergi ve ceza borcu ile vergi mevzuatı uyarınca kesinleşmiş vergi borcu bulunmaması da başvuru şartları arasında yer almaktadır (GSMY md. 6/4).

<sup>58</sup> Kanaatimizce GSMY'nin gerçek kişilerin gümrüksüz satış mağazası ve depo açmasına imkân tanımayan bu hükmü Gümrük Kanunu'na ve aynı zamanda 1982 Anayasası bağlamında eşitlik (md. 10) ve girişim özgürlüğü (md. 48) ilkelerine aykırı niteliktedir. Her şeyden önce kanunun 95. maddesine göre bu mağaza ve depolar özel antrepo niteliğindedir. Bu konudaki tek sınırlama üçüncü fıkrada yer alan iznin yalnızca Türkiye'de yerleşik kişilere verilebileceğine ilişkin md. 95/3 hükmüdür. Keza 95. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi de "İzin verilmesine, bu iznin geçici veya sürekli geri alınmasına, faaliyet, belge ve kayıt düzenine ilişkin usul ve esaslar ile eşya alabilecek kişiler ve bu kişilere satılabilecek eşyanın cins ve miktarı yönetmelikle belirlenir" diyerek yönetmelikle düzenlenebilecek hususları belirtmiştir. Nitekim (GSMY'den farklı olarak) Gümrük Yönetmeliği'nin 518. maddesi, gerçek kişilerin antrepo açmak için başvurabileceğini hükme bağlamıştır.

Ön izin aşamasından sonra ise mağaza ve depo açma izni için yönetmeliğin 7. maddesinin 2. fıkrasındaki<sup>59</sup> belgelerle birlikte gümrük müdürlüğüne müracaat edilmesi gerekmektedir. Burada yönetmeliğin 7/2 hükmü c bendi uyarınca kira sözleşmesinin de aranan belgeler arasında bulunduğunu tekrar belirtmekte fayda görmekteyim. Böylelikle mağazanın açılması için henüz izin alınmadan, kiraya veren ile kira sözleşmesinin yapılmasının başvuru için ön şart olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Gerek ön izin aşamasında ve gerekse ön iznin alınmasını müteakip müracaat aşamasında ibraz edilmesi gereken kira sözleşmesinin; ön iznin alınmaması, alınsa da sonradan geri alınması ya da mağaza açma iznine yönelik müracaatın kabul edilmemesi durumunda, akıbetinin ne olacağı oldukça önem taşıyan bir konu olup Yargıtay'ın birbirinden farklı kararları mevcuttur<sup>60</sup>. Bu tip hallerde şarta bağlı bir kira sözleşmesinin akdedilmesi mümkündür. Uygulamada mağaza açma başvuruları çoğunlukla ihale usulü ile yapıldığından, başvuru aşamasında ilgili kamu kurumu ile şarta bağlı bir kira sözleşmesi akdedilmesi de imkân dâhilindedir.

<sup>59</sup> Gemilere satış mağazası açmak için ayrıca 3.fıkradaki belgeler

<sup>60</sup> **Yargıtay 11. HD, 31.03.2005 T., E. 2004/4949, K. 2005/3078:** “Davacı vekili, müvekkilince davalıdan kiralanan gümrük hattı dışı eşya satış mağazasının Gümrük Müsteşarlığı'nca izin verilmemesi nedeniyle işletilememesine karşın davalıya kira parasının ödene geldiğini ileri sürerek, başlangıcından itibaren kira sözleşmesinin feshini ve ödemelerin istirdadını talep ve dava etmiştir... Mahkemece, asıl davanın açılmamış sayılma koşullarının oluştuğu, Eylül-2001 ayı kira parası ve eklentilerinin davacı kiralayan tarafından istenebileceği gerekçesiyle...karar verilmiştir. Hükmün onanmasına...” (www.legalbank.net) (Erişim Tarihi: 07.09.2021); **Yargıtay 11. HD, 27.04.2006 T., E. 2005/3923, K. 2006/4789:** “Davacı vekili, müvekkili şirketin 24.09.2001 tarihli kira sözleşmesi ile mülkiyeti ve tasarrufu davalıya ait, kullanım şekli free shop olan büroyu Amerikan Doları karşılığı kiraladığını, ancak aradan oniki aya yakın bir zaman geçmesine rağmen ruhsat verilemediği için müvekkilinin kiralananı işletmeye açamadığını, buna karşılık sekiz aylık kirasını düzenli olarak ödediğini ve ABD doları karşılığı teminat yatırdığını, davalının ruhsat verilemeyecek bir yeri kiraya vermek suretiyle müvekkili şirketin zararına sebebiyet verdiğini ileri sürerek ödenen kira bedeli ve teminat olarak yatırılan tutarın davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, gümrük hattı dışı eşya satış mağazası yeri olarak inşa edilen altı adet mağaza yerinin açılması için gerekli iznin alınması üzerine ihale yapıldığını, ihale sonucu davacı ile düzenlenen kira sözleşmesinin 11. maddesinde, tesisin işletmeye açılabilmesi için gerekli olan tüm ruhsat ve izinlerin kiracı tarafından ilgili merciden alınacağını kararlaştırıldığını, ruhsat, izin ve müsaadeleri alamamak veya geç almanın kira bedelinin ödenmesini engellemeceğini, bu nedenlerle davanın reddini istemiştir. Mahkemece, taraflar arasında imzalanmış sözleşmede davacının ileri sürdüğü hususların çözümünün kendisine bırakıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir...Kira bedelleri yönünden hükmün onanmasına, sözleşmede belirtilen teminatın iadesi şartlarının oluşup oluşmadığının araştırılmaması nedeniyle bu yönden bozulmasına...” (www.legalbank.net) (Erişim Tarihi: 07.09.2021)

Müracaat aşamasında talep edilen belgelerden bir diğeri de yönetmelik md. 7/2-a bendinde yer alan yönetim kurulu üyeleri, şirket sermayesinin %10 veya daha fazlasına sahip gerçek kişiler ile limited şirketlerde ortaklar ile şirket müdürünün, başvuru tarihinden geriye dönük en geç iki ay içinde alınmış adli sicil belgeleridir. Ayrıca bu belgenin her yıl düzenli olarak ilgili gümrük müdürlüğüne ibrazı da gerekmektedir (GSMY md. 9/1). Elbette bu kişilerin adli sicillerinin “temiz” olmasının aranması ve yönetmelik md. 6/3 hükmünde belirtilen suçlardan mahkûmiyet bulunup bulunmadığının tespiti açısından bu belge önemlidir. Ancak yönetmelik md. 7/5’de ise şöyle bir düzenleme yer almaktadır:

“Mağaza veya depo açma izni almak üzere başvuracak tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeleri ve şirket sermayesinin %10 undan fazlasına sahip ortaklar arasından yurt dışında ikamet eden yabancı şahısların, yurt dışında ikamet ettiklerine dair ilgili makamlardan alınan resmi bir belge ibraz etmeleri halinde adli sicil belgesi aranmaksızın bu kişilerin yazılı beyanlarına itibar edilir.”

Görüldüğü gibi gümrüksüz satış mağazası açmak açısından aranan en önemli şartlardan birisine, yurt dışında ikamet eden yabancı şahıslar bakımından çok önemli bir istisna getirilmiş bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle yönetmelik, Türk vatandaşlarının sözünü resmi bir adli sicil kaydıyla belgelemesini gerekli kılarken, yurt dışında ikamet eden yabancı şahısların sözüne itimat etmektedir. Oysa yabancı ülkelerden alınmış adli sicil belgesi hükmündeki belgelerin noter çevirili örneklerinin talep edilebilmesi gerekirdi. Sonuç olarak bu düzenlemenin girişimci Türk vatandaşları aleyhine olduğu ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği görülmektedir.

Başvurunun uygun bulunması durumunda gümrük müdürlüğünün yazısı ve gereken harçların ödenmesine müteakip, başvuru sahibine mağaza açma ve işletme izni verilecektir (GSMY md. 7/7). Yönetmeliğe göre gümrüksüz satış mağazası ve deposu açma ve işletme izinleri, açma ve işletme izin belgesinin düzenlendiği tarihten itibaren beş yıl geçerli olacak şekilde verilebilmektedir (GSMY md. 7/9). Bu sürenin, iznin sona ermesinden en erken dört ay ve en geç bir ay önce talep üzerine uzatılması mümkündür. Bununla birlikte yönetmelik md. 7/9’un son cümlesi bu beş yıllık süreyi önemli ölçüde işlevsiz hale getirmektedir. Gerçekten de bu son cümleye göre gümrüksüz satış mağazası işleteni ile hudut kapısı işleteni arasındaki kira



akdinin 5 yıldan uzun olması halinde kira sözleşmesinin süresi, izin belgesinin geçerliliği açısından dikkate alınacaktır<sup>61</sup>.

Mağaza açma ve işletme izni verilmesinden sonra izin yazısının tebliğ tarihini izleyen günden itibaren altı ay içinde mağazanın faaliyete geçmemesi durumunda verilen izin iptal edilecektir (GSMY md. 8/2). Faaliyete geçebilmek için aranan şartların başında ise yönetmelik hükümlerine uygun bir teminat verilmesi şartı özellikle zikredilmelidir (GSMY md. 8/1).

## D. Gümrüksüz Satış Mağazalarının Belli Başlı Özellikleri

### 1. Hukuki Niteliği

#### a. Gümrüksüz Satış Mağazalarının Özel Antrepo ve Ticari İşletme Niteliği

Gümrük Kanunu ve Gümrüksüz Satış Mağazaları Yönetmeliği'ne göre gümrüksüz satış mağazaları hukuki anlamda özel antrepo niteliğindedir<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Bu hüküm yönetmeliğe 14.02.2018 tarihli ve 30332 sayılı RG'de yayınlanan değişiklik ile ilave edilmiştir.

<sup>62</sup> Gümrük Kanunu md. 93/3 hükmüne göre gümrük antreposu, gümrük gözetimi altında bulunan eşyanın konulması amacıyla kurulan ve kuruluşunda aranılacak koşulları ve nitelikleri yönetmelikle belirlenen yerdir. Doktrinde ise antrepo ile ilgili daha geniş tanımlamalar görmektediriz. Örneğin Yerci antrepoyu, "ithalat vergilerine ve ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmamış ve serbest dolaşıma girmemiş eşya ile serbest dolaşımda bulunan eşyanın konulabildiği yer" olarak tanımlamaktadır; bkz. **Yerci**, s. 56. Türk Hukuk Lügati antrepoyu "Gümrük ve gümrük idaresi delâletiyle tahsil edilen vergi ve resimleri ödenmemiş olan malların muhafazası için kurulan depo" şeklinde ifade etmiştir; bkz. Türk Hukuk Lügati, **Türk Hukuk Kurumu**, 3. Bası, Türk Hukuk Kurumu-Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991, s. 18. Yılmaz'ın ise genel anlamda antrepoyu "ticari malların korunması için kullanılan depo, ardiye, anbar, ambar", gümrük antreposunu ise "Türkiye'ye girmesi veya Türkiye'den transit geçirilmesi yasak olmayan yabancı memleket eşyasının, çıkış hükmünde olmak üzere ihraç edilecek milli mahsul ve mamullerin, transit veya yeniden ihraç edilmek üzere gelen eşyanın, konulduğu yer" ifadeleriyle altladığı görülmüyor; bkz. **Yılmaz**, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 65-66. GK md. 94 hükmü antrepoları eşyanın konulması için herkes tarafından kullanılabilen genel antrepolar ve yalnız antrepo işleticisine ait eşyanın konulabildiği özel antrepolar şeklinde ikili bir tasnife tabi tutmuştur. GY md. 329 hükmü ise antrepo tiplerini belirlemiş ve genel antrepoların A, B ve F; özel antrepoların da C, D ve E tipinde kurulabileceğini hükme bağlamıştır. Gümrük antrepo rejimi ve antrepo tipleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Selen**, Ufuk: Gümrük İşlemleri ve Vergilendirilmesi, 9. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2017, s. 109-115; **Dölek**, Ali: Gümrük İşlemleri, 1. Bası, Umut Kitap Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2013, s. 195-205; **Canitez**, Murat: Uygulamalı Gümrük Mevzuatı, 1. Bası, Gazi Kitabevi Yayınları, Ankara, 2017, s. 179-187; **Yeşilova**, Alper: Gümrük Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar ve Hukuki Çözüm Yolları, 1.

Aynı husus depolar için de geçerlidir (GK md. 95/1; GSMY md. 3/1-ç). Yine mağaza ile işletmenin muhtelif yerlerdeki mağazalarının stok ihtiyaçlarının sağlanması amacıyla eşya konulan depolar arasında sıkı bir bağ bulunduğu hatta her ikisinin bir bütün teşkil ettiği görülmektedir. Hemen belirtelim ki, ilgili alanda yer alan her mağaza değil, sadece gerekli izinler doğrultusunda ve belirlenmiş ürünlerin satışını gerçekleştiren mağazalar özel antrepo niteliğinde gümrüksüz satış mağazası statüsüne sahiptir<sup>63</sup>.

Gümrüksüz satış mağazalarının özel antrepo niteliği<sup>64</sup> ve mağaza ile deponun bütünlüğü karşısında<sup>65</sup>, bu mağazaların TTK anlamında hukuki niteliğinin tespit edilmesi ayrıca önem taşımaktadır.

GSMY md. 6/1-b hükmü uyarınca gerçek kişilerin gümrüksüz satış mağaza ve depolarının işleteni olması mümkün değildir. Bu mağaza ve depoların sadece kamu kuruluşları ile anonim ve limited şirketler tarafından işletilmesi mümkündür. Kanımca burada meselenin gümrüksüz satış mağazasının gerçek kişiler tarafından işletilmesi ile anonim ve limited şirketler tarafından işletilmesi ihtimallerine göre ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. Zira her ne kadar GSMY hükümlerine göre, gerçek kişilerin gümrüksüz satış mağazası işletmesi hukuken mümkün olmasa da yönetmelik hükümlerinde

---

Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 123-127; **Ercan**, Tayfun: Gümrük Hukuku, 1. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2019, s. 54 vd.

<sup>63</sup> **Danıştay 9. D. 17.06.2010 T., E. 2009/7111, K. 2010/3174**: “Davacı şirketin havaalanı dış hatlar terminali yolcu çıkış salonunda pasaport kontrol noktasından sonra, yolcular tarafından uçak hareket saatinin beklendiği alanda sunduğu hizmetin, uçağın seyrüseferine ve yolcuların yükleme-boşaltma faaliyetlerine ilişkin, sadece uçağın hareket saatini bekleyen yolculara, bedellerini kendilerinin ödediği isteğe bağlı hızlı bir yeme içme hizmeti olduğu görüldüğünden davacı şirket tarafından işletilen kafenin ilgili yönetmelikte aranan izin ve tutulması gerekli defter ve belge şartlarına sahip olmadığı halde özel antrepo kapsamında değerlendirilmesinde isabet bulunmadığı..” (www.legalbank.net) (Erişim Tarihi: 07.09.2021)

<sup>64</sup> Hemen belirtelim ki, gerek GK ve gerekse GSMY gümrüksüz satış mağaza ve depolarının hangi tip özel antrepo olduğuna ilişkin bir hükme yer vermemiştir. Ancak özel antrepo tipleri arasında yer alan C tipi antrepoya ilişkin GY md. 329/1-c hükmünde yer alan, “işleticisi ve kullanıcısı aynı kişi olan ve antrepoya alınan eşyadan bu kişinin sorumlu olduğu özel antrepo tipidir” şeklindeki tanım karşısında gümrüksüz satış mağaza ve depolarının C tipi antrepo niteliğine sahip olduğu söylenebilecektir. C tipi antrepolarda özellikle de sipariş üzerine çalışan işletmelerin, gelen talebe göre eşyayı antrepo rejimine tabi tutabildiği konusunda ayrıca bkz. **Tekin**, Abdulkadir/**Tekin**, Ümit Engin: 4458 Sayılı Gümrük Kanunu’na Göre Gümrük İşlemleri, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 149 vd.

<sup>65</sup> Uygulamada mallar evvela depolara gelmekte daha sonra mağazalara satış için intikal ettirilmektedir. Bu nedenle her mağazaya ait bir depo bulunması fiili bir gereklilikten kaynaklanmaktadır; bkz. **Kaliç**, s. 4.

değişikliğe gidilerek buna imkân tanınması her zaman için ihtimal dahilindedir.

Yönetmelik hükümlerinde değişikliğe gidilerek gerçek kişilerin de gümrüksüz satış mağazası işletmesine imkân tanınması ihtimali, meselenin TTK md. 11 bakımından irdelenmesini gerektirmektedir. TTK md. 11 uyarınca bir işletmenin ticari işletme olarak telakki edilebilmesi için esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedeflemesi, faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütülmesi şarttır. Dolayısıyla GSMY'nin gerçek kişilere de gümrüksüz satış mağazası açma ve işletme izni tanınması durumunda; TTK md. 11 hükmündeki şartları taşımak kaydıyla, gerçek kişiler tarafından işletilen bir gümrüksüz satış mağazasının ticari işletme olarak kabul edilmesi mümkündür.

Gümrüksüz satış mağazalarının anonim ve limited şirketler tarafından işletilmesi durumunda ortaya daha farklı bir sonuç çıkacaktır. Şöyle ki, anonim ve limited şirketlerin zorunlu olmamakla beraber ticari işletme işletmesi her zaman için imkân dahilindedir. Böyle bir durumda TTK md. 16 hükmü doğrultusunda, salt işleteni bir ticaret şirketi olması nedeniyle, gümrüksüz satış mağazası da ticari işletme hüviyetine bürünecektir. Başka bir söyleyişle işletenin bir anonim veya limited şirket olması durumunda, TTK md. 16 uyarınca gümrüksüz satış mağazası ticari işletme olarak kabul edilecektir. Uygulamada gümrüksüz satış mağazacılığı yapan şirketlerin ana sözleşmeleri üzerinde yaptığımız araştırmada, bu şirketlerin birbirinden farklı iştiğal sahalarının da bulunabildiği ve gümrüksüz satış mağazacılığının da bu iştiğal sahalarından birini teşkil ettiği görülmüştür. Örneğin bir şirketin gümrüksüz satış mağazacılığının yanı sıra marina yatırım ve işletmeciliği, konaklama hizmetleri yapması da mümkündür. Böyle bir durum ise, her iki faaliyet kolunun ayrı bir ticari işletme olarak kabul edilmesini gerektirecektir. Keza anonim ve limited şirketin münhasıran gümrüksüz satış mağazası işletmek amacıyla kurulduğu hallerde de sonuç değişmeyecek ve mağaza yine ticari işletme hüviyetine bürünebilecektir.

#### ***b. Birden Fazla Gümrüksüz Satış Mağazası İşletilmesi Halinde Mağazaların Hukuki Niteliği***

Bir anonim ya da limited şirketin birden fazla gümrüksüz satış mağazası işletmesi mümkündür. Böyle bir durumda karşımıza temel olarak iki ihtimal çıkmaktadır. Bu konudaki ilk ihtimal her bir gümrüksüz satış mağazasının münhasır bir ticari işletme olarak kabul edilmesidir. Zira mağazaların ayrı bir ticari işletme olarak telakki edilmeleri her zaman için imkân dahilindedir. Örneğin farklı sınır kapılarındaki gümrüksüz satış mağazalarının,

aynı anonim ya da limited şirket tarafından birbirinden bağımsız şekilde işletilmesi mümkündür. Bu takdirde her iki mağaza da ayrı ayrı ticari işletme niteliğinde olacaktır.

İkinci ihtimal ise bir anonim ya da limited şirketin işlettiği birden fazla gümrüksüz satış mağazasının merkez ve şube ilişkisinin varlığı bakımından irdelenmesini gerektirmektedir. Ancak birden fazla gümrüksüz satış mağazasının varlığı halinde, ticaret şirketi bünyesinde merkez-şube ilişkisinin nasıl tesis edileceği büyük önem taşımaktadır. Her şeyden önce ticaret şirketleri bünyesinde bir şubenin varlığından söz edebilmek için, ortada bir ticari işletmenin bulunması gerekir<sup>66</sup>. Bir başka ifadeyle ticaret ortaklıklarının ticari işletme işletmesi, şubeye sahip olmasının ön şartıdır. Ayrıca merkez ve şube arasındaki farklılığın tespiti noktasında en önemli ayrımın, ticari işletmenin bünyesinde barındırdığı bağımsızlık unsuru olduğu görülmektedir<sup>67</sup>. Bağımsızlık unsuru ticari işletmenin iç ilişkide münhasıran kendisini işletenin iradesine tabi olması olarak ifade edilebilir<sup>68</sup>. Ticari işletmenin iç ilişkide alınan kararlarda sadece kendisini işletene bağlı olması aynı zamanda ticari işletmenin tacirinden bağımsız düşünülmemesinin doğal bir sonucudur.

Burada açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus da “satış mağazası” kavramının, gümrüksüz satış mağazaları bakımından ne anlama geldiğidir. Şube ile ilgili olarak Ticaret Sicili Yönetmeliği md. 118/1 hükmü ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu md. 9/2 hükmünde yer alan tanımlara baktığımızda, satış mağazalarının şube olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bir karinenin mevcut olduğu

<sup>66</sup> **Kayış**, Ferhat: Ticari İşletmede Şube Kavramı ve Şube Olmaya Bağlı Hüküm ve Sonuçlar, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 159; **Kendigelen**, Abuzer (**Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, Füsün): Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 169.

<sup>67</sup> Bağımsızlık unsuru ticari işletme ile şubeyi ayırt etme noktasında en önemli kıstaslardan birini teşkil etmektedir. Bu anlamda faaliyetlerin başka bir işletmeye bağlı olmadan sürdürülebilir olunması bağımsızlık unsurunun varlığına delalettir; bkz. **Şener**, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 5; **Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 24. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2018, s. 31; **Nomer Ertan**, Füsün (**Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Arslan): Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 157. Bu unsuru sadece işletmenin değil, işletme sahibinin de bünyesinde barındırması gerektiği yönünde bkz. **Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 105. Bağımsızlık unsurunun varlığının tespiti bakımından faaliyet düzeninin ve işletme politikasının münhasıran belirlenebilmesi, kararların tek başına alınabilmesi gibi kıstaslardan yola çıkarak bir sonuca ulaşılması mümkündür; bkz. **Kayış**, s. 29.

<sup>68</sup> **Kendigelen** (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 151.

görülmektedir<sup>69</sup>. Bununla birlikte satış mağazalarının şube niteliğine sahip olup olmadığı noktasında mezkûr düzenlemelerin öncesinde ve sonrasında doktrinde birtakım tartışmalar bulunduğunu da belirtmek gerekir<sup>70</sup>. Sözgelimi Hirş meseleye ticaretgâh kavramı ekseninde yaklaşarak olumsuz cevap verirken<sup>71</sup>, Karayalçın ve Göle ise satış mağazalarının merkezin yürüttüğü faaliyetlerle özdeş işleri tek başına yapamaması ve salt satış işleminin de, oldukça sınırlı bir yetki ihtiva etmesi nedeniyle şube niteliğinde olmadığını savunmuşlardır<sup>72</sup>. Buna karşılık Pekdinçer, Kendigelen ve Özdamar satış mağazalarının şube niteliğine vurgu yapmış<sup>73</sup>, Arkan ise, şubenin merkezin

<sup>69</sup> Satış mağazalarının şube vasfının bir karine olarak öngörülmesi doktrinde çeşitli eleştirilere konu olmuştur. Şener'e göre satış mağazaları ancak şube olabilmenin diğer şartlarını taşıması kaydı ile şube olarak kabul edilmelidir. Örneğin münhasıran satış işlemi yapabilen ve merkezin faaliyetlerine benzer faaliyetleri gerçekleştiremeyen yerlerin şube olamaması gerekir; bkz. **Şener**, Oruç Hami: Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 243; Şener (Ticari İşletme), s. 12. Arkan da satış mağazalarının münhasıran satış işlemi yapabilmesi ve merkezin yaptığı faaliyetlerle özdeş faaliyetleri yapamaması nedeniyle kanunda şube olarak düzenlenmesinin hatalı olduğu kanaatindedir; bkz. **Arkan**, s. 36. Benzer olarak **Özdamar**, Mehmet: Yargıtay Kararları Işığında Ticari İşletmede Şube Kavramı, Ankara Barosu Dergisi, 2007/1, s. 50, dn.19.

<sup>70</sup> Bu tartışmaların dış ilişkiler bakımından satış mağazalarının durumu ile şubelerin merkezin yaptığı işlerden hangilerini yapabildiği noktalarında odaklandığı görülmektedir.

<sup>71</sup> Yazar, "merkez olmyan her ticaretgâh, şubedir" şeklinde düşünmekle beraber, ticaretgâh kavramına da açıklık getirmiş ve "fabrika, imalathane, atölye, ambar, silolar ve buna benzer mahallerle gişe ve satış yerleri" hakkında bunların bulunduğu yerlerde işletmenin idaresi de bulunmadıkça, buraların ticaretgâh olamayacağı savunmuştur; bkz. **Hirş**, E.: Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası Hak Kitabevi, İstanbul, 1948, s. 125.

<sup>72</sup> Karayalçın, satış mağazalarının dış ilişkide satım ilişkisine girebilme haricinde işletmeyi bağlayıcı işlemler yapamadığını, dolayısıyla merkezin faaliyetleri ile özdeş faaliyetlerde bulunamayan bu yerlerin şube niteliğinde olmadığını savunmuştur. Yazara göre süt ve yoğurt satış mağazası sadece süt ve yoğurt satabilme yetkisine sahip olup, süt tedariki ve üretimi konularında gerekli sözleşmeleri akdetme yetkisi bulunmadığından şube olarak kabul edilemez; bkz. **Karayalçın**, Yaşar: Ticaret Hukuku Dersleri I. Giriş-Ticari İşletme, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1960, s. 118. Göle de, temel olarak Karayalçın'ın düşünceleri ile aynı kanıdadır. Yazara göre satış mağazaları ancak merkezin yürüttüğü faaliyetleri ya da özdeşlerini yapıyor ise şube olarak kabul edilebilir. Her ne kadar satış mağazaları işletme adına ve hesabına işlem yapabilse de, mağazadaki görevlinin yetkileri, merkezi bağlayabilecek işlemlerden ziyade oldukça sınırlı bir mahiyet arz eder; bkz. **Göle**, Celal: Ticari İşletmenin Merkez ve Şubesinin Tayini Sorunu, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara, 1986, s. 200 vd.

<sup>73</sup> Pekdinçer'e göre, sadece merkez tarafından üretilen malların satışını yapabilen yerler şube olarak kabul edilemez. Ayrıca merkezin yaptığı faaliyetler türünden faaliyetlerin ya

faaliyetlerinin tümünü değil, sadece merkezin asli nitelik arz eden faaliyetlerini yapabilmesinin şube vasfının kazanılması açısından yeterli olduğunu ifade etmiştir<sup>74</sup>. Meseleye farklı bir bakış açısı getiren Kayış ise, bir satış mağazasının sadece merkezde üretilen ürünlerin değil, farklı ürünlerin de satışını gerçekleştirmesi halinde artık şube olarak kabul edileceğini zira bu durumda merkezin üretimi durdursa dahi, satış mağazasının satışları durdurmayacağını savunmuştur<sup>75</sup>. Yine Kayış'a göre merkez üretimle değil satışla işgal eden bir işletme ise, merkeze bağlı satış mağazalarının da şube olarak kabul edilmesi gerekir<sup>76</sup>.

Bütün bu tartışmalara gümrüksüz satış mağazaları açısından yaklaştığımızda mevzuatta yer alan tanımlarda satış mağazalarının şube olarak kabul edilmiş olmasının, gümrüksüz satış mağazalarının da doğrudan doğruya şube olması sonucunu doğurmayacağını belirtmek gerekir. Zira bu mağazaların isimlerinde "satış mağazası" ifadesi bulunmakla birlikte, diğer satış mağazalarına göre farklılık arz eden önemli bazı yönleri bulunmaktadır.

Öncelikle gümrüksüz satış mağazası ticari işletme niteliğinde olup; ancak birden fazla mağazanın mevcudiyeti halinde merkez-şube ilişkisi tesis edilmek suretiyle mağazaların şube olarak kabul edilmesi mümkündür. Ayrıca şubenin, merkezin yürüttüğü faaliyetlerden en az birini yürütebiliyor olması gerekliliği, bazı durumlarda gümrüksüz satış mağazaları bakımından geçerliliğini yitirebilmektedir. Çünkü bu mağazaların yürüttüğü faaliyetlerin,

---

da benzerlerinin de yapılabiliyor olması gerekir. Bu noktada tacirin söz konusu yeri nasıl telakki ettiği değil, mahkemenin tespiti önem taşımaktadır. Yazara göre özellikle de gıda sektöründe faaliyet gösteren süpermarketlerin, malvarlıklarının merkeze ait olması, merkezin işletme politikasına tabi olması ve hepsinin tek bir tacire ait olması karşısında şube olarak ticaret siciline tescil ettirilmeleri gerekir; bkz. **Pekdiñer**, Tamer: Ticaret Sicili Açısından Merkez-Şube-Satış Mağazası Kavramları, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, s. 478-479. Kendigelen ise üretim faaliyetinde bulunan ticari işletmelerde, satış mağazalarının üretim faaliyetinin bulunmaması ve merkezin faaliyetlerine benzer faaliyetleri yerine getirememesi nedeniyle şube sayılmaması gerektiği şeklindeki görüşe katılmadığını; üretim ve satışın bir bütün olduğunu, bu nedenle toptan satış mağazalarının, fabrika satış mağazalarının da merkezin yürüttüğü faaliyetleri yürütmesi nedeniyle şube olarak kabul edilmesi gerektiğini ve 5174 sayılı kanun ile Ticaret Sicili Yönetmeliği md. 118/1 hükmünün bunu desteklediğini ifade etmiştir; bkz. **Kendigelen** (Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan), s. 173. Özdamar, modern ticaret anlayışının sadece üretime indirgenemeyeceği bu nedenle özü itibarıyla pazarlama faaliyeti yürüten satış mağazalarının da şube olarak kabul edilmesi gerektiği kanısındadır; bkz. **Özdamar**, s. 56.

<sup>74</sup> **Arkan**, s. 38.

<sup>75</sup> **Kayış**, s. 133.

<sup>76</sup> **Kayış**, s. 134.

mahiyeti gereği şirket merkezinde gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Zira gümrüksüz satış mağazasında yürütülen faaliyetler, merkezin yürüttüğü faaliyetlerden değildir. Bilakis, bu faaliyetlerin görüldüğü yer ve görülme şekli itibarıyla merkezin bulunduğu yerde yürütülmesi söz konusu olmadığı gibi; tam tersi, bizzat mağazanın bulunduğu yerde gerçekleştirilmesi zorunludur. Ancak bu durum bizi şubenin bağlı olacağı merkezin, şirketin ana sözleşmesinde belirtilen yer değil de merkez olarak kabul edilen gümrüksüz satış mağazası hangisi ise o mağaza olacağı sonucuna götürmemelidir. Zira Türk hukukunda kanuni merkez sistemi benimsendiğinden; şirketin merkezi olarak gösterilen ve idare edildiği yer ile işletmenin faaliyetlerinin fiilen yürütüldüğü yerin farklı yerde bulunabileceği, dolayısıyla şubelerin bağlı olacağı merkezin, şirketin merkezi şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>77</sup>. Anonim ve limited şirketler tarafından işletilen gümrüksüz satış mağazalarında şirket sözleşmesinde belirtilen yerin merkez olarak kabul edilmesi, tüm mağazaların şube niteliğini taşıması mümkün olamayacağından hangi mağazanın ticari işletme niteliğine bürüneceği sorusunu akla getirebilir. Çünkü yukarıda belirtildiği üzere ticaret şirketlerinde şubenin varlığı, bir ticari işletmenin varlığını gerekli kılar. Böyle bir durumda mantık gereği şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mağazanın ya da ilk açılan mağazanın ticari işletme, diğerlerinin şube olarak kabul edilmesi doğru olacaktır. Tek bir gümrüksüz satış mağazası işleten anonim veya limited şirketler bakımından ise şirketlerin ana sözleşmede belirtilen merkezi, mağazanın merkezi olarak kabul edilecek ancak böyle bir durumda o tek mağaza şube değil, ticari işletme vasfında olacaktır. Örneğin sadece Bodrum Limanı'nda mağaza işleten bir anonim şirketin, bu mağazası ticari işletme olarak kabul edilecektir.

Son olarak gümrüksüz satış mağazalarına mal tedarikinin sağlandığı ve onunla deyim yerindeyse bütünlük arz eden ve tıpkı gümrüksüz satış mağazaları gibi özel antrepo niteliğinde bulunan depoların durumunu da değerlendirmek gerekir. Her şeyden evvel depolar, münhasıran ticari faaliyetin yürütüldüğü bir yer olarak kabul edilemez. Bu nedenle depoların şube olarak telakki edilememesi gerekir. Ayrıca görüşümüz doğrultusunda gümrüksüz satış mağazasının ticari işletme olarak kabul edilmesi halinde de, depoların ticari işletme ile hukuki ilişkisinin kurulması daha kolay olabilecektir.

<sup>77</sup> **Kayış**, s. 160. Bazı durumlarda kanuni merkezin işlerin yürütüldüğü merkezden ayrılmasının zaruret haline gelebileceği hakkında bkz. **İnal**, Tamer: Ticari İşletme Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 247.

## 2. Tekel Hakkı

GSMY'nin 5. maddesinde gümrüksüz satış mağazalarının tekel hakkı düzenlenmiştir. Buradaki tekel hakkının konusunu ilgili yerde mağaza açılması ve mevzuatta öngörülmüş ürünlerin satılması noktasında mağaza işlemlerinin inhisari bir hakka sahip olması teşkil etmektedir. Tekel hakkının muhatabı mağaza açma iznini veren Gümrükler Genel Müdürlüğü ile mağazanın faaliyetlerini yürüttüğü yerde faaliyet gösteren, yer tahsisi yapan ilgili kamu kuruluşu ya da liman, havaalanı, sınır bölgesinin işletme hakkını elinde bulunduran özel hukuk tüzel kişisidir<sup>78</sup>. Böyle bir uygulamanın kabul edilme nedeni ise gümrüksüz satış mağazalarının faaliyetlerinin tek elden denetlenme imkanının sağlanması ve bu yolla olası usulsüzlüklerin en kolay bir şekilde önüne geçilmesinin sağlanmasıdır. Tekel hakkı olarak ifade ettiğimiz bu durum, yönetmeliğin 5. maddesinin başlığında “tek işletmeci” şeklinde düzenlenmiştir<sup>79</sup>. Buna göre her bir hudut kapısının bulunduğu yerde

<sup>78</sup> **Danıştay 10. D, 17.04.1990 T., E. 1989/2640, K. 1990/898:** “Davacı şirketin Cilvegözü Gümrük sahasında Gümrük Hattı Dışı Eşya Satış Mağazası açmak üzere davalı idareye başvurduğu, 25.04.1984 tarihinde açılış izni verilerek gümrük sahasında 100 m2.lik hazineye ait bir arsa tahsis edildiği ve mağazanın inşa edilmesine izin verildiği, tahsis edilen arsanın davacıya 16.10.1984 başlangıç tarihli kira sözleşmesine istinaden kiraya verildiği ve eşya satışına başlandığı, davacı şirketin yasal olarak faaliyetini sürdürdüğü sırada 1986 yılı ortalarına gelindiğinde gümrük sahasının geriye çekileceğinin, bu amaçla 1 km geride yeni Gümrük tesislerinin yapımına başlandığının öğrenildiği ve 1986 yılı sonlarında gümrük sahasının 1 km geriye çekildiği, davacıya ait mağazanın da çalışmaz hale gelerek kapatıldığı ve şirketin karavanla satış yapmasına izin verildiği, bu arada davacının kira sözleşmesi de sona ermediği halde yeni sahada inşa edilen 6 adet satış mağazasının 30.06.1988 günü ihaleye çıkarılarak başka firmalara kiralandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı şirkete işletmede öncelik hakkı tanınması gerekirken, yeni mağazaların ihale yoluyla başka firmalara kiralanmasına ilişkin işlemde davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.” (www.legalbank.net) (Erişim Tarihi: 08.09.2021)

<sup>79</sup> 2006 tarihli Gümrüksüz Satış Mağazaları Yönetmeliği'nin yürürlükte olduğu dönemde tek işletmeci sisteminin dava konusu yapıldığını belirtmek gerekir. Bu davada davacı şirket, “özel sektör ilgili kişileri tarafından mağaza işletmeciliği tek bir işleticiye verilir” hükmünün rekabeti bozarak tekelleşmeye yol açacağı iddiasıyla iptalini talep etmişti. Danıştay “Burada bahsedilen özel sektör ilgili kişileri ise gümrük kapıları ile hava alanlarının işletme hakkını yap-işlet-devret modeli ile devralan özel hukuk tüzel kişileri kastedilmektedir. Bu kişilerin buraları bizzat işletmeleri ya da işletilmesi amacıyla üçüncü kişilere devretmeleri mümkündür. Bu durumda davalı Gümrük Müsteşarlığı'nın sahip olduğu denetim yetkisini etkili bir şekilde kullanarak hizmetin düzenli olarak işlemlerini sağlamak amacıyla gümrüksüz satış mağazalarının tek bir işleticiye verilmesine ilişkin yönetmelik hükümlerinde kamu yararı ve hizmetin gereklerine aykırılık bulunmamaktadır” ifadelerine yer vermek suretiyle yürütülmesinin durdurulması talebinin reddine karar vermiştir. Aynı kararda verilen muhalefet şerhinde ise “gümrüksüz satış



yalnız bir gümrüksüz satış mağazası kurulabilecektir (GSMY md. 5/1 ve uçakta satış mağazaları için md. 5/3). Bununla birlikte yönetmelik bu kurala çıkışa yönelik mağazalar bakımından bir istisna getirmiş; çıkış tarafında, mağaza açma şartlarını taşıyan ve tek işletmeci ile işletme sözleşmesi bulunan firmalara da alkollü içki, tütün ve tütün mamulleri dışında eşya satışı yapmak üzere mağaza izni verilebileceğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla gümrüksüz satış mağazası işletmecilerinin giden yolcu kısmında alt sözleşmeler yapabilmesine imkân tanınmış bulunmaktadır<sup>80</sup>.

Gümrüksüz satış mağazalarının haiz oldukları bu tekel hakkının ihlal edilmesinin, TTK md. 54 vd. hükümleri uyarınca haksız rekabet davalarına konu teşkil etmesi de mümkündür. Hatta tekel hakkını ihlal edecek fiilin hudut kapısında gerçekleşmesine de gerek bulunmamaktadır<sup>81</sup>.

---

mağazası işletmeciliğinin tek bir tüzel kişiye verilmesinin rekabet ve eşitlik ilkesinin ihlal edilerek tekelleşmeye yol açacağı, yapılacak ihale sonucunda mevzuatta aranan şartları taşıyan tüzel kişilere mağaza işletme hakkının verilmesi gerektiği” ifade edilmiştir; bkz. **Danıştay 10. D, 10.06.2009 T., E. 2009/774, K. YD** (www.legalbank.net) (Erişim Tarihi: 08.09.2021)

<sup>80</sup> Uygulamada gümrüksüz mağaza işletmelerinin kamu ihale mevzuatı çerçevesinde kiraya verilebildiğini görmekteyiz. Nitekim GSMY de bu duruma kayıtsız kalmamıştır. Yönetmelik md. 5/4 hükmü şu şekildedir: “Kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler, 4 üncü maddenin birinci fıkrasında sayılan yerlerde bulunan ve mülkiyetleri veya tasarrufları altında bulundurdıkları taşınmazları, Bakanlıktan görüş alınması suretiyle gümrüksüz satış mağazası işletmek üzere tek bir işletmeci tarafından işletilmek şartı ile ilgili ihale mevzuatı çerçevesinde kiraya verebilir. Özel hukuk tüzel kişileri, kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler tarafından kendilerine kiralanan bu yerlerdeki taşınmazları, gümrüksüz satış mağazası işletmek üzere özel hukuk sözleşmeleri çerçevesinde üçüncü kişilere kiralayabilir.”

<sup>81</sup> **Yargıtay 11. HD, 02.06.2014 T., E. 2014/2299, K. 2014/10322**: “Davacı .... olarak adlandırılan gümrük hattı dışı eşya satış mağazası işletmeciliği yaptıklarını, parfüm ve kozmetik ürünlerini satıp pazarlayan davalının 2006 yılından beri ...'lardan Ürün Taşımayın! Çok Özel Fiyatlar, Özgür Alışveriş Burada!”, “...’in Gözde kozmetik mağazalarından ..., ürün fiyatlarını havaalanları ve sınır kapılarındaki ...la aynı düzeye çekti.” şeklinde basın ilanları verdiğini, mağazalarının içinde de aynı ibareleri bulundurduğunu, ancak bu ilanların gerçeği yansıtmadığını, zira davalının ...dan daha pahalıya satış yaptığını, mağazasında bulunan free shop ibaresinin de tüketiciyi yanılttığını, davalının bir free shop mağazası sanılacağını, ilanların gerçeği yansıtmayan karşılaştırmalı reklam vasfında olduğunu, tüm bu eylemlerin müvekkilleri aleyhine haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek haksız rekabetin tespiti ile men’ini, ilanların kaldırılmasını, kararın ilanı talep ve dava etmiştir. Mahkemece, davalının reklamlarında kullandığı ibaresi ile... tüketicide gümrüksüz satış mağazalarındaki gibi ucuz fiyata mal satacağı kanaatini oluşturduğu, ... ibaresini de taşıyan markayı kullanarak yaptığı açıklamalarda tüketicinin bilgi eksikliğinden kaynaklanacak yanlış algılamaya sebep olacağı, davalının aynı fiyata ürün sattığı şeklinde reklam ve tanıtım yapmasının, ürün ve hizmetler için tescil ettirdiği

### **3. Gümrüksüz Satış Mağazalarında Yapılan Satışlar**

Gümrüksüz satış mağazalarının en önemli özelliği, müşteri çevresinin ve satıma konu olabilecek eşyanın sınırlandırılmış olmasıdır. Gerçekten de gümrüksüz satış mağazaları satışlarını kural olarak sadece Türkiye'ye giriş yapan ya da Türkiye'den çıkış yapan yolculara ve transit yolculara gerçekleştirebilecektir<sup>82</sup>. Ayrıca gelen ve giden yolcular için satış sözleşmesine konu olabilecek eşyalar da ayrıca belirlenmiştir (GSMY md. 11). Bu yönüyle gümrüksüz satış mağazalarından elde edilmesi amaçlanan faydanın, yönetmelik tarafından salt dış hatlar yolcusu olma şeklinde belirlenmek suretiyle oldukça sınırlı bir çevreye indirgeniği anlaşılıyor. Bu durumun ise, gümrüksüz satış mağazalarından alışveriş yapamayan kişiler aleyhine önemli ayrımcılık teşkil ettiği açıktır. Böyle bir ayrımcılık ise doğal olarak 1982 Anayasası md. 10 anlamında eşitlik ilkesine aykırılık sonucunu doğuracaktır. Zira kimse yurt dışına çıkmaya zorlanamayacağı gibi, bazı pozitif imkânlardan yararlanmak da yurt dışına çıkma şartına bağlanamaz. Kanımca bu sorunun çözümü için, gümrüksüz satış mağazalarının yurt dışında olduğu gibi internet üzerinden mesafeli satış yapabilmelerine imkân tanımak gerekir. Hâlihazırda ise, bu mağazalar ön sipariş yöntemiyle, sadece mağazaya bizzat gelerek pasaport ibraz edilmesi şartıyla malları teslim etmek suretiyle satış yapabilmektedir.

Yine GSMY md. 11 hükmü bu mağazalarda nelerin satılabileceğini de sınırlı olarak belirtmiştir. Gerçekten de GSMY md. 11/8, mağazalarda kural olarak serbest dolaşıma girmemiş yabancı menşeli eşyanın satılabileceğini belirttiikten başka, aynı maddede yer alan ekli listelerde mağazada hangi eşyanın satılabileceği de sınırlı olarak belirtilmiştir. Bir başka ifadeyle mağaza ve depolarda bulunan eşyaların antrepo rejimine tabi olduğu ve kural olarak serbest dolaşıma girmemiş mal statüsünde bulunduğu, bu mağazalarda satışa konu olan eşyaların temel özelliğinin de esasen zaten serbest dolaşıma giriş rejiminden muaf tutulma olduğu görülmektedir. Bununla birlikte mağazalarda Türk menşeli eşya ile serbest dolaşıma girmiş eşyaların da satışı imkân dâhilindedir (GSMY md. 11/8, ikinci cümle). Ayrıca gümrüksüz satış mağazalarında yapılan satışların, Türkiye'nin gümrük bölgesi içerisinde

---

free shop ibaresini reklam ve promosyonlarında tasviri nitelikte yanıltıcı ve piyasada karışıklığa yol açacak şekilde kullandığı, yapılan mukayeseli reklamın yasal olmadığı gerekçesiyle davalının haksız rekabette bulunduğu tespitine, haksız rekabetin önlenmesine, belirtilen ifade ve tanımların davalı tarafından kullanımının men'ine, hüküm özetinin ilanına karar verilmiştir." (www.legalbank.net) (Erişim Tarihi: 08.09.2021)

<sup>82</sup> Bunun haricinde nakil vasıtaları sürücü ve hizmetlileri, diplomatik muafiyetten faydalananlara ve yabancı uyruklu basın mensuplarına özgü hükümler de bulunmaktadır.

gerçekleşmeleri nedeniyle, bundan mütevellit sorunların 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulama alanına gireceğini de kabul etmek gerekir.

Son olarak gümrüksüz satış mağazalarında yapılan satışların fikri mülkiyet hukuku bakımından da irdelenmesi gerekir. GSMY'nin "Fikri ve sınai hakların ihlali" başlıklı 32. maddesinde "Mağazalarda eşya satışının fikri ve sınai haklar mevzuatını ihlal etmesi durumunda ilgili mevzuat hükümlerine göre işlem yapılır" hükmüne yer verilmiştir.

#### 4. Gümrüksüz Satış Mağazalarının Devri, Rehni ve Haczi

Gümrüksüz satış mağazalarının devri ile ilgili olarak GSMY md. 18 hükmü özel birtakım düzenlemelere yer vermiştir. Buna göre devreden ve devralan firma bir dilekçe ile ilgili gümrük müdürlüğüne başvuracak, devralan firma dilekçesine ayrıca GSMY md. 7 hükmünde belirtilen ve mağaza açma ve işletme izni için gerekli belgeleri ekleyecektir. Başvurular GSMY md. 7/6 hükmüne göre incelenip, karara bağlanacaktır. Önemle belirtelim ki yönetmelik, gümrüksüz satış mağazası işleten anonim ve limited şirkette pay devri suretiyle pay sahipliğinin değişmesi durumunu düzenlememiştir. Dolayısıyla yönetmelikte pay devri ve pay devri halinde ne şekilde hareket edileceği hususları boş bırakılmıştır. Şu durumda payı devralan ortakların özellikle de GSMY md. 6/3 hükmünde yer alan şartları taşımamaları durumunda nasıl hareket edileceği hususunda bir belirsizlik ortaya çıkmaktadır. Kanımca bu boşluğun mağazanın devri konusundaki md. 18 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle doldurulması mümkündür.

Burada GSMY md. 18/2'de yer alan "Devralan şirketin yeni kurulmuş bir şirket olması ve kurucu ortaklarından en az birinin asgari beş yıldır faaliyette bulunması hâlinde, şirketin 6 ncı maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen beş yıldır faaliyette bulunması şartı aranmaz" şeklindeki düzenlemeden de bahsetmek gerekmektedir. Bu hükmü ile gümrüksüz satış mağazası açmak için md. 6/1-b bendinde aranan "Asgari beş yıldır faaliyette bulunan, ödenmiş sermayeleri ve ihtiyatları toplamı en az 1.000.000 (bir milyon) TL ve son beş yılda tahakkuk eden kurumlar vergisinin basit ortalaması en az 50.000 (elli bin) TL olan limited veya anonim şirketler" şartı, mağaza devirleri bakımından fiilen bertaraf edilmiş olmaktadır. Kanımca bu düzenleme sektöre yatırım yapmak isteyen ve iktisadi açıdan yeterli kişilerin ve yabancı sermayenin sektörde yer almasını kolaylaştırmak amacıyla kabul edilmiştir.

Gümrüksüz satış mağazalarının ticari işletme niteliğine haiz olduklarını yukarıda ifade etmişim. Bu noktada çeşitli ihtimaller üzerinden yola çıkmak suretiyle bazı meselelerin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Her şeyden önce gümrüksüz satış mağazasının ticari işletme niteliğinin kabulünün doğal sonucu mağazanın devrinin, ticari işletmenin devri usûlüne tabi olmasıdır. Bu anlamda devir işlemleri TTK md. 11/3 hükümlerine uygun olarak icra edilmelidir. Ancak tek bir gümrüksüz satış mağazasının işletildiği hallerde bu mağazanın devri ya da örneğin üç mağazayı işleten bir anonim şirketin bunlardan biri veya ikisini devretmesi gibi hallerde devrin hukuki dayanağının TTK md. 11/3 hükmünün ötesine geçmesi söz konusu olabilir. Gerçekten de üç mağazanın ikisinin devri gibi durumlar, TTK md. 408/2-f bendi uyarınca önemli miktarda varlığın toptan satışı anlamına geleceğinden bu konuda münhasır yetkisi kapsamında genel kurul kararına ihtiyaç bulunduğu kabul edilmelidir. Zira ticari işletmenin devri de önemli nitelikte malvarlığı kavramına dahildir<sup>83</sup>. Aynı husus tek bir gümrüksüz satış mağazası işleten bir anonim şirketin, bu mağazayı devri halinde de geçerli olacak, burada da genel kurul kararı alınması gerekecektir<sup>84</sup>. Böyle bir durumda faaliyet konusu münhasıran gümrüksüz satış mağazası işletmek olan ticaret

<sup>83</sup> **Kervankıran**, Emrullah: Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 236. Tasfiye işleri ile ilgili TTK md. 538/2 bu tip durumlarda genel kurul kararına ihtiyaç bulunduğunu açıkça belirtmiş, aranacak yeter sayı konusunda da TTK md. 421/3 ve 4 hükümlerine atıf yapmış ve karar alınabilmesini için sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan pay sahiplerinin olumlu oyunun varlığı şartına bağlamıştır. Ancak tasfiye halinde olmayan anonim ortaklıklar bakımından hangi yeter sayıların gerekli olduğu konusu ise tartışmalıdır. TTK md. 408/2-f bendi bakımından TTK md. 418 hükmünün uygulanması gerektiği konusunda bkz. **Biçer**, Levent/**Hamamcıoğlu**, Esra: Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Uygulanan Yetersayılar ve Bazı Değerlendirmeler, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 149-150, 2017, s. 82. Diğer görüş ise TTK md. 538/2 hükmünün TTK md. 408/2-f bendinde ifadesini bulan genel kurul kararının alınmasına kıyasen uygulanması gerektiği şeklindedir; bkz. **Ayoğlu**, Tolga: Önemli Miktarda Şirket Varlığının Satışında Genel Kurul Kararının Hukuki Niteliği, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, 2017, s. 95. Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik md. 22/12 söz konusu kararın sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan pay sahiplerinin oyu ile alınacağına ilişkin bir hüküm sevk etmiş olsa da böyle bir düzenlemenin yönetmelik ile yapılamayacağı açıktır; bkz. aynı yönde **Bahtiyar**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 181, dn. 261; **Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan: Şirketler Hukuku, 1. Bası, Dora Yayınları, Bursa, 2013, s. 262, dn. 298.

<sup>84</sup> **Karaman Coşgun**, Özlem: Anonim Şirketin Tasfiyesi, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 202.

şirketlerinde, tek mağazanın devri halinde şirketin sona ermesi dahi söz konusu olabilecektir (TTK md. 529/1-b)<sup>85</sup>. Son olarak tek bir mağazanın işle-tildiği hallerde, mağazanın işleteni olan ticaret şirketinin, diğer şirketle şirket birleşmesi yoluna giderek mağazayı devretmesinin de imkân dâhilinde ol-duğu belirtilmelidir (TTK md. 136). Nihayet limited şirketlerde de şirketin önemli miktarda varlığının satışı ile ilgili kararların genel kurul tarafından alınması gerektiği kabul edilmektedir<sup>86</sup>.

Devir konusunda karşımıza çıkabilecek diğer ihtimal, birden fazla ma-ğaza işletilmesi durumunda şube niteliğinde olan mağazaların devrinin mümkün olup olmayacağı hususudur. Genel olarak şubenin, işletmeden bağımsız şekilde münhasıran devri konusu doktrinde ihtilafıdır. Kendigelen TTK md. 11/3 hükmünün ticari işletmenin külli olarak devri ile ilgili bir husus olduğu, şubenin devri gibi durumlara uygulanamayacağı, bu tip hal-lerde genel hükümlere göre hareket edilmesi gerektiği kanaatindedir<sup>87</sup>. Yazar özellikle de ticaret şirketlerine ait şubelerin devrinden evvel, şubenin ayrı bir ticaret şirketi kurulmak suretiyle bu şirketin malvarlığına dâhil edilmesinin uygun bir çözüm olacağı kanısındadır. Kayış ise şubenin, TTK md. 11/3 kapsamında devrinin mümkün olduğunu düşünmektedir<sup>88</sup>. Yazar, bağım-

<sup>85</sup> Ancak Kervankıran klasik doktrinde kabul edilen bu yaklaşımın gerçekleşme ihtimalinin çok zayıf olduğu kanısındadır. Yazara göre söz gelimi tek işteğal sahası inşaat işleri olan bir anonim şirketin, mevcut inşaatın tamamlanması ile sona ermesi oldukça mantıksızdır. Zira bu şirket yeni bir inşaat işi alabilir. Aynı zamanda bir şirketin işletme konu-sunda değişikliğe gitmesi de her zaman için mümkündür. Yazar bu düşüncelerinde haklıdır. Gümrüksüz satış mağazaları açısından konuyu ele aldığımızda tek bir gümrüksüz satış mağazası işleten bir anonim şirketin, bu mağazayı devretmesinden sonra başka bir mağaza devralması ya da işletme konusunu değiştirmesi mümkündür. Ancak yazarın be-lirttiği bu hususların birer imkân olduğu unutulmamalıdır. Böyle bir durum söz konusu olmadığı takdirde ise klasik doktrin devreye girebilecektir; bkz. **Kervankıran**, s. 31.

<sup>86</sup> **Çebi**, Hakan: Limited Şirketler Hukuku, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 101, dn. 189. Buna karşılık Çamoğlu tasfiye halinde olmayan limited şirketlerde önemli mik-tarda malvarlığı satışına dair yetkinin müdürde olduğu kanaatindedir; bkz. **Çamoğlu**, Ersin: Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 129. **Yargıtay 11. HD, 28.01.2021 T., E. 2019/2449, K. 2021/552**: “Kural olarak şirketi temsile yetkili müdürün şirkete ait bir malvarlığı üzerinde tasaru-fta bulunabileceğinin kabulü gerekir. Ancak bu malvarlığının, şirketin sahip olduğu tek malvarlığı olduğunun ve şirketin varlığını sürdürebilmesi için hayati önemi haiz bu-lunduğunun belirlenmesi halinde bu kez, olaya uygulanacak 6102 sayılı TTK’nın 538. maddesi uyarınca şirketin fiilen tasfiyesine yol açacak ölçüde aktiflerinin toptan satıl-ması şirket genel kurulunun yetkisindedir.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay/BilgiBankasiIstemciWeb/>) (Erişim Tarihi: 08.09.2021)

<sup>87</sup> **Kendigelen** (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 198-199.

<sup>88</sup> **Kayış**, s. 283.

sızlık kıstasının TTK md. 11/3 hükmünün şube devirlerine uygulanabilirliği açısından bir engel teşkil etmediğini zira önemli olan hususun şubenin devrine yönelik iradenin, şubeyi ticari işletmeye dönüştürmeyi ve dolayısıyla bağımlılığı sona erdirmeyi amaçlayan bir irade olacağını savunmaktadır. Gümrüksüz satış mağazaları bakımından Kendigelen'in görüşleri amaca daha uygun olmakla birlikte birtakım sıkıntıları da beraberinde getirebilecektir. Gerçekten de bu mağazaların devri GSMY'nin özel bazı hükümlerinin dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu durumda şubenin evvela gerekli şartları haiz bir tüzel kişi ticaret şirketi bünyesine almasını müteakip, TTK'nın birleşme hükümlerine gidilecektir. Ancak böyle bir yöntemin benimsenmesi sürecin oldukça uzamasına sebebiyet verebileceği gibi, birleşme nedeniyle şirket alacaklılarının ve pay sahiplerinin haklarının korunması meselesi gündeme gelecek, böylelikle de devir çok daha zorlaşabilecektir. Ayrıca şirket birleşmesinden ziyade bölünme yoluyla da aynı amaca ulaşılması mümkündür. Sonuç olarak mevcut bir şirketin, gümrüksüz satış mağazasını devralmak istemesi durumunda, birleşme usulüne başvurmadan, TTK md. 11/3 uyarınca mağazanın devrinin gerçekleştirilmesi en pratik çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim GSMY md. 18 hükmü de "mağazanın devri" ifadesini kullanmıştır.

Gümrüksüz satış mağazalarının rehin işlemlerine konu olması da mümkündür. Bu durumda 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu (TİTRK) hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Ancak burada borcun ifa edilmemesi halinde 6750 sayılı TİTRK md. 14 hükmünde ifadesini bulan temerrüt sonrası hakların kullanılmasının nasıl gerçekleşeceği sorusu akla gelecektir. Özellikle de md. 14/1'in a bendinde yer alan, birinci derece alacaklının icra dairesinden İİK uyarınca rehinli taşınırın mülkiyetinin devrinin talep edilebileceğine ilişkin hüküm birtakım uygulama sorunlarına sebebiyet verebilecektir. Zira alacaklı, GSMY anlamında mağaza açma ve işletme şartlarını taşımayabilir. Bu durumda TİTRK md. 14/1-c bendinde yer alan "zilyetliğin devrine konu olmayan varlıklarda kiralama ve lisans hakkını kullanabilir" hükmünden yola çıkarak hareket edilmesi mümkündür<sup>89</sup>. Kiralama ve lisans hakkı geniş olarak anlaşılmakta belli bir sicile kaydı öngö-

<sup>89</sup> Nitekim 31.12.2016 tarihli ve 29935 sayılı Resmî Gazete'nin 3.mükerrer sayısında yayımlanarak yürürlüğe giren Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik md. 41/2, "Kanunun 5 inci maddesinde sayılan varlıklardan mülkiyeti veya zilyetliği devredilemeyenlerin kiralama ve lisans hakkını doğrudan kullanabilir veya üçüncü kişilere kullandırabilir. Lisanslama ve kiralama geliri borca yetecek düzeye ulaşıktan sonra kiralama ve lisanslama hakkı sona erer" ifadelerini kullanmaktadır.

rülmeyen idari izin ve ruhsatları da kapsadığı kabul edilmektedir<sup>90</sup>. Alacaklı kiralama ve lisans hakkını bizzat kullanabileceği gibi, üçüncü kişiler eliyle de bunu gerçekleştirebilecek ve her halükârda kiralama ya da lisans hakkının kullanılmasından elde edilen gelirin alacaklının alacağını karşılamasından sonra hakkın kullanımı da sona erecektir<sup>91</sup>. Burada gümrük idareleri tarafından alacaklıya, işletmeyi elden çıkartması için makul bir süre verilmesi de çözüm yolu olarak düşünülebilir. Ancak kanımca en mantıklı çözüm TİTRK md. 14/1-ç bendinde yer alan genel hükümlere göre takip yapmak olarak karşımıza çıkmaktadır. Genel hükümlere göre yapılan takiplerde ise satış ilanında mağazanın işletilmesi bakımından gerekli olan şartların belirtilmesi önem taşımaktadır<sup>92</sup>.

Bir diğer hususiyet arz eden durum da malların haciz ve satış işlemlerinde kendini göstermektedir. Uygulamada Gümrükler Genel Müdürlüğü'nün 2000/42 sayılı ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığı hukuk müşavirliğinin 2012/1 sayılı genelgeleri, icra müdürlüklerinin üçüncü kişilerin hacizli alacakları bakımından gümrük idarelerine yapılacak bildirimlere ilişkin birtakım uygulama kuralları getirmiştir. Söz konusu genelgelerde, getirilen kuralların hukuki dayanağının Gümrük Kanunu md. 10 hükmü olduğu belirtilmiştir. Buna göre icra müdürlüklerinin aldıkları haciz ve diğer kararların bildirimlerinin geçici depolama yeri ve antrepo işleticisine yapılması ve bunların da kayıtlarına haciz şerhini düşmelerinin akabinde durumu ilgili gümrük idaresine bildirmeleri öngörülmüş; eşyanın gümrük sahasında bulunması ya da geçici depolama yeri ile antrepunun gümrük idaresince işletilmesi halinde ise, bildirimlerin malların bulunduğu yerdeki gümrük idarelerine yapılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>93</sup>. Ancak genelgelerde bizzat antrepo işleticisine ait malların nasıl haczedileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Keza Lisanslı Yediemin Depoları Yönetmeliği<sup>94</sup> md. 18/5 hükmü antrepodaki malın haczi halinde yediemin olarak antrepoda bırakılmasına

<sup>90</sup> **Yurtman**, Hazalcan: 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Temerrüt Sonrası Haklar, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 169-170.

<sup>91</sup> **Şenocak**, Kemal/**Kahraman**, Zafer/**Tuncer Kazancı**, İdil/**Öcal Apaydın**, Bahar: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 189.

<sup>92</sup> Öğretide ticari plaka örneği üzerinden yola çıkılarak ticari plakanın ancak belirli şartları taşıyanlara satılabileceği bu nedenle bu konuda gerekli açıklamaya yer verilmesi gerektiğinin altı çizilmiştir. Keza rehinli alacaklının şartları taşımaması durumunda ticari plakanın gelirinin kendisine tahsis edilebileceği kabul edilmektedir; bkz. **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 205.

<sup>93</sup> **Savaş**, Deniz Okan: Serbest Dolaşıma Girmemiş Eşyanın Haczi ve Haciz Sonrası Vergisel Sorumluluk, Gümrük ve Ticaret Dergisi, 2013/1, s. 76.

<sup>94</sup> 23.08.2016 Tarihli ve 29810 sayılı RG

imkân tanımış olsa da, burada da bizzat antrepo işleticisine ait malların akıbeti ile ilgili hüküm sevk edilmemiştir. GSMY md. 22 hükmü uyarınca, mağazaların antrepo giriş-çıkış defteri tutmakla yükümlü olması, mağazalardaki tüm malların elektronik ortamda kaydının tutulması ve BİLGE olarak adlandırılan gümrük sistemi yazılımından takip edilebilmesi nedeniyle, esasen mağazadaki malların haciz işleminin İİK md. 78 uyarınca elektronik ortamda doğrudan icra dairesi tarafından gerçekleştirilmesi de mümkündür. Bununla birlikte gümrüksüz satış mağazalarında yer alan malların serbest dolaşıma girmemiş mal statüsünde bulunması ve pek çok aşamada gümrük idarelerinin denetimine tabi olması, kayıtların gümrük idarelerinde mevcut olması nedeniyle, gümrükler nezdindeki icra ve iflas işlemleri konusunda bildirimlerin ilgili gümrük idaresine de yapılmasının işlem güvenliği ve alacaklıların korunması açısından gerekli olduğu kanaatindeyim.

Ayrıca gümrüksüz satış mağaza ve depolarında bulunan mahcuz malların satışı ise özel önem arz etmektedir. Zira söz konusu mallar henüz serbest dolaşıma girmemiş mal olması nedeniyle malların satışa konu olabilmesi için serbest dolaşıma giriş rejimine tabi tutulması gerekebilecektir. Bu durumda satış işlemlerine başlanmadan evvel ithal izni alınması bir zaruret olarak karşımıza çıksa da, uygulamada daha ziyade malların satışından sonra, bizzat ihaleyi kazanarak malları satın alan kişi tarafından ithal izni için başvuruda bulunulduğu görülmektedir<sup>95</sup>.

## SONUÇ

Gümrüksüz satış mağazalarının bünyesinde barındırdığı avantajları tabana yayabilmesi onlara tüm dünyada teveccüh gösterilmesine neden olmuştur. Gerçekten de bu mağazalar hem sahibine hem bulunduğu ülkeye ve hem de bu mağazalardan alışveriş yapanlara yüksek katma değer sunma potansiyelleri nedeniyle giderek yaygınlaşmaktadır. Nitekim gümrüksüz satış mağazalarına ilişkin hukuki düzenlemeleri ele aldığımız bu çalışmanın ilk aşamasında gerçekleştirdiğimiz karşılaştırmalı hukuk araştırmasında, dünyada pek çok ülkenin pozitif hukuklarında bu mağazalarla ilgili hükümlere yer verdiğini tespit ettik. Yaptığımız karşılaştırmalı hukuk araştırması neticesinde hemen tüm ülkelerde gümrüksüz satış mağazalarının antrepo olarak kabul edildikleri görülmüştür. Yine karşılaştırmalı hukuk araştırması neticesinde tespit ettiğimiz bir diğer husus da gerçek kişilerin, gümrüksüz satış mağazası işletebilmesi hususunda her ülkenin farklı bir sistem benimsemiş olduğudur. Hemen tüm ülkelerde ortak olan noktalar ise, mağaza işle-

<sup>95</sup> Savaş, s. 78 vd.



tenler hakkında ayrıntılı iktisadi ve hukuki istihbarat araştırması yapılması ve mağaza açmak için gerekli şartların kaybı halinde mağaza açma izninin iptal edilmesidir. Mağazanın devrinin sonuçları bakımından ise farklı sistemler söz konusudur.

Ülkemizde de gümrüksüz satış mağazalarına ilişkin düzenlemelerin çok eskilere kadar gittiği ve 1999 yılına kadar bu mağazaların genel antrepo, bu tarihten sonra ise özel antrepo olarak kabul edildiği görülmektedir. Ayrıca mağaza ile mağazanın stok ihtiyaçlarının sağlanması amacıyla açılan depolar bir bütün teşkil etmektedir. Bunun yanı sıra gümrüksüz satış mağazalarının, her ne kadar satış mağazası olarak adlandırılırsalar da, TTK anlamında ticari işletme niteliğine sahip olduğu görülmektedir. Ancak birden fazla mağazanın işletildiği durumlarda diğer mağazaların ayrı bir ticari işletme olarak ya da merkez ve şube ilişkisi ihdas edilmesi suretiyle işletilmesi mümkündür. Her halükârda bir mağazanın ticari işletme olarak kabul edilmesi ise şarttır. Türk hukukunda GSMY sadece kamu kuruluşları ile anonim ve limited şirketlerin gümrüksüz satış mağazası işletebileceğini hükme bağlamıştır. Kanımca gerçek kişilere de gümrüksüz satış mağazası işletilme imkanının tanınması gerekmektedir.

Gümrüksüz satış mağazasının ticari işletme niteliği gereği, mağazanın devri de, TTK md. 11/3 hükümlerine göre gerçekleşecektir. Ancak şirketin, tek bir mağaza işletmesi durumunda şirket birleşmesi yoluyla da mağazayı devretmesi mümkündür. Eğer ortada birden fazla mağaza varsa, şube niteliğindeki mağazaların devrinin mümkün olduğu ancak bunun için öncelikle söz konusu şubenin GSMY hükümlerine uygun bir ticaret şirketi bünyesine alınması ve daha sonra TTK'nın birleşmeye ilişkin hükümlerine göre devrin gerçekleştirilmesi ortaya çıkması muhtemel sorunların daha baştan önüne geçilmesini sağlayabilecektir. Belirtelim ki, bu yöntem çeşitli sakıncaları da beraberinde getireceğinden, TTK 11/3 uyarınca gerçekleştirilecek bir devir işlemi daha pratik bir yol olarak karşımıza çıkacaktır. Ayrıca özellikle de tek bir gümrüksüz satış mağazası işletildiği hallerde, mağazanın devri için anonim ve limited şirketlerde genel kuruldan karar alınması gerekmektedir.

Gümrüksüz satış mağazaları üzerinde, TİTRK hükümlerine göre rehin işlemleri tesis edilebilse de, söz konusu kanunun 14. maddesinde ifadesini bulan temerrütten doğan hakların, bu mağazaların mahiyeti gereği nasıl uygulanacağı belirsizdir. Bu konuda en mantıklı çözümün genel hükümlere göre takip yapılması olduğu kanaatindeyim (TİTRK md. 14/1-ç).

### KAYNAKÇA

- Aksu**, Mustafa: Gümrüksüz Satış Mağazalarında Pazarlama Organizasyonu, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1989.
- Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 24. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2018.
- Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Ayoğlu**, Tolga: Önemli Miktarda Şirket Varlığının Satışında Genel Kurul Kararının Hukuki Niteliği, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, 2017, s. 93-104.
- Bahtiyar**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- Biçer**, Levent/**Hamamcıoğlu**, Esra: Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Uygulanan Yetersayılar ve Bazı Değerlendirmeler, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 149-150, 2017, s. 71-134.
- Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan: Şirketler Hukuku, 1. Bası, Dora Yayınları, Bursa, 2013.
- Canitez**, Murat: Uygulamalı Gümrük Mevzuatı, 1. Bası, Gazi Kitabevi Yayınları, Ankara, 2017.
- Çamoğlu**, Ersin: Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- Çebi**, Hakan: Limited Şirketler Hukuku, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Dölek**, Ali: Gümrük İşlemleri, 1. Bası, Umut Kitap Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2013.
- Ercan**, Tayfun: Gümrük Hukuku, 1. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2019.
- Göle**, Celal: Ticari İşletmenin Merkez ve Şubesinin Tayini Sorunu, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara, 1986, s. 181-206.
- Hırş**, E.: Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası Hak Kitabevi, İstanbul, 1948.
- İnal**, Tamer: Ticari İşletme Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

- Kaliç**, Özkan: Gümrüksüz Satış Mağaza Faaliyetlerinin Bilgisayar Desteğinde Yürütülmesi ve Bir Uygulama Örneği, (Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul, 1992.
- Karaman Coşgun**, Özlem: Anonim Şirketin Tasfiyesi, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Karayalçın**, Yaşar: Ticaret Hukuku Dersleri I.Giriş-Ticari İşletme, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1960.
- Kayış**, Ferhat: Ticari İşletmede Şube Kavramı ve Şube Olmaya Bağlı Hukuki Sonuçlar, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Kendigelen**, Abuzer (Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, Füsün): Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Kervankıran**, Emrullah: Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2015
- Özdamar**, Mehmet: Yargıtay Kararları Işığında Ticari İşletmede Şube Kavramı, Ankara Barosu Dergisi, 2007/1, s. 48-61.
- Pekdiñer**, Tamer: Ticaret Sicili Açısından Merkez-Şube-Satış Mağazası Kavramları, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, s. 471-479.
- Savaş**, Deniz Okan: Serbest Dolaşıma Girmemiş Eşyanın Haczi ve Haciz Sonrası Vergisel Sorumluluk, Gümrük ve Ticaret Dergisi, 2013/1, s. 74-83.
- Seely**, Antony: Duty-free shopping, House of Commons Library Research Paper 99/74, 1999. Duty-free shopping (parliament.uk)
- Sektör Tanıtımı**, Gümrüksüz ve Vergisiz Satış Mağazaları (Duty-Free) İşletmeciliği, Gümrük ve Ticaret Dergisi, 2013/1, s. 118-119.
- Selen**, Ufuk: Gümrük İşlemleri ve Vergilendirilmesi, 9. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2017.
- Şener**, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Şener**, Oruç Hami: Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Şenocak**, Kemal/**Kahraman**, Zafer/**Tuncer Kazancı**, İdil/**Öcal Apaydın**, Bahar: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Tekin**, Abdulkadir/**Tekin**, Ümit Engin: 4458 Sayılı Gümrük Kanunu'na Göre Gümrük İşlemleri, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

- Türk Hukuk Lügati**, Türk Hukuk Kurumu, 3. Bası, Türk Hukuk Kurumu-Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991.
- Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, Füsun: Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- Yerci**, Cahit: Gümrük Hukuku ve Davaları, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Yeşilova**, Alper: Gümrük Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar ve Hukuki Çözüm Yolları, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Yılmaz**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- Yurtman**, Hazalcan: 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Temerrüt Sonrası Haklar, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

#### **İNTERNET KAYNAKLARI**

- Botschaft zum Bundesgesetz über den Einkauf von Waren in Zollfreiläden auf Flughäfen, 12. März 2010, <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2010/2169.pdf>
- Brendan O'Regan | The Times
- Customs Act 1901 ([legislation.gov.au](http://legislation.gov.au))
- Customs-Free Airport Act, 1947 ([irishstatutebook.ie](http://irishstatutebook.ie))
- Customs-Free Airport (Amendment) Act, 1958 ([irishstatutebook.ie](http://irishstatutebook.ie))
- Customs Regulation 2015 ([legislation.gov.au](http://legislation.gov.au))
- Duty Free Is Cheaper: Myth, Or Fact? ([godsavethepoints.com](http://godsavethepoints.com))
- Duty-Free Operators' Guide, Australian Government Department of Immigration and Border Protection, July 2017, Duty Free Shop Operators' Guide July 2017 ([abf.gov.au](http://abf.gov.au))
- EC Case No COMP/M.5123 Autogrill/ World Duty Free, Notification of 7 April 2008 pursuant to Article 4 of Council Regulation No 139/2004. [m5123\\_20080516\\_20310\\_en.pdf](http://m5123_20080516_20310_en.pdf) ([europa.eu](http://europa.eu))
- eCFR :: Title 19 ([federalregister.gov](http://federalregister.gov))
- ETRC - Arrivals Duty Free
- Excise Notice 196: excise goods - registration and approval of warehousekeepers, warehouse premises, owners of goods and registered consignors - GOV.UK ([www.gov.uk](http://www.gov.uk))

Excise Notice 197a: excise goods - holding and movement - GOV.UK (www.gov.uk)

Global Travel Retail Change 2018 v 2017, PowerPoint Presentation (dfworldcouncil.com)

<http://dfworldcouncil.com/what-is-duty-free-travel-retail/>

<http://search.chinalaw.gov.cn/law/detail?LawID=405204>

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_97\\_82](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_97_82)

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/sor-86-1072/FullText.html>

<https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=G0350036>

<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20030370/index.html#a17>

<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20052713/index.html>

<https://www.cbsa-asfc.gc.ca/publications/dm-md/d4/d4-3-2-eng.html>

<https://www.toll.no/contentassets/eb096d765fd3460c9415b6a3d158aec1/oversettelse-av-tollforskriften-siste-endringer-per-1.-mai-2020.pdf>

Legalbank - ELEKTRONİK HUKUK BANKASI - Mahkeme Kararları, Mevzuat, Dilekçe ve Belgeler, Açıklamalar, Makaleler

Receive goods into and remove goods from an excise warehouse (Excise Notice 197) - GOV.UK (www.gov.uk)

UCC - Legislation | Taxation and Customs Union (europa.eu)

Zoll online - Reisefreimengen

## İLETİŞİM SÜRECİ VE ORTAK ANLAM ORTAMI OLARAK HUKUK

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998163>

**Dr. Öğr. Üyesi O. Vahdet İŞSEVENLER\***

### Öz

*Makale hukuk ve iletişim arasındaki ontolojik ilişkiyi, insan doğasını dikkate alarak tartışmaktadır. İnsan dilinin ayırt edici özelliklerinden birisi soyutlama imkanıdır. Bu imkan, hukuk gibi soyut varlıkları tasarlayabilmeyi, bilgi üretmeyi, değerleri tanımayı mümkün kılar. Bu sayede insan hareketleri tepkisel davranışlar düzeyinde kalmaz, gerekçelendirilmiş eylem niteliği edinir. Hukuk da eylem gerekçelerinin özel bir türüdür. Bununla beraber hukuk, bireysel bir tasarım olmaktan ziyade kamusal iletişimin ürünü ve aynı zamanda bu iletişimi yönlendiren bir ortamdır. Hukuk, yasa koyucuyla yurttaşın ve kamunun kendi iç iletişiminin bir ürünü olduğu kadar, bu iletişimin gerçekleştiği ortamdır da aynı zamanda. Yasalar, yasa koyucunun duyurduğu davranış ölçütleri, yurttaşların davranış taahhüdü olduğu kadar bu iletişimin sürdürüleceği ortamı da temin eder. Hukuk ortamı, diğer iletişim ortamları gibi ancak belirli şartları yerine getiren mesajları transfer edebilir. Bu durum insanların hukuku belirlediği kadar hukukun da insanları belirlediğini ima eder. Tarihte hukukun toplumu, toplumun hukuku dönüştürdüğü örneklerle rastlayabiliriz. Yine hukukun iletişim araçlarının dönüşümünden etkilendiğini de gözlemleyebiliriz. Fakat hukuksuz bir toplum dilsiz bir toplum kadar olasıdır.*

### Anahtar Kelimeler

*İletişim, Hukuk, Ortak anlam, Ortam, Dil, Toplum*

\* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Yalova (vahdetissevenler@hotmail.com), ORCID: 0000-0003-0287-0686 (Geliş Tarihi: 01.09.2021-Kabul Tarihi: 10.09.2021)

## LAW AS A COMMUNICATION PROCESS AND COLLECTIVE MEANING MEDIUM

*(Research Article)*

### **Abstract**

*The article discusses the ontological relationship between law and communication, taking human nature into account. One of the distinguishing features of human language is the potentiality of abstraction. This facility makes it possible to design abstract entities such as law, to produce knowledge, and to recognize values. In this way, human actions do not remain as reactions, but acquire the quality of justified act. Law is a one of the special types of justification for action. However, law, rather than an individual design, is a product of public communication and at the same time a medium that directs this communication. Law is a product of the communication between the legislator and the citizen and product of the publics internal communication. But also it is the medium in which this communication takes place. The laws functions as a medium in which this communication will be maintained as well as as a message about the behavioural criteria from the legislator, and the commitments of the citizens to each other. The law as a medium, like others, can only transfer messages that meet certain conditions. These are implies that the law determines people as much as people determine law. In the past, we can come across examples where law transforms society and society law. We can also observe that law is affected by the transformation of communication tools. But to imagine a society without law can only possible as much as to find a society without language.*

### **Keywords**

*Communication, Law, Collective meaning, Medium, Language, Society*

## GİRİŞ

İletişim ve hukuk arasındaki ilişki nasıl kurulabilir? İletişim biçimlerinin hukuk üzerindeki etkisi ilk akla gelen seçenektir. Örneğin UYAP uygulaması üzerinden evrak takibi gibi yarın bir gün de duruşmalara online katılımın gerçekleştirilebileceği düşünülebilir yahut cep telefonlarındaki uygulamalar aracılığıyla gerçekleştirilen kredi kartı dolandırıcılığı dünya dijitalleşmeden önce söz konusu olan bir suç değildi. Bir başka ihtimal iletişimin kendisinin hukukudur. Haber alma özgürlüğü, düşüncelerin kitle iletişim araçları aracılığıyla açıklanması yahut Youtube gibi yeni mediumlarda üretilen içeriklerin fikri haklar bakımından değerlendirilmesi bu başlık altında tartışılabilir. Bu çalışmanın konusu doğrudan bu iki örnek değildir; iletişimdeki değişimin hukuku dönüştürmesi dolaylı olarak konu edilebilecekken bu değişimin yeni hukuki sorunlara yol açması bu çalışmanın konusu değildir. Bu yüzden soruyu belki revize etmek ve bu sefer “iletişim ve hukuk arasındaki ontolojik ilişki nedir?” demek gerekir. Soru elbette bu iki kavramı nasıl ele aldığınıza göre farklı yollardan cevaplanabilir. Ben her ikisinin de birer anlam ortamı olduğu fikrine yaslanacağım. Hukukun, anlamın üretildiği, muhafaza edildiği, dolaşıma sokulduğu ortamlardan/medyalardan birisi olarak görülebileceği, bu bağlamda da, kendisinde iletişim sürecinin gerçekleştiği eylem türü olarak hukuk fikrini işleyeceğim. Çalışmanın adı bu doğrultuda iletişim eylemi olarak hukuk şeklinde de ifade edilebilirdi. Elbette bu makalede sadece bir bakış açısı oluşturmam söz konusu olacaktır; hukuk ile iletişim arasında ifade ettiğim gibi bir ilişki kurmanın kavramsal izleğini oluşturmakla yetineceğim, böyle bir yaklaşımın sonuçlarını ortaya koymanın makale hududunu hem biçim hem içerik bakımından aşacağı malumdur.

## I. SOYUTLAMA KAPASİTESİ

Öncelikle anlamın, insanı ayırt eden, yani insan ile insan olmayan arasındaki farkı ortaya koyan bir kavram olduğunu ve bunun insan diliyle ilişkisini ifade etmek gerekir. Böylelikle bir yandan insan dilinin özgünlüğünün altını çizerek, insanlar arası iletişimin mesaj transferinden<sup>1</sup> ibaret olmadığını işaret etmek suretiyle iletişim kavramıyla diğer yandan da bu dil yetisi sayesinde ortaya çıkan hukuk kavramıyla ilişkilene imkânı bulunur. Bu şemada hukuk, praksisin bir görünümü, bir eylem türü olarak belirir.

<sup>1</sup> **Bickerton**, Derek: *Ademin Dili: İnsan Lisanı Nasıl Yarattı, Lisan İnsanı Nasıl Yarattı*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2013, (Çev: **Doğan**, Mehmet), s. 50-56.



O halde öncelikle insan diliyle iletişimin ilişkisine, insan dilini iletişim aracı yahut iletişimi mesaj transferi olarak görmenin neden indirgeyici bir tavır olacağını belirterek, işaret edelim. Düşünce, varlığı kuşatmaya yani karşılaştığı her şeyi ve karşılaşma ihtimali olanları birbirleriyle ilişkilendirip hepsine uygun bir yer vermeye çalışır. Özellikle sistem filozoflarında görmeye alışık olduğumuz bu tavır bir çeşit periyodik tablo oluşturma çabasındır; var olanların hepsini kendi özelliklerini dikkate alarak sınıflandırma teşebbüsüdür. Doğal olarak burada insana da bir yer düşünülür. Sadece filozoflar değil, edebiyatçılar, bilim insanları ve pek tabii sıradan insan da bu teşebbüsün çekiciliği karşısında direnemez. Kaldı ki bu periyodik tabloda insana özgü bir yer bulmak tablonun kendisini inşa etmekten daha özel bir anlama sahiptir: Kendini bilmek. Bu her durumda Delphoi tapınağının kapısında yazdığı manada, bilgelere, ariflere özgü bir yolla gerçekleşmez elbette. Hatta çoğu zaman insan, insanı tanımlarken bir şekilde haklı veya haksız olsun kendi ayrıcalıklı konumunu ilan etmenin yolunu arar. Bunun için bin bir yol da bulur: iki ayağı üzerinde durabilme, büyük kafatası, araç yapabilme ve kullanabilme, zeki olma vs. Burada bunlardan bir tanesinden, Aristoteles'ten beri felsefenin altını çizegelendiği dil yetisinden hareket edeceğim.

Özellikle dil olarak ifade ediyorum zira iletişim yetisi insan diline ihtiyaç duymuyor. İnsanların konuşa konuşa anlaştığını, insanı hayvandan ayıranın bu olduğunu kolay yoldan ifade etmeye kalkışanlar hemen “ben kedimle de iletişim kuruyorum” benzeri bir itirazla karşılanacaktır. Gündelik bilgiye yaslanan bu itiraz bilimsel bilgi tarafından da desteklenmektedir; hayvanlar arasında güçlü iletişim ağları bulunduğuna yönelik araştırmalar artık gazetelerin popüler bilim köşeleri için bile modası geçmiş bir haber niteliğindedir. Hatta burada durmamıza da gerek yok. Ağaçların da kendi aralarında bir sosyal ağı var<sup>2</sup>. Daha da ileriye götürebiliriz: Ağaçlar sadece kendi aralarında iletişim kurmuyorlar, üstlerinde dolaşmalarından rahatsız oldukları böceklerden kurtulmak için bu işi karın tokluğuna yapacak yırtıcıları da çağırabiliyorlar<sup>3</sup>. Ağaçların bu gibi durumlarda birbirleriyle hatta hayvanlarla kurduğu iletişimi, müttefik kabileyi düşmanın yaklaştığına karşı uyararak için ateş yakan insan topluluğuna benzetmek mümkündür. Eğer insan dilinde gerçekleşen bundan ibaret olsaydı, dil yetisine bakarak insanın

<sup>2</sup> **Simard**, Suzanne W. et al.: “Net Transfer of Carbon Between Ectomycorrhizal Tree Species In The Field” Nature, 1997, s. 579; **Helgason**, Thorunn et. al: “Ploughing Up The Wood-wide Web?”, Nature, 1998, s. 431.

<sup>3</sup> **Wohlleben**, Peter: Ağaçların Gizli Yaşamı, Kitap Kurdu, 5. Baskı, İstanbul 2018, (Çev: **Çulhaoğlu**, Ali Sinan), s. 21.

nitelik itibariyle bitkiden ve hayvandan ayırt edilemeyeceğini arada sadece derece farkı olduğunu söylemek doğru olurdu.

Durumun böyle olmadığı o kadar aşikâr ki çok kolay gözden kaçabilir. Tam olarak şu an içinde bulunduğumuz ortam, insan diliyle yukarıda saydığımızımıza benzer iletişim biçimleri arasındaki nitelik farkını ortaya koymaktadır. Bir metnin ortaya çıkabileceği tek ortam insan dilidir. İnsan dilinin yazı formunda ifade edilebilmesi elbette önemli bir husustur. Ne var ki yine kolayca kaçmayıp bunun da gerisinde olana bakışımızı çevirmeliyiz. Kronolojik olarak ifade ettiğimizde bile yazı icat edilmeden önce de insan dilinin nitelik bakımından farklı olduğu vakadır. İnsan dili yazıyı icat edebilecek bir ortamdır, bu münasebetle dil yazıya önce gelir, ne var ki yazının insanın geliştirdiği bir araç olmak bakımından insanın araç yapma potansiyeline atıfta bulunması da bu bağlamda önemsizdir; yazı bu aşamada sadece insan dilindeki nitelik farklarının görüldüğü bir yer olarak dikkat çeker. Diğer bir ifadeyle dilde bir özellik olmasaydı, yazı sadece feromon salgılamak yahut ateş yakmaktan daha etkili, gelişmiş bir araç olarak görülebilirdi. Fakat ne dil yazıya indirgenebilir ne de yazı ve dil esas itibariyle bir araçtır. Dil, etkiye-tepki prensibini aşır amaç tayin edebilmenin mümkün olduğu ortamdır, bu bağlamda dilden araç olarak bahsetmektense eylemin zemini olduğunu ifade etmek daha doğru olur. Çünkü değerler hakkındaki bilinçlenme dil ortamında mümkündür ve bu değerler eylemimize atfettiğimiz anlamı temin eder, tepki niteliğinde kalan davranışları aşabilmemizi, praksişi mümkün kılar.

Hem ağaçların yırtıcıları çağırması hem de kabilenin müttefikini çağırması birer uyarıdır. Hayvanlar arası iletişimde de gerek av olmaktan kaçış için gerekse besin kaynağının yerini işaret etmek için bu uyarı seslenişlerine rastlansa da insanların dilinin, orada olmayan yani hali hazırda duyuya konu olmayan bir şeyi işaret etme işlevini yerine getirmekten uzaktır<sup>4</sup>. Tam olarak bu husus neden şu an içinde bulunduğumuz ortamın yani bu metnin aracılığıyla kurduğumuz ilişkinin insana özgü olduğunu açıklamaktadır. Bir metin örebilmek için de düşünebilmek için de dilin bu potansiyeli zorunludur: Soyutlama yapabilmek.

Bir kronoloji oluşturabilmek için yani şimdi dışında bir zamandan bahsedebilmek için de kavramlara sahip olmak ve onlar hakkında akıl yürütebilmek için de bu potansiyele sahip olmak gerekir. Eğer soyutlama yapmayan bir türe aitseniz hukuk gibi kavramlar ve adalet gibi değerler sizin

---

<sup>4</sup> Bickerton, s. 50.

iletişiminizin parçası, eyleminizin gerekçesi değildir. En genel haliyle, hayvanlarda ve bitkilerde de gördüğümüz formunda, iletişim, kendileri birer soyutlama olan kelimelere müracaat etmeden de yürütülebilen bir faaliyettir. Buna karşılık kelimeler, uyarı sistemlerinin birimleri olarak görülebilecek kokuların, seslerin ve benzerinin basit bir ikamesi yahut gelişmiş bir örneği olmaktan ziyade soyut olmak bakımından nitelik itibariyle farklılık arz eder<sup>5</sup>.

## II. ANLAMLI DAVRANIŞIN BİR TÜRÜ OLARAK HUKUK

Bu soyutlama potansiyeli insanın önüne birçok olanak çıkarır. Aristoteles'ten beri vurgulandığı üzere insanın değer yönelimli davranabilmesini, politik hayvan olarak nitelendirilmesini haklı çıkarır<sup>6</sup>. Konumuz bağlamında en vurucu örnekten birisi bu imkan sayesinde bilgi üretmenin mümkün olmasıdır diğeri de tüzel kişiliklere mevcudiyet kazandırabilmektir<sup>7</sup>. Tüzel kişilikler adı üzerinde tüzede, hukuk ortamında var olur, duyuya konu olabilen bir varlıkları yoktur. Kuruluşlarındaki prensip temel itibariyle de bir ağaçtan değil de ağaç fikrinden bahsetmekten farklı değildir. Nasıl ki duyuya konu olan, tek tek ağaçlardan yani ağaç örneklerinden farklı olan ağacın kendisi dediğimiz şey bir fikirse hukuk da aslen belirli eylem türlerinin gerekçesini temin eden bir fikirdir. Tüzel kişi duyuya konu olmaz ama eylemimize gerekçe verir. Diğer bir ifadeyle herhangi bir tüzel kişiliğin duyuya konu olabilen bir mevcudiyeti söz konusu değildir fakat ona bilinçli olduğumuz için eylemlerimizi bu bilgiye göre oluştururuz. Davranış düzeyinde alelade görülebilecek olan bir takım insan hareketleri o hareketlere atfedilen anlam nedeniyle hukuki eylem olarak kabul edilir. Mektup yazma eylemi, iki tacir arasında gerçekleştiği ve icap kabul içerdiği takdirde hukuki bir niteliğe kavuşur, sözleşme olarak nitelenir; aynı şekilde dışardan baktığımızda birtakım insanların el kaldırıp indirdiğini gözlemlediğimiz davranışın mecliste gerçekleşmesi durumunda bunun yasama yetkisinin kullanımı olduğunu biliriz<sup>8</sup>. Hukukilik niteliği hareketin görünüşünde değil anlamın-

<sup>5</sup> **Bickerton**, s. 56, 57.

<sup>6</sup> **Aristoteles**: Politika, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2020, (Çev: **Orhan**, Özgüç), prg. 1252b, 1254b.

<sup>7</sup> **Harari**, Y. Noah: Hayvanlardan Tanrılara Sapiens, Kolektif Kitap, 26. Bası, İstanbul 2016, (Çev: **Genç**, Ertuğrul), s. 37.

<sup>8</sup> **Kelsen**, Hans: Saf Hukuk Kuramı, Nora Kitap, İstanbul 2016, (Çev: **Uzun**, Ertuğrul), s. 3. Burada bir aşırı yoruma mahal vermemek için temkinli bir açıklamada bulunmam gerekiyor. Zikrettiğim örnekler, Kelsen'in sisteminde olgudan normun çıkmayacağını, normun geçerliliğini yine başka bir normdan alabileceğini anlatmak amacıyla kullanılır. (**Arıkan**, Engin: Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı ve Ötesi, YÜHFD, Cilt: 17, Sayı: 2, 2020, s. 423.) Dolayısıyla ilk elden geçerlilik kriterine ve bu bağlamda hukukun

dadır. Cerrahın karnınızı yarmasıyla, kavga esnasında karnınızdan bıçaklanmanız, her ikisi de bir cismin sizin vücut bütünlüğüne zarar vermesi bakımından aynı görünüşe sahiptir. Burada cerrahın iyileştirmesi buna karşılık hasmınızın sizi kötüleştirilmesi ilk planda ve konumuz bağlamında önemsizdir. Olası kafa karışıklığını önlemek adına başka bir örnek verelim: Bu sefer cerrahın, operasyonu merdiven altında gerçekleştirdiğini ve yine başarılı bir ameliyat olduğunu düşünelim. Sizi yine iyileştirmiştir ama yetkililerin haberi olması durumunda cerrah, hünerlerini kabul edilmiş prosedürler dahilinde işletmediği için suçlanacaktır. Davranış düzeyinde her iki operasyonda da cerrahın hareketlerinin görünüş itibarıyla bir farkı yoktur. Cerrahın niyeti ve davranışının sonucu bakımından da bir fark yoktur; iyi bir amaç uğruna yapmıştır ve sonuçta sizi iyileştirmiştir lakin kabul edilmiş prosedürlerin eyleminin gerekçesi arasında yer almaması davranışının hukuki olarak nitelendirilmesinin önüne geçmiştir. Bir üçüncü örnekte fark iyice belircektir: Bir kamu kuruluşunda çalıştığınızı ve yasal mesainin 19.00'a kadar sürdüğünü farz edelim. Siz de her gün bu saatte işyerinizden çıkıyor olun. Bu davranışınızda hukuka aykırı bir durum yoktur lakin mevsim değişikliğine bağlı olarak mesai saatleri değiştiğinde, sizin bir saat erken çıkabileceğiniz bu saate kadar beklediğinizi gördüğümüzde, davranışınızın esas gerekçesinin trafiği atlatmak olduğunu anlıyoruz<sup>9</sup>. Bu durumda da hukukun eyleminizin

bilgisine dairdir. Başka bir yerde, benzer bir örnek kullandığımda (**İşsevenler**, O. Vaadet: Kurucu İktidarın Eleştirisi, Pinhan, İstanbul 2019. s. 111) hukukun bilgisine dair değil varlığına dair bir izahta bulunuyordum. Oradaki sosyolojik bağlam, tam da bu özelliği nedeniyle Saf Hukuk Kuramı ile uyumsuz olma ihtimali taşımakta olduğu için kendimde Kelsen'i zikretme hakkı bulmuyordum. Örneğin Kelsen için temel norm, hukukun bilgisine ulaşmada iş gören Kantçı bir kategori, bir varsayım, en iyi ihtimalle hukuk biliminin konusu olmayan bir hukukiliği imlerken, *Kurucu İktidarın Eleştirisi*'nde temel norma, pozitif hukukun verili bulduğu, tanıma ilişkisine dayanan, hukuki bilinç anlamını yüklüyordum. Dolayısıyla temel norm, bu haliyle, Kelsenci anlamda olguyu imlemiyor ve olgu-norm gerilimini bypass ediyordu. Öte yandan Schmitt'in somut düzen kavrayışının olgusal niteliğine itiraz ediyor lakin hala pozitif hukuk öncesi ve toplumsal bir anlama işaret ediyordu. Fakat buradaki bağlamın iletişimsel niteliğe yaptığı vurgu düzeyinde Kelsen'in Kantçı öncülleriyle sorun yaşamayacağı kanaatindeyim. Diğer bir ifadeyle, açıklamam hukukiliğin ontolojisi bakımından Saf Hukuk Kuramı ile tam bir örtüşme ihtiva etmese de normun, fehm edilmiş olan olduğuna yönelik yargımın çatışmayacağını düşünüyorum zira burada normun kaynağından değil niteliğinden söz etmekteyim.

<sup>9</sup> Her ne kadar Hart, Weber'den etkilendiğini kabul etmese de (**Wacks**, Raymond: Hukuk Kuramını Anlamak, Astana Yayınları, Ankara 2016, (Çev: **Şahin Ünver**, Fatma Süzgül /**Ünver**, Serdar), s. 153) onun alışkanlıklarla (davranış) hukuk kurallarına riayet gerekçesiyle yapılan tasarruflar (eylem) arasına koyduğu mesafe yani kuralların gözlemlenebilir olduğuna yönelik Austinci bakış açısına itirazının burada ifade etmeye çalıştığım

gerekçesi olmadığı ortaya çıkıyor. Bu elbette hukuka aykırı bir eylemde bulunduğunuz anlamına gelmiyor. Anlatmak istediğim hususun hukukun, görünüşte (davranış) değil gerekçede (eylem) aranması lüzumu olduğunun yeterince izah edildiğini varsayıyorum ve tekrar kavram meselesine dönüyorum.

Tüzel kişiliğin aslen bir kavram olduğunu ve hukuk ortamında varlık kazandığını ifade etmiştik. Bakışımızı hukuk ortamından gözlemlenebilir olan dış dünyaya çevirdiğimizde hukukilik niteliği atfedebildiğimiz birçok eylem görürüz. Bunlarla hukuk arasındaki ilişkinin, ağaç örnekleriyle ağacın kendisi dediğimiz ağaç fikri arasındaki ilişkiye nasıl benzediği şimdi görülebilmektedir. Hukuki eylemlerimiz, hukuk kavramını gerçekleştirmeye yönelmiş birer örnektir. Esas itibarıyla fikir olarak var olan bir şey bizim eylemlerimizin gerekçesi olmak yoluyla dış dünyada etki doğurabilmektedir. İşte tam da bu yüzden hukuk ve iletişim arasındaki ilişki yukarıda zikredilen tüzel kişiliklere mevcudiyet kazandırabilme yetimizdedir; her bir insan, insan dili denilen o eşsiz ortam sayesinde tüzel kişilik gibi soyut varlıkları idrakinin konusu yapabilmekte ve hep beraber insanlar, bu varlıkları referans olarak yaşayabilmektedir; her bir hukuki eylemde aslında insanlar birbirlerine “ben de bu tüzel kişilik ve diğer hukuki kurumlar varmış gibi davranacağım” demektedir<sup>10</sup>. Daha doğrusu, insanlar, bu tip bir sözleşmeye, anlaşmaya güvenerek soyut varlıkları eylemleri aracılığıyla gerçekleştirmektedir; kavramlar, fikirler eylemlere dönüşmektedir.

Bu tip bir varoluş, hukuku dile benzetmenin arkasındaki gerekçedir. Hukuk da dil de esas itibarıyla bilinçte daha doğru bir ifadeyle ortak bilinçte var olur, her ikisi de esas itibarıyla icra edildikçe cisimleşir fakat bu, hukukta doğrudan değil erken dönemlerdeki gibi sembolik fiiller ya da günümüzde olduğu gibi yazı dolayısıyla temin edilir<sup>11</sup>. Tıpkı yazının dilin görüldüğü bir form olması gibi yazılı hukuk da aslında hukukun bir ara görünüm formudur. Hukuk esas itibarıyla bilinçte yer alır ve eylemde açığa çıkar, gerçekleşir. Bugün medeni kanun gibi kodlara sahip olduğumuz ve yasama

---

hususla paralellik arz ettiği kanaatindeyim; satranç oyuncularının ezbere bildikleri stratejilere karşı geliştirdikleri savunma alışkanlıklarının satrancın kuralları arasında olmadığını (Wacks, s.27) kuramsal olarak ifade etme imkanı olarak görebileceğimiz dahili bakış açısı kavramsallaştırması Weberci anlayış sosyolojisinin izlerini taşır (Uzun, Ertuğrul: “H.L.A. Hart Kurallar Sistemi Olarak Hukuk”, Çağdaş Hukuk Düşüncesi, İthaki, İstanbul 2015, (Ed: Uzun, Ertuğrul), s. 142-144).

<sup>10</sup> Harari, s. 40.

<sup>11</sup> Savigny, Friedrich: Çağımızın Yasama ve Hukuk Bili Konusundaki Görevi Üzerine, Pinhan, İstanbul 2018, (Çev: Acar, Ali), s. 42.

faaliyeti abartıldığı için bu husus gözden kaçabilmektedir. Ne var ki bu kodlar öncesi hukuk tarihine baktığımızda hukukun toplumsal kaynaklarını daha rahat görmek mümkündür. Hiçbir hukuk sistemi, bugün hala içinde yaşadığımızı düşünebileceğimiz yasama ağırlıklı olan da dahil olmak üzere, toplumsal pratiklere sırt çeviremez hatta denilebilir ki bunlardan beslenir. Hukuk kural ve kaidelerinin kitaplaştırılmasının tarihi arka planı bu durumun açık seçik görülebildiği bir yerdir. Tüm dünyayı etkisi altına alan meşhur Fransız Medeni Kanunu ortaya çıkmadan çok öncelerde, on ikinci yüzyılda hem maddi hukukun hem de usul hukukunun tespiti ve derlenmesine yönelik kitaplaştırma faaliyeti söz konusuydu; âdet ve tatbikat kitabı adı verilen bu metinler esas itibariyle hali hazırda uygulanan hukuk pratiklerinin yazılı ifadelerinden başka bir şey değildir<sup>12</sup>. Bu metinlere hukukun, bilinç haricinde bir yerde yani yazıda kayıt altına alınması olarak bakabiliriz. Böylelikle adını üzerine yazılan tahta levhalardan (codex) alan kodlar<sup>13</sup> bugün bulunduğu dijital ortamın da dağılımımıza kattığı şekilde hukuki bilincin içinde saklandığı, muhafaza edildiği birer harici bellek olarak görünür gözümüze. Canlı bir kimsenin şahitliğinin belgelerle yer değiştirmesi yahut sözel nitelik arz eden hukukun yazılı hale gelmesi hiç şüphesiz biçimsel bir değişimi ve buna bağlı kuralların daha genel ve soyut nitelik arz etmesi gibi birtakım sonuçları haizdir<sup>14</sup>. Fakat bunlar iletişim ortamındaki değişimin iletilen mesajı da değiştirmesi olarak değerlendirilebilir; hukukun ortak anlamın taşıyıcısı ve bu anlamın oluştuğu ortamlardan biri oluşu bu esnada değişmeden kalır.

Bu belleklerde ortak anlam (ör. tüzel kişilik) ve buna bağlı belirli bir şekilde (ör. alım-satım sözleşmesinin gereklerine uygun) davranma taahhüdü vardır. Hukuk kurallarının belirli bir şekilde davranmaya ilişkin oluşu akılları karıştırabilir. Hiç şüphesiz hukukun yasa formunda görünüm kazandığı yani hukuk kurallarının yasama meclisleri tarafından hazırlanıp ilan edildiği bir yerde, bunun yönetenler ile yöneticiler arasındaki bir iletişim faaliyeti olduğunu söylemek mümkündür<sup>15</sup>. Bununla beraber yukarıda kast edilen, ilkece, kurallar şeklinde görünüm kazansın kazanmasın, ortak bir anlam paylaşmanın kendisinin iletişim niteliğinde olduğudur. Yani bırakınız yasama meclisini, yöneten yönetilen ayrımının dahi olmadığı fakat toplumsal

<sup>12</sup> **Fındıkoğlu**, Ziyaeddin Fahri: “Tedvin Sosyolojisi Gözüyle Fransız Medeni Kanununun Teşekkülü”, İÜHF, Cilt: 9, Sayı: 3-4, 2011, s. 606.

<sup>13</sup> **Kuru**, Gonca: “Thibaut ve Savigny’de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri”, MÜHFAD, Cilt: 22, Sayı: 1, 2016, s. 203.

<sup>14</sup> **Avşar**, Zakir: İletişim ve Hukuk, Hukuk Sosyolojisi, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2012 (Ed: **Yüksel**, Mehmet), s. 127-133.

<sup>15</sup> **Avşar**, s. 123.

hayatı düzenleyen kuralların olduğu basit toplumlarda da geçerli olan bir durumu işaret ediyorum. Burada da insanları kalabalık olmaktan çıkarıp toplum haline getiren, ortak bir anlam vardır ve bu anlama yaslanarak insanlar belirli davranışlarda bulunur, bu anlam hukukiliği temin eder<sup>16</sup>. Dolayısıyla hukukun bir iletişim ortamı olmasından maksat sadece yönetici pozisyonundaki bir kimsenin belirli bir şekilde davranmayı emreden bir kural/yasa aracılığıyla yönetilen pozisyonundakilerle iletişim kurması değildir.

Burada hukukun doğasına dair etraflı bir tartışmaya girme imkânım yok. Zaten bu husustaki görüş farklılıkları da hukukun bir iletişim ortamı olmasının nihai anlamını etkileyecek nitelikte değildir. Hukuku ister yöneten-yönetilen ilişkisi içinde ele alın isterseniz hukukun iktidarının otonom olduğu koşulları dikkate alın her hâlükârda geçerli olan bir enformasyon sürecine işaret ediyorum. Bu durum pekâlâ kamu yani yurttaşlar ve kamu gücünü kullanan makam yani yasama arasında görülebileceği gibi<sup>17</sup>, yasamayla mahkemeler, mahkemelerle davacılar arasında da görülebilir<sup>18</sup>. Fakat evvela kamunun kendi iç iletişimde gerçekleşir. Zaten, sayılanlardan evvel, çağımızda kamu gücünü tarif eden adres olarak işaret edilen devlet kavramının kendisi ve mahkemeler vb., kamunun iç iletişiminin ürünüdür; yukarıda ifade edildiği gibi bu kavrama mevcudiyet kazandıran bu kavrama göre yaşamını sürdüren insanlardır. Bu durumun eşzamanlı düşünülmesi de

<sup>16</sup> **Akal**, Cemal Bali: İktidarın Üç Yüzü, Dost Kitabevi Yayınları, 3. Bası, Ankara 2005. s. 355-357; **Akal**, Cemal Baki: Hukuk Nedir?, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2017. s. 214 vd.; **İşsevenler**, s. 241vd.

<sup>17</sup> **Avşar**, s. 136.

<sup>18</sup> **Hoecke**, Mark von: Law as Communication, Hart Publishing, Oxford 2002, s. 7. Hoecke ile, onun ifade etmeyi seveceği şekilde, benim bakış açım arasında temel bir farklılık olması muhtemeldir. Ben gerçekliği bakış açılarının çokluğu kadar farklı yorumlayan bir sosyal bilim anlayışından ziyade birden fazla bakış açısını kuşatan klasik felsefenin, kavramları ve değerleri bilmeye yönelen pozisyonunu paylaşıyorum. (Bkz. **Hoecke**, s. 5 vd.) Bu farklılık hukuk-iletişim ilişkisine yüklenen anlamı da belirlemektedir. Örneğin hukukun, ortak anlam mediumu olduğunu söylemekle insanlar arası iletişimin aracı olduğunu iddia etmek farklı anlamlara gelir. (Bkz. **Hoecke**, s. 8.) Bu yüzden eserinin temel savına ve bu savdan hareketle hukuk teorisinin temel konuları hakkındaki çıkarımlarına burada mesafeli kalıyorum. Aşağıda da görüleceği üzere ben verili hukuki ifadelerin dolaşımından evvel, hukuki anlamın bizatihi ilgili toplumun kabaca dünya görüşünü imleyen ortak anlam tarafından belirlendiğini ve bu anlamın geçmişle bugün, yönetenle yönetilen, bilinçle bilinçdışı vb. farklı taraflar arasındaki iletişim neticesinde oluştuğu varsayımından hareket ediyorum. Yine de bu durum hukukun iletişim olarak ele alınmasından hareketle ileri sürülebilecek ve yaklaşım farklılıklarının önemsiz olduğu konularda onun açık seçik savlarına burada yer vermemin önünde engel değil. Hatta okuduğum, anladığım nispette yer vermem bir zorunluluktur.

gereklemez. Ülkeler, toplumsal dengeye ve kurumsal istikrara kavuştuğu ölçüde hukuki düzenlerinde değişikliğe daha az başvurur. Bir anayasa veya medeni kanun gibi büyük bir kod birkaç nesil değiştirilmeden uygulanır. Bu örnekteki yazılı metinlerle, törel bilincin aktarılmasını temin eden ritüeller, destanlar aynı işlevi görür; ortak anlam bu kurumlar aracılığıyla bir nesilden diğerine geçer. Noterden alınan evraka müracaat etmek yahut ritüelleri icra ederek mesaj göndermek, bunların her ikisi de karşısındaki kişiye “ben şunu kast ediyorum” demektir; noter ve ritüel hukuki anlamın dile getirilişinin farklı formlarıdır sadece. Düşünme ve iletişim biçiminin değişiminin hukuku nasıl dönüştürdüğü göstermesi bakımından kıymetli ama arkadaki prensip bakımından farklılık barındırmayan örneklerdir.

Hukuk, böyle ele alındığında, insanlar arası iletişim tarafından yaratılan ve onu yaratan, muhafaza eden bir kurum olarak görünür; toplumsal alışkanlıklar, ahlaki kabuller hukuki görünüm kazandığında daha önce sahip olmadıkları ölçüde insan davranışlarını belirleme gücüne erişir ve bu bağlamda hukuk, toplumdaki almanın işlenmiş hali ve işlenme sürecidir; toplumun kendi iç iletişimi, toplumun hukukla iletişimde bir mesajken hukukun kendisi de topluma bir mesajdır<sup>19</sup>. Kaldı ki hukuk bu iletişim sürecine söz konusu enformasyonu üretmek ve kullanmak dışında onu yöneterek de dahil olur; insanoğlunun kavramlar etrafında bir araya gelmesi, kurduğu organizasyonların birer enformasyon ağı olduğunu ifade eder ve bu bağlamda kendisi de bir örgütlenme biçimi olan hukuk diğer organizasyonlardan bunları yönetme işleviyle ayrılır; hukukun etkinliği bu ağları nasıl yönettiğine bağlıdır diğer bir ifadeyle hukuki etkinlik enformasyonu yönlendirme işi olarak da nitelendirilebilir<sup>20</sup>.

Şu hâlde tek seferde ifade edebiliriz ki hukuk için de geçerli olduğu gibi kavramlar ve adalet için geçerli olduğu gibi değerler iletişimsel bir nitelik arz ederler ve bunlar insanın dil yetisi sayesinde erişebildiği kendilerine atıfta bulunarak eylemlerini gerekçelendirdiği soyut varlıklardır. Hukukun eylem gerekçesi olması aşamasında nüans olarak addedilebilecek bir hususu vurgulamak gerekir. Bu husus hukukun kendi değeri ile hukuki korumaya sahip bir değer arasındadır. Hukukun değeri, bir toplumda hukukun genel olarak otorite kabul edilmesini ifade ederken ikinci durumda hukuki korumayla desteklenmiş bir değer söz konusudur. İlkiyle yani hukukun kendi değeri sayesinde sahip olduğu otoritesiyle tekil eylemlerde hukuk kuralının

<sup>19</sup> **Katsh**, M. Ethan: *The Electronic Media and the Transformation of Law*, Oxford University Press, Oxford 1989, s. 6.

<sup>20</sup> **Katsh**, s. 8.



diğer eylem gerekçelerini dışlayan işlevinde karşılaşırız: park etmek istediğimiz yerin rezerve olduğunu söyleyen herhangi bir kimseye kolayca rıza göstermek istemezken uyarı bir polis tarafından yapıldığında, bunun hukuk tarafından tanınan bir yetkinin kullanımı olduğunu düşündüğümüz ihtimallerde muhtemelen “neden?” diye bile sormayız<sup>21</sup>, buna benzer şekilde ilgili toplumda toplumsal ilişkilerin genel olarak hukukla düzenlenmesinin doğru/iyi olduğuna yönelik bir anlayış varsa bu tip seçimler tekrar eder, yaygınlık arz eder. Burada hukuk ortamına özgü bir etki söz konusudur ve bu etki hukukun içeriğinden görece bağımsızdır. Diğerinde ise hukukun korumak suretiyle, tanımak suretiyle hukukilik kazandığı ama esasen pozitif hukuk dışından kaynaklanan değerler benimsenmiş olması söz konusudur. Diğer bir ifadeyle birincisi hukukun değerinden diğeri hukuk tarafından tanınan bir değerden kaynaklanır. Bu aşamada ise yasama faaliyetinin kendisinin de yasamaya yönelik prosedürlere indirgenemeyeceğine dikkat etmemiz gerekmektedir: Bir yasanın oluşumunda yasama meclisindeki parti temsilcilerinden, bu yasayla ilgisi bulunan çıkar gruplarına, yasa hakkında mütalaa da bulunan doktrine ve yasayı tartışan kamuya varıncaya dek birden fazla tarafın etkileşimi söz konusudur<sup>22</sup>.

Normların davranış gerekçesi olması bir kimsenin değerlendirme yaparken normları referans alması anlamına gelir, bu durumda da aslında norma nesnel bir anlam katan toplulukla bir iletişim içerisinde olmak söz konusudur. Kurala uymamak bir ihtimal de olsa istisnadır. Kural hep belirleyicidir. Dahası böyle bir faaliyetin içerisinde bulunmamak seçenek değildir. İnsan her yaptığında bir anlam bulmak zorunda, bu anlamı bulurken yaptığına diğerleri tarafından nasıl anlaşılacağını hesap etmek daha temelde de kültür yani hukuk, devlet vb. kavramları üretmek zorundadır. Diğer bir ifadeyle kavramlara müracaat etmek ve öteki insanlarla ilişki içerisinde bulunmak zorundadır. Bu insanlık koşulu, anlamın içeriğini belirleme hususunda öznelliğin sınırlı yeri olduğunu ifade eder. Esasında tıpkı bir davayı neticelendirirken karar veren yargıç gibi<sup>23</sup>, eylemine karar veren vatandaş da, hukuk kuralı koyan yasama da hep bir yorum faaliyeti yürütür. Ortak anlamı yorumlar: dayandığı değerler, kuralları yorumlarken yani kuralların ne dediğini düşünürken ve onları somut olaya uygularken taktığı gözlük içinde bulunduğu toplumsal etkileşim tarafından ona yakıştırılmıştır. Yasa koyucu

<sup>21</sup> Hoecke, s. 77.

<sup>22</sup> Münch, Richard: “The Law as a Medium of Communication” Cardozo Law Review, 13(5), 1991, s. 1661.

<sup>23</sup> Hoecke, s. 80.

hazır bulduğu kendisini de yetiştiren toplumsal düzeni belirli bir şekilde yeniden düzenlemek ister ve yasa adında bir mesaj gönderir, bu mesajı yargıç yorumlar, bu mesajı nasıl aldığına dair avukat mahkemede bir anlatı sunar, bu mesajın nasıl anlaşılması ve oluşturulması gerektiğine yönelik doktrin bir yorum sunar. Hukuki düşünce bu bağlamda anılan taraflar arası iletişimsel bir nitelik arz eder<sup>24</sup>. Tüm bu iletişimin sürecinde esnasında hukuk gerçekleşir, bir ülkenin hukuki düzenine dair tasvirde bulunduğumuzda, yaptığımız söz konusu iletişim sürecinin fotoğrafını çekmektir.

### III. HUKUK ORTAMINDAN KAYNAKLANAN KISITLAR

Bu aşamada dikkat edilmesi gereken iletişim sürecinde yer alan hiçbir tarafın bu sürecin kendisi kadar belirleyici olmadığıdır; genel olarak iletişim için geçerli olan bu husus özel olarak hukuki anlamın oluşumunda da geçerlidir bu nedenle ünlü *medium is message* ifadesini hatırlarsak hukukun formal özelliklerinin hukuki anlamın oluşturulmasının koşulları ve sınırları olduğunu fark ederiz.

Burada ilk dikkat çekici husus hukukun meta dili ve genel hukuk ilkeleridir. Hukukun uygulamasında müracaat edilen ilkeler, hukukun içeriğine kayıtsızdır; bu bağlamda tarihsel değil evrenseldir, Roma hukukunda da İslam hukukunda da çağdaş kıta Avrupası hukuk sisteminde de geçerli olan ilkeler olmalarının da ele verdiği üzere hukukun tabiatından kaynaklanırlar<sup>25</sup>. Dolayısıyla hukuk mediyumu aracılığıyla iletilecek bir mesajın bu ilkelere kayıtsız kalması durumunda hukukun gücünden istifade edebilmesi mümkün değildir. Gerek çok sayıda terim içermesi gerek kelimelerin gündelik anlamlarının dışında anlamlarda kullanılması gerekse soyutluk vb. özellikler itibarıyla hukuki metinlere özgü bir dilin varlığı da vakadır. Hukukileşecek olanın bu dile tercümesi gerekir fakat bu durum toplumsal ilişkilerden ve iletişimden bağımsız değildir; iletişim tarafları arasında bir toplumsal dengenin olduğu koşullarda hukuk otonomi kazanır ve hukukçular özel bir yorum yetkisini haiz olur<sup>26</sup>. Diğer bir ifadeyle toplumsal dengenin maddi

<sup>24</sup> **Hoecke**, s. 127.

<sup>25</sup> **Gözler**, Kemal: “Yorum İlkeleri”, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2013, s. 21.

<sup>26</sup> **Münch**, s. 1661, 1662. Münch’ün makalesi bütün olarak ele alındığında, onun hukukun iletişimsel niteliğini, hukukun yaşam-dünyasıyla olan ilişkisi nispetinde tarihsel bir moment olarak değerlendirdiği, hukukun gelinen noktada iletişim mediyumuna dönüştüğü iması sezilir. Onun iddiası toplumsal gerçeklikle hukuki tasvir arasındaki mesafenin açılmasının hukuku sembolik bir araç haline getirdiğidir. Buna karşılık yukarıda açıkça ifade edildiği üzere burada savladığım, kavramlar etrafında organize olmanın

dayanaklarını temin ettiği ortak anlam, istikrara kavuştuğunda hukuk otonomlaşır ve hukukçular, hukuk dilinin hermesleri olarak karşımıza çıkar. Söz konusu dengenin yitirildiği dönemlerde ise hukuk transparan hale gelir ve iletişimin tarafları arasında arka planda gerçekleşen çatışma görünür hale gelir. Lakin bu durumda da fiili durum normatif karakter arz edemez.

Fuller'in hukukun iç ahlakı adıyla ortaya koyduğu ilkeler<sup>27</sup> de bu formel özelliklerin modern hukuk devletindeki ifadeleri olarak değerlendirilebilir. Anlaşılır, ileriye dönük, ilan edilmiş vb. olmadığı müddetçe sadece yasamanın mesajını iletmesi değil avukatın da savunuyu yapabilmesi vatan- daşın da davranışlarını hukuka göre kararlaştırması mümkün değildir. Bu özelliklerin dikkate alınmadığı bir kural/mesaj hukukileşmeyi temin edemez. Hukukun iletişimsel niteliği bu bağlamda yasamanın ortak anlamı ve hukukun bir eylem türü oluşundan gelen özelliklerini görmezden gelme imkanının olmadığını ifade eder. Nitekim kitaplarda, mevzuatta, kararlarda yazan hukuk ile onun uygulaması arasındaki mesafe de bir tercüme faaliyetidir ve belirli ölçüde farklıdır<sup>28</sup>. Yazılı hukukla uygulanan hukuk arasındaki mesafenin miktarına bağlı sonuçlar bir yana hukuki anlamın hukuki iletişim sürecine dahil olan herkesin koyduğu payla oluşması zorunlu bir nesnelliği ima eder. Dolayısıyla hukuk ortamında gönderilmek istenen mesaj nesnel olmak durumundadır.

Şu hâlde hukuk-iletişim ilişkisinin hem kamunun kendi kendisine sürdürdüğü bir iç iletişimi hem kamu da ayrı adlara sahip ve birbirine karşı konumlanan, yöneten-yönetilen, yargıç-avukat vb. pozisyonduklarının birbirle-

---

insanlık koşulu oluşu ana fikri bakımından hukukun, iletişim biçimlerinin ve toplumsal yapının değişimi asli bir nitelik arz etmez. Toplumsal gerçeklik ile hukuki tasvir arasındaki mesafenin örneği olarak kanun önünde eşitlik yahut fırsat eşitliğinin maddi koşullar itibarıyla eşitlik anlamına gelmediği ifade edilmektedir. Fakat bunun gerisinde benim ele aldığım haliyle hukukun iletişimsel niteliği değil modern hukuk ideolojisi yatmaktadır. Hukukun, Fransız Devrimi'nin sözcülüğünü yaptığı haliyle bir eşitliğe yer vermediği bilakis eşitsiz status quoyu sürdürdüğü Ortaçağ toplumunda da söz konusu eşitsizlikleri meşru gösteren değer sistemi ve onu koruyan hukuk, ilgili toplumun paylaştığı ortak anlamdan beslenmekte ve bu bağlamda hukuk yine iletişimsel bir nitelik arz etmektedir. İlâveten belirtmem gereken bir diğer husus, hukukun yorumlanmasında hukukçu zümresinin öne çıkışının devlet hukukunu daha doğrusu siyasi takdiri egemen kılmadığıdır. Bilakis Roma deneyiminde de gözlemleyebileceğimiz bu durum hukukun otonomisinin nişanıdır. Toplumda siyasi güçler arası bir dengenin gözlemlenemediği durumlarda zaten hukuki istikrar olmadığı için hukukçuları imtiyazlı kılacak bir zemin de yoktur.

<sup>27</sup> Fuller, L. Lon: Hukukun Ahlakı, Tekin Yayınevi, İstanbul 2016, (Çev: Arıkan, Engin), s. 48 vd.

<sup>28</sup> Münch, s. 1663.

riyle olan iletişimini hem de hukuk ile onun düzenlemeye yöneldiği toplumsal durum arasındaki iletişimi kapsadığını belirtebiliriz. Bu son eşleşme için denilebilir ki hukuk adını verdiğimiz normatif temsil dünyası ile burada temsil olunan sosyalliğin arasındaki iletişim sürecinde eylemlerimize hukuki bir ad konulur ama her eylemimize bir hukuki ad denk gelmez. Bu yüzden ortak anlam hukuki anlamdan büyüktür. O halde hukuki anlamın öncelikli sınırı ortak anlamdır. Bir diğer veçheden ise hukuk, toplumsal olanı düzenler; her ne kadar hukuki anlam ortak anlam tarafından oluşturulsa da bir şeyleri yapmayı bir şeyleri de yapmamayı vazedenden hukuk, toplumdaki saptmaları hukukta tarifini bulmuş sınırlar içerisine çeker. Dahası kimi zaman, modern toplumda, hukuk toplumsal değişimin bir aracı olarak görülür ve toplumsal karşılığı olmaksızın tek taraflı olarak yeni bir düzen tesis eder. Yine de hukukun kendi kendisiyle ilişki kurduğu ve hukukun toplumsal olanla ilişki kurduğu bu iki durum da iletişim olarak değerlendirilebilir ve hukukun bir iletişim ortamı olduğu kadar iç iletişimin nesnesi olduğu da ifade edilebilir<sup>29</sup>.

### SONUÇ

Ethan Katsh, *The Electronic Media and Transformation of Law* isimli kitabına eski bir hikâyeyi hatırlatarak başlar<sup>30</sup>: Nesilden nesle aktarılan bir balta hakkındaki eski bir hikâyeye. Her neslin özenle kullanmaya gayret ettiği, koruyup saklayıp, kullanıp bir sonraki nesle aktardığı bu ata yadigarının bir gün orijinal halini gösteren bir çizim bulunur. Çizimi inceleyen şimdiki jenerasyon baltanın orijinal halinin ellerindeki ancak yarısı boyunda olduğunu görür ve şaşırır. Kayıtlara göre, geçen iki yüzyıl içinde baltanın sapı on, bıçağı ise beş kez değiştirilmiştir.

Hukukun insan yapımı bir araç olduğu varsayımında son derece işlevsel bu örnek hukukun da işlevine odaklanmaktadır. Hikâyeye atalarımızın hukuk adını verdiği şeyle bizim bugün muhatap olduğumuz arasında ciddi farklar olduğunu göz önüne sererken dikkatsiz gözlerden tüm değişimine rağmen baltanın hala balta olduğunu da saklar. Dahası insanın balta kullanan bir canlı oluşunun değişmeden kaldığını da.

Hukuk yasaları taştan levhalar üzerine yazıldığında önünde duran kişiye, “budur bizim işlerimizi görüş biçimimiz, bunu bil ve ona göre davran, seninle olan ahdimi bu taşa kazıyorum ve hepinizi şahit kılıyorum” diyordu. Onların yerini bir süre sonra daha işlevsel olan ahşap, kumaş, kâğıt gibi nes-

<sup>29</sup> Münch, s. 1665.

<sup>30</sup> Katsh, s. 3.

neler aldı. Yazının icadı sadece bir kişinin ezberleyebileceğinden daha fazlasını hafıza dışı bir yerde saklamayı temin etmedi aynı zamanda canlı belleğin dışında bir şahidi, belgeleri üretti. Kan mühründen akıllı sözleşmelere varan yolculuğa bir de bu gözle bakmalıyız.

Hukuku görünür kılan herhangi bir işaret her zaman ahde vefanın taşıyıcısı oldu. Kralların iri yüzüklerine işlenmiş mühür taşları yerini elektronik imzaya bıraktı ve kimlik kartları avatarların gölgesine çekildi. Demire söz geçirip onu bilgi işlemcisine dönüştürdükçe kendimizin de gitgide dijitalleştiğini fark ettik. Fakat hukuk hala söze güveni temin eden ve bu sayede bir arada yaşamamızı, doğada hayatta kalabilmemizi temin eden balta olarak bize eşlik etmektedir. Bu durumda belki şunu sormalıyız: İnsan mı baltayı icat etti, yoksa balta mı insanı? Söz mü geçiriyoruz yoksa sözü mü yaşıyoruz?

### KAYNAKÇA

- Akal**, Cemal Baki: Hukuk Nedir?, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2017.
- Akal**, Cemal Bali: İktidarın Üç Yüzü, Dost Kitabevi Yayınları, 3. Bası, Ankara 2005.
- Arıkan**, Engin: Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı ve Ötesi, YÜHFD, Cilt: 17 Sayı: 2, 2020, s. 417-446.
- Aristoteles**: Politika, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2020, (Çev: **Orhan**, Özgüç).
- Avşar**, Zakir: İletişim ve Hukuk, Hukuk Sosyolojisi, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2012 (Ed: **Yüksel**, Mehmet).
- Bickerton**, Derek: Ademin Dili: İnsan Lisanı Nasıl Yarattı, Lisan İnsanı Nasıl Yarattı, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2013, (Çev: **Doğan**, Mehmet).
- Fındıkoğlu**, Ziyaeddin Fahri: "Tedvin Sosyolojisi Gözüyle Fransız Medeni Kanununun Teşekkülü", İÜHFMD, Cilt: 9, Sayı: 3-4, 2011, s. 601-619.
- Fuller**, L. Lon: Hukukun Ahlakı, Tekin Yayınevi, İstanbul 2016, (Çev: **Arıkan**, Engin).
- Gözler**, Kemal: "Yorum İlkeleri", Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2013.
- Harari**, Y. Noah: Hayvanlardan Tanrılara Sapiens, Kolektif Kitap, 26. Bası, İstanbul 2016, (Çev: **Genç**, Ertuğrul).
- Helgason**, Thorunn et. al.: "Ploughing Up The Wood-wide Web?", Nature, 1998, ss. 431.
- İşsevenler**, O. Vahdet: Kurucu İktidarın Eleştirisi, Pinhan, İstanbul 2019.
- Hoecke**, Mark von: Law as Communication, Hart Publishing, Oxford 2002.
- Katsh**, M. Ethan: The Electronic Media and the Transformation of Law, Oxford University Press, Oxford 1989.
- Kelsen**, Hans: Saf Hukuk Kuramı, Nora Kitap, İstanbul 2016, (Çev: **Uzun**, Ertuğrul).
- Kuru**, Gonca: "Thibaut ve Savigny'de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri", MÜHFHAD, Cilt: 22, Sayı: 1, 2016, s. 201-228.
- Münch**, Richard: "The Law as a Medium of Communication" Cardozo Law Review, 13(5), 1991.

- Savigny**, Friedrich: Çağımızın Yasama ve Hukuk Bili Konusundaki Görevi Üzerine, Pinhan, İstanbul 2018, (Çev: **Acar**, Ali).
- Simard**, Suzanne W. et al.: “Net Transfer of Carbon Between Ectomycorrhizal Tree Species In The Field” Nature, 1997, s. 579-582.
- Uzun** Ertuğrul: “H.L.A. Hart Kurallar Sistemi Olarak Hukuk”, Çağdaş Hukuk Düşüncesi, İthaki, İstanbul 2015, (Ed: **Uzun**, Ertuğrul).
- Wacks**, Raymond: Hukuk Kuramını Anlamak, Astana Yayınları, Ankara 2016, (Çev: **Şahin Ünver**, Fatma Süzgün/Ünver, Serdar).
- Wacks**, Raymond: Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş, Tekin Yayınevi, İstanbul 2013, (Çev: **Arıkan**, Engin).
- Wohlleben, Peter: Ağaçların Gizli Yaşamı, Kitap Kurdu, 5. Baskı, İstanbul 2018, (Çev: **Çulhaoğlu**, Ali Sinan).

## İSVİÇRE HUKUKUNDAKİ GÜNCEL GELİŞMELER IŞIĞINDA BAKİYE ÜZERİNDE ARTMİRASÇI ATAMA

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998234>

**Dr. Öğr. Üyesi Dilşah Buşra KARTAL\***

### Öz

*Bu çalışmada bakiye üzerinde artmirasçı atama tasarrufu incelenmektedir. Bu tasarrufta, önmirasçının tereke malları üzerinde tasarruf işlemi yapma yetkisi vardır. Artmirasçının hakkı ise bu tasarruflardan geriye kalan kısım sınırlıdır. Türk Hukukunda bakiye üzerinde artmirasçı atama Medeni Kanun'da düzenlenmemiştir. Doktrinde ise bu tasarruf geçerli kabul edilmektedir. İsviçre Hukukunda ise yapılan kanun değişikliği sonrası bakiye üzerinde artmirasçı atamanın özel bir görünümü hüküm altına alınmıştır. Bu hükümde, mirasbırakanın altsoyunun miras payı üzerinde bakiye üzerinde artmirasçı ataması düzenlenmiştir. Sıradan bir bakiye üzerinde artmirasçı atama ile bu tasarruf arasındaki fark, ikincisinde mirasbırakanın önmirasçının saklı payı üzerinde de tasarrufta bulunabilmesidir. Bunun için ZGB m. 492a'da öngörülen belirli şartların sağlanması gerekir. Bu hüküm karşılaştırmalı hukuk verisi olarak Türk Hukuku bakımından da değerlidir.*

### Anahtar Kelimeler

*Artmirasçı, Bakiye üzerinde artmirasçı atama, Miras hukuku, Ölüme bağlı tasarruf, Tenkis*

---

\* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul (dbkartal@fsm.edu.tr), ORCID: 0000-0002-2615-5698 (Geliş Tarihi: 12.06.2021-Kabul Tarihi: 11.07.2021)



**APPOINTMENT OF A REVERSIONARY HEIR IN RESPECT OF  
THE RESIDUE IN LIGHT OF THE  
RECENT DEVELOPMENTS IN SWISS LAW**

*(Research Article)*

**Abstract**

*In this study, the appointment of a reversionary heir in respect of the residue is examined. In this disposition, the provisional has the right to dispose of the inherited goods. The right of the reversionary heir is limited to the residue. In Turkish Law, the appointment of a reversionary heir in respect of the residue is not regulated under Civil Code. However, at the doctrinal level, this disposition is deemed valid. After the legal amendment in Swiss Law, a special form of the appointment of a reversionary heir in respect of the residue is regulated. The appointment of a reversionary heir on the part of the offspring in respect of the residue by the testator is regulated in this article. The difference between an ordinary disposition and this one is that in the latter the testator is free to make dispositions on the reserved portion of the provisionary heir. For this, the art. 492a of ZGB requires certain conditions to be met. This article is also valuable for Turkish Law as a comparative law data.*

**Keywords**

*Reversionary heir, Appointment of a reversionary heir in respect of the residue, Inheritance law, Testamentary disposition, Reduction*

## GİRİŞ

Artmırasçı atama, mirasbırakanın terekesi üzerinde yapabileceği maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardan biridir. Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 521-525 ve İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) m. 488-492a arasında artmırasçı atama özel olarak düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu ve Mehaz Kanun artmırasçılığı büyük ölçüde birbiriyle paralel şekilde hüküm altına almıştır. Ancak İsviçre Medeni Kanunu'nda 19 Aralık 2008'de kabul edilip 1 Ocak 2013'te yürürlüğe giren AS 2011 725 sayılı Kanun<sup>1</sup> ile yapılan kapsamlı bir revizyon sonrasında artmırasçılık bakımından da yeni düzenlemeler yapılmıştır. Bu revizyonla İsviçre Medeni Kanunu'na eklenen 492a maddesi artmırasçı atamanın özel bir görünümü olan bakiye üzerinde artmırasçı atamayı pozitif bir düzenlemeye kavuşturmuştur. Söz konusu hükmün bir karşılığı Türk Hukukunda yoktur. Her ne kadar aşağıda inceleneceği üzere Türk Hukukunda da bakiye üzerinde artmırasçı atama tasarrufu geçerli kabul edilse de ZGB m. 492a bakiye üzerinde artmırasçı atamanın da özel ve alt bir türünü hüküm altına almıştır. Dolayısıyla ZGB m. 492a hükmünde aranan şartların ve uygulanacak sonuçların Türk Hukukunda uygulanmasına imkan yoktur. Öte yandan bu düzenleme yetişkinlerin korunması hukuku bağlamında bir ihtiyaca cevaben getirilmiştir. Bu yönüyle Türk Hukukunda da yapılması muhtemel bir kanun revizyonunda dikkate alınmasında fayda vardır. Çalışmamız kapsamında da öncelikle artmırasçı ve bakiye üzerinde artmırasçı atama tasarrufları incelenecektir. Akabinde ZGB m. 492a uyarınca yapılan bakiye üzerinde artmırasçı atama tasarrufunun şartları ve hükümleri, doktrindeki görüşler ışığında ele alınacaktır.

## I. ARTMİRASÇI ATAMANIN TANIMI, ÖZELLİKLERİ VE HÜKÜMLERİ

Mirasbırakanın, ölüme bağlı bir tasarruf düzenleyerek ölümünden sonra mirasının ilk olarak kendiliğinden önmırasçıya geçeceğini ve önmırasçının ölümü, belirli sürenin geçmesi veya bir şartın gerçekleşmesi üzerine belirlediği ikinci kişi olan artmırasçının mirası kazanacağını kararlaştırması halinde artmırasçılık söz konusu olur<sup>2</sup>. Artmırasçı atamada, mirasın kazanıl-

<sup>1</sup> Kanun metni için bkz: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2011/114/de> (Erişim Tarihi: 23.5.2021).

<sup>2</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, *Miras Hukuku*, 3. Bası, Filiz, İstanbul, 1987, s. 290; **Öztan**, Bilge, *Miras Hukuku*, 11. Bası, Yetkin, Ankara, 2020, s. 309; **İnan**, Ali Naim/**Ertas**, Şeref/**Albaş**, Hakan *Miras Hukuku*, 10. Bası, Seçkin, Ankara, 2019; s. 242; **Ayan**, Mehmet, *Miras Hukuku*, 10. Bası, Adalet, Ankara, 2020, s. 157-158; **Çabri**,

ması önmirasçı bakımından bozucu şarta, artmirasçı bakımından ise geciktirici şarta bağlıdır<sup>3</sup>. Bu şart gerçekleştiğinde artmirasçı, miras hakkını önmirasçının değil, mirasbırakanın mirasçısı olarak kazanır<sup>4</sup>. Bundan dolayı artmirasçıyı belirleme yetkisi önmirasçıya bırakılamaz<sup>5</sup>.

Artmirasçı atama tek dereceli bir tasarruftur. MK m. 521/II uyarınca artmirasçıdan sonra gelecek başka bir artmirasçı belirlenemez. Mirasbırakanın aksi yönde bir tasarrufu olmadığı takdirde MK m. 522/I uyarınca artmirasçı, önmirasçının ölümü ile kendiliğinden mirası kazanır. Eğer mirasbırakan mirasın artmirasçıya geçmesi için bir vade belirlediyse ve önmirasçı bu süre dolmadan önce vefat ederse, önmirasçının mirasçıları güvence göstermek kaydıyla mirastan yararlanabilir (MK m. 522/II). Bu durumda artmirasçı vade geldiğinde miras hakkını kendiliğinden kazanmakla birlikte tereke mallarının kendisine devrini önmirasçının mirasçılarından talep eder<sup>6</sup>. MK m. 525/III uyarınca mirasbırakanın ölümünde önmirasçı sağ değilse, mirastan yoksun kaldıysa veya mirası reddederse miras artmirasçıya geçecektir.

MK m. 523'te artmirasçının haklarının korunması için iki düzenleme öngörülmüştür. Bunlar, mirasın sulh mahkemesince resmi defterinin tutulması ve mirasbırakan açıkça bağışık tutmadıkça önmirasçı tarafından gü-

Sezer, Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), C. I, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 405; **Bessenisch**, Balthasar, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB Art. 1-61 SchIT ZGB, 3. Bası, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2007, Vorb. zu Art. 488-492, N. 1. Mirasbırakan, artmirasçı atamak yerine, terekedeki belirli bir mal üzerinde ön ve artvasiyet alacaklısı atamayı da tercih edebilir (**Kocayusufpaşaoğlu**, s. 290; **Antalya**, Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu, Miras Hukuku, C. III, Seçkin, Ankara, 2019, s. 250; **Gürpınar**, Damla, Artmirasçı Atama, Turhan, Ankara, 2018, s. 20). MK m. 521/III uyarınca artmirasçı atamaya ilişkin hükümler belirli mal bırakmada da uygulanır.

<sup>3</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 291; **Öztan**, s. 311; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Miras Hukuku, 10. Bası, Turhan, Ankara, 2019, s. 157; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 244; **Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay, Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, 6. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, s. 384; **Bessenisch**, Vorb. zu Art. 488-492, N. 3. Karş.: **İmre**, Zahit/**Erman**, Hasan, Miras Hukuku, 14. Bası, Der, İstanbul, 2018, s. 153. Mirasbırakan artmirasçının hak kazanımını vadeye bağladığı takdirde ise artık bir şart gündeme gelmez (**Kocayusufpaşaoğlu**, s. 291-292).

<sup>4</sup> **İmre/Erman**, s. 151; **Eren**, Fikret/**Yücer-Aktürk**, İpek, Türk Miras Hukuku, 3. Bası, Yetkin, Ankara, 2020, s. 160.

<sup>5</sup> **İmre/Erman**, s. 151.

<sup>6</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 292. Karş: **Hatemi**, Hüseyin, Miras Hukuku, 9. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 119. Artvasiyet alacaklısı ise kendisine bırakılan şeyi zamanı geldiğinde kendiliğinden kazanmaz. Sadece önmirasçıya karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkı kazanır (**Çabri**, s. 435).

vence gösterilmesidir. Terekedeki taşınmazlar açısından güvence gösterme yükümlülüğü, yeterli görüldüğü takdirde, taşınmazın tapu sayfasına artmırasçı şerhi konularak da yerine getirilebilir. Artmırasçı atandığına dair şerh tapu sayfasını işleme kapatmaz ancak taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan kişilere karşı bu hakkın ileri sürülmesine imkan verir<sup>7</sup>. Güvence gösterme yükümlülüğü yerine getirilmezse önmırasçı yine de mirası kazanır ama mallar önmırasçıya teslim edilmeksizin mirasın resmen yönetilmesine karar verilir<sup>8</sup>. MK m. 525 uyarınca artmırasçının mirası kazanabilmesi için geçiş anında sağ olması gerekir. Aksi halde mirasbırakanın da başka yönde bir tasarrufu yoksa miras kesin olarak önmırasçıya kalır. Bu ihtimalde artmırasçı için verilen güvenceler de sona erer<sup>9</sup>. Defter tutulmasına ilişkin yükümlülük emredici olduğu için mirasbırakan tarafından açıkça aksi kararlaştırılmış olsa bile yerine getirilmelidir<sup>10</sup>.

Önmırasçı, mirastan yararlanma ve mirası yönetme yetkisine sahiptir<sup>11</sup>. Öte yandan önmırasçının tereke malları üzerinde tasarruf yetkisinin olup olmadığı çok tartışmalı bir konudur<sup>12</sup>. Bu tartışma aşağıda inceleyeceğimiz bakiye üzerinde artmırasçı atama bakımından ise geçerli değildir. Nitekim bakiye üzerinde artmırasçı atamanın anlam ifade edebilmesi için önmırasçının mirasa konu mallar üzerinde tasarruf yetkisinin de bulunması gerekir.

Önmırasçı kendisine bırakılan mallar üzerinde kanun gereği, her mirasçının sahip olduğu hakları (örneğin, mirası ret, deftere göre kabul) haizdir<sup>13</sup>. Aynı zamanda tereke borçlarından da tüm malvarlığı ile sorumludur<sup>14</sup>. Önmırasçı mirası artmırasçıya geçirme yükümlülüğü ile beraber kazanır (MK m. 524/II). Tereke malları, önmırasçının malvarlığı içinde özel bir mal-

<sup>7</sup> Antalya, s. 251-252; Çabri, s. 425.

<sup>8</sup> Çabri, s. 427; Dural, Mustafa/Öz, Turgut, Miras Hukuku, 13. Bası, Filiz, İstanbul, 2019, s. 182.

<sup>9</sup> İnan/Ertas/Albaş, s. 247.

<sup>10</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 293; Oğuzman, M. Kemal, Miras Hukuku, 6. Bası, Filiz, İstanbul, 1995, s. 154; İnan/Ertas/Albaş, s. 158; Ayan, s. 159; Öztan, s. 311; Çabri, s. 426.

<sup>11</sup> Öztan, s. 308.

<sup>12</sup> Bu tartışma için bkz: Gürpınar, s. 140 vd.; Aydın, Gülşah Sinem, Artmırasçı Atamada Önmırasçının Taşınmazlara İlişkin Yaptığı Tasarruf İşlemlerinin Geçerliliği Sorunu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 1, Haziran 2019, s. 299-328, s. 308 vd.

<sup>13</sup> İnan/Ertas/Albaş, s. 244; Eren/Yücer-Aktürk, s. 163; Antalya, s. 252.

<sup>14</sup> İnan/Ertas/Albaş, s. 244; Eren/Yücer-Aktürk, s. 163; Antalya, s. 252.

varlığı teşkil eder<sup>15</sup>. Miras artmirasçıya geçtiğinde önmirasçı ya da külli halefleri, tereke mallarını artmirasçıya kural olarak aynen teslim eder<sup>16</sup>. Önmirasçı geçerli bir şekilde mirasa konu mal üzerinde tasarrufta bulunursa, bunun yerine geçen kaim değeri artmirasçıya teslim etmesi gerekir<sup>17</sup>. Önmirasçı, maldaki olağan eskime ve yıpranmadan sorumlu değildir<sup>18</sup>. Ancak mala kusuruyla zarar verdiyse artmirasçıya tazminat ödemesi gerekir<sup>19</sup>.

Önmirasçının tereke mallarını artmirasçıya devir yükümlülüğünün sınırını saklı paylar çizer. Mirasbırakan saklı paylı önmirasçının ya da diğer mirasçıların saklı paylarını ihlal edecek şekilde artmirasçı atama tasarrufunda bulunamaz (MK m. 569). Aksi halde saklı paylı mirasçılar aşan kısma ilişkin tenkis davası açabilirler<sup>20</sup>. ZGB m. 492a ise tam da böyle bir ihtimale ilişkin olarak özel bir artmirasçı atama tasarrufunu hüküm altına almış ve belli şartlarla saklı paylara müdahale imkanı sağlamıştır.

## II. BAKİYE ÜZERİNDE ARTMİRASÇI ATAMAYA GENEL BAKIŞ

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunda, önmirasçının mirastan yararlanmasından sonra geriye kalan kısım ile sınırlı olarak artmirasçının miras hakkına sahip olacağını kararlaştırması halinde bakiye üzerinde artmirasçı atama (*Nacherbeneinsetzung auf den Überrest*) söz konusu olur<sup>21</sup>. Bakiye üzerinde artmirasçı atama tasarrufu Türk Hukukunda pozitif bir düzenlemeye sahip değildir. İsviçre Hukukunda da aşağıda incelenecek olan ZGB m. 492a hükmü dışında bakiye üzerinde artmirasçı atama tasarrufu kanunda genel olarak düzenlenmemiştir. Buna rağmen hem Türk hem de İsviçre

<sup>15</sup> Antalya, s. 252; Dural/Öz, s. 179; Breitschmid, Peter, et.al., Erbrecht, 3. Bası, Schulthess, Zürich, 2016, s. 84; Druey, Jean Nicolas, Grundriss des Erbrechts, 5. Bası, Stämpfli, Bern, 2002, § 11, N. 42.

<sup>16</sup> Öztan, s. 312; Çabri, s. 432.

<sup>17</sup> İmre/Erman, s. 157; Çabri, s. 433; Dural/Öz, s. 179.

<sup>18</sup> Öztan, s. 312.

<sup>19</sup> Öztan, s. 312; Çabri, s. 434; İmre/Erman, s. 164.

<sup>20</sup> İnan/Ertas/Albaş, s. 247; Çabri, s. 408; Dural/Öz, s. 178.

<sup>21</sup> İmre/Erman, s. 160; Çabri, s. 429; Serozan/Engin, s. 393; Oğuzman, s. 155 dn. 336; Dural/Öz, s. 179; Eitel, Paul, "Die Nacherbeneinsetzung in Theorie und Praxis", successio, Zeitschrift für Erbrecht, Y. 2007, s. 82-106, s. 87 (ZS Erbrecht); Eitel, Paul, Die Anwartschaft des Nacherben, Stämpfli, Bern, 1991, s. 43-44 (Nacherben); Gürpınar, s. 19; Weimar, Peter, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, BK - Berner Kommentar, C. III/1/1/1, Stämpfli, Bern, 2009, Art. 491, N. 20.

Hukukunda bakiye üzerinde artmirasçı atamanın mümkün ve geçerli olduğu konusunda doktrin hemfikirdir<sup>22</sup>.

Bakiye üzerinde artmirasçı atama kanunda genel olarak düzenlenmese de doktrinde tipik bir artmirasçı atamadan farklı hükümlere tabi tutulmaktadır. Ancak bu farklılıkların dışında kalan konularda artmirasçı atamaya ilişkin genel düzenlemelerin de burada uygulanacağına şüphe yoktur. Bu bağlamda bakiye üzerinde artmirasçı atama yoluyla mirasbırakanın saklı paylı mirasçılarının saklı paylarını ihlal etmesi halinde bu tasarruf tenkis davasına konu olabilir<sup>23</sup>. Keza bakiye üzerinde artmirasçı atanması halinde de tereke defterinin tutulması zorunludur<sup>24</sup>.

Kanunda önmirasçı için öngörülen güvence gösterme yükümlülüğünün bakiye üzerinde artmirasçı atanması halinde de geçerli olup olmadığı ise tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre<sup>25</sup>, bakiye üzerinde artmirasçı atama tasarrufunda bulunulması halinde önmirasçının güvence gösterme yükümlülüğü bulunmaz. Diğer görüşe göre<sup>26</sup> ise, bakiye üzerinde artmirasçı atama tek başına güvence gösterme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Mirasbırakan açıkça aksini kararlaştırmadığı takdirde bakiye üzerinde artmirasçı atama halinde de önmirasçı güvence göstermelidir. Ancak güvencenin miktarı

<sup>22</sup> **İmre/Erman**, s. 160; **Çabri**, s. 429 dn. 1234; **Serozan/Engin**, s. 393; **Oğuzman**, s. 155 dn. 336; **Eitel**, ZS **Erbrecht**, s. 87; **Zeiter**, Alexandra, “Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung und Nacherbeneinsetzung auf den Überrest nach Art. 492a ZGB: Überblick über drei neue Rechtsinstitute”, Schweizerische Juristen-Zeitung, S. 109, Y. 2013, s. 225-233, s. 232 (SJZ); **Gürpınar**, s. 19 dn. 43; **Weimar**, Art. 491, N. 21; **Zeiter**, Alexandra, “Neues Erwachsenenschutzrecht - Die neuen Bestimmungen im Erbrecht, successio, Zeitschrift für Erbrecht, Y. 2011, s. 254-269, N. 45 (successio); **Bessenisch**, Art. 491, N. 9; **Druey**, § 11, N. 40.

<sup>23</sup> **Zeiter**, successio, N. 46; **Eitel**, Paul/**Zeiter**, Alexandra, “Erbrecht”, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Expertenwissen für die Praxis, FHB – Fachhandbuch, Ed. Christiana Fountoulakis et. al., Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2016, s. 967-1001, N. 23.74 (Praxis).

<sup>24</sup> **Öztan**, s. 311; **Bessenisch**, Art. 490, N. 1. İstisnaen terekenin resmen yönetilmesi, MK m. 619 vd. uyarınca resmi defter tutulması veya resmi tasfiye hallerinde ayrıca defter tutulmasına gerek yoktur (**Öztan**, s. 311).

<sup>25</sup> **Öztan**, s. 311; **Hrubesch-Millauer**, Stephanie, Erbrecht, Art. 457-640 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, C. 3, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2016, Art. 490, N. 7, Art. 488, N. 13a (Art. 488-492a); **Eitel**, Paul/**Zeiter**, Alexander, Erwachsenenschutz, Famkomm, Stämpfli, Bern, 2013, Art. 492a/Art. 531, N. 19; **Bessenisch**, Art. 490, N. 3, **Druey**, § 11, N. 42; BGE 100 II 92.

<sup>26</sup> **Scherrer**, Werner, “Die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest”, Zum Schweizerischen Erbrecht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Peter Tuor, Polygraphischer, Zürich, 1946, s. 109-144; s. 123; **Gürpınar**, s. 182 dn. 426; **Weimar**, Art. 491, N. 23.

belirlenirken önmirasçının tasarruf yetkisinin genişliği de hesaba katılmaktadır<sup>27</sup>. Kanaatimizce bakiye üzerinde artmırasçı atama tasarrufunda bulunan mirasbırakan önmirasçıya klasik bir artmırasçı atamaya oranla daha fazla yetki vermeyi amaçlamakta ve ayrıca artmırasçının mirastan geriye kalanlarla yetinmesini yeterli görmektedir. Haliyle artmırasçının önmirasçıdan kendisine geçecek mallara ilişkin teminat istemesinin bir mantığı kalmamaktadır. Bu gerekçeyle biz de bakiye üzerinde artmırasçı atamada güvence gösterme yükümlülüğünün bulunmadığı görüşüne katılıyoruz.

Doktrinde bakiye üzerinde artmırasçı atama ile güvence gösterme yükümlülüğünden bağımsızlığı birbiriyle daha sıkı ilişki içine sokan bir görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre<sup>28</sup>, mirasbırakanın önmirasçıyı güvence gösterme yükümlülüğünden muaf tutması halinde vasiyetnamenin yorumuna göre bakiye üzerinde artmırasçı atama olduğu kabul edilmelidir. Kanaatimizce sadece güvence gösterme yükümlülüğünü kaldıran bir tasarruftan yola çıkarak mirasbırakanın bakiye üzerinde artmırasçı atamayı amaçladığı sonucuna varmaya imkan yoktur. Somut olayda vasiyetname bir bütün olarak incelendiğinde diğer hükümlerden de yola çıkarak böyle bir yorum yapılabılır. Ama ölüme bağlı tasarrufta bu yorumu destekleyecek başka bir hüküm yoksa doğrudan bakiye üzerinde artmırasçı atama olduğunu savunmak güçtür. Özellikle önmirasçının miras mallarında tasarruf yetkisi olmadığını savunan görüş bağlamında, mirasbırakan güvence gösterme yükümlülüğünü kaldırırsa da önmirasçının mallar üzerinde tasarrufta bulunmasını istemeyebilir. Dolayısıyla vasiyetname yorumlanırken bakiye üzerinde artmırasçı atama bulunduğu dair başka yönlendirmeler de aranmalıdır. Doktrinde ayrıca bakiye üzerinde artmırasçı atama kanunda açıkça düzenlenen bir tasarruf olmadığı için güvence gösterme yükümlülüğünün kaldırılmasından yola çıkarak varsayım yoluyla bu sonuca varılamayacağı da ileri sürülmektedir<sup>29</sup>.

Bakiye üzerinde artmırasçı atama yoluna başvuran mirasbırakan, terekesi üzerinde önmirasçıya klasik bir artmırasçı atamada olandan daha fazla yetki sağlamayı hedeflemektedir. Böylece önmirasçı, miras üzerinde kullanma ve yararlanma yetkisine ek olarak tüketme ve tasarruf yetkisini de haiz olacaktır<sup>30</sup>. Artmırasçı bu tasarrufların iptalini isteyemez<sup>31</sup>. Ancak

<sup>27</sup> Weimar, Art. 491, N. 23.

<sup>28</sup> Öztan, s. 311; Antalya, s. 253; Dural/Öz, s. 180.

<sup>29</sup> Gürpınar, s. 183.

<sup>30</sup> Scherrer, s. 130; Öztan, s. 311; İmre/Erman, s. 160; Çabri, s. 429; Eitel, ZS Erbrecht, s. 87; Eitel, Nacherben, s. 44; Zeiter, successio, N. 45; Bessenisch, Art. 491, N. 9.

önmirasçı malda tasarruf etme yetkisini kullanırken hileli davranışlardan kaçınmalı ve hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal etmemelidir<sup>32</sup>. Bu bağlamda önmirasçı, şüphe halinde olağan bağışlamaları aşan ciddi bağışlamalarda bulunamaz<sup>33</sup>. Ayrıca önmirasçının miras mallarını ölüme bağlı tasarrufuna konu ederek kendi mirasçılarında bırakması da mümkün değildir<sup>34</sup>. Tüm bu sınırlara uyararak mirastan yararlanan önmirasçının elindeki tüm miras malları artmirasçıya geçiş tarihinde tükenirse, artmirasçının buna katlanması gerekir<sup>35</sup>.

### III. BAKİYE ÜZERİNDE ARTMİRASÇI ATAMANIN ÖZEL GÖRÜNÜMÜ: ZGB m. 492a

#### A. Genel Olarak

Mirasbırakanın yukarıda açıklanan prensipler uyarınca bakiye üzerinde artmirasçı ataması için özel bir şartın bulunması gerekmez. Ancak böyle bir tasarruf ile saklı paylı mirasçılarının saklı payları ihlal de edilemez. İsviçre kanun koyucusu bakiye üzerinde artmirasçı atamada belirli şartların gerçekleşmesi halinde mirasbırakanın tasarruf yetkisini genişletmeyi amaçlamıştır. Bunun için de İsviçre Medeni Kanunu'nda değişiklik yapılarak ZGB m. 492a hükmü eklenmiş ve ayrıca da artmirasçılıkta tenkise ilişkin ZGB m. 531 hükmünün lafzı değiştirilmiştir. Bu hükümler ile mirasbırakana saklı paylı önmirasçının saklı payı üzerinde de tenkise tabi olmayan bir ölüme bağlı tasarruf yapma yolu açılmıştır. Ancak ZGB m. 492a bunun için bir dizi şart saymıştır.

İsviçre kanun koyucusunun böyle bir değişikliğe gitmesinin ardında yetişkinlerin korunması için doğan ihtiyaçlar bulunmaktadır. Ayırt etme

<sup>31</sup> **İmre/Erman**, s. 160; **Çabri**, s. 429.

<sup>32</sup> **Öztan**, s. 311; **İmre/Erman**, s. 161; **Serozan/Engin**, s. 393; **Hrubesch-Millauer**, Art. 491, N. 12; **Studhalter**, Philipp, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. Bası, Orell Füssli, Zürich, 2016, Art. 491, N. 12; **Bessenisch**, Art. 491, N. 9; BGE 100 II 92. Keza önmirasçının muvazaalı devirlerine karşı da artmirasçı mirası kazandıktan sonra dava açabilir (**Çabri**, s. 430).

<sup>33</sup> **Eitel**, ZS Erbrecht, s. 87; **Eitel/Zeiter**, Art. 492a/Art. 531, N. 2; **Zeiter**, successio, N. 45.

<sup>34</sup> **Scherrer**, s. 135; **Serozan/Engin**, s. 393; **Oğuzman**, s. 155 dn. 336; **Eitel**, ZS Erbrecht, s. 87; **Eitel**, Nacherben, s. 44; **Eitel/Zeiter**, Art. 492a/Art. 531, N. 2; **Zeiter**, successio, N. 45.

<sup>35</sup> **İmre/Erman**, s. 160. Eğer mirasbırakan önmirasçının tasarruf yetkisini belirli işlemlerle sınırlandırmışsa, bu sınırları aşan tasarruflarda bulunulamaz. Aksi halde hakları tehlikeye düştüğü ölçüde artmirasçı terekenin resmen yönetilmesini isteyebilir (**Çabri**, s. 430).



gücünden sürekli olarak yoksun olan bir kişinin ölüme bağlı tasarrufta bulunması mümkün değildir<sup>36</sup>. Bu sebeple ayırt etme gücü bulunmayan kişinin terekesinde bulunan malvarlığı unsurları her zaman yasal mirasçılara kalacaktır. Yasal mirasçı olarak altsoy veya eş bulunmadığı takdirde miras üzerinde ikinci zümre hak sahibi olacaktır. Üstsoyun yokluğunda ise kardeş, yeğen, hala, dayı gibi ikinci ve üçüncü zümre kan hısımları ayırt etme gücü bulunmayan kimseye mirasçı olabilecektir. Mirasbırakanın ayırt etme gücü bulunmayan altsoyuna kalacak ve esasında onun tarafından üzerinde ölüme bağlı tasarrufta bulunulamayacak malvarlığının akıbetini belirleme konusunda korunmaya değer bir menfaati vardır. Nitekim mirasbırakan fiili olarak hiçbir yakınlığı olmayan kan hısımları ve uzak akrabaların kaçınılmaz olarak mirasçı olması riskini bertaraf etmek isteyebilir<sup>37</sup>. Mirasbırakan bunun için ayırt etme gücü bulunmayan altsoyunu ona bakım verecek birine emanet edip buna karşılık da bakiye üzerinde bu kişiyi artmirasçı atamak isteyebilir. Keza fiili olarak miras üzerinde hiçbir işlem yapamayacak altsoyundan sonra mirasın uzak akrabalara veya devlete kalmasındansa mirası daha iyi yönetebileceğini düşündüğü bir başkasına kalmasını arzulayabilir. Tüm bu istekler artmirasçılığa ilişkin genel kurallar uygulandığı takdirde saklı pay duvarı ile karşılaşacaktır ve tenkis tehdidi altında olacaktır. İsviçre kanun koyucusu bunu uygun görmemiştir. Ancak saklı paylar üzerinde bakiye üzerinde artmirasçı atama tasarrufunu genel bir kural olarak da kabul etmemiş, istisnai bir yol olarak hüküm altına almıştır. Bakiye üzerinde artmirasçı atama tasarrufunun tenkise tabi olmaması için ZGB m. 492a'da aranan tüm şartların gerçekleşmesi gerekir. Aksi halde bakiye üzerinde artmirasçı atama tasarrufu yukarıda açıklanan genel esaslara tabi olacak ve tenkis davasına konu olabilecektir. Belirtmek gerekir ki, bu hüküm sadece saklı paylı altsoy aleyhine bakiye üzerinde artmirasçı atama tasarrufunda uygulanacaktır. Öte yandan klasik artmirasçı atama tasarrufu ZGB m. 492a'daki şartlar bulunsa dahi saklı paylı altsoyun saklı paylarını ihlal edecek şekilde düzenlenemez<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> **Weimar**, Art. 492a, N. 2; **Häfliger**, Manuela, "Die Pflichtteilsbelastende Nacherbeneinsetzung auf den Überrest zulasten urteilsunfähiger Nachkommen Nach Art. 492a ZGB", Der Bernische Notar Y. 2015, s. 49-82, s. 50.

<sup>37</sup> **Serozan/Engin**, s. 394; **Hrubesch-Millauer**, Art. 492a, N. 1.

<sup>38</sup> **Fankhauser, Roland/Bieler**, Brigitte, "Erbrechtliche Neuerungen durch das neue Erwachsenenschutzrecht, insbesondere die neue Form der Nacherbschaft nach Art. 492a ZGB", successio, Zeitschrift für Erbrecht, Y. 2009, s. 162-170, N. 19. Buna aykırı olarak yapılan bir düzenlemenin yasa gereği hükümsüz mü olduğu yoksa iptal davasına mı konu edilmesi gerektiği belirsizdir. Burada her ne kadar ZGB m. 492a yasa gereği

Aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan ZGB m. 492a<sup>39</sup> hükmü şu şekilde Türkçeye çevrilebilir:

*“Bir altsoyun sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması ve geride altsoyu veya eşinin bulunmaması halinde, mirasbırakan bakiye üzerinde artmirasçı atama tasarrufunda bulunabilir.*

*Altsoyun beklenenin aksine ayırt etme gücünü kazanması halinde artmirasçı atama tasarrufu yasa gereği hükümsüz hale gelir.”*

ZGB m. 531<sup>40</sup> hükmünün çevirisi ise şu şekildedir:

*“Artmirasçı atama, saklı paylı bir mirasçıya karşı saklı payı oranında hükümsüzdür; ayırt etme gücü bulunmayan altsoylara ilişkin hüküm saklıdır.”*

## **B. ZGB m. 492a Uyarınca Bakiye Üzerinde Artmirasçı Atamanın Şartları**

### **1. Önmirasçının Mirasbırakanın Altsoyu Olması**

ZGB m. 492a uyarınca bakiye üzerinde artmirasçı atamanın ilk şartı önmirasçının mirasbırakanın saklı paylı altsoyu olmasıdır<sup>41</sup>. Mirasbırakan

---

hükümsüzlüğü iki hal ile sınırlasa da kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerektiği yönünde bkz: **Fankhauser/Bieler**, N. 19.

<sup>39</sup> Hükmün orijinal metni şöyledir: *“Ist ein Nachkomme dauernd urteilsunfähig und hinterlässt er weder Nachkommen noch einen Ehegatten, so kann der Erblasser eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest anordnen. Die Nacherbeneinsetzung fällt von Gesetzes wegen dahin, wenn der Nachkomme wider Erwarten urteilsfähig wird.”*

<sup>40</sup> Hükmün orijinal metni şöyledir: *“Eine Nacherbeneinsetzung ist gegenüber einem pflichtteilsberechtigten Erben im Umfang des Pflichtteils ungültig; vorbehalten bleibt die Bestimmung über urteilsunfähige Nachkommen.”* Türk Hukukunda ZGB m. 531’e karşılık gelen hüküm MK m. 569’dur. MK m. 569 hükmü *“Mirası artmirasçıya geçirme yükümlülüğü ile saklı payı zedelenen mirasçı, aşan kısmın tenkisini isteyebilir”* şeklindedir. Görüldüğü üzere MK m. 569 hükümsüzlük yerine tenkis ifadesini kullanarak yaptırımı açıkça belirlemesi ve ayrıca ayırt etme gücünden yoksun altsoya ilişkin tasarrufları dikkate almaması yönünden ZGB m. 531’den farklı bir içeriğe sahiptir. Bununla birlikte İsviçre Hukukundaki genel yaklaşım da ZGB m. 531’in lafzına rağmen tenkisi düzenlediği yönündedir. Bkz: **Fankhauser**, Roland, Erbrecht, Art. 457-640 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Bası, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2016, Art. 531, N. 1; **Eitel/Zeiter**, Art. 492a/Art. 531, N. 8; **Minnig**, Yannick, ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. Bası, Orell Füssli, Zürich, 2016, Art. 531, N. 1.

<sup>41</sup> **Studhalter**, Art. 492a, N. 5; **Hrubesch-Millauer**, Art. 492a, N. 2; **Zeiter**, successio, N. 51.

altsoyu dışında bir kişiyi veya başka bir saklı paylı mirasçısını önmirasçı olarak belirlediği takdirde ZGB m. 492a değil, artmirasçı atamaya ilişkin genel hükümler ve ayrıca bakiye üzerinde artmirasçı atamaya ilişkin yukarıda açıklanan prensipler uygulama alanı bulacaktır<sup>42</sup>. Haliyle bu ihtimalde mirasbırakanın saklı paylar üzerindeki tasarrufları tenkise tabi olacaktır<sup>43</sup>.

Mirasbırakanın altsoyunun kapsamı ise sınırlı değildir. Bu bağlamda mirasbırakanın çocukları, torunları ve torunlarının çocukları önmirasçı olarak belirlenebilir<sup>44</sup>. ZGB m. 492a'nın önmirasçının kimliğine ilişkin getirdiği sınırlamaya benzer bir sınır artmirasçı açısından geçerli değildir. Buna göre her gerçek veya tüzel kişi artmirasçı olarak atanabilir<sup>45</sup>.

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu düzenlediği sırada saklı paylı altsoyu olan kişi ile arasındaki soybağı ilişkisinin sonradan ortadan kalkması ihtimal dahilindedir. Örneğin mirasbırakan ile evlatlık arasındaki soybağının, evlat edinmenin iptali ile ortadan kalkması halinde evlatlık saklı paylı yasal mirasçı sıfatını da kaybeder. Taraflar arasında başkaca bir hısımlık olmadığı takdirde evlatlık artık iradi mirasçı konumuna gelir. Bu durumda saklı payı bulunmadığı için mirasbırakanın bakiye üzerinde artmirasçı atama tasarrufu da her ne kadar ZGB m. 492a'daki şartlar olmasa da tenkis riski olmadan hüküm ifade etmeye devam eder. Nitekim burada bakiye üzerinde artmirasçı atamaya ilişkin genel kurallar uygulanacaktır<sup>46</sup>. Öte yandan buradaki artmirasçı atama tasarrufu bizatihi diğer saklı paylı mirasçıların saklı payını ihlal eder hale gelirse onların tenkis talebinde bulunabileceğinde şüphe yoktur.

## 2. Önmirasçının Ayırt Etme Gücünden Sürekli Olarak Yoksun Olması

ZGB m. 492a'nın uygulanabilmesi için aranan bir diğer şart mirasbırakanın saklı paylı altsoyu olan önmirasçının ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olmasıdır. Saklı paylı altsoy ayırt etme gücünden yoksun

<sup>42</sup> Doktrinde mirasbırakanın sadece saklı paylı altsoyunun aleyhine olarak ZGB m. 492a uyarınca bakiye üzerinde artmirasçı atamada bulunabilmesinin saklı paylı mirasçılar arasında haklı bir gerekçesi olmaksızın farklı muamele yaratması nedeniyle eleştirilmektedir. Bkz: **Fankhauser/Bieler**, N. 12; **Häfliger**, s. 55.

<sup>43</sup> **Häfliger**, s. 57.

<sup>44</sup> **Eitel/Zeiter**, Art. 492a/Art. 531, N. 8; **Zeiter**, successio, N. 52; **Eitel/Zeiter**, Praxis, N. 23.73; **Fankhauser/Bieler**, N. 11; **Strebel**, Lorenz "Dauernd urteilsunfähige Nachkommen – Ein kritischer Blick auf Pflichtteil und Nacherbschaft", Liber amicorum für Benno Studer, Ed. Paul Eitel et al., Schulthess, Zürich, 2019, s. 243-281, s. 261.

<sup>45</sup> **Zeiter**, SJZ, s. 232; **Eitel/Zeiter**, Art. 492a/Art. 531, N. 9.

<sup>46</sup> **Häfliger**, s. 56.

olmayıp hasta veya sakat ise ZGB m. 492a uygulanamaz. Çünkü bu hallerde altsoy tereke üzerinde kendisi ölüme bağlı tasarrufta bulunma yetisini haizdir.

Ayırt etme gücünden yoksunluğun sürekli olması gerekir. Bu nedenle yaş küçüklüğü, hastalık veya başka bir sebeple ayırt etme gücünden geçici olarak yoksun olan saklı paylı altsoy aleyhine ZGB m. 492a uyarınca bakiye üzerinde artmırasçı atanamaz.

Ayırt etme gücünden yoksunluk fiziksel veya ruhsal bir rahatsızlık sonucu ortaya çıkabilir<sup>47</sup>. Örneğin akıl hastalığı sebebiyle veya kaza geçirip bitkisel hayata girme sebebiyle ayırt etme gücü kaybedilmiş olabilir<sup>48</sup>. Saklı paylı altsoyun ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı her somut olayda, o olayın şartları ışığında değerlendirilmelidir<sup>49</sup>. Bu konuda en sağlam ispat vasıtası saklı paylı altsoy için alınmış ve ayırt etme gücünden yoksunluğu belgeleyen bir uzman raporu olacaktır<sup>50</sup>.

Kanun ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olmayı aradığı için doktrinde sürekliliğin kapsamı bakımından bir tartışma doğmuştur. Bir görüşe göre<sup>51</sup>, ayırt etme gücünden yoksun saklı paylı altsoyun ayırt etme gücünü kazanma ihtimalinin bulunduğu ama somut olayda bu ihtimalin gerçekleşmesinin beklenmediği hallerde de ZGB m. 492a uygulanabilmelidir. Örneğin, yaş küçüklüğü sebebiyle ayırt etme gücünden yoksun olan altsoyun ayırt etme gücünü kazanacağı yaşa kadar hayatta kalmasının beklenmemesi halinde böyle bir durum söz konusudur<sup>52</sup>. Doktrindeki diğer görüşe göre<sup>53</sup> ise, ayırt etme gücünü kazanma ihtimali ZGB m. 492a'nın uygulanmasına engel olur. Bu bakımdan sürekliliğin kesin olarak mevcut olması gerekir. Kanaatimizce bu konuda ilk görüş soruna daha makul bir çözüm önermektedir. Ayırt etme gücünden halihazırda yoksun olan altsoyun, ayırt etme gücünü kazanması istatistiksel olarak mümkün ama çok küçük bir ihtimalse mirasbırakanın ZGB m. 492a uyarınca bakiye üzerinde artmırasçı atama

<sup>47</sup> Häfliger, s. 57.

<sup>48</sup> Weimar, Art. 492a, N. 5.

<sup>49</sup> Studhalter, Art. 492a, N. 6; Hrubesch-Millauer, Art. 492a, N. 3; Fankhauser/Bieler, N. 13; Häfliger, s. 58.

<sup>50</sup> Studhalter, Art. 492a, N. 6; Eitel/Zeiter, Art. 492a/Art. 531, N. 11; Eitel/Zeiter, Praxis, N. 23.78.

<sup>51</sup> Weimar, Art. 492a, N. 5; Eitel/Zeiter, Art. 492a/Art. 531, N. 11; Strebel, s. 262.

<sup>52</sup> Weimar, Art. 492a, N. 6. Bu ihtimalde beklentinin aksine küçük fiil ehliyetini kazanacak yaşa gelirse ZGB m. 492a/II uyarınca bakiye üzerinde artmırasçı atama tasarrufu hükümsüz hale gelecektir (Weimar, Art. 492a, N. 6).

<sup>53</sup> Zeiter, successio, N. 54.

tasarrufunda bulunabilmesi hükmün amacına daha uygundur. Kaldı ki ZGB m. 492a/II uyarınca saklı paylı altsoyun ayırt etme gücünü kazanması halinde bakiye üzerinde artmırasçı atama tasarrufu yasa gereği hükümsüz hale gelmektedir. Yani kanun koyucu ayırt etme gücünden sürekli yoksunluğu bir şart olarak düzenlerken bunun tekrar kazanılmasını da bir ihtimal olarak dikkate almıştır. Dolayısıyla hükmün kapsamına ayırt etme gücünün kazanılmasının beklenmediği ama düşük ihtimal de olsa mümkün olduğu halleri de sokmakta sakınca bulunmamalıdır.

Bakiye üzerinde artmırasçı atamanın geçerli olması için saklı paylı altsoyun ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olması gereken anın tespiti bakımından karşımıza üç ihtimal çıkmaktadır. Bunlar mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu düzenlediği, mirasbırakanın öldüğü ve ayrıca önmirasçının öldüğü anlardır. Önmirasçının bu üç anda da ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olması gerekir<sup>54</sup>. Ancak bu anlardan sonra artmırasçının ayırt etme gücünü kazanması halinde ölüme bağlı tasarrufun bundan nasıl etkileneceği ve ZGB m. 492a'nın nasıl yorumlanması gerektiği konusunda bir farklılık vardır. Mirasbırakanın ölüm anında veya bu andan sonra önmirasçının ayırt etme gücünü kazanması halinde ZGB m. 492a/II uyarınca tasarruf geçersiz olacaktır<sup>55</sup>. Bu durumda tenkis veya iptal davasına gerek olmaksızın tasarruf kendiliğinden hükümsüz hale gelmiş olur<sup>56</sup>. Böylece önmirasçı başka yönde bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmadıkça miras önmirasçının ölümünde onun yasal mirasçılara kalacaktır<sup>57</sup>. Mirasbırakan ölmeden önce ama bakiye üzerinde artmırasçı atama tasarrufunu yaptıktan sonra önmirasçının ayırt etme gücünü kazanması halinde ise ZGB m. 492a/II uyarınca tasarrufun tamamen ve yasa gereği hükümsüz hale gelmeyeceği belirtilmektedir<sup>58</sup>. Buna göre mirasbırakanın saklı paylı altsoyuna saklı payı ile sınırlı olarak kazandırmada bulunmayı amaçlaması ve onun miras payı üzerinde artmırasçıya kazandırmada bulunma iradesinin devam etmesi muhtemeldir. Dolayısıyla mirasbırakan hayatta iken önmirasçı ayırt etme gücünü kazanırsa mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufunu geri almalıdır. Mirasbırakan

<sup>54</sup> **Strebel**, s. 262; **Studhalter**, Art. 492a, N. 8. Mirasbırakanın altsoyunun ayırt etme gücünü tamamen kaybetmesi ihtimalinde geçerli olacak şekilde tedbiren ZGB m. 492a'ya göre bir ölüme bağlı tasarruf düzenlemesi halinde bunun geçersiz olacağı kabul edilmektedir (**Eitel/Zeiter**, Praxis, N. 23.93).

<sup>55</sup> **Zeiter**, successio, N. 66; **Strebel**, s. 270.

<sup>56</sup> **Studhalter**, Art. 492a, N. 8; **Weimar**, Art. 492a, N. 10; **Eitel/Zeiter**, Praxis, N. 23.91; **Strebel**, s. 268; **Häfliger**, s. 62.

<sup>57</sup> **Zeiter**, successio, N. 66.

<sup>58</sup> **Weimar**, Art. 492a, N. 12; **Häfliger**, s. 64.

bu tasarrufunu geri almazsa ve ölüme bağlı tasarrufun yorumu da aksini sonuca götürmüyorsa işlemin geçerli olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu geçerlilik ZGB m. 492a bağlamında değil bakiye üzerinde artmırasçı atamaya ilişkin genel prensipler uyarınca söz konusu olacaktır. Yani önmirasçının tenkis talebinde bulunarak saklı payını elde etmesi mümkün olacaktır<sup>59</sup>.

Ayırt etme gücünü tekrar kazanan önmirasçının yeniden ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmesi halinde ne olacağı belirsizdir<sup>60</sup>. Keza önmirasçının ayırt etme gücünü kazandıktan kısa bir süre sonra ölüme bağlı bir tasarruf düzenleme imkanı olmadan vefat etmesi halinde de aynı sorun mevcuttur<sup>61</sup>. Doktrinde önmirasçı ayırt etme gücünü kazandığı takdirde artmırasçı atama tasarrufunun tamamen ve kesin olarak ortadan kalkacağı ileri sürülmektedir<sup>62</sup>. Bu durumda önmirasçı ayırt etme gücünü yeniden kaybetse dahi bakiye üzerinde artmırasçı atama tasarrufu canlanmaz<sup>63</sup>. Örneğin şizofren bir kişinin uzun bir tedavi sonrası iyileşmesi ancak daha sonra yaşlılık nedeniyle ayırt etme gücünü tekrar kaybetmesi halinde bu görüş makul bir çözüm sunmaktadır<sup>64</sup>. Öte yandan ayırt etme gücünün kısa süreli olarak geri kazanılması halinde hukuki durumun ne olacağını belirlemek daha zordur. Bu ihtimalde mirasbırakanın irade sakatlığına uğrayarak düzenlediği ölüme bağlı tasarruftan 1 yıl içinde dönmezse tasarrufun geçerli sayılacağına ilişkin ZGB m. 469 (MK m. 504) veya sözlü vasiyetin hükümden düşmesine ilişkin öngörülen süreyi düzenleyen ZGB m. 508 (MK m. 541) hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği ileri sürülmüştür<sup>65</sup>. Kanaatimizce en doğru olan yol, kanun koyucunun bu boşluğu bir kanuni düzenleme ile doldurmasıdır. Aksi halde birbiriyle çelişen uygulamaların ortaya çıkması riski bulunmaktadır.

### 3. Önmirasçının Eşinin veya Altsoyunun Bulunmaması

ZGB m. 492a uyarınca bakiye üzerinde artmırasçı atamanın bir başka şartı saklı paylı altsoyun eşinin veya kendi altsoyunun bulunmamasıdır. İsviçre Hukukunda aynı cinsiyetten olan kişilerin tescil edilmiş hayat

<sup>59</sup> Weimar, Art. 492a, N. 12; Häfliger, s. 64.

<sup>60</sup> Studhalter, Art. 492a, N. 8; Hrubesch-Millauer, Art. 492a, N. 3; Weimar, Art. 492a, N. 11.

<sup>61</sup> Studhalter, Art. 492a, N. 8; Weimar, Art. 492a, N. 11.

<sup>62</sup> Zeiter, successio, N. 73; Häfliger, s. 63.

<sup>63</sup> Eitel/Zeiter, Praxis, N. 23.94; Häfliger, s. 63.

<sup>64</sup> Fankhauser/Bieler, N. 17.

<sup>65</sup> Häfliger, s. 63-64.

ortaklığı (*eingetragene Partnerschaft*) kurmalarına imkan tanınmaktadır. Kanunda her ne kadar bu kişileri kapsayan bir düzenleme olmasa da doktrinde tescil edilmiş hayat ortaklığına dayalı olarak önmirasçının mirasçısı olan kişilerin bulunması halinde de ZGB m. 492a hükmünün uygulanamayacağı kabul edilmektedir<sup>66</sup>.

Önmirasçının eşinin veya altsoyunun bulunup bulunmadığı, önmirasçının ölüm anındaki duruma göre belirlenecektir<sup>67</sup>. Buna göre örneğin ölüme bağlı tasarruf düzenlendikten sonra ayırt etme gücü olmayan önmirasçının çocuğu olursa bakiye üzerinde artmirasçı atama tasarrufu askıda kalır<sup>68</sup>. Önmirasçının ölümünde çocuk hayatta değilse bakiye üzerinde artmirasçı atama tasarrufu uyarınca tereke artmirasçıya geçer<sup>69</sup>. Aksi halde ise bakiye üzerinde artmirasçı atama tasarrufu ZGB m. 492a kapsamında çıkar. Ancak bu durumda ölüme bağlı tasarrufa uygulanacak yaptırımın ne olduğu tartışmalıdır.

Bir görüşe göre<sup>70</sup>, önmirasçının altsoyu, eşi veya hayat ortağı bulunması halinde bakiye üzerinde artmirasçı atama tasarrufu önmirasçının saklı payı oranında tenkise tabi olacaktır. Diğer görüşe göre<sup>71</sup> ise bu durumda ZGB m. 492a/II'deki yaptırım uygulanmalı ve ölüme bağlı tasarruf tamamen ve kendiliğinden kesin hükümsüz olmalıdır. Nihayet bir başka görüşe göre<sup>72</sup>, ZGB m. 492a/II burada kıyasen uygulanmalı ve bakiye üzerinde artmirasçı atama tasarrufu önmirasçının saklı payı oranında kendiliğinden hükümsüz hale gelmelidir. Böylece önmirasçı hayatta iken tenkis talebi için öngörülen 10 yıllık sürenin dolmasının yaratacağı risk de bertaraf edilmiş olur. Kanaatimizce de son görüş hem diğer iki görüşü uzlaştırması hem de tenkis davası açısından ortaya çıkabilecek süre sorununu çözmesi açısından tercihe şayandır.

ZGB m. 492a sadece önmirasçının altsoyunu ve eşini (ya da hayat ortağı) saydığı için, önmirasçının saklı paylı üst soyu bulunması halinde, mirasbırakanın bakiye üzerinde artmirasçı atama tasarrufu bundan etkilen-

<sup>66</sup> Studhalter, Art. 492a, N. 7; Weimar, Art. 492a, N. 8; Zeiter, SJZ, s. 232; Eitel/Zeiter, Art. 492a/Art. 531, N. 14; Zeiter, successio, N. 56; Eitel/Zeiter, Praxis, N. 23.79.

<sup>67</sup> Zeiter, successio, N. 61; Eitel/Zeiter, Praxis, N. 23.95; Häfliger, s. 68.

<sup>68</sup> Zeiter, successio, N. 74.

<sup>69</sup> Zeiter, successio, N. 74.

<sup>70</sup> Studhalter, Art. 492a, N. 7; Weimar, Art. 492a, N. 8; Strebel, s. 267, s. 274.

<sup>71</sup> Zeiter, successio, N. 68.

<sup>72</sup> Häfliger, s. 70.

mez<sup>73</sup>. Öte yandan önmirasçının mevcut altsoyu veya eşi de ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olsa bile ZGB m. 492a'da aranan şartlar gerçekleşmemiş olur<sup>74</sup>.

#### 4. Önmirasçının Ölümüne Bağlı Tasarrufunun Bulunmaması

ZGB m. 492a'da açıkça yazmamakla beraber doktrinde, bakiye üzerinde artmirasçı atamanın geçerli olması için önmirasçının ayırt etme gücünü kaybetmeden önce ölümüne bağlı bir tasarrufta bulunmamış olması şartı da aranmaktadır<sup>75</sup>. Nitekim bu hükmün getirilmesinin ardında yatan sebep önmirasçının malvarlığı üzerinde ölümüne bağlı tasarrufta bulunma imkanı olmamasıdır. Dolayısıyla hükmün ratio legis'i önmirasçının ayırt etme gücü bulunduğu sırada malvarlığı üzerinde ölümüne bağlı tasarrufta bulunmamış olmasının aranmasını da haklı çıkarmaktadır<sup>76</sup>.

Eğer önmirasçı ayırt etme gücünü kaybetmeden önce ölümüne bağlı bir tasarruf düzenlerse ZGB m. 492a/II uyarınca bakiye üzerinde artmirasçı atanmanın hükümden düşeceği kabul edilmektedir<sup>77</sup>. Yani burada tenkis talebi değil, yasa gereği geçersizlik yaptırımı uygulanacaktır. Böylece miras önmirasçının ölümüne bağlı tasarrufu uyarınca onun mirasçılarına intikal edecektir<sup>78</sup>.

ZGB m. 492a'nın amacı gereği önmirasçının ehliyetsizlik nedeniyle sakat olan ama iptal davasına konu edilmemiş ölümüne bağlı tasarruflarının bakiye üzerinde artmirasçı atamaya engel olmadığı kabul edilmelidir<sup>79</sup>. Benzer şekilde, önmirasçının ölümüne bağlı tasarrufunun bakiye üzerinde artmirasçı atamayı bertaraf edebilmesi için önmirasçının tereke üzerinde kapsamlı bir tasarrufta bulunması gerekir. Yani tereke konusu mallardan biri için vasiyet alacaklısı atama ya da terekenin sadece bir kısmı üzerinde ölümüne bağlı tasarrufta bulunma halinde önmirasçının üzerinde tasarrufta bulunmadığı kısımda ZGB m. 492a uygulanmaya devam etmelidir<sup>80</sup>.

<sup>73</sup> Studhalter, Art. 492a, N. 7; Hrubesch-Millauer, Art. 492a, N. 3; Eitel/Zeiter, Art. 492a/Art. 531, N. 15; Fankhauser/Bieler, N. 15; Strebel, s. 267.

<sup>74</sup> Eitel/Zeiter, Praxis, N. 23.80.

<sup>75</sup> Hrubesch-Millauer, Art. 492a, N. 2; Zeiter, SJZ, s. 232; Eitel/Zeiter, Art. 492a/Art. 531, N. 17; Zeiter, successio, N. 58, N. 60.

<sup>76</sup> Zeiter, successio, N. 58.

<sup>77</sup> Zeiter, successio, N. 68; Häfliger, s. 75.

<sup>78</sup> Zeiter, SJZ, s. 232.

<sup>79</sup> Häfliger, s. 72.

<sup>80</sup> Flückiger, Andreas, "Nacherbeneinsetzung vs. Nutznießungsvermächtnis – wozu raten?", successio, Zeitschrift für Erbrecht, Y. 2015, s. 5-38, s. 13.



### C. Bakiye Üzerinde Artmirasçı Atamanın Hükümleri

ZGB m. 492a uyarınca bakiye üzerinde artmirasçı atamaya ilişkin öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde bu ölüme bağlı tasarruf geçerli olarak hükümlerini doğurur. Buna göre önmirasçı mirasbırakanın ölümü ile mirası külli halef sıfatıyla kazanır. Önmirasçının tereke malları üzerindeki hak ve yükümlülüklerinin kapsamı kanunda düzenlenmemiştir. Dolayısıyla bu konuda artmirasçılığa ve bakiye üzerinde artmirasçılığa ilişkin genel prensiplere başvurmak gerekecektir<sup>81</sup>. Bunun için de öncelikle mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufuna başvurulacaktır. Mirasbırakan önmirasçının haklarını ve yükümlülüklerini düzenlediği ölçüde ölüme bağlı tasarruf hükümleri uygulanacaktır<sup>82</sup>. Mirasbırakan bu konuyu düzenlemediği takdirde ise kanuna ve doktrinindeki görüşlerden yararlanılacaktır.

Daha önce açıklandığı gibi kanun koyucu artmirasçılıkta tereke defterinin tutulmasını zorunlu tutmuştur. Bu zorunluluk bakiye üzerinde artmirasçı atanması halinde de devam etmektedir. Bakiye üzerinde artmirasçı atanmanın ZGB m. 492a uyarınca gerçekleşmesi de durumu değiştirmez. Dolayısıyla ilk olarak yetkili merci tarafından tereke defterinin tutulması gerekir<sup>83</sup>. Bu sayede mirasbırakandan önmirasçıya geçen ve özel bir malvarlığı oluşturan tereke mallarının envanteri tutulmuş olacaktır<sup>84</sup>.

Bakiye üzerinde artmirasçı atamada güvence gösterme yükümlülüğünün bulunmadığını belirtmiştik. ZGB m. 492a uyarınca yapılan bakiye üzerinde artmirasçı atamada da önmirasçının güvence göstermesi şartı aranmayacaktır<sup>85</sup>. Keza klasik bir bakiye üzerinde artmirasçı atamada olduğu gibi burada da önmirasçı tereke mallarını tasarruf işlemlerine konu edebilecektir<sup>86</sup>. Ancak önmirasçının tereke malları üzerinde tasarrufta bulunurken dürüstlük kuralına uygun davranması gerekecektir<sup>87</sup>.

<sup>81</sup> **Eitel/Zeiter**, Art. 492a/Art. 531, N. 19; **Zeiter**, successio, N. 70; **Eitel/Zeiter**, Praxis, N. 23.97; **Strebel**, s. 259; **Häfliger**, s. 80.

<sup>82</sup> **Zeiter**, successio, N. 71; **Strebel**, s. 259.

<sup>83</sup> **Zeiter**, successio, N. 71; **Eitel/Zeiter**, Praxis, N. 23.97; **Strebel**, s. 259.

<sup>84</sup> **Strebel**, s. 259.

<sup>85</sup> **Weimar**, Art. 492a, N. 3; **Zeiter**, successio, N. 71; **Eitel/Zeiter**, Praxis, N. 23.97; **Strebel**, s. 260.

<sup>86</sup> **Eitel/Zeiter**, Art. 492a/Art. 531, N. 19; **Zeiter**, successio, N. 71; **Eitel/Zeiter**, Praxis, N. 23.97.

<sup>87</sup> **Eitel/Zeiter**, Praxis, N. 23.97. Önmirasçının ayırt etme gücü olmadığı için miras malları üzerinde ölüme bağlı tasarrufta bulunması zaten mümkün olmaz. Dolayısıyla bu açıdan bir sorun doğmaz.

Normalde artmirasçı atamada, mirasın artmirasçıya geçmesi için illaki önmirasçının ölmesi gerekmez. Mirasbırakan bir vade veya şartın gerçekleşmesi halinde mirasın artmirasçıya geçeceğini öngörebilir. Ancak ZGB m. 492a uyarınca bakiye üzerinde artmirasçı atamada, artmirasçı miras önmirasçının ölümü ile kazanır. Mirasbırakanın bu tarihten daha önce dolacak bir süre veya gerçekleşebilecek bir şart öngörmesine imkan yoktur<sup>88</sup>.

ZGB m. 531 uyarınca, mirasbırakan geçerli şekilde ZGB m. 492a'ya göre bakiye üzerinde artmirasçı atarsa, bu tasarruf saklı paylı altsoy tarafından tenkis davasına konu edilemez<sup>89</sup>. Böylece mirasbırakan saklı paylı altsoyunun saklı payı üzerinde de artmirasçı atayabilir. Hatta mirasbırakan altsoyunun miras payını saklı pay ile sınırlı tutmak suretiyle de onu ZGB m. 492a uyarınca önmirasçı olarak atayabilir. Bu durumda bakiye üzerinde artmirasçı atama tasarrufu da saklı paya ilişkin olarak düzenlenmiş olacaktır. İsviçre Medeni Kanunu'nda bu imkan açıkça düzenlenmese de ZGB m. 492a ve m. 531'in sağladığı imkanlar kapsamında geçerlidir<sup>90</sup>.

## SONUÇ

Artmirasçı atama hem Türk hem de İsviçre Hukuklarında düzenlenen maddi anlamda ölüme bağlı bir tasarruftur. Artmirasçı atamanın önmirasçıya bırakılan mirastan arta kalanla sınırlı olarak öngörülmesi de mümkündür. Bakiye üzerinde artmirasçı atama olarak adlandırılan bu tasarruf, doktrinde geçerli kabul edilmekle beraber ne Türk ne de İsviçre Hukukunda genel itibariyle düzenlenmiştir. Öte yandan İsviçre Medeni Kanunu'nun 2013 tarihinde yürürlüğe giren 492a. maddesi ile bakiye üzerinde artmirasçı atamanın özel bir görünümü hüküm altına alınmıştır. Türk Hukukunda karşılığı olmayan bu hüküm ile mirasbırakanın ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olan saklı paylı altsoyunu önmirasçı olarak belirleyip, önmirasçının ölümünde geriye kalanlar üzerinde istediği kişiyi artmirasçı atamasına imkan tanınmıştır. Bunun için önmirasçının altsoyu veya eşinin bulunmaması ve ayrıca ayırt etme gücünü kaybetmeden önce düzenlediği bir ölüme bağlı tasarruf olmaması gerekir. Bu tasarrufun klasik bir bakiye üzerinde artmirasçı atamadan farkı, altsoyun saklı payı üzerinde de tenkise tabi olmadan tasarrufta bulunulabilmesidir. İsviçre kanun koyucusunun yetişkinlerin korunması amacıyla getirmiş olduğu bu düzenlemenin bir benzerinin ileride

<sup>88</sup> Häfliger, s. 77.

<sup>89</sup> Eitel/Zeiter, Art. 492a/Art. 531, N. 18; Serozan/Engin, s. 394; Zeiter, successio, N. 49; Eitel/Zeiter, Praxis, N. 23.96; Breitschmid et.al., s. 86.

<sup>90</sup> Eitel/Zeiter, Praxis, N. 23.85.

Türk Hukukunda da hüküm altına alınması muhtemeldir. Bu bakımdan ZGB m. 492a düzenlediği ve düzenlemeyi ihmal ettiği hususlarla birlikte bir karşılaştırmalı hukuk verisi olarak önem arz etmektedir. Kanaatimizce ZGB m. 492a hükmünün kanuna eklenmesindeki amaç yerindedir. Bu hüküm sayesinde ayırt etme gücü bulunmayan mirasçının ölüme bağlı tasarrufta bulunmaması nedeniyle mirasa el atması istenmeyen uzak mirasçılarının mirastan uzaklaştırılması sağlanmaktadır. Böylece mirasbırakan mirasının dilediği kişiye geçebilmesini sağlayacak ve bunu yaparken de ayırt etme gücü bulunmayan altsoyunu hiçbir zarara uğratmamış olacaktır. Hatta tam tersine bu yolla altsoyuna daha iyi bir bakım vereceğine inandığı kişileri artmirasçı atayabilir ve böylece altsoyunun menfaatlerini de korumuş olur. Belirtmek gerekir ki ZGB m. 492a her ne kadar makul ve gerekli bir düzenleme öngörse de içinde kanun koyucunun pozitif bir düzenleme ile doldurması gereken boşluklar da bulunmaktadır. Dolayısıyla Türk Hukukunda benzer bir düzenleme yapılması halinde bu boşlukların kanun yapım aşamasında bertaraf edilmesi gerekir.

## KAYNAKÇA

- Antalya**, Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu, Miras Hukuku, C. III, Seçkin, Ankara, 2019.
- Ayan**, Mehmet: Miras Hukuku, 10. Bası, Adalet, Ankara, 2020.
- Aydın**, Gülşah Sinem: Artmıracı Atamada Önmıracının Taşınmazlara İlişkin Yaptığı Tasarruf İşlemlerinin Geçerliliği Sorunu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 1, Haziran 2019, s. 299-328.
- Bessenisch**, Balthasar: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB Art. 1-61 SchIT ZGB, 3. Bası, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2007 (Art. 488-492).
- Breitschmid**, Peter et.al.: Erbrecht, 3. Bası, Schulthess, Zürih, 2016.
- Çabri**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), C. I, On İki Levha, İstanbul, 2018.
- Druey**, Jean Nicolas: Grundriss des Erbrechts, 5. Bası, Stämpfli, Bern, 2002.
- Dural**, Mustafa/Öz, Turgut: Miras Hukuku, 13. Bası, Filiz, İstanbul, 2019.
- Eitel**, Paul: “Die Nacherbeneinsetzung in Theorie und Praxis”, successio, Zeitschrift für Erbrecht, Y. 2007, s. 82-106 (ZS Erbrecht).
- Eitel**, Paul: Die Anwartschaft des Nacherben, Stämpfli, Bern, 1991 (Nacherben).
- Eitel**, Paul/**Zeiter**, Alexandra: “Erbrecht”, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Expertenwissen für die Praxis, FHB – Fachhandbuch, Ed. Christiana Fountoulakis et. al., Schulthess, Zürih-Basel-Genf, 2016, s. 967-1001 (Praxis).
- Eitel**, Paul/**Zeiter**, Alexander: Erwachsenenschutz, Famkomm, Stämpfli, Bern, 2013 (Art. 492a/Art. 531).
- Eren**, Fikret/**Yücer-Aktürk**, İpek: Türk Miras Hukuku, 3. Bası, Yetkin, Ankara, 2020.
- Fankhauser**, Roland: Erbrecht, Art. 457-640 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Bası, Schulthess, Zürih-Basel-Genf, 2016 (Art. 531).
- Fankhauser**, Roland/**Bieler**, Brigitte: “Erbrechtliche Neuerungen durch das neue Erwachsenenschutzrecht, insbesondere die neue Form der Nacherbschaft nach Art. 492a ZGB”, successio, Zeitschrift für Erbrecht, Y. 2009, s. 162-170.

- Flückiger**, Andreas: “Nacherbeneinsetzung vs. Nutzniessungsvermächtnis – wozu raten?”, *successio*, Zeitschrift für Erbrecht, Y. 2015, s. 5-38.
- Gürpınar**, Damla: *Artmirasçı Atama*, Turhan, Ankara, 2018.
- Hatemi**, Hüseyin: *Miras Hukuku*, 9. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- Häfliger**, Manuela: “Die Pflichtteilsbelastende Nacherbeneinsetzung auf den Überrest zulasten urteilsunfähiger Nachkommen Nach Art. 492a ZGB”, *Der Bernische Notar* Y. 2015, s. 49-82.
- Hrubesch-Millauer**, Stephanie: *Erbrecht, Art. 457-640 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, C. 3*, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2016 (Art. 488-492a).
- İmre**, Zahit/**Erman**, Hasan: *Miras Hukuku*, 14. Bası, Der, İstanbul, 2018.
- İnan**, Ali Naim/**Ertas**, Şeref/**Albaş**, Hakan: *Miras Hukuku*, 10. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: *Miras Hukuku*, 10. Bası, Turhan, Ankara, 2019.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: *Miras Hukuku*, 3. Bası, Filiz, İstanbul, 1987.
- Minnig**, Yannick: *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)*, 3. Bası, Orell Füssli, Zürich, 2016 (Art. 531).
- Oğuzman**, M. Kemal: *Miras Hukuku*, 6. Bası, Filiz, İstanbul, 1995.
- Öztan**, Bilge: *Miras Hukuku*, 11. Bası, Yetkin, Ankara, 2020.
- Scherrer**, Werner: “Die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest”, *Zum Schweizerischen Erbrecht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Peter Tuor*, Polygraphischer, Zürich, 1946, s. 109-144.
- Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay: *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, 6. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.
- Strebel**, Lorenz: “Dauernd urteilsunfähige Nachkommen – Ein kritischer Blick auf Pflichtteil und Nacherbschaft”, *Liber amicorum für Benno Studer*, Ed. Paul Eitel et al., Schulthess, Zürich, 2019, s. 243-281.
- Studhalter**, Philipp: *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)*, 3. Bası, Orell Füssli, Zürich, 2016 (Art. 488-492a).
- Weimar**, Peter: *Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen*, Art. 457-516 ZGB, BK - Berner Kommentar, C. III/1/1/1, Stämpfli, Bern, 2009 (Art. 488-492a).

**Zeiter**, Alexandra: “Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung und Nacherbeneinsetzung auf den Überrest nach Art. 492a ZGB: Überblick über drei neue Rechtsinstitute”, Schweizerische Juristen-Zeitung, S. 109, Y. 2013, s. 225-233 (SJZ).

**Zeiter**, Alexandra: “Neues Erwachsenenschutzrecht - Die neuen Bestimmungen im Erbrecht, successio, Zeitschrift für Erbrecht, Y. 2011, s. 254-269 (successio).



**UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE SUÇLARINDA  
KİŞİSEL KULLANIM AMACININ BELİRLENMESİ  
(TCK m. 188/3-TCK m. 191)**

*(Araştırma Makalesi)*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998169>

**Dr. Ziya KOÇ\***

**Öz**

*Uyuşturucu madde imal ve ticareti suçu TCK m. 188'de düzenlenmiştir. Kullanmak için uyuşturucu maddenin satın alınması, kabul edilmesi, bulundurulması ise TCK m. 191'de yaptırıma bağlanmıştır. Kullanma dışındaki diğer seçimlik hareketler her iki suç tipinde aynıdır. Bu durum, failin inceleme konusu suç tiplerinden hangisini oluşturduğu hususunda tereddütlere sebep olmaktadır.*

*Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin satın alınması, kabul edilmesi veya bulundurulmasının hangi amaçla gerçekteştiğinin belirlenmesi, TCK m. 188/3 ve TCK m. 191'de düzenlenen suç tipleri bakımından önemlidir. Suçun manevi unsuru bağlamında yapılacak bu değerlendirme, niteliği itibarıyla, failin iç dünyasına ait bir meseledir.*

*Failin kullanma veya bunun dışında bir maksatla hareket edip etmediği ile ilgili Yargıtay'ın kabul ettiği bazı kriterler vardır. Yargıtay meseleye çok yönlü bir biçimde yaklaşmakta ve failin kastını belirlemeye çalışmaktadır. Esasen bu yaklaşım yerindedir. Ancak, uygulamada bazı sorunların yaşandığı görülmektedir. Söz gelimi, madde miktarı problemlili alanların başında gelmektedir. Bu sebeple tek bir kriter ile hareket edilmemesi, failin kastının somut olayın özelliklerine göre dayanak noktaları da gösterilmek suretiyle tespit edilmesi gerekir.*

**Anahtar Kelimeler**

*Uyuşturucu, Uyarıcı madde, Kullanma, Ticaret, Ceza hukuku*

\* Adalet Bakanlığı, Adana Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı, Adana (ziyakoc@yahoo.com), ORCID: 0000-0002-0160-1997 (Geliş Tarihi: 07.07.2021-Kabul Tarihi: 21.08.2021)



**DETERMINING THE PURPOSE OF  
PERSONAL CONSUMPTION IN DRUGS OR  
STIMULATING SUBSTANCES (TPC Art. 188/3 - TPC Art. 191)**

*(Research Article)*

**Abstract**

*Production and trade of narcotics and psychotropic substances is a crime and that is regulated in article 188 of Turkish Penal Code (TPC). Purchase, receipt or possession of narcotics or psychotropic substances for personal use is also punished under article 191 of TPC. Except of use other acts are the same in both types of crime. This situation causes hesitations about which type of crime the act constitutes.*

*It is important to determine the purpose for which the drug or stimulant was purchased, accepted, or owned (article of 188/3 or 191 Turkish Penal Code). This assessment to be made in terms of the mens rea element of the crime that belongs to the inner world of the perpetrator. But it is possible to determine with which intention the perpetrator acted from his outward reflected movements.*

*There are some criteria accepted by the Supreme Court regarding whether the perpetrator acts with a purpose of using it or not. The Supreme Court prefers to approach the issue in a versatile manner and tries to determine the intention of the perpetrator. Essentially this approach is true. But it seems that there are some problems in practice. For example, the amount of matter is one of the problematic areas. For this reason, it should not be acted upon by a single criterion, and the aim of the perpetrator should be determined according to the characteristics of the specific event.*

**Keywords**

*Drug, Stimulant, Drug use, Drug trade, Criminal law*

## **GİRİŞ**

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını günümüzde halk sağlığını ciddi bir biçimde tehdit etmektedir. Karşılaştirmalı hukukta uyuşturucu madde kullanımının suç olmaktan çıkarılmasına yönelik eğilimler bulunmakla beraber, yaygın kullanımın engellenmesi amacıyla sınırlayıcı politikaların uygulandığı görölmektedir. Nitekim hukukumuz bakımından uyuşturucu maddenin kullanılması TCK’da suç olarak düzenlenmiştir.

Uyuşturucu madde kullanımının yaygınlaşması ve bu konuda benimlenen katı tutumlar beraberinde başka sorunları da getirmektedir. Nihayetinde, bir uyuşturucu madde kullanıcısının bulunduğu durumlarda bir de bu maddeyi temin eden taraf bulunmaktadır. Bu husus, bilhassa uyuşturucu veya uyarıcı maddenin miktar itibarıyla fazla olduğu hallerde karışıklığa sebep olmaktadır. TCK’nın 191. maddesinde düzenlenen suç tipinde sayılan hareketler, kullanma dışında TCK m. 188/3’te düzenlenen hareketler ile aynıdır. Bu nedenle, uyuşturucu madde üzerindeki fiili hâkimiyetin hangi suç tipi uyarınca değerlendirileceği meselesi önemlidir.

Uyuşturucu madde üzerindeki fiili hâkimiyetin hangi amaçla bulunduğunun tespiti, niteliği gereği failin iç dünyası ile, başka bir deyişle, suçun sübjektif unsuru ile alakalıdır. O halde, sübjektif bir meselenin tespiti, harici olgular çerçevesinde ele alınmalıdır. Karşılaştirmalı hukukta meselelerin çözümü ile ilgili farklı yöntemler bulunmaktadır. Hukukumuz bakımından da Yargıtay’ın belirlediği bazı kriterler vardır.

Uygulama, Yargıtay içtihatları çerçevesinde şekillenmektedir. Belirtmek gerekir ki Yargıtay’ın konu ile ilgili içtihatları büyük ölçüde yerleşmiş olmasına rağmen, uygulamada tereddütlerin yaşandığı görölmektedir. Hangi hallerde uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanmak için satın alındığı, kabul edildiği veya bulundurulduğu ya da ticari amaçla bu fiillerin gerçekleştirildiği her olayda kolaylıkla ortaya konulamamaktadır. Yargıtay’ın suçun manevi unsurunun belirlenmesi, ticaret veya kullanma amacının tespit edilmesi için aradığı kriterlerin neler olduğunu somut örnekler üzerinden ortaya koymakta yarar vardır.

Çalışmamızda, TCK’nın 188/3 ve 191. maddeleri bakımından bir değerlendirmede bulunulacaktır. Öncelikle bu maddelerde düzenlenen suçlar hakkında genel açıklamalara yer verilecektir. Karşılaştirmalı hukukta meselelerin ne şekilde ele alındığı çeşitli ölkelerin mevzuat ve uygulamalarından örneklerle ortaya konulduktan sonra fiilin hangi amaçla işlendiğine yönelik Yargıtay tarafından benimsenen kriterler ele alınacak, son olarak buna ilişkin görüş ve düşüncelerimiz açıklanacaktır.

## I. UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE SUÇLARINA İLİŞKİN TEMEL AÇIKLAMALAR

### A. Kavram-Tanım

TCK'nın özel hükümler kitabının üçüncü kısmı "Topluma Karşı Suçlar" başlığını taşımaktadır. Bu kısım içerisinde üçüncü bölümde "Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar" düzenlenmiştir<sup>1</sup>. Uyuşturucu madde suçları bu bölümde yer almaktadır (TCK m. 188 ile 192). Bununla birlikte, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun ve 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun olmak üzere diğer kanunlarda da uyuşturucu veya uyarıcı madde suçlarına ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Ülkemizin tarafı olduğu "1961 tarihli Uyuşturucu Maddeler Tek Sözleşmesi", "1971 tarihli Psikotrop Maddeler Sözleşmesi" ve "1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" de iç hukukumuzun birer parçasıdır. Anayasa'nın 90. maddesi çerçevesinde usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir (Anayasa, m. 90/5).

<sup>1</sup> Uyuşturucu veya uyarıcı madde suçları için bkz. **Yurtcan**, Erdener: Yargıtay Kararları Işığında Uyuşturucu Suçları, 6. Baskı, Ankara 2021, s. 58 vd; **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, M. Ruhan/**Önok**, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Ankara 2020, s. 983 vd; **Bayraktar**, Köksal vd., Özel Ceza Hukuku, Cilt: V, İstanbul 2019, s. 314 vd.; **Gökçen**, Ahmet: "Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu Madde Suçlarına Genel Bakış", Uyuşturucu Madde Bağımlılığıyla Mücadele ve Ceza Hukuku, Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Panel (9 Mayıs 2011), Editör: Murat Balcı, Ankara 2011, s. 29 vd; **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2020, s. 773; **Arslan**, Çetin: Yargıtay'ın "Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları"na İlişkin Kimi Güncel Kararları ve Bunların Değerlendirilmesi", Uyuşturucu Madde Suçlarına Genel Bakış, Uyuşturucu Madde Bağımlılığıyla Mücadele ve Ceza Hukuku, Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Panel (9 Mayıs 2011), Editör: Murat Balcı, Ankara 2011, s. 83 vd; **Yaşar**, Yusuf: Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları, 3. Baskı, Ankara 2019, s. 27 vd; **Sevdim**, Ali Erdim: Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu, Ankara 2014, s. 23 vd; **Elmas**, Birsen: Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, 4. Baskı, Ankara 2020, s. 27 vd; **Kıdıl**, Fahrettin: Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları, Ankara 2020, s. 17 vd; **Aksüt**, Ertekin, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları, Ankara 2020, s. 21 vd; **Bıkmaz**, Raif: "Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Ticareti Suçları", Fasikül, Şubat 2019, Sayı:111, s. 579 vd; **Meydan**, Uğur: "Uyuşturucu Madde Ticareti Suçunda Madde Miktarının Önemi", TAAD, Yıl: 10, Sayı: 37, Ocak 2019, s. 321 vd; **Çetin**, Hamza: "Kullanmak İçin Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek, Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu (TCK m. 191), AÜHFİD, 65(4) 2016, s. 1353 vd"; **Öner**, Mehmet Zülfü: "Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu Madde İmal, İthal ve İhraç Suçları", TBB Dergisi, Sayı: 88, 2010, s. 106 vd.

TCK m. 188’de uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, 190. maddede uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, 191. maddede kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma fiilleri yaptırma bağlanmıştır. 189. maddede tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasına, 192. maddede ise etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiştir.

TCK’da uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin bir tanımına rastlanmamaktadır. Esasen suçun konusunun kanun koyucu tarafından belirlenmesinin kişi özgürlüğü açısından daha güvenceli olduğu iddia edilebilir<sup>2</sup>. Ancak, kimya ve eczacılık alanında görülen değişimlerin sürati karşısında kazuistik bir düzenleme yapılmaması yerindedir. Aksi takdirde, Kanunda sürekli değişikliklere gitmek gerekecektir. Kanunların soyut oluşu ilkesi gereğince bir tanımdan kaçınılması yerindedir. Nitekim bu durum TCK m. 188’in gerekçesinde şu şekilde vurgulanmıştır: “(...)Burada uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin nelerden ibaret bulunduğu tanımlanmadığı gibi, bunların teker teker gösterilmesi yoluna da gidilmemiştir. Bunun nedeni, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ve aynı etkiyi yapan ilâç ve sentetiklerin kötüye kullanılmalarının yaptırım altına alınarak güçlü bir sosyal savunmanın sağlanmasıdır”.

Sözlük anlamı itibarıyla uyuşturucu, “*uyuşturma özelliği olan, uyuşturan (madde), narkotik*”<sup>3</sup> veya “*hareketten, gereği gibi düşünmekten alıkoyma*”<sup>4</sup> anlamlarına gelmektedir. Bu tanımlardan anlaşılacağı üzere uyuşturucu maddenin temel özelliği kişiyi uyuşturarak düşünme yeteneğinden alıkoymasıdır.

Bazı metinlerde uyuşturucu maddenin tanımına yer verilmiştir. Dünya Sağlık Örgütü’ne göre bitkisel veya sentetik kökenli olup, merkezi sinir sistemini etkileyerek fiziksel ve/veya ruhsal bağımlılık hallerine yol açan, bazı hallerde kullanmanın devamı üzerine dozajı artırma ihtiyacının duyulmasına, bazı hallerde ise aynı kişinin değişik uyuşturucu madde kullanmasına neden olan, tutku yaratan maddeler uyuşturucu maddelerdir<sup>5</sup>.

Bir başka metindeki tanıma göre uyuşturucu madde: “*Belirli dozda alındığı zaman, kişinin sinir sistemi üzerinde etki ederek; akli, fiziki ve*

<sup>2</sup> Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2018, s. 489.

<sup>3</sup> www.sozluk.gov.tr erişim tarihi 23.08.2021.

<sup>4</sup> www.sozluk.gov.tr erişim tarihi 23.08.2021.

<sup>5</sup> Erman, Sahir/Özek, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamunun Selametine Karşı Suçlar (TCK m. 369-413), s. 257.

*psikolojik dengesini bozan, fert ve toplum açısından iktisadi ve sosyal çöküntü meydana getiren, bağımlılık yapan, kanunların kullanılmasını, bulundurulmasını ve ticaretini yasakladığı maddeler*<sup>6</sup> şeklinde tanımlanmıştır.

Ceza hukuku doktrininde uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin, bilimsel kanıtlara göre bağımlılık oluşturan, narkotik etkileri sebebiyle doğrudan veya dolaylı olarak insan sağlığına zarar veren; uyuşturucu veya uyarıcı madde üretiminde kullanılan maddeler olduğu ifade edilmiştir<sup>7</sup>.

Bir başka görüşe göre bir maddenin uyuşturucu veya uyarıcı madde sayılıp sayılmayacağı, o maddenin uyarıcı, keyif verici, hayal doğurucu, tahrik ve sarhoş edici olup olmadığına, insanın irade ve muhakemesini ortadan kaldırıp kaldırmadığına bağlı olduğu ifade edilmiştir<sup>8</sup>.

### B. Korunan Hukuki Değer

TCK m. 188/1'de uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç hareketleri yaptırma bağlanmıştır. Aynı maddenin 3. fıkrasında, uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satma, satışa arz etme, başkalarına verme, sevk etme, nakletme, depolama, satın alma, kabul etme, bulundurma; 7. fıkrada ise uyuşturucu veya uyarıcı madde üretiminde kullanılan maddeyi temin hareketleri cezalandırılmaktadır.

TCK'nın 188. maddesi, kamunun sağlığına karşı suçlar arasında düzenlenmiştir<sup>9</sup>. Bu sebeple, korunan hukuki değer öncelikle kamunun sağlığıdır<sup>10</sup>. Bununla birlikte, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları sadece belli bir ülke halkını değil, bütün toplumu ve hatta tüm insan-

<sup>6</sup> Başbakanlık Ulusal Uyuşturucu Politika ve Strateji Belgesi, bkz. **Yokuş Sevük**, Handan: Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 347.

<sup>7</sup> **Körner**, Herald Hans/**Patzak**, Jörn/**Volkmer**, Mathias: Betäubungsmittelgesetz, 9. Baskı, München 2019, §§ 29, Rn. 1, erişim için [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de) erişim tarihi 30.01.2021; **Oğlakçioğlu**, Mustafa Temmuz: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Baskı, München 2017, § 29, Rn. 9.

<sup>8</sup> **Soyaslan**, s. 490.

<sup>9</sup> **Yurtcan**, s. 58; **Bayraktar vd.**, s. 321.

<sup>10</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 775. Bu suçlar aslında toplum sağlığı için tehlike arz eden suçlardır. Somut olayda bir tehlike veya zararın somut olarak bir şekilde gerçekleşmesi gerekmez. Esasen, normatif bir tehlike suçun oluşması için yeterlidir. Bu anlamda Kanun'un toplumsal yapı için uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin tehlikeli olduğunu öngördüğü anlaşılmaktadır. **Yenisey**, Feridun: "Uyuşturucu Maddeler Sorununun Ceza Hukuku Yönü", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, Ekim 1983, s. 179.

lığı tehdit eden suçlardır<sup>11</sup>. Bu nedenle, karşılaştırmalı hukukta uyuşturucu madde suçları tüm insanlığın sağlığına karşı işlenmiş suçlar olarak kabul edilmektedir<sup>12</sup>. Halk sağlığının korunmasına ek olarak, ilgili suçlardan bireysel olarak etkilenen kişilerin yaşamının ve sağlığının korunması da bir diğer amaçtır<sup>13</sup>. Nihayetinde, uyuşturucu madde suçlarının birden çok hukuki değeri koruduğu söylenebilir<sup>14</sup>. Suç ile korunan bu değerler aynı zamanda kanun koyucunun kabul ettiği cezai yaptırımların ve sınırlamaların meşruiyetini sağlamada bağlantı noktasını oluşturmaktadır<sup>15</sup>.

TCK m. 191 yukarıda izah edilen hukuki değerleri aynen korumaktadır. TCK m. 191/3'te uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişiler hakkında denetimli serbestlik tedbiri ile gerek görüldüğü takdirde bu kişilerin tedaviye tabi tutulmaları öngörülmektedir. Bu düzenleme ile bireylerin sağlığına özel bir önem verildiği anlaşılmaktadır<sup>16</sup>.

Uyuşturucu maddeler, tıbbi amaçlarla kullanıldığından toplum sağlığı açısından önemlidir. Bireylerin tıbbi hizmetlerden faydalanmasında uyuşturucu maddelere her daim ihtiyaç vardır. Ağrı ve ıstırabın dindirilmesinde kullanılabilen gibi bu maddelerin kötüye kullanılmaları da mümkündür. Toplumun bu zararlı etkilerden korunması ve suç örgütlerinin finansal açıdan güçlenmelerinin önlenmesi de bir diğer sebeptir<sup>17</sup>. Bunun yanında,

<sup>11</sup> **Schäfer, Gerhard/Sander, Günther M./Von Gemmeren, Gerhard**: Praxis der Strafzumessung, 6. Baskı, München 2017, BtMG, Rn. 1749.

<sup>12</sup> **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 984.

<sup>13</sup> Doktrinde, bireyin sağlığının korunmasının fiilin suç olarak düzenlenmesinin gerekçesi olamayacağı, çünkü kişinin kendisine zarar vermesinin cezalandırılmadığı belirtilmiştir. Uyuşturucu suçlarının bireylerin sağlığını korumaktan ziyade, halk sağlığını koruduğu ifade edilmiştir. Esasen, uyuşturucu madde kullanımının yasaklanmasının gerekçesinin halkın kontrol edilemeyen uyuşturucu maddelerin varlığı sebebiyle çok sayıda üyesinin kendilerine zarar vermesi ve böylece sağlık sistemi için yüksek maliyetlere yol açması endişesi olduğu ileri sürülmüştür. Doktrinde bu görüş eleştirilmiştir: Bu düşüncenin tartışmaya açık olduğu, benzer bakış açısıyla alkol tüketiminin de yasaklanması gerektiği belirtilmiştir. Cezai sorumluluğun gerekçesinin, şahsi tüketim için de olsa, bu maddelerin her an satışa sunulması, başkalarına zarar verilmesi olasılığı olduğu; failin sahip olduğu uyuşturucu maddelerin her halde halk sağlığı için bir tehlike oluşturduğu ifade edilmiştir. **Heinrich, Bernd/Van Bergen, Nicolas**: Grundzüge des deutschen Betäubungsmittelstrafrechts und seine Entkriminalisierungstendenzen, Juristische Arbeitsblätter, 2019, s. 323, www.beck-online.beck.de erişim tarihi 15.05.2021.

<sup>14</sup> **Schäfer/Sander/Von Gemmeren**, BtMG, Rn. 1749.

<sup>15</sup> **Oğlakçoğlu**, § 29, Rn. 2.

<sup>16</sup> **Yokuş Sevük**, s. 402.

<sup>17</sup> **Bayraktar vd.**, s. 317; **Oğlakçoğlu**, § 29, Rn. 1.

uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin imal ve ticareti suçları ile kültürel ve toplumsal düzenin korunduğu da söylenebilir<sup>18</sup>.

### C. Suçun Unsurları

Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları, doktrinde ifade edildiği üzere, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımına ön gelen suçlardandır<sup>19</sup>. Bu nedenle suç tipleri arasında sıkı bağlantı vardır. Bu bölüm altında her iki suç tipinin unsurlarına ilişkin genel açıklamalara yer verilecektir.

TCK m. 188/3 ve TCK m. 191 bakımından suçun faili bir özellik göstermez; fail herkes olabilir<sup>20</sup>. Failin tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştil eden kişi olması; yani failin Kanun'da belirtilen meslek gruplarından birine mensup olması cezayı ağırlaştırıcı nedenler arasındadır (TCK m. 188/8).

TCK m. 188/3 ve TCK m. 191'de düzenlenen suç tipleri bakımından suçun mağduru kamudur<sup>21</sup>. Ancak uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ülke içinde ticareti suçunda, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin verildiği veya satıldığı kişinin çocuk olması hali cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli haldir (TCK m. 188/3-2. cümle).

Uyuşturucu veya madde ticareti ve kullanılması suçlarında, suçun konusu, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerdir<sup>22</sup>. Uyuşturucu veya uyarıcı maddeler, doktrinde doğal nitelikli ve sentetik uyuşturucu veya uyarıcı maddeler olarak ikiye ayrılmaktadır. Doğal nitelikli uyuşturucu veya uyarıcı maddeler afyon, morfin, eroin, esrar, kokain, crack, marihuana; sentetik uyuşturucu veya uyarıcı maddeler depresantlar (yatıştırıcılar), hallüsinojenler (hayal gördürücüler), simulantlar (uyarıcılar), uçucu ve çözücü maddelerdir<sup>23</sup>.

Uyuşturucu maddelerin bir tanımına rastlanmamakla beraber, bu maddelerin nasıl tespit edileceği meselesi önemlidir. Ele geçirilen maddenin

<sup>18</sup> Bayraktar vd., s. 322.

<sup>19</sup> Bayraktar vd., s. 323.

<sup>20</sup> Bayraktar vd., s. 327.

<sup>21</sup> Bayraktar vd., s. 327.

<sup>22</sup> Doktrinde bu durum eleştirilmiştir. Kanun'da uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da bunların üretiminde kullanılan maddelerden söz edildiği, ancak bunların neler olduğuna açıklık getirilmediği, söz konusu maddelerin neler olduğunun sadece kanuni düzenlemeler ile belirlenebileceği, idarenin düzenleyici işlemleri ile belirlenmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Görüşler için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 775.

<sup>23</sup> Konu ile ilgili detaylı tasnif için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 777-779.

uyuşturucu veya uyarıcı madde olup olmadığı bilirkişi raporu ile belirlenmelidir. Esasen, bu konuda yetkili yer Adli Tıp Kurumu'dur<sup>24</sup>. Yargıtay kararlarında vurgulandığı üzere bu tespit suçun niteliğini etkilemektedir<sup>25</sup>.

Suçun konusunun eroin, kokain, morfin, sentetik kannabinoid ve türevleri veya bazmorfin olması halinde TCK m. 188/4-a uyarınca haksızlık içeriğinin fazlalığı sebebiyle ceza ağırlaştırılmaktadır<sup>26</sup>. Üretimi resmî makamların iznine veya satışı yetkili tabip tarafından düzenlenen reçeteye bağlı olan ve uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran her türlü maddelerin suçun konusunu oluşturması halinde ise TCK m. 188/6 uyarınca TCK m. 188/1. ve 3. fıkralar gereğince hükmedilecek cezadan indirim yapılması öngörülmüştür.

TCK m. 188'de uyuşturucu veya uyarıcı madde imal, ithal ve ticareti suçu düzenlenmiştir. TCK m. 188/1 bakımından suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler imal, ithal veya ihraçtır. TCK m. 188/3'teki düzenlemeye göre bu hareketler satma, satışı sunma, başkalarına verme, nakletme, sevketme, depolama, satın alma, kabul etme veya bulundurmaktır<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Bayraktar vd., s. 330.

<sup>25</sup> Yurtcan, s. 20; "sanığa atılı uyuşturucu madde ticareti yapma suçunun sübutu bakımından, tanık S.'a sattığı sabit olan maddenin uyuşturucu veya uyarıcı madde olup olmadığına ilişkin uzmanlık raporu bulunup bulunmadığının araştırılması, bulunmadığının tespiti hâlinde ise bu maddenin niteliğine ilişkin uzman bir kurum ya da kuruluşun rapor alınarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, eksik araştırma ile hüküm kurulmasının isabetsiz olduğu kabul edilmelidir". Yargıtay CGK, 16.05.2019, 20-732/439 UYAP.

<sup>26</sup> Yargıtay bir kararında afyon sakızının TCK m. 188/4 kapsamında olmadığına karar vermiştir. Karar için bkz: "Erzurum Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğü'nün 21/08/2015 tarihli raporunda, suç konusu maddenin "afyon sakızı" olduğunun belirtilmesi karşısında; afyon sakızının "ham afyon" olduğu, 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasında "ham afyon, hazırlanmış afyon, tıbbî afyon ve bunların müstahzarları Türk Ceza Kanunu'nun uygulanmasında uyuşturucu maddelerden sayılır" hükmünün öngörüldüğü; ham afyonun TCK'nın 188. maddesinin 1 ve 3. fıkraları kapsamında "uyuşturucu madde" olmasına rağmen, aynı maddenin 4. fıkrası kapsamına girmediği ve bu konuda ham afyonun içerdiği etken maddenin dikkate alınmayacağı gözetilmeden; sözü edilen raporda suç konusu maddenin "morfin" içeriğinin belirtilmesine dayanılarak sanığın cezasının TCK'nın 188. maddesinin 4. fıkrası uyarınca artırılması...". Yargıtay 10. CD, 16/02/2016, 5778/433 UYAP.

<sup>27</sup> "...uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretine ilişkin çeşitli fiiller, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Buna göre, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satışı, satışı arzı, başkalarına verilmesi, nakli, depolanması ya da kazanç amacıyla satın alınması, kabul edilmesi veya bulundurulması, bir ve ikinci fıkralara göre ayrı bir suç oluşturmaktadır. Fıkradaki suçun oluşabilmesi için maddede belirtilen seçimlik hareketlerden herhangi birisinin yapılmış olması gerekir...". Yargıtay CGK, 21.05.2019, 10-343/445 UYAP.



Ticaretin söz konusu olduğu durumlarda uyuşturucu veya uyarıcı maddenin satışının mümkün kılınması ve gerçekleştirilmesi yönünde bir çaba sarf edilmesi söz konusudur. Ticaret, niteliği gereği bir iradenin dışı vurumu olup, satış iradesinin bir tezahürü olarak kazanç sağlama niyetinin ortaya konulması yeterlidir<sup>28</sup>. Bu sebeptir ki teşebbüs mahiyetindeki birçok davranış tamamlanmış suç gibi cezalandırılmaktadır. Her somut olayda failin ticari amaçla fiilî hâkimiyetinde bulundurduğu uyuşturucu maddeyi satması ve bundan bir menfaat temin etmesi aranmamaktadır<sup>29</sup>. Öte yandan uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretinde kazancın mutlaka para ile ifade edilen bir menfaat olması gerekmez. Cinsel ilişki karşılığında uyuşturucu madde temin edilmesi de ticaret kapsamındadır<sup>30</sup>.

TCK m. 188/1 uyarınca imal etmek, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin üretilmesidir<sup>31</sup>. Doğal veya sentetik bir hammaddenin değişik yöntemlerle işlenerek, hammaddeden tamamen ayrılacak nitelikte bir uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ortaya çıkarılmasıdır. Bu anlamda uyuşturucu veya uyarıcı maddenin içeriğinde değişiklik yapmayan veya maddenin doğal niteliğini korumak amacıyla yapılan işlemler imal olarak değerlendirilemez<sup>32</sup>.

İthal etmek, “*uyuşturucu maddelerin bir ülkeden başka bir ülkeye veya aynı ülkenin bir bölgesinden diğer bölgesine nakledilmesi*” olarak tanımlanmıştır (1961 Tek Sözleşmesi m. 1). Bir uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak, başka bir ülkeden Türkiye’ye sokulması halinde ithalden bahsedilebilir<sup>33</sup>. İhraç ise ithal etmenin aksine Türkiye sınırları dâhilinden başka bir ülkeye ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak uyuşturucu veya uyarıcı madde nakledilmesidir. İhraç etmede uyuşturucu veya uyarıcı madde Türkiye’nin gerçek sınırlarının dışına ruhsatsız veya ruhsata aykırı bir şekilde çıkarılmaktadır<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> **Körner/Patzak/Volkmer**, §§ 29, Rn. 59. Alman hukukunda, uyuşturucu madde ticareti yalnızca uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin satın alınmasına ve alıcılara sunulmasına doğrudan hizmet eden fiilleri değil, aynı zamanda satış görüşmelerini de kapsar. Satıcı, potansiyel alıcı ile satış yapmak için bağlayıcı ve ciddi bir teklif sunduğunda diğer unsurların da gerçekleşmesi halinde uyuşturucu madde ticareti tamamlanmış olur. BGH, Beschl. v. 17.6.2020 – 1 StR 110/20 (LG Tübingen), NStZ 2021, s. 53, www.beck-beck.online.de erişim tarihi 15.05.2021.

<sup>29</sup> **Oğlakçioğlu**, § 29, Rn. 82.

<sup>30</sup> **Körner/Patzak/Volkmer**, §§ 29, Rn. 103.

<sup>31</sup> **Yurtcan**, s. 20.

<sup>32</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 781.

<sup>33</sup> Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ruhsata tabi olmakla birlikte kalite, miktar, türevleri açısından hukuka aykırı olarak üretimi, ithali ve ihracı da suç kabul edilmektedir. **Soyaslan**, s. 491.

<sup>34</sup> **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 988.

TCK m. 188/3'te düzenlenen seçimlik hareketlerden ilki satmaktır. Satmaktan kastedilen uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bedeli karşılığında başka birine devredilmesidir. Satma hareketi ile uyuşturucu veya uyarıcı madde alıcının hâkimiyet alanına sokulmaktadır. Satışa arz etme ise, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir bedel karşılığında bir başkasına devredilmek üzere hazırlanmasıdır. Satışa arz, alıcı ile satıcının satım konusu olan uyuşturucu veya uyarıcı madde ile satım bedeli üzerinde anlaşmasını ve bu anlaşmanın karşılığı olan edimlerin yerine getirilmesinden yani satıştan önceki aşamayı ifade etmektedir<sup>35</sup>. Mühim olan ticaret amacıyla uyuşturucu veya uyarıcı maddenin alınıp satılmasıdır. Paranın ödenip ödenmemesi veya eksik ödenmesinin bir önemi yoktur<sup>36</sup>. Belirtmek gerekir ki uyuşturucu veya uyarıcı madde satışına ilişkin taraflar arasında gerçekleşen sözleşmeler konusu suç teşkil ettiğinden hukuken bir geçerliliğe sahip değildir<sup>37</sup>.

Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin başkasına verilmesi TCK m. 188/3'te düzenlenen bir diğer seçimlik harekettir. Başkasına verme, bir kişiye herhangi bir bedel karşılığı olmaksızın uyuşturucu veya uyarıcı maddenin devredilmesidir. Başka bir söyleyişle satma hareketinin bedelsiz halini ifade etmektedir<sup>38</sup>.

Uyuşturucu maddenin nakledilmesi, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir yerden başka bir yere taşınmasıdır. Sevk etmek ise bir kimsenin maliki veya zilyedi olduğu uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi kullanma amacı dışında bir amaçla bir yerden başka bir yere, bir başkası aracılığıyla göndermesidir. Sevk etmede madde bizzat fail tarafından götürülmemekte, nakilde ise maddenin götürülmesi bizzat fail tarafından gerçekleştirilmektedir<sup>39</sup>.

Depolama, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin herhangi bir yerde tutulmasıdır. Kişinin doğrudan hâkimiyet alanında bulunduramayacağı veya kontrol edemeyeceği miktarda maddeyi belli bir yerde saklaması veya depolamasıdır. Bunun yanında depolamanın kullanım amacıyla yapılmaması gerekir. Aksi halde, TCK m. 191'de düzenlenen bulundurma söz konusu olur<sup>40</sup>.

TCK m. 188/3'te düzenlenen diğer seçimlik hareketler ise satın alma, kabul etme ve bulundurmaktır. Satın alma, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin

<sup>35</sup> Weber, Klaus: Betäubungsmittelgesetz, 5. Baskı, München 2017, § 29, Rn. 357; Yaşar, s. 225.

<sup>36</sup> Körner/Patzak/Volkmer, §§ 29, Rn. 71.

<sup>37</sup> Weber, BtMG § 29, Rn. 353.

<sup>38</sup> Yokuş Sevük, s. 362.

<sup>39</sup> Yurtcan, s. 62.

<sup>40</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 785.

bir bedel karşılığında devralınmasını ifade eder. Kabul etme ise uyuşturucu veya uyarı madde üzerinde tasarrufta bulunma olanağının elde edilmesidir. Son olarak bulundurma, uyuşturucu veya uyarıcı madde üzerinde fiili ege-menlik ilişkisinin devam ettirilmesidir. Bu anlamda bulundurma kesintisiz suç niteliğindedir<sup>41</sup>.

TCK m. 191'de düzenlenen seçimlik hareketlerden satın alma, kabul etme ve bulundurma TCK m. 188/3'te bahsedilen hareketler ile aynıdır. Farklı olarak kanun koyucu kullanmayı da bir diğer seçimlik hareket olarak düzenlemiştir. Bu durum aynı zamanda suçun bağlı hareketli olduğunu ortaya koymaktadır<sup>42</sup>.

Kullanma hareketi, 18.06.2014 tarihinde 6545 sayılı Kanun'la TCK m. 191'e eklenmiştir. Bu kapsamda kullanmanın şekli önemli değildir. Önemli olan uyuşturucu veya uyarıcı maddenin vücudun herhangi bir organına veya sistemine etki etmesidir. Bu anlamda uyuşturucu madde herhangi bir etki yapmayacak derecede az miktarda olmamalıdır. Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin nasıl ve hangi araç veya teknikle kullanıldığının, niteliğinin ise bir önemi yoktur<sup>43</sup>.

TCK m. 1881/1, 3'de düzenlenen suçlar kasten işlenebilir. Suçun olası kast ile işlenmesi de mümkündür<sup>44</sup>. Failin uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi kullanma amacı ile bulundurmaması gerekir. Aksi halde fiil, TCK m. 191'de düzenlenen suç oluşturacaktır. Failin kullanmak için veya ticari maksatla bu maddeleri bulundurduğunun tespiti somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir<sup>45</sup>. Ancak, şu hususu belirtmek gerekir ki uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin parasız devredilmesi dahi TCK m. 188/3 uyarınca suç sayılmıştır<sup>46</sup>.

Üretilen, ithal veya ihraç edilen malın uyuşturucu veya uyarıcı madde olduğu da bilinmelidir. Bunun yanında hukuka aykırılık tipte özel olarak vurgulandığı için fail suça konu maddenin ruhsatsız veya ruhsata aykırı

<sup>41</sup> Yurtcan, s. 63.

<sup>42</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 1017.

<sup>43</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, 811.

<sup>44</sup> Aksüt, s. 172; Öner, s. 123.

<sup>45</sup> Örneğin, öğretmenin öğrencisinden ele geçirdiği uyuşturucu maddeyi kolluk görevlilerine teslim etmek amacıyla alıkoymasına halinde teslim edilene kadar bu maddeye fiilen hâkim olunması suç teşkil etmez. Exner, Thomas: Einführung in das Betäubungsmittelstrafrecht, JuS 2019, s. 214, www.beck-beck.online.de erişim tarihi 15.05.2021.

<sup>46</sup> Yurtcan, s. 62.

olarak ürettiğini, ithal ve ihraç ettiğini bilmelidir<sup>47</sup>. Şayet uyuşturucu veya uyarıcı maddenin satın alınması, kabul edilmesi veya bulundurulması kullanılmak amacıyla gerçekleştirilmişse TCK m. 191 uyarınca uygulama yapılması gerekir. Failin suça konu şeyin uyuşturucu veya uyarıcı madde olduğunu bilmemesi halinde tipiklikte yanılma söz konusu olur. Bu durumda TCK m. 30/1 uyarınca kastı ortadan kaldıran bir hata hali vardır.

TCK m. 188/1 ve 3'te uyuşturucu veya uyarıcı maddelerle ilgili öngörülen seçimlik hareketlerin "ruhsatsız veya ruhsata aykırı" nitelikte olması aranmıştır. Tıbbi amaçlarla da bu maddelerin kullanılması mümkün olduğundan izne dayalı olarak seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde bir hukuka uygunluk sebebinden söz edilmelidir. TCK m. 191'de ise fiilin hukuka aykırılığı özel olarak vurgulanmamıştır. Dolayısıyla bu suçun gerçekleşmesinde ayrıca hukuka aykırılık bilinci aranmamaktadır<sup>48</sup>.

## **II. BAZI ÜLKE HUKUKLARINDA DURUM**

### **A. Genel Açıklamalar**

Bu bölüm altında, çeşitli ülke hukuklarında meselenin ne şekilde ele alındığı incelenecektir. Öncelikle, karşılaştırmalı hukukta kişisel kullanım amacının belirlenmesi ve hangi hallerde uyuşturucu madde ticaretinin gerçekleştirilmesine ilişkin izlenilen yöntemlere yer verilecektir. Genel bir değerlendirmeden sonra kimi ülkeler bakımından mevzuat ve yargı kararları ışığında bir değerlendirme yapılacaktır.

### **B. Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddelerin Hangi Amaçla Fiili Hâkimiyet Altında Bulundurulduğunun Belirlenmesine Yönelik Yöntemler**

Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin hangi maksatla fiili hâkimiyet altında bulundurulduğunun tespitine yönelik karşılaştırmalı hukukta iki farklı yöntem kullanılmaktadır. Bu yöntemlerden ilki eşik miktarlar yöntemi (the threshold quantities), diğeri ise esnek yöntem (flexible model) veya başka bir deyişle ihtiyari sistemdir (discretionary system). Eşik miktarlar yönteminde bir miktar belirlenmekte, belirlenen bu miktara göre uyuşturucu maddeye hangi amaçla sahip olunduğu tespit edilmektedir. Günümüzde en çok tartışılan yöntem eşik miktarlar yöntemidir. Esnek sistemde ise eşik miktardan farklı olarak uyuşturucu maddenin miktarı hâkimin kanaatini oluşturması

<sup>47</sup> Soyaslan, s. 491; Kıldıl, s. 239; Sevdım, s. 157.

<sup>48</sup> Özbek/Doğın/Bacaksız, s. 813.

bakımından bir ölçüt olarak ele alınmakta, somut olayın tüm koşulları çerçevesinde bir değerlendirme yapılmaktadır<sup>49</sup>.

Eşik miktarların kabulünün faydalarının yanında bazı sakıncaları da vardır. Öncelikle, pratik bir çözüm sunması sebebiyle bu miktarların kabulü kanun koyucuların ilgisini çekmektedir. Bu sayede kullanma ve ticaret gibi çetrefilli bir meselenin tespitinde kolaylık sağlanmış olur. Kolluk görevlileri, soruşturma makamları ve mahkemeler hızlı bir biçimde ve daha az kaynak sarfiyatıyla meseleyi çözebilirler<sup>50</sup>. Ancak, usul ekonomisi açısından elde edilen bu menfaatler başka yönlerden ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçların gölgesinde kalabilir. Gerçekte kullanıcı olan şahısların uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapmaktan veya temin etmekten ceza almaları mümkündür. Kamuoyunda masum kişilerin cezalandırıldığına dair olumsuz kanaatin oluşması ceza adaleti sistemi bakımından arzu edilen bir sonuç değildir<sup>51</sup>.

Karşılaştırmalı hukukta bazı uygulamalardan anlaşılacağı üzere eşik miktarlar cezaevinde bulunan hükümlü ve tutuklu sayısını artırabilir. Söz gelimi, Peru'da kişisel kullanım bakımından sınır miktarlar öngörülmüştür. 2000 yılında kanun yürürlüğe girdikten sonra tutuklama sayılarında ciddi bir artış yaşanmıştır. Uyuşturucu satıcılarının bu durumdan istifade ettikleri, eşik miktarların altında madde bulundurmamak suretiyle ticaret veya temin etme suçlarından takibata uğramaktan kurtuldukları gözlenmiştir. Keza, Meksika'da 2008 yılında eşik miktarlar kabul edilmiş, bu sayede uyuşturucu madde kullanıcıları ile satıcılarının ayırt edilmesi amaçlanmıştır. Söz gelimi, kokain için 0.5 gram olarak eşik miktar belirlenmiş, bu miktarla yakalanan bir kişinin kullanma amacı ile hareket ettiği kabul edilmiştir. Ancak, sokak satıcılarının yine 1 gram şeklinde üretime devam ettikleri görülmüştür. Bu durum cezaevlerinin uyuşturucu kullanıcıları ile dolmasına sebep olmuştur<sup>52</sup>.

Eşik miktarlar ile ilgili ülke mevzuatlarında tayin usulü bakımından farklılıklar vardır. Kimi ülkelerde eşik miktarlar doğrudan kanun koyucu tarafından belirlenmiştir (örneğin Kıbrıs). Bazı ülkelerde bu tespit hükümet veya bakanlıklara bırakılmıştır (örneğin Belçika). Kimi ülkelerde ise kul-

<sup>49</sup> **Zuffa**, Grazia: How To Determine Personal Use In Drug Legislation, The "Threshold Controversy" In The Light Of The Italian Experience, Series on Legislative Reform of Drug Policies Nr. 15, s. 1, <https://www.tni.org/files/download/dlr15.pdf>, erişim tarihi 15.05.2021.

<sup>50</sup> **Zuffa**, s. 1.

<sup>51</sup> **Harris**, Genevieve: Conviction by Numbers, Threshold Quantities for Drug Policy, Series on Legislative Reform of Drug Policies Nr. 14, s. 1, <http://filesserver.idpc.net/library/Threshold-quantities-for-drug-policy.pdf>, erişim tarihi 15.05.2021.

<sup>52</sup> **Harris**, s. 7.

lanma amacının olup olmadığının takdiri içtihat hukukuna ait bir meseledir (örneğin Almanya). Keza, kolluk görevlilerine ve soruşturma makamlarına yönelik yönergelerle de meselenin tayin edildiği görülmektedir (örneğin Norveç). Ancak, bu durum eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Kolluk veya soruşturma makamlarına işin bırakılmasının hukuki güvenlik açısından sorun teşkil ettiği ifade edilmiştir. Bu makamların hangi olaylara öncelik verileceği hususunda takdir yetkilerinin bulunmasının, demokratik bir toplumda, vatandaşların güvenliği açısından kaygılar taşıdığı belirtilmiştir<sup>53</sup>.

Bazı ülkelerde ele geçirilen uyuşturucu maddenin toplam ağırlığına (örneğin İngiltere); bazı ülkelerde içeriğindeki aktif maddeye (örneğin Hollanda); bazı ülkelerde uyuşturucu maddenin sokak değerine (örneğin İrlanda) önem verildiği görülmektedir. İlk bakışta uyuşturucu maddenin saflık derecesinin adil bir kriter olduğu düşünülebilir. Saflık derecesi aynı zamanda ceza miktarının belirlenmesinde faydalı olabilir. Öte yandan saflık miktarının tespiti toplam miktarı esas alan bir yöntemle göre göre daha masraflı olabilir. Tespiti için belli bir zaman, emek, kaynak ve uzmanlık bilgisi gereklidir. Bu ise ancak kriminal laboratuvarlarda mümkündür. Böylesi imkânların olmadığı durumlarda bunun kolluk görevlileri marifetiyle veya ilkel yöntemlerle tespit edilmesi sağlıklı sonuçlar vermeyecektir. Söz gelimi, Pakistan'da kolluk görevlileri yeterli teçhizatları olmadığından bahisle yakınmaktadır. Keza, kusur durumu itibarıyla böylesi imkânlarla sahip olmayan ve denetleme olanağı bulunmayan kullanıcılar açısından haksız sonuçların doğması kaçınılmazdır<sup>54</sup>.

Bazı ülkeler uyuşturucu maddeyi az veya çok olmak üzere (örneğin Estonya ve Almanya) ayırmakta ve buna göre nitelikli halleri tespit etmektedir. Bazı ülkelerde ise günlük kullanılacak uyuşturucu miktarı (örneğin Norveç) veya günlük uyuşturucu kullanım sayısı (örneğin Portekiz'de on günlük kullanım miktarı belirlenmiştir) esas alınmaktadır. Bu hesaplamalar diğer uyuşturucu maddeler bakımından ve onların zararlı etkileri dikkate alınarak yapılmaktadır. Ancak, miktarlar ülkeden ülkeye değişmektedir. Bazen aynı ülke içinde (örneğin Avusturya) eyaletler arasında farklılıklar görülmektedir. Bu ise karışıklığa yol açmakta ve nihayetinde matematiksel hesaplamaların böylesine farklılık arz etmesi eleştirilmektedir<sup>55</sup>.

Eşik miktarlar failin kastının belirlenmesinde faydalıdır. Ancak, bu her zaman sağlıklı sonuçlar vermeyebilir. Mesela, kişi limit değerinin üzerinde bir

<sup>53</sup> Harris, s. 4.

<sup>54</sup> Harris, s. 3.

<sup>55</sup> Harris, s. 4.

miktarla yakalanmış olabilir. Bu durumda failin kastının tartışma götürmez bir biçimde kişisel kullanım dışında bir amaca yönelik olduğu iddia edilemez. Fail uyuşturucu bağımlısı olup ilk kez veya ara sıra uyuşturucu kullanan kişilere göre daha yüksek miktarlarda madde tüketebilir. Keza, fail yakalanma riski sebebiyle tek seferde amaca ulaşmak veya daha ucuz bulunduğu için fazlaca miktar almak isteyebilir. Sayılan ihtimaller bakımından madde miktarının kusurluluğu veya toplumsal zararı artırdığı söylenemez. Aksi yönde, eşik değerinin altında bir miktarla yakalanan kişinin kullanım amacı dışında hareket ettiğine dair deliller bulunabilir: söz gelimi, dijital tartı aleti, müşteri listesi, telefon kayıtları, nakit para veya benzer suçlardan sabıka kaydı gibi. Bu sebeplerle uyuşturucu maddenin miktarına bakılarak tek başına kastın veya ceza miktarının belirlenmesi sağlıklı sonuçlar vermez<sup>56</sup>.

Doktrinde eşik miktarların faydaları kadar zararlarının da olduğu, bu sebeple esnek yöntemin belirlenmesinin yerinde olduğu ifade edilmiştir<sup>57</sup>. Nitekim Uluslararası Narkotik Kontrol Birimi (INCB) tarafından hazırlanan raporda, eşik miktarlarla ilgili olarak orantılılık ilkesi bakımından ihtiyatlı davranılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre, güvenilir ve adil sonuçlara ulaşılması için miktara dayalı ceza vermeyi öngören sistemlerin teknik imkânlar, yeterli mali kaynaklar ve insan kaynakları ile desteklenmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>58</sup>.

### C. Almanya

Almanya'da 1960'lı yılların sonunda uyuşturucu madde suçları artış göstermiştir. Bu dönemde 1929 tarihli Opiumgesetz yürürlükteydi. 1971 yılında "Betäubungsmittelgesetz veya BtMG" kabul edilmiş ve uyuşturucu madde suçları yaptırıma bağlanmıştır. Kanun, 1961 tarihli Uyuşturucu Maddeler Tek Sözleşmesine ve 1971 tarihli Psikotrop Maddeler Sözleşmesi'ne dayanmaktadır. Yürürlük tarihinden sonra birkaç kez değişikliğe uğramıştır. "Betäubungsmittel" kavramı uluslararası sözleşmeler kapsamında tüm uyuşturucu ve psikotrop maddeleri ifade etmektedir<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Harris, s. 4.

<sup>57</sup> Harris, s. 4.

<sup>58</sup> Report of the International Narcotics Control Board for 2007, s. 9, [https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2007/AR\\_07\\_English.pdf](https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2007/AR_07_English.pdf) erişim tarihi 15.05.2021.

<sup>59</sup> Tarihi gelişim için Country Legal Profile: Germany, <https://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index5174EN.html#> erişim tarihi 30.01.2021. Alman hukukunda BtMG'de uyuşturucu maddenin tanımı yapılmamıştır. Kanun'un 1. maddesinde yapılan açıklama soyut özelliklere dayanmamakta, daha çok Kanun'un ekinde yer alan listeye atıfta

BtMG'nin §§ 29 ile 34. maddeleri arasında farklı suç tiplerine, idari yaptırımlara ve ek hükümlere yer verilmiştir<sup>60</sup>. Kanun'da ceza miktarları bakımından uyuşturucu maddelerin türlerine göre bir ayırım yapılmamıştır. Hâkim, somut olayın özelliklerine göre suçun konusu olan uyuşturucu maddenin insan sağlığı için tehlikeliliğini göz önünde bulundurur. Uygulamada suçun konusunun esrar olması, özellikle az miktarlarda bulunması halinde genellikle daha az ceza öngörülmektedir<sup>61</sup>.

Alman hukukunda uyuşturucu madde kullanımı suç olarak kabul edilmemektedir<sup>62</sup>. Ancak, uyuşturucu maddenin herhangi bir yazılı izin olmadan bulundurulması veya edinilmesi BtMG §§ 29/1 uyarınca cezalandırılmaktadır. Alman hukukunda kullanımın cezasız olduğu hüllere, bir arkadaş grubu içerisinde uyuşturucu maddenin birlikte içilmesi veya bir arkadaş ziyareti sırasında düşük miktarda bir kokain maddesinin alınıp hemen buruna çekilmesi örnek gösterilebilir. Çünkü bu durumda kişi hemen uyuşturucu maddeyi kullanmakta ve fiili hâkimiyeti altında bulundurmamaktadır. Buna hoşsohbet ortamı denilmektedir<sup>63</sup>.

---

bulunmaktadır. BtMG anlamında bu maddeler, yalnızca Kanun'un Ek I ila III'te listelenen maddelerdir. Bu listede yer alan maddeler yönetmelikle genişletilebilir, değiştirilebilir. Bu yetki idareye verilmiştir. **Heinrich/Van Bergen**, s. 322.

<sup>60</sup> Alman hukukunda uyuşturucu maddelerle ilgili düzenlemeler özünde idare hukuku ile ilgili meselelerdir. Esasen narkotik maddelerin kamu hukuku tarafından izin verilen kullanımı düzenlenmektedir. Örneğin, tıp alanında uyuşturucu maddelerin kullanılması zorunludur. **Heinrich/Van Bergen**, s. 322.

<sup>61</sup> Country Legal Profile: Germany.

<sup>62</sup> Kanun koyucu BtMG §§ 29/I'de kullanımı cezalandırmamaktadır. Ancak, hukuka aykırı bir biçimde uyuşturucu maddelerin satın alınması veya bulundurulması cezai sorumluluk gerektirdiğinden, kullanımın cezasız kalması neredeyse imkânsızdır. Suç teşkil etmeyen bir tüketim ancak kullanıcının uyuşturucu maddeyi başka birinden aldıktan sonra hemen tüketmesi ve maddenin fiziki varlığı üzerinde herhangi bir imha-kontrol yetkisinin olmaması halinde düşünülebilir. Bu durumlarda dahi, tüketicinin narkotik maddeleri başkasına vermesine veya geri vermesine izin verilmez. Aksi halde uyuşturucu madde temini nedeniyle cezalandırma yapılabilir. Suç oluşturmayan tüketim teorik olarak mümkündür. Ancak, uygulamada BtMG §§ 29/I uyarınca hareketlerin birbiriyle sıkı bağlantısı sebebiyle bu durum çok nadir görülebilir veya neredeyse imkânsızdır. **Heinrich/Van Bergen**, s. 323 vd; benzer yönde **Exner**, s. 214.

<sup>63</sup> **Heinrich/Van Bergen**, s. 323. Uyuşturucu maddeye sahip olma hareketi (zilyetlik) içtihat hukukunda ve doktrinde açıklanmamıştır. Her hâlükârda, gerçek bir egemenlik-hâkimiyet ilişkisi, belirli bir süre için şey üzerinde engelleme olmaksızın kullanabilme olasılığı ile uyuşturucu maddeye ilişkin bilinçli bir fiili hâkimiyetin bulunması gerekir. Fiili hâkimiyet amacı olmadan kısa süreliğine- bir anlığına almalar buna dâhil değildir. Bir sosyal turda sigarayı bir anlık elinde tutan kişi sosyal tura katılmakta, çektikten sonra diğerine vermektedir. Keza, kocasının esrar ihtiva eden sigaralarını arada sırada içen eş yönünden "bulundurma" olgusu gerçekleşmez. Bu durumda eşin uyuşturucu



Kanun'un §§ 31a paragrafı uyarınca uyuşturucu maddenin az miktarda olması, suçun takibinde kamu yararının bulunmaması halinde kamu davasının açılmasından vazgeçilebilir. Keza BtMG §§ 29/5 uyarınca mahkeme, failin kişisel kullanımı için önemsiz sayılabilecek miktarda uyuşturucu madde bulundurması halinde ceza vermektan vazgeçebilir<sup>64</sup>.

BtMG'nin müzakereleri sırasında miktar bakımından bir belirlemeden kaçınılmıştır. Bunun yerine "önemsiz miktar (geringe menge)" (§§ 29/5; §§ 31/1) terimi tercih edilmiştir<sup>65</sup>. Bu terim suçun normatif bir unsurunu teşkil etmektedir<sup>66</sup>. Aynı zamanda kastın belirlenmesinde dikkate alınmaktadır<sup>67</sup>. Madde miktarının önemsiz sayılamayacak miktarda olması hali ise "nicht geringe menge" (§§ 29/1-nr 2; §§30/1- nr 4; §§ 30a/1 ve 2-nr 2) ile ifade edilmiştir. Bir maddenin önemsiz sayılacak veya önemsiz sayılamayacak miktarda olduğunu tespit etme görevi içtihat hukukuna bırakılmıştır<sup>68</sup>.

Alman Anayasa Mahkemesi, 9 Mart 1994 tarihinde verdiği bir kararında uyuşturucu maddenin kişisel tüketim amacıyla kullanılması halinde yeni standartların getirilmesini öngörmüştür. Mahkeme, esrar kullanımının ceza yaptırımını suretiyle önlenmesinin Anayasaya uygun olduğunu kabul etmiştir. BtMG'nin orantılılık, eşitlik ve kişi özgürlüğünü ihlal etmediğini kararında vurgulamıştır. Ancak, Mahkeme esrarın kişisel kullanımı halinde uygulama birliğinin sağlanması amacıyla bazı kıstasların kabul edilmesini öngörmüştür. Keza, §§ 31a uyarınca kişisel kullanım sebebiyle kamu davasının açılmaması gerektiği hallerde benzer kıstasların kabul edilmesi kararda belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 29 Haziran 2004 (BVerfG, 2 BvL 8/02) ve 30 Haziran 2005 (BVerfG, 2 BvR 1772/02) tarihli kararlarında da bu duruma atıf yapmıştır<sup>69</sup>.

veya uyarıcı maddeyi serbest bir biçimde elden çıkarma gücü olmadığından, mahkeme bunu fiili hâkimiyet olarak kabul etmemiştir. Ancak, sosyal turda bir sonraki kişiye maddenin tadını çıkarması için bırakılması durumunda fiili hâkimiyetin kurulmuş olduğu kabul edilmiştir. OLG Köln, *Beschluß* vom 07.10.1980 - 1 Ss 692/80. Karar için bkz. www.beck-beckonline.de erişim tarihi 15.05.2021.

<sup>64</sup> The role of the quantity in the prosecution of drug offences, European Legal Database on Drugs, <https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/10503/Quantities.pdf> erişim tarihi 30.01.2021.

<sup>65</sup> **Weber**, § 29, Rn. 54.

<sup>66</sup> Uyuşturucu maddeler sürekli değiştiğinden ve geliştiğinden kanun koyucunun bir miktar belirlemesi uygun değildir. Görüşler için bkz. **Schäfer/Sander/Von Gemmeren**, BtMG, Rn. 1753.

<sup>67</sup> **Oğlakçioğlu**, § 29, Rn. 74.

<sup>68</sup> **Oğlakçioğlu**, § 29, Rn. 196.

<sup>69</sup> The role of the quantity in the prosecution of drug offences.

Anayasa Mahkemesi'nin 1994 tarihli kararı üzerine Federal hükümet, önemsiz miktarda esrarın neyi ifade ettiği hususunda eyalet Adalet Bakanlıklarına çağrıda bulunmuştur. Ancak, eyalet bakanlıkları tek tip bir ilkede anlaşamamışlardır. Mahkemeler ise uyuşturucu maddenin türü ile ilgili olarak bazı ilkeler ve miktarlar kabul etmişlerdir<sup>70</sup>.

İçtihat hukukuna bakıldığında aşağıdaki miktarlarda uyuşturucu veya uyarıcı maddenin fiilî hâkimiyet altında bulundurulması halinde önemsiz sayılmayacak bir miktar söz konusudur. Örneğin, 10 gram amfetamin, 7.5 gram esrar, 1.5 gram eroin, 5 gram kokain ve metamfetamin ile 4.5 gram baz morfin az sayılmayacak miktar kabul edilmektedir. Bunların altındaki miktarlar ise az miktar sayılmaktadır<sup>71</sup>. İçtihat hukukunda, bu maddelere ilişkin her dozda kullanılabilir uyuşturucu veya uyarıcı madde miktarı ve bu miktarın kaç doz kullanıma karşılık geldiği tespit edilmiştir. Buna göre, amfetamin için kişisel doz miktarı 50 mg olup, 200 doza kadar kullanım; esrar için kişisel doz miktarı 15 mg olup, 500 doza kadar kullanım; eroin için kişisel doz miktarı 50 mg olup, 30 doza kadar kullanım; kokain için kişisel doz miktarı 33 mg olup, 150 doza kadar kullanım; metamfetamin ve baz morfin için kişisel doz miktarı 100mg olup, 45 doza kadar kullanım<sup>72</sup>.

Sınır değerler belirlenirken maddenin içeriğindeki etken maddeye (saflik miktarına) ve insan sağlığı için arz ettiği tehlikeye bakılmaktadır<sup>73</sup>. Tespit yapılırken yeni kullanıcılar ile ara sıra uyuşturucu madde kullanan kişiler esas alınmaktadır<sup>74</sup>. Temel amaç ilk kez kullanan kişilere maddenin ulaşmasını engellemektir<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> Country Legal Profile: Germany.

<sup>71</sup> Doktrinde, BtMG §§ 29/I'de açıkça ifade edilmemesine karşın, bir üçüncü miktarın yani normal miktarın da olduğu ifade edilmiştir. Normal miktar, az miktar ile az sayılmayacak miktar arasındadır. Normal miktara yönelik cezalar adli para cezası veya beş yıla kadar hapis cezasıdır. **Kirmse**, Claudia: Betäubungsmittelstrafrecht – Ein Überblick für Referendare, Juristische Arbeitsblätter, 2011, s. 613, www.beck-beck.online.de erişim tarihi 15.05.2021.

<sup>72</sup> Önemsiz miktarlar için bkz. **Körner/Patzak/Volkmer**, § 29, Rn. 48-106. Liste için ayrıca bkz. **Exner**, s. 212.

<sup>73</sup> **Oğlakçioğlu**, § 29, Rn. 217; **Krumm**, Carsten: "Die "nicht geringe menge" im Betäubungsmittelstrafrecht", NJW 2020, 2165, www.beck-online.de erişim tarihi 30.01.2021; **Leipold**, Klaus: Das Betäubungsmittelstrafrecht, NJW Spezial, 2004, s. 375, www.beck-beck.online.de erişim tarihi 15.05.2021.

<sup>74</sup> **Schäfer/Sander/Von Gemmeren**, BtMG, Rn. 1751; **Gunnar**, Cassardt: Zur Feststellung der nicht geringen Menge im Betäubungsmittelstrafrecht, NStZ 1995, s. 257, www.beck-beck.online.de erişim tarihi 15.05.2021.

<sup>75</sup> **Körner/Patzak/Volkmer**, §§ 29, Rn. 130; **Weber**, §§ 29, Rn. 70.

Narkotik maddelerin tümü için esasen tek bir miktarın belirlenmesi mümkün değildir. Bu sebeple maddenin etki ve tehlikelilik derecesi (ölüm ihtimali), niteliği, yoğunluğu, ortalama tüketici davranışları gibi sebepler dikkate alınarak bir dozun ne kadar olduğu ve en fazla kaç doz madde kullanılabilirliği hesaba katılarak sınır miktarlar belirlenmiştir<sup>76</sup>. Önemsiz sayılmayacak miktardaki basit aşmalar başka delillerin bulunmaması halinde sanığın lehinde değerlendirilmektedir<sup>77</sup>. Madde miktarı ile ilgili böyle bir hata Alman hukukunda suçun maddi unsurlarında hata olarak kabul edilmektedir<sup>78</sup>.

Failin ticaret kastı ile hareket etmesi halinde önemsiz sayılacak bir miktar yönünden de ceza verilebilir. Ancak, failin miktar hususunda yanlışlığı lehinde kabul edilmektedir. Failin ticaret kastı ile hareket ettiği iddia edilmekteyse bunun delillerinin ortaya konulması gerekir. Aktif madde içeriğinin sınır değere yaklaştığı durumlarda failin kastının titizlikle ele alınması gerekir<sup>79</sup>.

#### D. Avusturya

Avusturya hukukunda uyuşturucu suçları ile ilgili ilk temel kanun 1951 yılında yürürlüğe girmiştir. 1951 tarihli Narkotik Maddeler Kanunu'nda 1971, 1974, 1977, 1980, 1985 ve 2017 yıllarında değişiklikler yapılmıştır<sup>80</sup>. 1 Ocak 1998 tarihli "Uyuşturucu Maddeler Kanunu (Suchtmittelgesetz veya SMG) ile bu Kanun yürürlükten kaldırılmıştır<sup>81</sup>. Avusturya hukukunda uyuşturucu ve psikotrop maddeler bu Kanun altında düzenlenmiştir<sup>82</sup>.

Denetim altında uyuşturucu madde kullanılması Avusturya'da suç değildir. Hukuka aykırı bir biçimde uyuşturucu veya psikotrop maddenin fiili hâkimiyet altında bulundurulması suç olarak düzenlenmiştir. Kişisel kullanım amacıyla uyuşturucu maddenin elde edilmesi, bulundurulması, üretilmesi, ihraç veya ithali, taşınması, teslim edilmesi veya temin edilmesi halinde fail altı aya kadar hapis veya 360 gün adli para cezası ile cezalandırılır (SMG §§ 27/2)<sup>83</sup>.

<sup>76</sup> **Oğlakçoğlu**, §§ 29, Rn. 208; **Weber**, §§ 29, Rn. 67; **Krumm**, "Die "nicht geringe menge" im Betäubungsmittelstrafrecht.

<sup>77</sup> **Krumm**, "Die "nicht geringe menge" im Betäubungsmittelstrafrecht.

<sup>78</sup> **Oğlakçoğlu**, § 29, Rn. 77.

<sup>79</sup> **Oğlakçoğlu**, § 29, Rn. 76.

<sup>80</sup> Tarihi gelişim için bkz. Country Profile-Austria, <https://www.emecda.europa.eu/html.cfm/index5174EN.html> erişim tarihi 30.01.2021.

<sup>81</sup> Kanun metni için bkz. <https://www.jusline.at/gesetz/smg> erişim tarihi 30.01.2021.

<sup>82</sup> **Körner/Patzak/Volkmer**, §§ 29, Rn. 538.

<sup>83</sup> **Körner/Patzak/Volkmer**, §§ 29, Rn. 543,547.

Avusturya hukukunda uyuşturucu maddenin kişisel kullanım ile ticari maksatla bulundurulması arasında ayırım yapılmıştır. Bu ayırma göre cezai yaptırımlar belirlenmektedir. Kanun “büyük miktar” kavramına atıf yapmak suretiyle önemli ve daha az önemli suçlar bakımından hükümler öngörmektedir (SMG §§ 28). Buna göre az miktarda bir uyuşturucu maddenin bulundurulması halinde kovuşturmanın ertelenmesine izin verilmektedir (SMG §§ 35.1). Bunun yanında kişinin uyuşturucu madde kullanımının sıklığı da dikkate alınmaktadır<sup>84</sup>.

Avusturya’da miktar bakımından bazı limitler öngörülmüştür. 1980 yılında Sağlık Komitesi (Gesundheitsbeirat) küçük ve büyük miktarlarla ilgili tavsiyelerde bulunmuştur. Komite, az miktarı büyük miktarın yüzde onu olarak belirlemiştir. Söz gelimi, eroin için 0.3 gr, kokain için 1,5 gr, amfetamin için 1 gr, esrar için ise 2 gr az miktardır<sup>85</sup>. Bu tespitler mahkemeleri bağlayıcı mahiyette olmamakla beraber uygulamada kabul görmektedir. Konu ile ilgili 1985 yılında meclis komitesinde küçük miktarın tanımlanmaması gerektiği yönünde görüş benimsenmiştir. Uyuşturucu maddelerin birbirinden niteliği, içeriğindeki etken maddeler ve bileşimleri itibarıyla farklı olması, kimyasal formülleri ile bir tanım yapılması zarureti söz konusu olduğundan böyle bir tanımlamaya gitmenin mümkün olmadığı ifade edilmiştir<sup>86</sup>.

Federal Çalışma, Sağlık ve Refah Bakanlığı ile Adalet Bakanlığının işbirliği ile çıkarılan kararname uyarınca uyuşturucu veya uyarıcı madde miktarına ilişkin miktarlar belirlenmiştir. Buna göre suçun konusunun 30 mg MDMA, 15 gr kokain, 10 gr amfetamin, 3 gr eroin, 20 gr esrar olduğu hallerde SMG §§ 28B uyarınca ceza artırılmaktadır. Bu miktarlar Kanun’da tarif edilen büyük miktarlardır. Miktarın tespitinde elde edilen maddenin ihtiva ettiği etken madde, içeriğinde ne kadar saf madde veya tuzlarını bulundurduğu dikkate alınmaktadır<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Country Profile-Austria.

<sup>85</sup> Verordnung der Bundesministerin für Arbeit, Gesundheit und Soziales über die Untergrenzen einer großen Menge (Grenzmengen) bezüglich der Suchtgifte (Suchtgift-Grenzmengenverordnung-SGV), <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10011056&FassungVom=2009-06-15> erişim tarihi 30.01.2021.

<sup>86</sup> The role of the quantity in the prosecution of drug offences.

<sup>87</sup> **Körner/Patzak/Volkmer**, §§ 29, Rn. 545; **Alexander**, Lichtenegger, Die Bedeutung von Mengen für die Strafbarkeit von Verstößen nach dem Suchtmittelgesetz, s. 8, <https://pub.jku.at/obvulihs/download/pdf/2934194?originalFilename=true> erişim tarihi 11.03.2021.

Avusturya hukukunda kişisel kullanım amacının belirlenmesi soruşturma ve kovuşturma makamlarına bırakılmıştır. Saniğin maddeyi bulundurma amacı, suçun konusunun yarattığı tehlikelilik ve somut olayın koşullarına göre belirlenir<sup>88</sup>.

### E. Belçika

Belçika hukukunda uyuşturucu ve uyarıcı madde suçlarını düzenleyen kanun 24 Şubat 1921 tarihinde kabul edilmiştir<sup>89</sup>. Kanun ile uyuşturucu maddelerin ticareti kurallara bağlanmıştır. Kanun'da uyuşturucu madde kullanımı ile ticareti arasındaki ayrımın belirlenmesinde miktara dayalı sınırlar öngörülmemiştir. Keza, uyuşturucu maddenin türü, niteliğine dayalı bir ayrım da yapılmamıştır<sup>90</sup>. 06.09.2017 tarihli Kraliyet Kararnamesi ile hangi maddelerin bu kapsamda sayılacağı gruplara ayırmak suretiyle belirlenmiştir. Ayrıca, sentetik maddelerde yaşanan gelişmelere ayak uydurulması amaçlanmıştır<sup>91</sup>.

Belçika hukukunda 2 Haziran 2003'ten beri 3 gram veya daha fazla miktarda esrar veya esrar reçinesinin bulundurulması suç kabul edilmiştir. Ancak, daha fazla miktarda esrarın bulundurulması da kullanma sınırında kabul edilebilir. Failin daha uzun süre için kullanmak amacıyla uyuşturucu maddeyi bulundurduğuna dair diğer delillerin bulunması halinde benzer şekilde uygulama yapılabilir<sup>92</sup>.

Cezalandırma için suçun konusu olan esrar maddesinin içeriğindeki THC'nin aktif bileşen miktarının yüzde 0,2'nin üzerinde olması gerekir<sup>93</sup>. Bu durumda fail, ilk fiilinden dolayı 75 ila 125 Euro arasında bir adli para cezası ile cezalandırılır. Bir yıllık süre zarfında sonraki kullanımlarda para cezası artmaktadır. Benzer yaptırım kişisel kullanım amacıyla Hint keneviri yetiştirilmesinde de uygulanmaktadır. Esrar dışındaki uyuşturucu maddelerin bulundurulması halinde ise hapis cezası da öngörülmektedir. Belçika hukukunda esrar dışında uyuşturucu maddelerin bulundurulması, üretilmesi, satın alınması, nakli üç aydan beş yıla kadar hapis ve 1.000 Euro'dan 100.000

<sup>88</sup> The role of the quantity in the prosecution of drug offences.

<sup>89</sup> Cannabis Regulation in Europe: Country Report Belgium, Şubat 2019, s. 2, [https://www.tni.org/files/publication-downloads/cr\\_belgium\\_082019.pdf](https://www.tni.org/files/publication-downloads/cr_belgium_082019.pdf) erişim tarihi 30.01.2021.

<sup>90</sup> Country Legal Profile: Belgium, <https://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index5174EN.html?pluginMethod=eldd.countryprofiles&country=BE> erişim tarihi 30.01.2021.

<sup>91</sup> Körner/Patzak/Volkmer, §§ 29, Rn. 506.

<sup>92</sup> Körner/Patzak/Volkmer, §§ 29, Rn. 513.

<sup>93</sup> Körner/Patzak/Volkmer, §§ 29 Rn. 508.

Euro'ya kadar adli para cezası ile yaptırıma bağlanmaktadır. Nitelikli hal-lerde ceza miktarı yirmi yıla kadar artırılmaktadır<sup>94</sup>.

#### F. Danimarka

Danimarka hukukunda kullanım amacıyla az miktarda uyuşturucu maddenin bulundurulması failin ilk fiili ise uyarılmakla yetinilmektedir<sup>95</sup>. Sonraki kullanımlarda adli para cezası öngörülmektedir. Danimarka Ceza Kanunu'nun (Dan. CK) 191. maddesinin 1. ve 2. fıkraları uyarınca nitelikli hallerde yer verilmiştir<sup>96</sup>. Buna göre insan sağlığı açısından önemli tehlike arz eden uyuşturucu maddelerin çok sayıda kişiye satılması veya temin edilmesi daha ağır bir biçimde cezalandırılmaktadır. Uyuşturucu maddenin miktarı ile maddenin tehlikelilik derecesi nitelikli halin uygulanmasında dikkate alınmaktadır. Söz gelimi, 10-15 kg esrar, 25 gram eroin veya kokain, 50 gram amfetamin veya yaklaşık 200 adet ekstazi hap bulundurulması Dan. CK m. 191 uyarınca altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır<sup>97</sup>. Şayet 5 grama kadar eroin, amfetamin veya kokain veya 10 hapa kadar ekstazi bulundurulmuş ise fail adli para cezası ile cezalandırılmaktadır. 0.2 grama kadar eroin veya kokain, 0.5 grama kadar amfetamin veya iki adet ekstazi hap bulundurulması halinde kişi uyarılmakla yetinilmektedir<sup>98</sup>.

<sup>94</sup> Country Legal Profile: Belgium.

<sup>95</sup> Country Legal Profile: Denmark, <https://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index5174EN.html#> erişim tarihi 02.01.2021; **Laursen, Lau/Jepsen, Jorgen**: "Danish Drug Policy-An Ambivalent Balance between Repression and Welfare", The Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 582, Haziran 2002, s. 20-36.

<sup>96</sup> Danimarka Ceza Kanunu için bkz. [https://www.legislationline.org/download/id/6372/file/Denmark\\_Criminal\\_Code\\_am2005\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/6372/file/Denmark_Criminal_Code_am2005_en.pdf) erişim tarihi 01.02.2021; 2013 National Report (2012 data) to the EMCDDA by the Reitox National Focal Point, DENMARK, New development, Trends, and in-depth information on selected issues, s. 78, [https://www.sst.dk/en/health/~/\\_media/35655EAB90EB4B1DB4FC0AFD81E993DB.ashx](https://www.sst.dk/en/health/~/_media/35655EAB90EB4B1DB4FC0AFD81E993DB.ashx) erişim tarihi 10.03.2021.

<sup>97</sup> **Moeller, Kim**: "Enforcement Intensity in Danish Drug Control", 1996-2017, European Journal on Criminal Policy and Research, 2020, s. 4, <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1415336/FULLTEXT01.pdf> erişim tarihi 02.02.2021; **Nygaard-Christensen, Maj/Vibeke Asmussen, Frank**: Cannabis Regulation in Europe: Country Report Denmark, Şubat 2019, [https://www.tni.org/files/publication-downloads/cr\\_denmark\\_02052019.pdf](https://www.tni.org/files/publication-downloads/cr_denmark_02052019.pdf) erişim tarihi 02.02.2021.

<sup>98</sup> **Hughes, Caitlin/Stevens, Alex/Hulme, Shann/Cassidy, Rebecca**: Review of approaches taken in Ireland and in other jurisdictions to simple possession drug offences, A report for the Irish Department of Justice & Equality and the Department of Health (and the working group on this issue), Eylül 2018, s. 33, [http://filesserver.idpc.net/library/ANNEXE\\_I\\_-\\_Hughes\\_Stevens\\_Hulme\\_Cassidy\\_-\\_2018\\_-](http://filesserver.idpc.net/library/ANNEXE_I_-_Hughes_Stevens_Hulme_Cassidy_-_2018_-)

### G. İtalya

İtalyan hukukunda uyuşturucu maddelerin hukuka aykırı olarak ticaretine, bulundurulmasına ve örgüt kapsamında suçun işlenmesine yönelik hükümler 309/1990 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmiştir<sup>99</sup>. Kararname’de uyuşturucu maddelere ilişkin bir listeye yer verilmiştir. Bu liste Adalet Bakanlığı tarafından periyodik olarak güncellenmektedir<sup>100</sup>.

İtalyan hukukunda önceleri eşik miktarlar kabul edilmişti. Esasen eşik miktarlar yöntemi ile esnek yöntemeye yönelik eleştiriler uyuşturucu madde kullanımının suç olmaktan çıkarılması eğilimi ile bağlantılıdır. İtalyan uygulamasında uyuşturucu suçlarına karşı katı tutum öngören taraflar eşik miktarları; uyuşturucu kullanımının suç olmaktan çıkarılmasını ileri süren görüşler de esnek sistemi savunmuşlardır. Suç olmaktan çıkarma eğilimi uyuşturucu maddeyi fiili hâkimiyet altında bulundurmaya yerine temin etmeye odaklanmaktadır<sup>101</sup>.

İtalyan hukukunda uyuşturucu madde kullanma ile ticareti arasındaki ayrımın belirlenmesi açısından “ortalama günlük doz” kavramı kabul edilmişti. Bunun yanında hafif veya daha ağır cezalandırmayı gerektiren haller bakımından belli miktarlar öngörülmüştü. 5 Haziran 1993 tarihinde yapılan referandum sonucunda bu düzenleme iptal edilmiştir<sup>102</sup>. Dolayısıyla fiilin

[\\_Review\\_of\\_approaches\\_taken\\_in\\_Ireland\\_and\\_in\\_other\\_jurisdictions\\_to\\_simple\\_possession\\_drug\\_offences.pdf](#) erişim tarihi 02.02.2021.

<sup>99</sup> Country Legal Profile: Italy, <https://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index5174EN.html#> erişim tarihi 02.02.2021.

<sup>100</sup> <https://www.hg.org/legal-articles/detention-and-drug-dealing-in-italy-46349> erişim tarihi 30.01.2021.

<sup>101</sup> Zuffa, s. 3.

<sup>102</sup> 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psicotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi imzalandığında Nancy Reagan tarafından ortaya atılan “sadece hayır de! (just say no)” sloganı etkili olmuş ve İtalya’da bu akımın etkisi ile uyuşturucu kullanımına ilişkin daha katı bir yaklaşım benimsenmiştir. 1975 yılında yapılan bir kanuni düzenleme ile kullanma limiti getirilmişti. Bu durum, 1980’li yıllarda yukarıda belirtmiş olduğumuz akımın etkisi ile eleştirilmekteydi. Kullanma limiti belirlenmesinin bir gevşeklik olduğu, uyuşturucu madde kullanımını ve ticaretini artırdığı, takdir yetkisini yargılama makamlarına bıraktığı ve normun bir belirsizlik ortamı yarattığı ileri sürülmüştür. Bu eleştirilere rağmen 1990’lı yıllarda günlük kullanım dozu getirilmiş; bir kişinin ortalama günlük kullanabileceği uyuşturucu miktarı tespit edilmiştir. Bu kabul, esasen kişisel kullanım ile ticaret arasındaki farkın belirlenmesinde faydalı bir kriter değildi; ancak cezanın bireyselleştirilmesi amacına hizmet etmekteydi. Günlük kullanım dozu, Sağlık Bakanlığı tarafından Kanun’un yürürlüğe girmesinden hemen sonra tespit edilmişti: 100 mg eroin, 150 mg kokain, 500 mg esrar günlük kişisel kullanım miktarı olarak belirlenmişti. Bu miktarlar kanun dışı pazarda kullanıcıların aldıkları maddenin ne kadar uyuş-

hukuki niteliğinin tespitinde uyuşturucu maddelerin miktarına göre düzenleme öngören bir hüküm bulunmamaktadır<sup>103</sup>.

İtalyan hukukunda ticaret veya kullanma amacının belirlenmesi yargılama makamlarına bırakılmıştır. Mahkeme kararlarında uyuşturucu veya uyarıcı maddenin miktarı suçun manevi unsurunun belirlenmesinde bir unsur olarak değer görmektedir. Ancak, failin asıl niyetinin madde miktarından daha önemli olduğu kabul edilmektedir. Failin ticari maksatla hareket ettiğinin tespit edilemediği durumlarda yüksek miktarlarda dahi kullanma kapsamında idari yaptırımlara hükmedildiği görülmektedir. Bunun yanında uyuş-

---

turucu madde içerdiğini tespit etmelerinin güçlüğü sebebiyle eleştirilmiş ve kullanıcı cephesinden meseleye yaklaşıldığında bir belirsizlik yarattığı ifade edilmiştir. Kabul edilen miktarlar bakımından bir esnekliğin bulunmaması da tartışılmaktaydı. Kullanıcıların satıcı gibi cezalandırılmasına sebep olduğu ifade edilmekteydi. İstenmeyen sonuçlardan kaçınmak için, parlamento tartışmaları sırasında hüküm kısmen değiştirilmiş ve önemsiz suçlar bakımından yeni bir hüküm getirilmiştir (lieve entità). Buna göre, eşik miktarlarda öngörülen cezalardan hafif aşmalar halinde temel cezadan üçte birine kadar bir indirimle hükmedilmesi kabul edilmişti. Ancak, hüküm aynı zamanda eşğin üzerinde miktar bulunduran kişiler için zorunlu tutuklama öngörmesi sebebiyle sınırlı bir etkiye sahip olmuştur. Bu durum İtalya'da tutuklu sayısının hızlı bir biçimde artmasına sebep olmuştur. 1991 yılında üç genç kullanıcının eşik miktarın üzerinde uyuşturucu madde ile yakalanması ve tutuklanması üzerine, bu kişilerin cezaevinde intihar etmeleri İtalyan kamuoyunda tepkilere neden olmuştur. Dönemin Adalet Bakanı Claudio Martelli, kanuni düzenlemede bir değişiklik yapılması çağrısında bulunmuş; mevcut düzenlemenin kullanıcılar ile satıcılar arasında bir ayırım yapmaya izin vermediğini ifade etmiştir. Yayınlanan bir kararname ile günlük kullanım dozunda hafif aşmalar sebebiyle zorunlu tutuklama yapılmaması öngörülmüştür. İtalya'da Craxi hükümetinin düşmesinden sonra Amato hükümeti kurulmuş ve günlük kullanım dozunun bireyselleştirilmesi için değişikliğe gidilmiş; kullanıcının şahsi özellikleri, bağımlılık durumu itibarıyla bu miktarın üç kata kadar çıkartılabileceği kabul edilmiştir. Aslında hükümetin bu çalışmasından önce Anayasa Mahkemesi değişikliğin yolunu açmıştır. Mahkeme 10 Temmuz 1991 tarihli ve 333 numaralı kararında, kanun koyucuya düzenlemenin değiştirilmesi çağrısında bulunmuştur. Yargıçlara da günlük doz miktarının uygulamasında katı davranmamaları tavsiyesinde bulunmuştur. Kararda uyuşturucu madde miktarının diğer kriterlerle birlikte ele alınması gerektiği ifade edilmiştir. Nihayetinde, 1993 yılında eşik miktarlar öngören kanuni düzenleme referandum ile iptal edilmiştir. Referandumun sonucunda uyuşturucu madde kullanımı cezai yaptırım olmaktan çıkarılmış, idari bir yaptırıma dönüşmüştür. Söz gelimi, uygulamada pasaporta el konulması, ehliyetin bir süreliğine geri alınması gibi yaptırımlar uygulanmaktadır. Tarihi gelişim için bkz. **Zuffa**, s. 3 vd.

<sup>103</sup> Italy: New drugs law heralds the mass criminalisation of drug users, <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2004/feb/italy-new-drugs-law.pdf> erişim tarihi 30.01.2021; Uygulamada uyuşturucu madde suçları ile ilgili olarak kanunilik modelinin getirildiği görüşü hâkimdir. Bu sebeple ispat yükü savcının üzerindedir. Kullanım amacı dışında bir amaç ile hareket edildiği iddia ediliyorsa delillerinin toplanması, ortaya konulması gerektiği ifade edilmiştir. Görüşler için bkz. **Zuffa**, s. 5.



turucu maddenin niteliği ve içeriğindeki etken maddeler, maddenin tartımı ve paketlenmesi için alet kullanılması, farklı türlerde uyuşturucu madde bulundurulması gibi somut olayın özelliklerine göre diğer deliller de göz önünde bulundurulmaktadır<sup>104</sup>.

### H. İspanya

İspanya Ceza Kanunu'nun 368. maddesinde uyuşturucu madde ticareti ile ilgili temel yaptırımlar belirlenmiştir. Maddede insan sağlığı açısından tehlike arz eden nitelikli hallere yer verilmiştir<sup>105</sup>.

Failin kastının belirlenmesinde uyuşturucu maddenin miktarına önem verilmektedir. Ancak, kanun koyucu kişisel kullanım ile ticari amacı birbirinden ayırmak için bir eşik miktar öngörmemiştir. Bunun tespiti, somut olayın tüm koşulları değerlendirilmek suretiyle içtihat hukukuna bırakılmıştır. Uygulamada ticari maksatla uyuşturucu maddenin bulundurulduğuna dair başkaca delil yoksa failin kullanmak için uyuşturucu maddeyi bulundurduğu kabul edilmektedir. Bunun yanında failin daha önce uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıcısı olup olmaması da delillerin takdirinde gözetilmektedir<sup>106</sup>.

### I. İsveç

İsveç hukukunda, uyuşturucu madde suçları ile ilgili temel düzenleme 1968 tarihli Kanun'dur. Kanun'da narkotik maddelere ilişkin ceza hükümlerine yer verilmiştir. Narkotik maddelerin hukuka aykırı bir biçimde üretilmesi, taşınması, temin edilmesi gibi hareketler yaptırıma bağlanmıştır. Uyuşturucu madde kullanımı ise 1988 yılından beri cezalandırılan bir fiildir. İsveç hukukunda uyuşturucu ve uyarıcı maddeler ile ilgili çeşitli kanunlarda hükümler bulunmaktadır.

1968 tarihli Kanun'un 8. maddesinde narkotik maddeler tanımlanmıştır. Buna göre narkotik maddeler bağımlılık yapıcı özelliklere sahip, sağlık için tehlike oluşturan maddelerdir. Kanun'un 2. maddesi uyarınca suçun konusunun miktar bakımından düşük ve niteliği itibarıyla daha az zararlı maddeler olması halinde adli para cezası veya altı aya kadar hapis cezası öngörülmüştür. Uyuşturucu maddenin niteliğine ve miktarına göre fiil önemli

<sup>104</sup> Drug offences in Italy: conspiracy, dealing and use, <https://canestrinilex.com/en/readings/drug-offences-in-italy-detention-and-dealing/> erişim tarihi 30.01.2021.

<sup>105</sup> İspanya Ceza Kanunu için bkz. [https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain\\_CC\\_am2013\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain_CC_am2013_en.pdf) erişim tarihi 15.01.2021.

<sup>106</sup> **Country Legal Profile: Spain**, <https://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index5174EN.html#> erişim tarihi 02.02.2021; The role of the quantity in the prosecution of drug offences.

veya önemsiz kabul edilmektedir. 1993 yılında İsveç hükümeti tarafından önemsiz suçların sadece uyuşturucu maddenin kişisel kullanım amacıyla fiili hâkimiyet altında bulundurulmasını kapsadığı ifade edilmiştir. Ancak, kişisel kullanım amacı ile de olsa uyuşturucu maddenin temini bunun dışındadır. Bunun istisnası faillerin düşük miktarda bir uyuşturucu maddeyi halka halinde birlikte kullanmalarıdır<sup>107</sup>.

İsveç hukukunda uygulamada önemsiz suçlar bakımından bazı eşik miktarlar kabul edilmiştir. Buna göre; 60 gramdan az esrar, 5 gramdan az amfetamin, 0.6 gramdan az kokain veya eroin bu niteliktedir. Önemli suçlar bakımından daha yüksek miktarlar söz konusudur. Buna göre; 2 kg esrar, 250 gram amfetamin, 50 gram kokain, 25 gram eroin, 160 adet ekstazi hap bulundurulması önemli suçlara örnek gösterilebilir<sup>108</sup>.

### **III. KİŞİSEL KULLANIM AMACININ BELİRLENMESİNE YÖNELİK KRİTERLER**

#### **A. Genel Açıklamalar**

Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin hangi amaçla satın alındığı, kabul edildiği veya bulundurulduğunun tespiti ile ilgili TCK m. 188 veya 191’de bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun koyucu suçun manevi unsuru bağlamında hangi suç tipinin gerçekleştiğinin tespitini uygulamaya bırakmıştır. Karşılaştırmalı hukukta görüldüğü üzere kanun koyucu eşik miktarlar belirleme yoluna gitmemiş, esnek sisteme taraf olmuştur. Kanun koyucunun bu kabulü karşılaştırmalı hukukta geçerli olan genel anlayış ile uyumludur.

Avrupa Birliği’ne üye birçok ülke uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ticareti ile kullanımı arasında ayırma gitmekte ve bu doğrultuda düzenlemeler öngörmektedir. Bu anlamda TCK, benzer şekilde uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile kullanılması ayırımını kabul etmektedir.

Failin uyuşturucu maddeyi hangi maksatla fiili hâkimiyeti altında bulundurduğu kişinin iç dünyasına ait bir olgudur. Bu sebeple failin dışa yansıyan davranışlarından yararlanmak suretiyle kastın belirlenmesi mümkündür<sup>109</sup>. Uygulamada kullanma amacının belirlenmesinde Yargıtay’ın bazı kriterleri dikkate aldığı görülmektedir. Bu bölümde, Yargıtay içtihatları ışığında bir değerlendirme yapılacaktır<sup>110</sup>.

<sup>107</sup> Country Legal Profile: Sweden, <https://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index5174EN.html#> erişim tarihi 02.02.2021.

<sup>108</sup> The role of the quantity in the prosecution of drug offences.

<sup>109</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 995.

<sup>110</sup> Yargıtay CGK, 19.03.2019, 10-476/218 UYAP.

## B. Failin Hareketleri

Failin dışı yansıyan davranışları suçun manevi unsurunun tayininde önemlidir. Şayet, suça konu madde, kullanmak için alınmış ise ortada uyuşturucu madde ticareti yoktur. Ancak, düşük miktarda bir uyuşturucu madde söz konusu olsa dahi fail, kazanç sağlamak amacıyla bunu satın almış ise fiil, uyuşturucu madde ticaretini oluşturacaktır. Failin sırf ticari amaçla hareket etmesi; bu doğrultuda uyuşturucu maddeyi satın alması, bulundurması, depolaması uyuşturucu madde ticaretinin oluşması için yeterlidir<sup>111</sup>.

Failin kastındaki değişimler fiilin başka bir suç oluşturmasına sebep olabilir. Söz gelimi, fail kullanmak amacıyla satın aldığı uyuşturucu maddeyi satmaya karar verebilir. Bu durumda fiil uyuşturucu madde ticaretini oluşturur. Ancak, failin hareketleri ile bunu ortaya koyması, uyuşturucu madde ticareti yönünde bir davranış içerisine girmesi gerekir. Şayet, fail kullanmak için satın aldığı uyuşturucu maddeyi satıp satmama hususunda tereddüt yaşamış, kararsız kalmışsa bu durum failin aleyhinde değerlendirilemez<sup>112</sup>.

Failin, fiili hâkimiyeti altında bulundurduğu uyuşturucu maddeyi satmaya yönelik potansiyel alıcılara ulaşma gayretleri ticarete yönelik hareketlerdir. Bu durumda teşebbüs edilmiş bir fiilden değil, tamamlanmış bir suçtan bahsedilmelidir<sup>113</sup>. Esasen, bu tür davranışlar satışa arz mahiyetindedir. Bu manada, failin uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi satabileceği pazarlar araması, bu amaçla suç mahallerini keşfetmesi, gelir kaynakları ile ilgili araştırmalar yapması, sorular sorması, satışa ilişkin anlaşmalar yapması, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin pazarlanması, saklanması ve depo edilmesi için yer kiralaması gibi hareketler ticari maksada yönelik hareketlerdir. Keza, failin kazanç sağlamak amacıyla, sahip olduğu uyuşturucu maddelerin sevk ve naklinde kullanılmak üzere araç, donanım, eleman (kurye) temin etmesi de bu yönde hareketlerdir<sup>114</sup>.

Failin uyuşturucu veya uyarıcı madde ile ilgili reklam vermesi de mümkündür. Günümüzde internet ortamının yarattığı çevrede uyuşturucu veya uyarıcı madde satışı yapılabilmektedir<sup>115</sup>. İnternet, suçun işlenmesinde

<sup>111</sup> Körner/Patzak/Volkmer, §§ 29, Rn. 47.

<sup>112</sup> Oğlakçioğlu, § 29, Rn. 278.

<sup>113</sup> Schäfer/Sander/Von Gemmeren, BtMG, Rn. 1758; Heinrich/Van Bergen, s. 323.

<sup>114</sup> Schäfer/Sander/Von Gemmeren, BtMG, Rn. 1759; Leopald, s. 375.

<sup>115</sup> Drugs in Cyberspace: Understanding & Investigating Diversion & Distribution of Controlled Substances via the Internet, [http://www.cicad.oas.org/reduccion\\_oferta/grupoexpertos/Farma\\_docs/Drugs\\_in\\_Cyberspace\\_Distribution\\_Controlled\\_Substances.pdf](http://www.cicad.oas.org/reduccion_oferta/grupoexpertos/Farma_docs/Drugs_in_Cyberspace_Distribution_Controlled_Substances.pdf) erişim tarihi 01.03.2021.

kolaylık sağlamaktadır. Reklam, satıcının belirli koşullar altında herhangi bir kişiye uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi teslim etmeye hazır olduğunun beyanı ve potansiyel alıcılara satın alma teklifleri sunmaları için bir davet mahiyetindedir. Esasen, böyle bir reklam satışa arz niteliğindedir. Ancak, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin mevcut olmadığı durumlarda reklam verme uyuşturucu madde ticareti suçunun tamamlandığı şeklinde yorumlanamaz<sup>116</sup>. Bu durumda şartlarının bulunması halinde TCK m. 190/2'de düzenlenen suç oluşabilir. Buna göre: “*Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılması alenen özendiren veya bu nitelikte yayın yapan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve bin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*” (TCK m. 190/2).

Uyuşturucu maddenin henüz bulunmadığı durumlarda sonraki satışın gerçekleşmesi amacıyla pazarlık yapılması, teklif sunulması, taahhütte bulunulması veya anlaşma yapılması hazırlık hareketleri mahiyetindedir<sup>117</sup>. Bunun gibi belirsiz miktarda bir paranın ileride yapılacak uyuşturucu veya uyarıcı maddenin satın alınması için tahsis edilmesi cezalandırılmayan hazırlık hareketleri niteliğindedir<sup>118</sup>. Ancak, bir suç örgütünün faaliyeti kapsamında hazırlık hareketlerinin iş bölümü içerisinde fail tarafından yerine getirilmesi hâlinde, suçun tamamlandığı kabul edilebilir<sup>119</sup>.

Uyuşturucu madde alım satımı değiş tokuş suretiyle de yapılabilir. Söz gelimi, eroin ile kokainin takas edilmesi mümkündür. Ticari amaçtan söz edilebilmesi için bir kazanç sağlama gayesinin bulunması gerekir. Fail, değiş tokuş ile bir ekonomik kazanç elde ediyorsa bu halde ticari amaçla bir takasın varlığından söz edilebilir<sup>120</sup>. Ancak, kazanç sağlama gayesi olmadan uyuşturucu maddenin bir başka kullanıcıya verilmesi halinde de fiil TCK m. 188/3 kapsamında kalmaktadır.

Uygulamada sıkça rastlanıldığı üzere failin uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ticareti amacıyla gizli soruşturmacının atandığı olaylarda görevlilere teklifte bulunması, uyuşturucu veya uyarıcı maddeye ilişkin numuneleri göstermesi halinde kullanma amacının bulunmadığından söz edilebilir. Bu durumda ticari amaçla hareket edildiğinin kabulü gerekir. Yargıtay bu gibi durumlarda satımın gerçek manada bir alım satım olmadığını isabetli bir

<sup>116</sup> Körner/Patzak/Volkmer, §§ 29, Rn. 90.

<sup>117</sup> Körner/Patzak/Volkmer, §§ 29, Rn. 54.

<sup>118</sup> Körner/Patzak/Volkmer, §§ 29, Rn. 56.

<sup>119</sup> Körner/Patzak/Volkmer, §§ 29, Rn. 100.

<sup>120</sup> Körner/Patzak/Volkmer, §§ 29, Rn. 48, 49.

biçimde kararlarında vurgulamaktadır<sup>121</sup>. Kamu görevlisinin yaptığı güven alımı gerçek bir alım satım ilişkisi niteliğinde değildir. Fail ticari maksatla uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurmakta, aynı zamanda bu amaçla maddeyi satışa arz etmektedir.

Faillerin suça katılımı müşterek fail şeklinde olabileceği gibi yardım etme şeklinde de gerçekleşebilir. Bu durum ceza hukukunun genel hükümlerine tabidir. Belirtmek gerekir ki suçun icra hareketlerine katkısı ile fonksiyonel hâkimiyet kuran, takım halinde ve iş bölümü esasına göre olmazsa olmaz bir biçimde katkı sağlayan failin hareketleri müşterek fail ilişkisi niteliğindedir. Bu anlamda aracı ve kuryenin faaliyeti bu nitelikte değilse yardım etmeden bahsedilebilir. Bu amaçla hareket edilmesi yeterli olup müşterek faillerin veya şeriklerin bu işten bir maddi kazanç elde etmeleri şart değildir. Aracının kendi nam ve hesabına hareket etmesi de mümkündür. Bunun yanında arka planda hareket eden, işin organizasyonunu yüklenen kişiler suçun işlenmesine müşterek fail veya azmettiren olarak katılabilirler<sup>122</sup>.

Failin uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti amacıyla bir sefere mahsus hareket etmiş olması yeterlidir. Ticari faaliyetin belli bir süre devam ettirilmesi şart değildir. Münferit olayda satış, arabuluculuk ve destekleyici faaliyetlerde bulunulması mümkündür<sup>123</sup>. Keza, ticaret amacı olmadan kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı maddenin hediye edilmesi ya da bağışlanması TCK m. 188/3 kapsamındadır. Şayet, fail bağımlı kazanmak ve potansiyel müşteri alanı yaratmak maksadı ile hareket etmiş ise bu durumda kazanç sağlama amacının bulunduğundan bahsedilebilir<sup>124</sup>.

### C. Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddenin Bulundurulduğu Yer ve Bulundurulma Şekli

Yargıtay uygulamasında uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bulundurulduğu yer ve bulundurulma şekli kullanma amacının belirlenmesinde göz

<sup>121</sup> “Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28/04/2015 tarihli 2014/462 esas, 2015/135 ve 2014/848 esas, 2015/136 sayılı kararlarında da bahsedildiği üzere; gizli soruşturmacı tarafından sanıklardan birden fazla kez uyuşturucu madde alınmasının, ayrıca suç oluşturmayacağı ve gerçek anlamda bir “alım-satım” söz konusu olmadığı gözetilmeden atılı suçların zincirleme olarak işlendiği kabul edilerek, sanıkların, cezalarının TCK’nın 43. maddesi ile artırılması suretiyle fazla ceza tayin edilmesiy...” Yargıtay 10. CD, 26.01.2021, 372/4160 UYAP.

<sup>122</sup> Schäfer/Sander/Von Gemmeren, BtMG, Rn. 1761.

<sup>123</sup> Schäfer/Sander/Von Gemmeren, BtMG, Rn. 1758.

<sup>124</sup> Körner/Patzak/Volkmer, §§ 29, Rn. 99.

önünde bulundurulmuş bir diğer ölçüttür. Kullanmak için uyuşturucu madde bulunduran kişiler genellikle bu maddeleri rahatlıkla erişebilecekleri yerlerde muhafaza ederler. Maddenin ele geçirilme biçimi bu nedenle önemlidir. Bu anlamda uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ayrı bir depoda, söz gelimi samanlıkta ya da depodaki balyaların altında bulundurulması halinde kullanma maksadının olmadığı ileri sürülebilir<sup>125</sup>. Keza bu madde veya maddelerin kahvehane, bar, bilardo salonu, internet kafe veya bir okul kantini işleten failin masasının çekmecesinde ele geçirilmesi halinde bulundurmanın kullanma amacı ile olmadığı kabul edilebilir. Benzer şekilde failin köylü garajı, eğlence merkezleri veya restoran gibi kalabalık ortamlara girerken veya park ve gezi yerleri, üniversite kampüsleri veya okul önünde yakalanması failin amacının belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaktadır<sup>126</sup>.

Ele geçirilen uyuşturucu veya uyarıcı maddenin özenle hazırlanmış çok sayıda küçük paketlerden oluşması, bu maddelerin yanında paketleme makinesi, hassas terazi, tartı gibi aletlerin bulunması<sup>127</sup>, bilhassa bu aletlerde uyuşturucu madde kalıntılarının tespit edilmesi<sup>128</sup>, keza uyuşturucu veya uyarıcı maddenin paketlenmesi için özel olarak hazırlanmış kâğıt parçaları, şeffaf poşet vb. malzemelerin elde edilmesi önemlidir<sup>129</sup>. Örneğin, Yargıtay

<sup>125</sup> **Yokuş Sevik**, s. 414.

<sup>126</sup> **Elmas**, s. 610. “Emniyet görevlilerince daha önce hakkında uyuşturucu bulandırmaktan işlem yapıldığı için bilinen ve tanınan sanığın, olay tarihinde uyuşturucu maddeyi kolaylıkla satabileceği köylü garajında yakalanması, yapılan üst aramasında montunun cebinde satışa hazır dokuz ayrı pakete sarılı esrar maddesinin bulunması, sanığın yaklaşık altı ay önce de yakalandığı yerin yakınlarında benzer şekilde satışa hazır beş ayrı pakete sarılı esrar maddesiyle yakalanmış olması göz önüne alındığında, ele geçen net olarak 9,5 gram esrar elde edilebilecek toplam 27 gram uyuşturucu maddeyi uyuşturucu madde ticareti yapma amacıyla bulundurduğu kabul olunmalıdır”. Yargıtay CGK, 10.06.2014, 10-7/322 UYAP. Park yerinde yakalanan sanık için bkz: Yargıtay 10. CD, 08/10/2018, 3969/6823 UYAP.

<sup>127</sup> “Dosyadaki tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde, sanık hakkında ihbar bulunması, ele geçen uyuşturucu maddesinin miktarı ile 2 adet dijital hassas terazisinde ele geçmesi nedeniyle eylemin ticari amaçla uyuşturucu madde bulandırmak suçunu oluşturduğu, ilk derece mahkemesinin bu yöndeki kabulünün usul ve yasaya uygun olduğu...”. İstanbul BAM 5. CD, 10.02.2021, 3765/404 UYAP.

<sup>128</sup> “İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığı adli emanetinin 2014/428 sırasında bulunan uyuşturucu maddelerin paketlenmesinde kullanılan 58 adet Jamaican Gold Supreme ibareli boş paketler ve hassas terazi üzerinde, parmak izi ve uyuşturucu madde kalıntıları bulunup bulunmadığının belirlenmesi amacıyla Adli Tıp Kurumu veya uzman bir kurum ya da kuruluşa inceleme yaptırılmasından sonra sanıkların hukuki durumlarının, belirlenmesi gerekirken eksik araştırma ile hüküm kurulması...”. Yargıtay 10. CD, 11.11.2020, 616/7291 UYAP.

<sup>129</sup> **Körner/Patzak/Volkmer**, §§ 29, Rn. 46; “girişe göre sağ tarafta bulunan odadaki iki ayrı siyah poşet ve aynı oda içindeki minderin altında dört pakette olmak üzere toplam

sanığın montunun sol dış cebinde bulunan poşette bir kısmı plaka, bir kısmı toz hâlinde ve ayrı ayrı şeffaf poşetler içerisindeki uyuşturucu maddenin toplam 17 parça ve her bir şeffaf poşetteki esrar gramajlarının yaklaşık aynı miktarlarda olması sebebiyle failin amacının kullanma olmadığına karar vermiştir<sup>130</sup>.

Kanaatimizce, hassas terazi ve elektronik tartı gibi araçların ele geçirilmesi her olayda ticaret amacının bulunduğu şeklinde değerlendirilmemelidir. Eroin gibi tehlikeli maddelerin tartılarak kullanılması mümkündür. Uygulamada karşılaştığımız bazı olaylarda kullanıcı şahısların bir dozda bulunması gereken miktardan fazlasını kullanmaları halinde ölüm gibi istenmeyen sonuçların gerçekleştiği görülmektedir. Yine, kullanıcıların kandırılmamak amacıyla satın alma sırasında uyuşturucu maddeyi tarttıklarını ifade ettikleri görülmektedir. Bu sebeple hassas terazinin ele geçirilmesi tek başına uyuşturucu madde ticareti suçunun işlendiğini kanıtlamaz.

Failin kastının uyuşturucu veya uyarıcı maddenin çeşitlilik arz ettiği durumlarda da denetlenmesi gerekir<sup>131</sup>. Failin üzerinde satmış olduğu uyuş-

---

altı parça hâlinde farklı miktarlardaki uyuşturucu maddelerin ele geçirildiği olayda; uyuşturucu maddelerin aynı oda içerisinde iki ayrı yerde ele geçirilmesi, suç konusu esrarın toplam altı parça hâlinde olması ve poşetlerde ele geçirilen esrar dışındaki diğer esrarların küçük paketçikler şeklinde iki adet folyoya, gazete kağıdına ve beyaz renkli kağıda sarılı olarak özenle hazırlanıp satışa hazır vaziyette bulundurulması karşısında; sanığın suç konusu esrarı kullanmak amacıyla bulundurduğuna ilişkin savunmasının suç ve cezadan kurtulmaya yönelik olduğu ve eyleminin uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir". Yargıtay CGK, 20.02.2018, 10-10/57 UYAP.

<sup>130</sup> Yargıtay CGK, 22.11.2018, 10-723/562 UYAP. Benzer yönde "suç tarihinde sanık M.'in 06 DP 1804 plakalı araç ile uyuşturucu madde nakli yapacağı bilgisinin alınması üzerine durdurulan araçta, sanık M.'in eşi olan diğer sanık E.'nin üzerinden net 1,32 gram eroin, şoför koltuğunun altında 2 adet poşet içerisinde toplam net 8,79 gram eroin ve aracın ön konsol orta kısmında bulunan sigara küllüğü içerisinde net 0,14 gram eroin ele geçirildiği anlaşılmakla; uyuşturucu maddelerin edinilen bilgiyi doğrulayacak şekilde ele geçirilmesi, miktarı, farklı yerlerde ve ayrı ayrı paketler halinde olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, ticari amaçlı uyuşturucu madde bulundurduğu anlaşılan sanığın atılı suçtan mahkumiyeti yerine, yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde beraatine karar verilmesi...". Yargıtay 10. CD, 20.01.2021, 3065/733 UYAP.

<sup>131</sup> "Olay tarihinde saat 16.15 sıralarında, İzmir 3. Sulh Ceza Hakimliğinin 2014/1887 D. İş Nolu Arama ve El Koyma kararına istinaden sanığın ikametinde yapılan aramada 59 adet yeşil renkli, 18 adet sarı renkli olmak üzere toplam 77 adet ecstasy hap ve daralı ağırlığı 110 gr esrar ele geçirilmesi karşısında; suça konu uyuşturucu maddelerin miktarı, çeşitliliği, ele geçirildiği yer ve dosya içeriğine göre; sanığın eyleminin uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi...". Yargıtay 10. CD, 03.12.2019, 2913/7617 UYAP.

turucu maddeden farklı bir madde ele geçirilmiş olabilir. Söz gelimi, metamfetamin sattığı tespit edilen failin üzerinde sentetik kannabinoid yakalanmış olabilir. Bu durumda sentetik kannabinoidinin satmak amacıyla bulundurulduğuna dair başkaca delil yoksa kişisel kullanım sınırındaki bu maddenin taşınması ticari amaçla bulundurma olarak kabul edilemez<sup>132</sup>. Yargıtay'ın da isabetli bir biçimde vurguladığı üzere uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin çeşitlilik göstermesi tek başına yeterli değildir. Failin bu maddeleri kullanma amacı dışında bulundurduğu başka delillerle de ispatlanmalıdır<sup>133</sup>.

#### D. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma Alışkanlığı

Karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi Yargıtay kararlarında failin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma alışkanlığı; satın alma, kabul etme veya bulundurma amacını ortaya koymak bakımından önemlidir. Fail hakkında uyuşturucu madde kullanması sebebiyle soruşturma yapılması, hakkında tedbire hükmedilmesi, failin uyuşturucu madde bağımlısı olması uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanma amacıyla satın alındığı, kabul edildiği veya bulundurulduğuna delil teşkil edebilir<sup>134</sup>. Bu anlamda failin kan ve idrar tetkiklerinde uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımına ilişkin bulguya rastlanması kullanma amacının varlığına yönelik bir delildir<sup>135</sup>.

<sup>132</sup> “Sanığın 20/10/2017 tarihinde hakkında kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan işlem yapılan O. K. K.’a, 26/10/2017 tarihinde de hakkında kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan işlem yapılan S. Ö.’e suç konusu metamfetamin maddelerini sattığı sabit ise de; üzerinde yapılan aramada ele geçirilen tek parça halinde 0,03 gramdan ibaret sentetik kannabinoidi ticari amaçla bulundurduğu konusunda her türlü şüpheden uzak kesin delil bulunmadığı gözetilmeden sanık hakkında TCK’nın 188/4-a maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini...”. Yargıtay 10. CD, 08/05/2019, 935/2557 UYAP.

<sup>133</sup> “Suça konu esrarın dışında, sanığın evinde yapılan aramada 0,07 gram miktarda TCK’nın 188/4 maddesi kapsamında sentetik kannabinoid ele geçirildiğinin anlaşılması karşısında, sanığın sözü edilen maddeyi hangi amaçla bulundurduğunun araştırılması, ticari amaçla bulundurduğunun tespit edilmesi halinde ise sanık hakkında TCK’nın 188. maddesinin 4. fıkrası da uygulanmak suretiyle hüküm kurulduktan sonra...”. Yargıtay 10. CD, 18/09/2017, 691/3799 UYAP.

<sup>134</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 815; **Günel**, Yılmaz, “Uyuşturucu Madde Kullanma Suçları”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 32, Sayı: 01, Ocak 1977, s. 71.

<sup>135</sup> “sanığın evinde yapılan aramada kullanım sınırları içerisinde bulunan net 2,4 gr olan esrar ele geçirildiği ve yapılan tahlilde uyuşturucu maddeye rastlandığı da sabit olmakla sanığın eyleminin kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...”. Yargıtay 10. CD, 06/10/2020, 1266/4973 UYAP; “Mahkemece sübut kabul edilerek sanık S. Y. hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına esas alınan 27/11/2016 tarihli eylemle ilgili olarak, gerek



Kanaatimizce, failin kullanma alışkanlığı ve sıklığı somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Bağımlı bir kişinin kullanma sıklığı ile kullanım miktarı ara sıra veya ilk kez uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişiler ile farklılık gösterecektir. Başkaca bir delilin bulunmadığı durumlarda failin madde bağımlılığı kullanma amacı lehinde bir durum olarak değerlendirilmelidir. Keza, karşılaştırmalı hukukta öngörülen ve ilk defa veya ara sıra uyuşturucu madde kullanan kişiyi esas alan bir düzenlemeye hukukumuzda rastlanmamaktadır. Dolayısıyla, failin kullanma alışkanlığının dikkate alınması gerekir. Objektif ve mutlak kullanıcı esas alınarak bir belirleme yapmak yerine somut olayın koşulları çerçevesinde sübjektif bir değerlendirme yapılmasında yarar vardır.

#### E. Failin Ekonomik Durumu

Failin ekonomik durumunda hareketlilik görülmesi uyuşturucu veya uyarıcı maddenin hangi amaçlarla satın alındığı, kabul edildiği veya bulunduğu hususunu değerlendirmede yardımcı olabilir. Failin ekonomik durumunda normalin dışında hesap hareketlerinin bulunması, failin harcama eğiliminde radikal değişiklikler meydana gelmesi ticari amacın varlığına delil teşkil edebilir<sup>136</sup>. Bu anlamda failin daha önce uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapma suçundan hükümlü olup olmadığı ve failin geçimini ne ile sağladığı da önemlidir<sup>137</sup>.

Kanaatimizce bu kriter, diğer kriterler gibi failin cezalandırılması için tek başına yeterli değildir. Failin mal varlığındaki anormal artış, harcama eğilimindeki radikal değişiklikler başka suçların işlenmesi sebebiyle de gerçekleşebilir. Keza, failin daha önce uyuşturucu madde ticaretinden mahkûm edilmiş olması her zaman maddi gerçeklik ile uyumlu olmayabilir. Her somut olayın kendine has özellikleri bulunduğundan ispat araçlarının buna göre takdir edilmesi gerekir.

Yargıtay uygulamasında uyuşturucu veya uyarıcı maddenin değeri failin ekonomik durumu ile bağlantılı olarak dikkate alınmaktadır. Failin aylık

---

kendi beyanı gerekse kan-idrar tahlili ile bilimsel olarak esrar kullandığı saptanan sanığın, diğer sanık Adnan ile birlikte Kahta ilçesine giderek temin ettiği 470 gram (net 170 gram) esrarı satacağı ya da başkalarına vereceği ya da ticari amaçla temin ettiği/bulundurduğu/naklettiği hususunda tape içeriklerinde açık/örtülü herhangi bir ibare veya dosyada savunmanın aksini kanıtlayan delil mevcut olmadığı gözetilmeden anılan eylem esas alınarak sanığın cezasında zincirleme suç nedeniyle artırım yapılarak fazla ceza tayini...". Gaziantep BAM 5. CD, 11.02.2021, 844/232 UYAP.

<sup>136</sup> Yokuş Sevük, s. 412.

<sup>137</sup> Elmas, s. 613.

geliri ile orantılı miktarda uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması diğer delillerle birlikte failin kullanma amacının değerlendirilmesinde gözetilmektedir. Dolaylı da olsa kararlarda uyuşturucu veya uyarıcı maddenin piyasa değerine atıf yapılmaktadır<sup>138</sup>. İngiltere’de, narkotik maddenin sokak satış değerine önem verilmektedir. Özellikle 1994 yılından önce mahkemelerin esas aldığı temel kriter bu değerdı. Son dönemde etkisi azalmasına rağmen, mahkeme kararlarında bu değere vurgu yapılmaktadır. Sokak değeri; ele geçirilen uyuşturucu maddenin miktarı, saflığı ile ortalama aynı nitelikte bir maddenin saflık değeri ve ortalama fiyatının karşılaştırılması suretiyle denetlenmektedir<sup>139</sup>.

Failin ekonomik durumu ve uyuşturucu veya uyarıcı maddenin miktarı ile bağlantılı olarak ele geçirilen maddenin piyasa değerinin gözetilmesi mümkündür. Miktarın yüksek olduğu veya failin ekonomik durumu ile uyumsuz olduğu hallerde ticari bir maksatla hareket edildiği yönünde bir değerlendirme yapılabilir. Ancak, sokak değeri her zaman sağlıklı sonuçlar vermeyebilir. Niteliği gereği konusu suç teşkil eden bir alım satımın veya

<sup>138</sup> **Körner/Patzak/Volkmer**, §§ 29, Rn. 66; “21.01.2014 tarihinde saat 02.45 sıralarında Narkotik Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğü görevlilerince İncirlik park alanındaki uygulama noktasına gelen Van Erciş Seyahate ait otobüsün durdurulduğu, otobüste yapılan kontrollerde otuz beş numaralı koltukta yolculuk yapan sanığın yanındaki poşet ile birlikte otobüsten indirildiği, söz konusu poşete bakıldığında içinde esrar olduğunun görüldüğü, ardından görevlilerce yapılan üst yoklamasında sanığın pantolonunun arka cebinde sekiz adet hapın ele geçirildiği olayda; sanıkta iki farklı nitelikte uyuşturucu madde ele geçirilmesi, aylık gelirinin 1200 Lira olduğunu beyan eden sanığın neredeyse gelirinin yarısına yakın bir miktar olan 450 Liraya suç konusu uyuşturucu maddeleri alması, Gaziantep’ten Manavgata’ya giden sanığın, içerisinde suç konusu esrarın ele geçirildiği poşet dışında herhangi bir kişisel eşyasının bulunmaması, bu hususun tanık E.’in beyanı ve olay tutanağı içeriği ile doğrulanması, sanığın amfetamin etken maddesi içeren haplardan iki tanesini kullandığını beyan etmesine rağmen kanında ve idrarında yapılan incelemede esrar etken maddesinin tespit edilmesi birlikte değerlendirildiğinde; ele geçirilen suç konusu uyuşturucu maddelerin sanık tarafından kullanma dışındaki bir amaçla nakledildiği, sanığın söz konusu uyuşturucu maddeleri kullanmak için Manavgat’a götürdüğüne ilişkin savunmasının kendisini suç ve cezadan kurtarmaya yönelik olduğu anlaşıldığından sanığın sabit görülen eyleminin uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir”. Yargıtay CGK, 24.04.2018, 20-208/182 UYAP.

<sup>139</sup> 100.000 Sterlin veya daha fazla değerinde bir uyuşturucu maddenin ele geçirilmesi halinde asgari ceza yedi yıl; 1.000.000 Sterlin veya daha fazla değerinde sokak değerine sahip uyuşturucu madde ele geçirilmesi halinde ise asgari 12 ila 14 yıl arasında bir hapis cezası uygulanmaktaydı. **Izenman**, Alan J.: “Sentencing Illicit Drug Traffickers: How Do The Courts Handle Random Sampling Issues?”, *International Statistical Review*, Volume: 71, No: 3 (December 2003), s. 536.

tedarikte bulunmanın gerçek bir piyasa değerinden bahsetmek mümkün değildir. Bu durum kişiden kişiye, bölgeden bölgeye farklılıklar gösterebilir.

#### F. Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddenin Miktarı

Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin miktarının fazlalığı karşılaştırmalı hukukta, bazı ülkelerde daha ağır bir biçimde cezalandırmayı gerektiren bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Almanya, İspanya, Yunanistan, Macaristan, Avusturya, İsveç ve İngiltere bu duruma örnek gösterilebilir. Bunun yanında madde miktarı Alman veya Avusturya hukukunda suçun tipikliğine dâhil bir unsurdur<sup>140</sup>.

Hukukumuzda ise böyle bir nitelikli hal bulunmamaktadır. Kanun koyucu, uyuşturucu maddenin türüne göre bir nitelikli hal kabul etmiştir. Maddenin miktarı ise cezanın bireyselleştirilmesinde dikkate alınmaktadır. Uygulamada uyuşturucu veya uyarıcı maddenin miktarının fazla olduğu halde ceza miktarı asgari hadden ayrılmak suretiyle belirlenmektedir.

Kanaatimizce, kanun koyucunun madde miktarını suçun bir unsuru veya cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak öngörmemesi yerindedir. Madde miktarı kişisel kullanım ile bağlantılı olduğundan kişiden kişiye farklılık arz edebilir. Kişisel kullanım amacının belirlenmesinde kişinin ruhsal ve fiziksel özellikleri, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin niteliği, cinsi ve kalitesi göz önünde bulundurulmalıdır. Bunun tespiti ise soruşturma ve kovuşturma ile görevli makamlara aittir.

Yargıtay uygulamasında kişisel kullanım miktarı ile ilgili doğrudan bir tespiti rastlanılmamaktadır. İzinsiz Hint keneviri ekme suçu ile ilgili kök sayısı itibarıyla bir belirleme yapılmasına rağmen, TCK m. 188/3 bakımından böyle bir durum söz konusu değildir<sup>141</sup>. Ancak, Yargıtay kararlarından hareketle uyuşturucu veya uyarıcı maddenin türü ve miktarı ile ilgili bazı açıklamalarda bulunulabilir.

<sup>140</sup> **Lai**, Gloria: Drugs, Crime and Punishment, Series on Legislative Reform of Drug Policies, Nr. 20, June 2012, [http://fileserv.idpc.net/library/Drugs-crime-and-punishment-Proportionality-of-sentencing%20\(1\).pdf](http://fileserv.idpc.net/library/Drugs-crime-and-punishment-Proportionality-of-sentencing%20(1).pdf) erişim tarihi 15.03.2021.

<sup>141</sup> “Olay tutanağı içeriğine, dosyadaki diğer bilgi ve belgelere göre, sanığın ikametinin bahçesine sanık tarafından ekilmiş halde bulunan 386 kök kenevirde olgunlaştıklarında elde edilecek esrarın, kişisel kullanımı için gerekli miktardan fazla olacağı, Dairemizin genel uygulamalarına göre, ticari amaçla ekildiklerine ilişkin başka delil yoksa 20 köke kadar dikili kenevirin kişisel kullanım kapsamında ekildiğinin kabul edilebileceği dikkate alınarak, sanığın eyleminin 2313 sayılı Yasanın 23/5. maddesinin 1. cümlesi kapsamında kalan esrar elde etmek amacıyla kenevir ekme suçunu oluşturduğunun kabulü gerektiğinin gözetilmemesi...”. Yargıtay 10. CD, 01.10.2020, 5379/4735 UYAP.

Yargıtay kararlarında kişisel kullanım amacının belirlenmesinde, kesin bir ölçüt olmamakla beraber, ortalama olarak bir kişinin kullanabileceği bir doz esrar miktarının 0.5 gram ve günlük doz sayısının en fazla 4 ila 6 doz olduğu ifade edilmiştir. Bir doz eroin miktarının 10 mg ve günlük doz sayısının ise 4 ile 6 arasında olabileceği, buna göre ortalama bir insanın bir günde tüketebileceği esrar miktarının 3 gram, eroin miktarının ise 60 mg olduğu belirtilmiştir<sup>142</sup>. Bu miktarlar ele geçirilen maddenin daralı ağırlığı yerine içerdiği etken madde itibarıyla belirlenmelidir. Buna göre maddenin net miktarları üzerinden kişisel kullanım sınırı tespit edilmelidir<sup>143</sup>. Ancak, daralı ağırlığın Yargıtay kararlarında tamamıyla göz ardı edildiğinden söz edilemez. Diğer delillerle birlikte buna da önem verilmektedir<sup>144</sup>.

Konu ile ilgili bakımından bir hususun açıklanmasında fayda vardır: Bazı uyuşturucu maddeler hakkında miktara bağlı analiz yapılamamaktadır.

<sup>142</sup> “Merkez Jandarma Kriminal Laboratuvar Amirliği tarafından hazırlanan 17/08/2017 tarihli uzmanlık raporunda, sanıktan ele geçirilen toplam 24,2 gram maddenin %6,2 oranında eroin ve %1,16 oranında 6-MAM içerdiği belirtilmiştir. Buna göre; sanıktan elde edilen uyuşturucu maddenin 1,50 gramı eroin, 0,28 gramı ise 6-MAM maddesidir. Eroin maddesi, Yargıtay’ın genel uygulamaları nazara alındığında sanığın 25 günlük ihtiyacını karşılamaya yetecek miktardadır”. Adana BAM 5. CD, 09/05/2018, 811/1126 UYAP.

<sup>143</sup> “Mersin’de ikamet eden sanığın, Diyarbakır’dan Antalya’ya gitmekte olan yolcu otobüsüne Diyarbakır’da bindiği, önleme arama kararı üzerine otobüsün Birecik ilçesinde durdurulup arandığı ve 41 numaralı koltukta oturan sanığa ait iki çanta içinde toplam net 748 gram esrarın ele geçirildiği; sanığın bu esrarı kullanmak için Diyarbakır’da bir kişiden satın aldığı söylediği anlaşıldığından; Yeni Diyarbakır firması kayıtlarından, sanığın olay günü bulunduğu otobüs için aldığı biletin araştırılması, varsa aslı veya onaylı örneğinin getirilmesi; a) Sanık Mersin dışında bir yere gitmek için bilet almış ise, fiilinin “satmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurup nakletme”, b) İkamet ettiği Mersin’e gitmek için bilet almış ise, savunmasının aksine delil olmadığı gözetilip sanığın fiilinin “kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma” suçunu oluşturacağı dikkate alınarak sanığın hukukî durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ile ve esrar miktarı 3640 gram kabul edilerek hüküm kurulması...”. Yargıtay 10. CD, 19.06.2015, 2434/31825 UYAP.

<sup>144</sup> “Olay tarihinde sanığın adresinde yüklü miktarda esrar sakladığı ve bu esrarı torbacı diye tabir edilen kişilere satacağı yönünde muhbirden bilgi alınması üzerine ikamette yapılan aramada bir adet siyah ve bir adet kırmızı poşet içinde toplam daralı ağırlığı 1330 gr esrar ele geçirilmesi ile ilgili olarak, sanık soruşturma aşamasında alınan beyanlarında evine gelen misafirin bıraktığı poşet olduğunu beyan ederken, mahkemede alınan savunmasında kullanmak için aldığını beyan etmiş ise de; suça konu uyuşturucu maddenin miktarının fazlalığı, başkalarına kolayca teslim edilmeye hazır 2 ayrı poşete konulmuş halde bulundurulması ve dosya içeriğine göre; sanığın eyleminin uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi...”. Yargıtay, 10. CD, 11.07.2019, 2051/5139 UYAP.

Söz gelimi, kriminal raporlarda, ele geçirilen uyuşturucu maddenin içeriğine göre sentetik kannabinoidler grubunda olduğu belirtilmekte, miktarı tespit edilememektedir. Bu sebeple miktardan ziyade failin hangi amaç ile hareket ettiğinin belirlenmesi gerekir.

Miktar bakımından uyuşturucu maddenin daralı ağırlığı ile içeriğindeki etken maddenin birlikte değerlendirilmesinde yarar vardır. Etken madde içeriği her zaman sağlıklı sonuçlar vermeyebilir. Nihayetinde kimyasal ve sentetik maddeler laboratuvar ortamında analiz edilerek belirlendiğinden bu durum kullanıcılar tarafından denetlenmemektedir. Uygulamada yakalanan uyuşturucu maddeler ile içeriğindeki saf miktarlar arasında ciddi farklar gerçekleşebilmektedir. Söz gelimi, 1 kilogram Hint kenevirinden 300 veya 400 gram esrar elde edilebileceğine; 10 gram eroinin içerdiği net miktarın 2 veya 3 gram olabileceğine kriminal raporlarda rastlamaktayız.

Yargıtay önceki uygulamalarında kişisel kullanım miktarının belirlenmesinde “1 yıllık kullanım miktarını” esas almaktaydı<sup>145</sup>. Son yıllarda verilen kararlarda bu ölçüt yerine somut olayın özelliklerine göre belli bir zaman dilimi içinde sanık tarafından tüketilebilecek miktar esas alınmaktadır<sup>146</sup>.

Uyuşturucu veya uyarıcı maddeler için yıllık kullanım miktarının aranması her zaman isabetli sonuçlar vermeyebilir. Keza, her bir uyuşturucu veya uyarıcı madde bakımından net bir miktarın öngörülmesi de mümkün değildir. Kişiye bağlı olarak kullanım miktarları değişebilir. Bunun yanında Yargıtay kararlarında işaret edildiği üzere, söz gelimi, esrar için günlük 4,5 grama kadar kullanımın mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Bu hesaba göre aylık kullanılması muhtemel esrar miktarı 135 gram olup bu da yıllık 1500 gram gibi bir rakama denk gelmektedir. Bu miktarda bir esrarın yakalanması halinde Yargıtay fiili, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla madde miktarı itibarıyla yıllık tüketim miktarı şeklinde bir tespitin yapılmaması ve önceki içtihatlardan dönülmesi yerindedir.

<sup>145</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 816; “Aracında yapılan arama sonucu ele geçen kenevir bitkisi dışında, sanığın uyuşturucu madde ticareti yaptığı yolunda başka bir kanıtın elde edilememesi, uygulamada kabul edilen günlük kullanım miktarı dikkate alındığında, ekspertiz raporunda belirtilen üçyüzkırk gramlık uyuşturucu madde miktarının yıllık kişisel kullanım sınırları içerisinde bulunması, sanığın söz konusu uyuşturucu maddeyi satmak için değil kullanmak amacıyla bulundurduğu yönündeki aksi kanıtlanamayan savunmaları birlikte değerlendirildiğinde, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunu işlediği kuşku boyutunda kalmaktadır”. Yargıtay CGK, 26.06.2012, 10-294/253 UYAP.

<sup>146</sup> **Elmas**, s. 612.

Uygulamada kişisel kullanım miktarının belirlenmesinde failin ikametinden ayrıldığı, şehir dışına çıktığı hallerde orada geçireceği süre dikkate alınmaktadır. Söz gelimi, Yargıtay bir haftalık tatil için 10 gram eroin maddesini üzerinde bulduran failin amacının kullanma olmadığına, failin bulundurduğu miktarın tüketmesi muhtemel miktarın çok üzerinde olduğuna karar vermiştir<sup>147</sup>. Keza, failin kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde ile satın alınanın gerçekleştiği veya ikamet ettiği şehir dışında başka bir yerde yakalanması Yargıtay kararlarında dikkate alınmaktadır. Failin başka bir şehirde yakalanmış olması kazanç sağlama amacının bulunduğu delil teşkil etmektedir<sup>148</sup>.

Failin başka bir şehirde yakalanmış olması her somut olayda farklı bir biçimde ele alınmalıdır. Sadece bu iki yer dışında bir yerde bulunma tek başına manevi unsurun belirlenmesinde yeterli değildir. Diğer delillerle birlikte ticari amacın bulunup bulunmadığı denetlenmelidir.

Uyuşturucu maddenin miktarının tereddüde yer vermeyecek şekilde fazla olması halinde Yargıtay kullanma amacının bulunmadığına karar vermektedir. Bu durumda failin kullanıcı olmasının bir önemi yoktur. Kişisel tüketim miktarı içerisinde bir maddenin de somut olayın özelliklerine göre ticari maksatla bulundurulduğu kabul edilebilir. Söz gelimi, evinde 3 gram eroin ele geçirilen failin fiili, kullanmak için uyuşturucu madde bulundurmak olarak kabul edilebilir. Şayet, aynı miktarda madde bir eğlence mekânında ele geçirilmiş ise TCK m. 188/3 kapsamında görülebilir. Keza, gelir

<sup>147</sup> “Olay tarihinde, sanığın sevk ve idaresindeki araç içerisinde yapılan aramada, aracın sol ön kapı gözünde darasız ağırlığı 4,14 gram toz esrar ve cam kavonoz içerisinde daralı ağırlığı 239,96 gram esrar ile üzerinde daralı ağırlığı 2,25 gram esrarın ele geçirilmesi ve sanığın olay tarihinden bir hafta önce aldığını belirttiği bu suç konusu uyuşturucu maddeleri günlük ihtiyacından çok fazla olacak şekilde aracında bulundurması karşısında, eyleminin ticaret amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturup oluşturmadığına ilişkin delilleri tartışma ve değerlendirme görevinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilip, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yargılamaya devamla hüküm kurulması...”. Yargıtay 10. CD, 15.01.2019, 4862/314 UYAP.

<sup>148</sup> “Sanığın üst aramasında, pantolonunun bel kısmında, kemer ile beli arasına sıkıştırılmış vaziyette üç adet streç film ile sarılı net ağırlığı 595 gram toz esrar ele geçirilmesi karşısında; suç konusu uyuşturucu maddenin kişisel kullanım miktarının üzerinde olması, bulundurulma şekli, ele geçiriliş biçimi, sanığın yakalandığı yer ve zaman ile Bingöl ili Genç ilçesi Yayla köyünde ikamet eden sanığın, Bingöl’den kullanmak için aldığını iddia ettiği esrar ile Diyarbakır ili Sur ilçesinde yakalanmış olması dikkate alındığında, sanığın bu maddeleri başkalarına verme amacı ile bulundurduğu açık olup, eyleminin uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun niteliği yanlış değerlendirilerek kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan hüküm kurulması...”. Yargıtay 10. CD, 26.02.2020, 4767/1384 UYAP.

düzeyi yüksek olan failin evinde 15-20 gram eroin ele geçirilmesi halinde bu miktar kişisel kullanım sınırında değerlendirilebilir. Bu durumda failin ekonomik durumu ve madde miktarı birlikte ele alınarak bir kanaate varılmaktadır<sup>149</sup>.

Bir Yargıtay kararında “ üst yoklamasında ayrı ayrı şeffaf poşetlerde, satışa hazır ve 17 parça hâlinde esrar ele geçirilen sanığın, uyuşturucu madde kullandığının teknik yöntemlerle de saptanmadığı dikkate alındığında, suç konusu uyuşturucu maddeleri içmek için bulundurduğuna yönelik savunmasının, uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu gizlemeye ve bu suçun cezasından kurtulmaya yönelik olduğunun, bu bağlamda kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunun sübut bulmadığının kabulü...” gerektiği ifade edilmiştir<sup>150</sup>. Yargıtay, çok sayıda uyuşturucu madde paketiyle failin yakalandığı bu olayda sanığın uyuşturucu madde kullandığına dair bir bulgu elde edilememesi nedeniyle fiili, TCK m. 188/3 kapsamında kabul etmiştir.

Kanaatimizce, uyuşturucu maddenin gramaj olarak eşit veya birbirine yakın paketler halinde olması halinde somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Uygulamada gördüğümüz bazı davalarda, satıcı şahısların fişek veya paket halinde satışa sundukları uyuşturucu maddelerden kişisel kullanımı için satın alan faillerin, sadece çok sayıda fişek veya paket ile yakalanması, her zaman ticari amaçla hareket edildiğini ortaya koymamaktadır. Başka delillerin bulunmaması halinde şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince karar verilmelidir<sup>151</sup>. Şayet ele geçirilen fişek veya paket

<sup>149</sup> “18.11.2006 tarihinde polis ihbar hattına sanığın İstanbul’dan Tekirdağ ili Çorlu ilçesine 34 EE 128 plakalı araçla esrar ve eroin getireceğine dair ihbar yapılması üzerine araç durdurularak yapılan aramada sanığın iç çamaşırının içine gizlenmiş halde net ağırlığı 50 gr kokain ve sanığın evinde yapılan aramada televizyon üstünde bulunan süs eşyası içinde net ağırlığı 04. gr kokain ile cam şişe içinde amonyak ele geçirilmesi karşısında; sanığın üzerinde ele geçen suç konusu uyuşturucu maddenin miktarı, bulundurulma şekli ve ele geçiriliş biçimi dikkate alındığında, sanığın bu maddeleri başkalarına satma amacı ile temin ettiğinin anlaşılması karşısında, eyleminin uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun niteliği yanlış değerlendirilerek kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan hüküm kurulması...”. Yargıtay 10. CD, 22.01.2020, 4190/517 UYAP; “03.09.2008 tarihli tutanak içeriği, uyuşturucu maddenin ele geçirildiği yer, net ağırlığı 1710 gram olan suça konu esrarın kişisel kullanım gereksiniminin çok üzerinde olmasına ve dosya kapsamına göre, sanığın eyleminin uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu oluşturduğu gözetilmeden suçun niteliği yanlış değerlendirilerek kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan hüküm kurulması...”. Yargıtay 10. CD, 13/11/2018, 4310/7960 UYAP.

<sup>150</sup> Yargıtay CGK, 22.11.2018, 10-723/562.

<sup>151</sup> **Meydan**, s. 336; “Sanığın uyuşturucu madde ticareti yaptığına ilişkin şüpheden uzak kanıt bulunmadığı, polisler geldiğinde cep telefonunu atmasını, cep telefonu ele geçirilip

adedi ve miktarı tereddüde yer vermeyecek bir biçimde fazla ise bu durumda ticari amacın bulunduğu söz edilebilir. Nitekim Yargıtay bu yönde, failden elde edilen ve bilirkişi raporuna göre 5,81 gram olduğu tespit edilen 22 adet fişek halde esrarın tek başına kullanma amacı dışında bir amaçla bulundurulduğu şeklinde değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir<sup>152</sup>.

Yargıtay, failin uyuşturucu maddenin bir kısmını kullanmak için ayırdığı durumlarda bu miktarı toplam miktardan ayrı değerlendirmektedir<sup>153</sup>. Yargıtay bu durumda sanık lehinde bir değerlendirme yapmaktadır.

Fail uyuşturucu maddeyi başlangıçta ticari maksatla satın almış ve daha sonra bu miktardan bir kısmını kullanımı için ayırmış ise failin toplam miktar üzerinden sorumlu tutulması gerekir<sup>154</sup>. Failin sonraki kastı ile kullanmak amacıyla bir miktar maddeyi ayırması, sonucu değiştirmemektedir.

---

içerikleri tespit edilemediğinden sanığın uyuşturucu madde ticareti yaptığına ilişkin suçun subutuna etki edebilecek kanıt olarak değerlendirilemeyeceği, sanığın birbirine eşit paketler halindeki uyuşturucu madde bulundurmasının başlı başına maddeleri ticari amaçla bulundurduğu sonucunu doğurmayacağı, kişisel kullanım için alınan maddelerin de satan kişi tarafından genellikle eşit paketler halinde satılmasının bilinen bir gerçek olduğu, sanıkta ele geçen uyuşturucu maddelerin bilinen piyasa değeri miktarının aylık kazanç miktarının üzerinde olmaması, herhangi bir kimseye uyuşturucu madde verdiği tespit edilememiş olması, soruşturmayı başlatan ihbar içeriğinden sanıkların araç içinde uyuşturucu madde kullandıklarının bildirilmiş olması, uyuşturucu madde sattıkları veya satmak amacı ile bulunduklarına ilişkin herhangi bir ihbarın bulunmaması göz önüne alındığında...". Trabzon BAM 3. CD, 25.02.2021, 82/350 UYAP.

<sup>152</sup> "Suç konusu uyuşturucu maddelerin sanığın ailesi ile birlikte ikamet ettiği evinde ele geçirilmesi, sanık ile birlikte evde kalan diğer kişilerce de kolaylıkla erişilebilecek bir yer olan, girişe göre sağdan ikinci odadaki sobanın üzerinde bulunan minderlerden birisinin arasındaki poşette (22) fişek hâlinde bulunması, net toplam 5,81 gram ağırlığında olan esrarın miktarı itibarıyla kişisel kullanım sınırları içerisinde kalması, uyuşturucu maddenin ele geçirildiği yerde veya yakınında, hassas terazi veya paketlemede kullanılan ambalaj malzemeleri vb. materyallerin bulunmaması, sanığın söz konusu esrarı başkasına satma, devir veya tedarik etmek hususunda herhangi bir davranış içine girdiğine ilişkin dosya kapsamı itibarıyla herhangi bir somut delilin elde edilememesi, tanık A.'nin sanığın uyuşturucu madde kullandığını ancak satmadığını beyan etmesi, sanığın da savunmalarında ele geçirilen uyuşturucu maddeleri kullanmak amacıyla bulundurduğunu, olaydan bir gün önce ele geçirildiği şekilde satın aldığı savunması hususları birlikte değerlendirildiğinde; ele geçirilen suç konusu uyuşturucu maddelerin sanık tarafından kullanma dışındaki bir amaçla bulundurulduğuna ilişkin, sanığın savunmasının aksine, soyut istihbarat bilgisi dışında kuşkuyu aşan, kesin ve yeterli delil bulunmadığı anlaşıldığından, sanığın sabit görülen eyleminin bir bütün hâlinde kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir". Yargıtay CGK, 19.03.2019, 10-476/218 UYAP.

<sup>153</sup> **Oğlakçoğlu**, § 29, Rn. 72.

<sup>154</sup> **Oğlakçoğlu**, § 29, Rn. 76.



Birden fazla uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıcısının kişisel kullanımları için daha büyük bir miktarda madde olarak daha düşük fiyattan yararlanmak istemeleri halinde ortak bir biçimde satın alınan ticaret olarak değerlendirilmemesi gerekir<sup>155</sup>. Bu yönde, Yargıtay ele geçirilen uyuşturucu maddenin kişisel kullanım sınırının belirlenmesinde sanık sayısının gözetilmesine karar vermiştir<sup>156</sup>.

Faillerin iştirak ilişkisi içinde hareket ederek suçtan kurtulmak maksadıyla, fail sayısınca ve kullanım sınırında kabul edilebilecek miktarda uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi sevk veya nakil etmeleri mümkündür. Bu durumda diğer delillerle birlikte ve somut olayın koşulları çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Aksi halde, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince TCK m. 191 uyarınca hüküm kurulmalıdır.

### SONUÇ

Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu kasten işlenebilen suçlardandır (TCK m. 188). Suçun taksirle işlenmiş hali Kanun'da düzenlenmemiştir. Doktrinde kabul edildiği üzere suçun olası kast ile işlenmesi mümkündür. Benzer şekilde TCK m. 191'de düzenlenen suç kasten işlenebilen bir suç tipidir. Ancak, TCK m. 191'de tipikliğin sübjektif unsuru uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaretinden farklıdır. Failin kullanmak maksadıyla hareket etmesi gerekir. Kanun koyucu kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir düşünce olarak kullanma amacını belirleyici bir unsur olarak tipiklikte düzenlemiştir. Başka bir deyişle bu amaç TCK m. 191'de düzenlenen suçun sübjektif haksızlık unsuru olarak tipikliğe dâhildir. Bulunmaması halinde suçun manevi unsuru 191. madde yönünden gerçekleşmez. Şartları varsa TCK m. 188/3'te düzenlenen suç oluşur.

TCK m. 191'de düzenlenen seçimlik hareketler uyuşturucu veya uyarıcı maddenin satın alınması, kabul edilmesi, bulundurulması ve kullanılmasıdır.

<sup>155</sup> **Körner/Patzak/Volkmer**, §§ 29, Rn. 47.

<sup>156</sup> "Sanıkların kiralamış oldukları araçla TEM Otoyolunda Akyazı'dan İstanbul istikametine doğru seyir halinde iken ihbar üzerine durdurularak araçta yapılan arama sonucunda ele geçen uyuşturucu madde dışında, sanıkların uyuşturucu maddeyi ticari amaçla naklettiği yolunda bir kanıtın elde edilememesi, Adli Tıp Kurumunun mütalaalarında belirtilen günlük gereksinim miktarı dikkate alındığında, bilirkişi raporunda belirtilen net 393,5 gram uyuşturucu madde miktarının iki kişinin kişisel kullanım sınırları içinde olması, sanıkların tüm aşamalarda araçta bulunan uyuşturucu maddeyi satmak için değil, kullanmak için bulundurdukları yönündeki aksi kanıtlanamayan savunmaları birlikte değerlendirildiğinde, sanıkların uyuşturucu madde ticareti suçunu işlediği kuşku boyutunda kalmaktadır". Yargıtay CGK, 16.10.2012, 10-325/1817 UYAP.

Kullanma dışındaki diğer hareketler TCK m. 188/3'te de yer almaktadır. Bu durumda s¼bjektif haksızlık unsurundan hareketle hangi suç tipinin ihlal edildiği ortaya konulmalıdır. Manevi unsur kişinin i d¼nyası ile alakalı olduğundan failin dış d¼nyaya yansıyan davranışları ve somut olayın koşulları itibarıyla bu tespitin yapılması gerekir.

Karşılaştırmalı hukukta bazı ¼lke mevzuatlarında madde miktarı itibarıyla bir sınırlamanın yapıldığı g¼r¼lmektedir. Belli bir miktarın ¼zerinde uyuru veya uyarıcı maddeye sahip olunması halinde fiilin ihlal ettiği suç tipi veya bu suç için ¼ng¼r¼len yaptırım değişmektedir. Ancak, genel eğilim bu ayırımın yapılmasının soruşturma veya kovuşturma ile g¼revli makamlara bırakılmasıdır. Hukukumuzda benzer Şekilde kanun koyucu eşik miktarlar ¼ng¼rmemiřtir. Kanun koyucu esnek miktarlar y¼ntemini kabul etmiş ve failin amacının belirlenmesini soruşturma ve kovuşturma ile yetkili ve g¼revli makamlara bırakmıştır.

Uygulamada her iki suç tipi bakımından Yargıtay bazı ¼l¼tler belirlemiştir. Bu ¼l¼tlere doktrin tarafından da başvurulmaktadır. Buna g¼re, ¼ncelikle failin hareketleri ile uyuru veya uyarıcı madde ticaretine y¼nelik bir davranış içerisine girip girmediğinin tespit edilmesi gerekir. İkinci olarak uyuru veya uyarıcı maddenin bulunduğu yer ve bulundurma Şekline dikkat edilmelidir. Failin ekonomik durumu, geçmişinde uyuru veya uyarıcı madde kullanıcısı ya da bağımlısı olup olmadığı değerlendirmeye konu diğer hususlardır. Nihayetinde, madde miktarına failin amacının belirlenmesinde sıklıkla başvurulmaktadır. Yargıtay kararları ile kabul edilen bu hususlar esasen karşılaştırmalı hukukta kabul edilen kriterler ile uyum içerisindedir.

Uygulamada Yargıtay kararlarına yansıyan hadiseleri incelediğimizde sıklıkla madde miktarının esas alındığı g¼r¼lmektedir. Esasen, madde miktarı TCK m. 188 ve 191'de suçun unsuru olarak d¼zenlenmemiřtir. Kanun koyucu belli bir miktar ¼ng¼rmemiř, t¼rlerine g¼re miktar bakımından uyuru veya uyarıcı maddeleri sınıflandırmamıştır. Yargıtay da kişisel kullanım için bir sınır miktar belirtmekten kaçınmakta, somut olayın ¼zelliklerine g¼re diğer kriterler ile birlikte çok y¼nl¼ bir biçimde meseleye yaklaşmaktadır. Kimi mahkeme kararlarında sadece madde miktarı veya yakalanan uyuru veya uyarıcı maddenin paket sayısının g¼zetildiđi g¼r¼lmektedir. H¼lbuki madde miktarı tek başına bir ¼l¼t değildir. Madde miktarı diğer ¼l¼tlerle birlikte değerlendirilmeli; failin hangi s¼re ile hangi miktarda kullanmak için uyuru veya uyarıcı madde bulundurabileceği tespit edilmelidir.

Keza, uygulamada hassas terazi veya tartının uyuşturucu madde ile birlikte yakalandığı ve içeriği tam olarak tespit edilemeyen bir istihbari bilgi ile desteklendiği durumlarda sıklıkla TCK m. 188/3 ile hüküm kurulmaktadır. Oysaki hassas terazi veya tartının bulunduğu her durumdan ticari maksadın varlığı çıkarılamaz. Niteliği itibarıyla bir dozunda bulunması gerekenden fazla maddenin kullanılması halinde ölümcül sonuçların meydana gelmesi mümkündür. Kullanıcı şahıslar, bu tehlikeden kurtulmak amacıyla hassas terazi bulundurabilirler. Bunun gibi uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bulundurulduğu veya pakletlendiği şeffaf poşetler, bijuteri veya telefon tamiri gibi işlerde kullanılabilir.

Sonuç olarak, kanaatimizce kanun koyucunun eşik miktarlar belirlememesi yerindedir. Nitekim incelenen ülke hukuklarındaki uygulamalar bu kanaatimizi desteklemektedir. Kanun'da buna ilişkin bir hüküm bulunmadığından madde miktarı itibarıyla belli kıstaslar saptanması yarardan çok zarar getirebilir. Nitekim failin maksadına bakılmaksızın hareket edilmesi ve otomatik cezalandırma tehlikesi ile karşılaşılabilir. Böyle bir sonuç ceza muhakemesinin temel ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Eşik miktarlara önem verilmesi halinde sanığın suçsuzluğunu ispatlaması, savcılık makamının sadece madde miktarını temel alarak sanığın lehindeki delilleri toplamaması mümkündür. Bu durum aynı zamanda şüpheden sanığın yararlanması, masumiyet karinesi ve maddi gerçeğin araştırılması ilkeleri ile çelişmektedir.

### KAYNAKÇA

- Aksüt**, Ertekin: Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları, Ankara 2020.
- Arslan**, Çetin: Yargıtay'ın "Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları"na İlişkin Kimi Güncel Kararları ve Bunların Değerlendirilmesi, Uyuşturucu Madde Suçlarına Genel Bakış, Uyuşturucu Madde Bağımlılığıyla Mücadele ve Ceza Hukuku, Doęuř Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Panel (9 Mayıs 2011), Editör: Murat Balcı, Ankara 2011.
- Bayraktar**, Köksal vd., Özel Ceza Hukuku, Cilt: V, İstanbul 2019.
- Bıkmaz**, Raif: "Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Ticareti Suçları", Fasikül, Sayı:111, şubat 2019.
- Çetin**, Hamza: "Kullanmak İçin Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek, Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu (TCK m. 191), AÜHFD, 65(4) 2016.
- Elmas**, Birsen: Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Ankara 4. Baskı, Ankara 2020.
- Erman**, Sahir/Özek, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamunun Selametine Karşı Suçlar (TCK m. 369-413).
- Gökçen**, Ahmet: Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu Madde Suçlarına Genel Bakış, Uyuşturucu Madde Bağımlılığıyla Mücadele ve Ceza Hukuku, Doęuř Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Panel (9 Mayıs 2011), Editör: Murat Balcı, Ankara 2011.
- Günel**, Yılmaz: "Uyuşturucu Madde Kullanma Suçları", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 32, Sayı: 01, Ocak 1977.
- Izenman**, Alan J.: Sentencing Illicit Drug Traffickers: How Do The Courts Handle Random Sampling Issues?, International Statistical Review, Volume: 71, No: 3 (December 2003).
- Kıdıl**, Fahrettin: Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları, Ankara 2020.
- Laurson**, Lau/Jepsen, Jorgen: Danish Drug Policy-An Ambivalent Balance between Repression and Welfare, The Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 582, Haziran 2002.
- Meydan**, Uğur: Uyuşturucu Madde Ticareti Suçunda Madde Miktarının Önemi, TAAD, Yıl: 10, Sayı: 37, Ocak 2019.

- Oğlakçioğlu**, Mustafa Temmuz: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Baskı, München 2017.
- Öner**, Mehmet Zülfü, “Türk Ceza Kanunu’nda Uyuşturucu Madde İmal, İthal ve İhraç Suçları”, TBB Dergisi, Sayı: 88, 2010.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2020.
- Schäfer**, Gerhard/**Sander**, Günther M./**Von Gemmeren**, Gerhard: Praxis der Strafzumessung, 6. Baskı, München 2017.
- Sevdim**, Ali Erdim: Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu, Ankara 2014.
- Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2018.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, M. Ruhan/**Önok**, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Ankara 2020.
- Weber**, Klaus: Betäubungsmittelgesetz, 5. Baskı, München 2017.
- Yaşar**, Yusuf: Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları, 3. Baskı, Ankara 2019.
- Yenisey**, Feridun: “Uyuşturucu Maddeler Sorununun Ceza Hukuku Yönü”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Ekim 1983.
- Yokuş** Sevük, Handan: Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Yurtcan**, Erdener: Yargıtay Kararları Işığında Uyuşturucu Suçları, 6. Baskı, Ankara 2021.

### **Elektronik Kaynaklar**

- Alexander**, Lichtenegger: Die Bedeutung von Mengen für die Strafbarkeit von Verstößen nach dem Suchtmittelgesetz, <https://epub.jku.at/obvulihs/download/pdf/2934194?originalFilename=true> erişim tarihi 11.03.2021.
- Cannabis Regulation in Europe: Country Report Belgium, Şubat 2019, [https://www.tni.org/files/publication-downloads/cr\\_belgium\\_082019.pdf](https://www.tni.org/files/publication-downloads/cr_belgium_082019.pdf) erişim tarihi 30.01.2021.
- Country Legal Profile: Germany, <https://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index5174EN.html#> erişim tarihi 30.01.2021.
- Country Profile-Austria, <https://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index5174EN.html> erişim tarihi 30.01.2021.

- Country Legal Profile: Belgium, <https://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index5174EN.html?pluginMethod=eldd.countryprofiles&country=BE> erişim tarihi 30.01.2021.
- Country Legal Profile: Denmark, <https://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index5174EN.html#> erişim tarihi 02.01.2021.
- Country Legal Profile: Italy, <https://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index5174EN.html#> erişim tarihi 02.02.2021.
- Country Legal Profile: Spain, <https://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index5174EN.html#> erişim tarihi 02.02.2021.
- Country Legal Profile: Sweden, <https://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index5174EN.html#> erişim tarihi 02.02.2021.
- Danimarka Ceza Kanunu, [https://www.legislationline.org/download/id/6372/file/Denmark\\_Criminal\\_Code\\_am2005\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/6372/file/Denmark_Criminal_Code_am2005_en.pdf) erişim tarihi 01.02.2021.
- Drug offences in Italy: conspiracy, dealing and use, <https://canestrinilex.com/en/readings/drug-offences-in-italy-detention-and-dealing/> erişim tarihi 30.01.2021.
- Drugs in Cyberspace: Understanding & Investigating Diversion & Distribution of Controlled Substances via the Internet, [http://www.cicad.oas.org/reduccion\\_oferta/grupoexpertos/Farma\\_docs/Drugs\\_in\\_Cyberspace\\_Distribution\\_Controlled\\_Substances.pdf](http://www.cicad.oas.org/reduccion_oferta/grupoexpertos/Farma_docs/Drugs_in_Cyberspace_Distribution_Controlled_Substances.pdf) erişim tarihi 01.03.2021.
- Exner**, Thomas: Einführung in das Betäubungsmittelstrafrecht, JuS 2019, [www.beck-beck.online.de](http://www.beck-beck.online.de) erişim tarihi 15.05.2021.
- Gunnar**, Cassardt: Zur Feststellung der nicht geringen Menge im Betäubungsmittelstrafrecht, NStZ 1995, [www.beck-beck.online.de](http://www.beck-beck.online.de) erişim tarihi 15.05.2021.
- Harris**, Genevieve: Conviction by Numbers, Threshold Quantities for Drug Policy, Series on Legislative Reform of Drug Policies Nr. 14, <http://fileserv.idpc.net/library/Threshold-quantities-for-drug-policy.pdf>, erişim tarihi 15.05.2021.
- Heinrich**, Bernd/**Van Bergen**, Nicolas: Grundzüge des deutschen Betäubungsmittelstrafrechts und seine Entkriminalisierungstendenzen, Juristische Arbeitsblätter, [www.beck-online.beck.de](http://www.beck-online.beck.de) erişim tarihi 15.05.2021.
- Hughes**, Caitlin/**Stevens**, Alex/**Hulme**, Shann/**Cassidy**, Rebecca: Review of approaches taken in Ireland and in other jurisdictions to simple possession drug offences, A report for the Irish Department of Justice

- & Equality and the Department of Health (and the working group on this issue), Eylül 2018, [http://fileservet.idpc.net/library/ANNEXE\\_I\\_-\\_Hughes\\_Stevens\\_Hulme\\_Cassidy\\_-\\_2018\\_-\\_Review\\_of\\_approaches\\_taken\\_in\\_Ireland\\_and\\_in\\_other\\_jurisdictions\\_to\\_simple\\_possession\\_drug\\_offences.pdf](http://fileservet.idpc.net/library/ANNEXE_I_-_Hughes_Stevens_Hulme_Cassidy_-_2018_-_Review_of_approaches_taken_in_Ireland_and_in_other_jurisdictions_to_simple_possession_drug_offences.pdf) erişim tarihi 02.02.2021.
- İspanya Ceza Kanunu, [https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain\\_CC\\_am2013\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain_CC_am2013_en.pdf) erişim tarihi 15.01.2021.
- Italy: New drugs law heralds the mass criminalisation of drug users, <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2004/feb/italy-new-drugs-law.pdf> erişim tarihi 30.01.2021.
- Kirmse**, Claudia: Betäubungsmittelstrafrecht – Ein Überblick für Referendare, Juristische Arbeitsblätter, 2011, [www.beck-beck-online.de](http://www.beck-beck-online.de) erişim tarihi 15.05.2021.
- Körner**, Herald Hans/**Patzak**, Jörn/**Volkmer**, Mathias: Betäubungsmittelgesetz, 9. Baskı, München 2019, erişim için [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de) erişim tarihi 30.01.2021.
- Krumm**, Carsten: “Die “nicht geringe menge” im Betäubungsmittelstrafrecht, NJW 2020, 2165, [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de) erişim tarihi 30.01.2021.
- Lai**, Gloria: Drugs, Crime and Punishment, Series on Legislative Reform of Drug Policies, Nr. 20, June 2012, [http://fileservet.idpc.net/library/Drugs-crime-and-punishment-Proportionality-of-sentencing%20\(1\).pdf](http://fileservet.idpc.net/library/Drugs-crime-and-punishment-Proportionality-of-sentencing%20(1).pdf) erişim tarihi 15.03.2021.
- Leipold**, Klaus: Das Betäubungsmittelstrafrecht, NJW Spezial, 2004, s. 375, [www.beck-beck-online.de](http://www.beck-beck-online.de) erişim tarihi 15.05.2021.
- Moeller**, Kim: Enforcement Intensity in Danish Drug Control, 1996-2017, European Journal on Criminal Policy and Research, 2020, <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1415336/FULLTEXT01.pdf> erişim tarihi 02.02.2021.
- Nygaard-Christensen**, Maj/**Vibeke Asmussen**, Frank: Cannabis Regulation in Europe: Country Report Denmark, Şubat 2019, [https://www.tni.org/files/publication-downloads/cr\\_denmark\\_02052019.pdf](https://www.tni.org/files/publication-downloads/cr_denmark_02052019.pdf) erişim tarihi 02.02.2021.
- Proposal for a COUNCIL FRAMEWORK DECISION laying down minimum provisions on the constituent elements of criminal acts and penalties in the field of illicit drug trafficking, Official Journal 304 E ,

30/10/2001 P. 0172 – 0175, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52001PC0259> erişim tarihi 30.01.2021.

Report of the International Narcotics Control Board for 2007, [https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2007/AR\\_07\\_English.pdf](https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2007/AR_07_English.pdf) erişim tarihi 15.05.2021.

The role of the quantity in the prosecution of drug offences, European Legal Database on Drugs, <https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/10503/Quantities.pdf> erişim tarihi 30.01.2021.

The EU Action Plan On Drugs (2000-2004), <https://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index1338EN.html> erişim tarihi 30.01.2021.

Verordnung der Bundesministerin für Arbeit, Gesundheit und Soziales über die Untergrenzen einer großen Menge (Grenzmengen) bezüglich der Suchtgifte (Suchtgift-Grenzmengenverordnung–SGV), <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10011056&FassungVom=2009-06-15> erişim tarihi 30.01.2021.

**Zuffa**, Grazia: How To Determine Personal Use In Drug Legislation, The “Threshold Controversy” In The Light Of The Italian Experience, Series on Legislative Reform of Drug Policies Nr. 15, <https://www.tni.org/files/download/dlr15.pdf> erişim tarihi 15.05.2021.

2013 National Report (2012 data) to the EMCDDA by the Reitox National Focal Point, DENMARK, New development, Trends, and in-depth information on selected issues, [https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/725/Denmark\\_NR2012\\_443264.pdf](https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/725/Denmark_NR2012_443264.pdf) erişim tarihi 10.03.2021.





## İNGİLİZ ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNDA YÖNETİCİLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998173>

**Dr. Hüsnü TURANLI\***

### Öz

2006 tarihli İngiliz Şirketler Kanunu 171. ila 177. maddelerde yedi başlık halinde yöneticilerin yükümlülüklerine yer verilmiş ayrıca 178. ila 181.maddelerde ek hükümler düzenlenmiştir. Kanun'un 182.maddesinde de ek bir yükümlülük mevcuttur. Bu çerçevede, yöneticilerin yükümlülükleri ana başlıklar halinde; (i) Yetkileri dâhilinde davranmak, (ii) Şirketin başarısını yükseltmek, (iii) Bağımsız karar vermek, (iv) Makul düzeyde özenli, becerili ve ihtiyatlı davranmak, (v) Menfaat çatışmalarından kaçınmak, (vi) Üçüncü kişilerden menfaat kabul etmemek, (vii) Teklife sunulan bir işlem ya da faaliyette herhangi bir menfaati var ise bunu diğer yöneticilere bildirmek ve (viii) Halen devam etmekte olan bir işlem ya da faaliyette herhangi bir menfaati var ise bunu diğer yöneticilere bildirmek olarak sayılabilir. İngiliz hukuku, sadece yasal düzenlemeler ile değil aynı zamanda müşterek hukuk (common law) ve hakkaniyet hukuku (equity law) ile şekillendiği için, yasal düzenlemeler, söz konusu hukuk kaynaklarının öngördüğü ilke ve esaslarla genişletilmiştir. Burada sadece şirketin değil şirket çalışanlarının, tedarikçilerin ve şirketle iş yapan tüm tarafların çıkarlarının ve nihayetinde şirket faaliyetlerinin toplum ve çevre üzerindeki etkilerinin dikkate alınması öngörülmüştür. İngiliz Şirketler Kanunu'nda yöneticilerin yükümlülüklerinin odak noktası, yöneticilerin kişisel menfaatleri ile şirket menfaatleri arasında çatışma yaşanmasını önlemek ve üçüncü kişilerden menfaat kabul etmemek olarak özetlenebilir. Bu yükümlülük 2010 tarihli Birleşik Krallık Rüşvet Yasasındaki hükümlerle birlikte değerlendirilmelidir. Çalışmamızda İngiliz hukukunda yöneticilerin yükümleri incelenmekle birlikte Türk hukukunda da yönetim kurulu (YK) üyelerinin yükümlerine ilişkin düzenlemelere değinilmiştir. Sonuç kısmında ise kısa bir değerlendirme yapılmış ve bazı öneriler sunulmuştur.

\* Uluslararası Fınal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Girne, KKTC (husnu.turanli@final.edu.tr), ORCID: ORCID: 0000-0002-6907-5049 (Geliş Tarihi: 26.02.2021-Kabul Tarihi: 29.07.2021)

**Anahtar Kelimeler**

*Yönetim kurulu, Yükümlülükler, İngiliz Şirketler Hukuku, Paysahipleri, Paydaşlar*

**OBLIGATIONS OF DIRECTORS IN ENGLISH COMPANY LAW****(Research Article)****Abstract**

*In the English Companies Act 2006, the duties (obligations) of the directors are set forth in the sections 171-177 and additional matters in sections 178-181. An additional duty (obligation) is set forth in 182. Section. Within this context, the duties of the directors can be listed as (i) Duty to act within Powers, (ii) Duty to promote the success of the company, (iii) Duty to exercise independent judgment, (iv) Duty to exercise reasonable care, skill, and diligence, (v) Duty to avoid conflict of interests, (vi) Duty not to accept benefits from third parties, (vii) Duty to declare interest in proposed transaction or arrangement and (viii) Duty to declare interest in existing transaction/arrangement. For the reason that English Law is not shaped with only statutory regulations but also with common law and equity law, the statutory regulations are extended with the principles and the merits of these sources. The focus of the Companies Act may be summarized as avoiding any possible conflict of interest between the company and the directors and not to accept any benefit from the third parties. This rule should be assessed with the UK Bribery Act 2010. In this study, these issues articulated above are elaborately reviewed. In this study the regulations on Turkish Law relating to the obligations of the directors and comparisons between to law systems are also mentioned. Consequently, a short assessment is drafted and some proposals are made.*

**Keywords**

*Board of directors, Obligations, English Company Law, Shareholders, Stakeholders*

## GİRİŞ

Türk hukuku, Kıta Avrupa Hukuk sistemini benimsemekle birlikte son yıllarda İngiliz-Amerikan hukukundan da etkilenmiştir. Özellikle şirketler hukuku alanında bu etki daha kapsamlıdır. “Kurumsal yönetim (corporate governance)”<sup>1</sup>, “bağımsız denetim (independent audit)”, “hesap verilebilirlik (accountability) gibi İngiliz-Amerikan hukukunda etkili olan birtakım ilkelere, daha önce halka açık anonim ortaklıklar için öngörülmuş iken, 6102 sayılı yeni TTK ile halka kapalı anonim ortaklıklar için de düzenlenmiştir<sup>2</sup>. Bu etkileşim, Türk hukukunda yönetim kurulu üyelerinin görev ve sorumluluklarında da önemli değişikliklere yol açmıştır. Örneğin, özen yükümlülüğünde, “basiretli iş adamı” kuralı yerini “tedbirli yönetici” ilkesine bırakmış, yönetim kurulu üyelerinin “şirket menfaati”ni gözetmeleri öngörülmüştür. İngiliz anonim şirket yöneticilerinin de benzer yükümlülüklerle tabi oldukları görülmektedir. Dolayısıyla, İngiliz hukukunda anonim şirket yöneticilerinin yükümlülüklerini bir bütün olarak inceleme gereği doğmuştur.

İngiliz hukukunun kaynakları; müşterek hukuk (common law), hakkaniyet hukuku (equity law), mevzuat (statutory), örf ve âdet hukuku (custom) ve konvansiyonlar (conventions) olmak üzere beş başlık altında toplanmıştır<sup>3</sup>. Birleşik Krallık’ın Avrupa Birliği’ne üyeliğinden sonra geniş kapsamlı bir yasalaştırma süreci başlamıştır ve günümüzde İngiliz hukukunun her alanında ayrıntılı yasalar mevcuttur. Şirketler hukuku alanındaki başlıca düzenlemeler, 2006 tarihli Şirketler Kanunu (Companies Act 2006), 2000 yılında yürürlüğe giren “Mali Hizmetler ve Piyasalar Kanunu (Financial Services and Markets Act)” ve 1986 tarihli İflas Yasası (Insolvency Act) olarak sıralanabilir<sup>4</sup>.

İngiliz şirketler hukuku öğretisi müşterek hukuk kuralları ve yargı içtihatlarına dayalıdır. Şirketler hukukunda, uyumluluk (compliance), kurumsal gücün meşruluğu (legitimacy of corporate power)”, dâhili yönetim (internal

<sup>1</sup> **Karasu**, Rauf: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim ile İlgili Getirilen Yenilikler, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 4 Sayı:2 Yıl 2013, s.33-60, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/208298> (Erişim Tarihi: 18.02.2021) s. 34.

<sup>2</sup> **Karasu**, s. 35.

<sup>3</sup> **Marson**, James: Business Law, 2. Bası, Oxford Üniversitesi Baskısı, New York, A.B.D, 2011, s. 37.

<sup>4</sup> BREXIT (AB’den çıkış) sonrasında İngiliz hukukunda bir takım değişiklikler olacağı düşünülmektedir.

management)” ve “aydınlatılmış pay sahibi değeri (enlightened shareholder value)” gibi ilkeler etkilidir<sup>5</sup>. Türk hukukunda geçerli tüzel kişilik, bağımsız denetim, eşit işlem, kendi paylarını iktisap yasağı vb. ilkeler İngiliz hukukunda da mevcuttur.

Türk hukukunda yöneticilerin yükümlülükleri düzenlenirken “yönetim kurulu” ya da “yönetim kurulu üyeleri”nden söz edilmiştir. İngiliz hukukunda da yönetim kurulu, ortaklığın zorunlu bir organıdır ancak yasal düzenlemelerde genel olarak “yönetici (director)” terimine yer verilmiştir.

Makale konusu İngiliz şirketler hukukunda yöneticilerin yükümlülükleridir. Çalışmamızın Birinci Bölümünde İngiliz şirketler hukukunda yöneticilerin yükümlülükleri, İkinci Bölümünde ise Türk şirketler hukukunda yöneticilerin yükümlülüklerine değinilmiştir. Sonuç bölümünde ise, bazı önerilere yer verilmiştir.

## I. İNGİLİZ HUKUKUNDA YÖNETİCİLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

İngiliz hukukunda, Türk hukukunda olduğu gibi şirketin yönetim ve temsil organı yönetim kuruludur. Yönetim kurulu, kurumsal yönetim ilkesi gereği şirketin tam merkezindedir<sup>6</sup>. “Yönetim kurulu” kurul olarak karar alır ve görevleri genel olarak “esas sözleşme (articles of association)” ile düzenlenir. 2006 tarihli Şirketler Kanunu’nda yönetim kurulunun görev ve yetkilerine ilişkin müstakil bir düzenleme yoktur. Buna karşılık Kanun’un 170. maddesinde, yöneticilerin yükümlülüklerinin genel kapsamı ve yapısına, 171-177.maddelerinde yükümlülüklerine yer verilmiştir. Şirketler Kanunu’nun 170/2 (a) ve (b) bentleri uyarınca 175-176.maddelerdeki yükümlülükler, kişiler yöneticilikten ayrılrsa bile devam edecektir<sup>7</sup>. Burada bir noktayı da belirtmek gerekir. Şirketler Kanunu’nun 250.maddesi uyarınca “yönetici (direktör) terimi, şirkette her ne adla olursa olsun yönetici (director) pozisyonunda çalışan herkesi kapsar”.

<sup>5</sup> İlkeler konusunda bkz. **Turanlı**, Hüsnü: Türk ve İngiliz Şirketler Hukukuna Hâkim İlkeler, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi “Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklıklar” Sempozyumu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

<sup>6</sup> **Mayson, French&Ryan** on Company Law, 27.Baskı, Oxford, Birleşik Krallık, 2011, s. 425.

<sup>7</sup> **Ashraf**, Tahir: Directors’ duties with a particular focus on the Companies Act 2006, <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/17542431211208540/full/pdf?title=directors-duties-with-a-particular-focus-on-the-companies-act-2006> , s.126. (Erişim Tarihi: 17.02.2021)

Genel yükümlülükler, “Müşterek Hukuk” (Common Law) kuralları ve “Hakkaniyet İlkelerine (equity principles)” dayandırılmıştır<sup>8</sup>. Söz konusu yükümlülükler temelde güven ve sadakat ilkesi (fiduciary) ve müşterek hukukun kusur sorumluluğu kuralları çerçevesinde düzenlenmiştir<sup>9</sup>.

Şirketler Kanunu m.171-177 arasında “Genel Görevler (The General Duties)” başlığı altında, yöneticilerin (directors) yükümlülükleri hükme bağlanmıştır. Her ne kadar “duty” terimi sözlüklerde “görev” anlamında çevrilse de söz konusu hükümler, daha ziyade “yükümlülükleri” ifade etmektedir. Kanun’un 171-173 ve 175-177. maddeleri hakkaniyet hukukundaki güven ve sadakat (fiduciary) yükümlülüğünün, 174.madde ise müşterek hukukun kusur sorumluluğunun yasalaştırılmış şekliyle karşılaşmaktayız<sup>10</sup>. Söz konusu yükümlülüklerin bir kısmı, Türk hukukundaki düzenlemelerle benzerlik göstermektedir.

#### **A. Yetkileri Dâhilinde İşlem Yapmak (Duty to Act Within Powers)**

Şirketler Kanunu’nun 171. maddesi hükmü gereğince şirketin yöneticisi, şirketin anayasasına uygun olarak işlem yapmalı (davranmalı) ve yetkilerini, veriliş amaçları dâhilinde kullanmalıdır. Yönetici, kendi hedeflerini değil şirketin hedeflerini gözetmelidir<sup>11</sup>. Belirli bir amaçla verilen yetki sadece o amaç için kullanılmalı ve amacını aşmamalıdır (yönetici iyi niyetli hareket etmiş ve şirket menfaatlerini gözetmiş olsa bile)<sup>12</sup>. Bunun aksine bir davranış sonucu şirketin zarara uğraması halinde yöneticilerin kişisel sorumluluğuna gidilebilir.

Burada “şirket anayasası” kavramına yer verilmiştir. Türk hukukunda şirketle ilgili tüm hususlar “esas sözleşme” ile düzenlenmektedir. Ayrıca, zorunlu olmamakla birlikte paysahiplerinin kendi aralarında yaptıkları bir “Paysahipleri Anlaşması (Shareholders’ Agreement)” da uygulamada görülmektedir. Buna karşılık İngiliz hukukunda, bir anonim şirketin; (i) Şirket Anayasası (Company Constitution), (ii) Ortaklık Muhtırası (Memorandum of Association) ve (iii) Şirket Esas Sözleşmesi (Articles of Association) mevcuttur. Ayrıca “Paysahipleri Anlaşması (Shareholders’ Agreement)” da düzenlenebilir. Bunlardan “Ortaklık Muhtırası” TTK m. 349’da öngörülen

<sup>8</sup> **Smith and Keenan’s** Company Law, 17.Baskı, Pearson, Harlow, Birleşik Krallık, 2016, s. 184.

<sup>9</sup> **Mayson, French&Ryan**, s. 469.

<sup>10</sup> **Mayson, French&Ryan**, s. 471.

<sup>11</sup> **Ashraf**, s. 127.

<sup>12</sup> **Marson**, s. 563.

ve 2016 yılında kaldırılan “Kurucular Beyanı”na benzemektedir<sup>13</sup>. Bu belgeler içinde en çok üzerinde durulan “şirket anayasasıdır”. Şirket anayasasının ne anlama geldiğine kısaca değinelim:

Şirket anayasası, Şirketler Kanunu’nun 3.bölümünde düzenlenmiştir. Kanun’un 17.maddesi uyarınca tescilli bir şirketin şirket anayasası, esas sözleşme ve Kanun’un 3.bölüm 3.kısımının uygulama alanı bulduğu karar ve anlaşmalardan oluşmaktadır<sup>14</sup>. Görüldüğü gibi şirket anayasası tek bir metinden ibaret değildir. Hem esas sözleşme hem de genel kurul kararları ve anlaşmaların tümünü ihtiva etmektedir. Kanun’un 29.maddesinde “Şirket anayasasını etkileyen kararlar ve anlaşmalar”ın da anayasanın bir parçası olduğu hükme bağlanmıştır. Paysahiplerinin oybirliği ya da özel bir çoğunlukla alınan kararlar ve anlaşmalar şirket anayasasının bir parçasıdır. Bu bağlamda “Paysahipleri Anlaşması (Shareholders’ Agreement)” da anayasayı oluşturan metinler arasında sayılabilir<sup>15</sup>. Sonuç olarak “şirket anayasası” esas sözleşme dâhil birçok metni içinde barındıran bir belgedir. Yöneticilerin şirket anayasasına uygun davranmalarından kast edilen husus, şirket anayasası içinde yer alan “esas sözleşme”de yöneticiler için öngörülen sınırlar içinde görevlerini yerine getirmeleridir<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> TTK’nda anonim ortaklıklarla ilgili ilk düzenlemelerde, “kurumsal yönetim” ilkesi amaçlanmıştır. Kanun henüz yürürlüğe girmeden, 2012 Haziran ayında önce “işlem denetçiliği” kaldırıldı. Zaman içinde de bazı hükümler ya değiştirildi ya da kaldırıldı. Kurucular beyanı da bu bağlamda kaldırılan önemli düzenlemelerden biridir. Maddenin gerekçesinde “...Beyan ilkesi, Almanya, İsviçre ve Avusturya başta olmak üzere Avrupa’da yaygındır. Türkiye’de yenisidir. Bu ilke dürüst bilgi verme ilkesiyle tanımlanır. Beyan, denetimin vazgeçilemez parçasıdır. Beyan bir çeşit rapor olmakla beraber kurucuları bağlayıcı nitelik taşıdığından ve gerçeğe uymaması halinde hukukî (549 uncu ve devamı maddeler) ve cezaî (m. 562) sonuçlar doğurabileceğinden “beyan” olarak adlandırılmıştır. Beyanın amacı; kamuyu aydınlatarak sermayenin korunmasını (Genel Gereğe 57 ve 66 numaralı paragraf) sağlamak, şirketin kurucuların menfaatine, bir anlamda kötüye kullanılmasına engel olmak; genel olarak yolsuzlukları önlemek, kuruluşun denetlenmesini kolaylaştırmak ve sorumluluk davalarına akışkanlık kazandırmaktır” olarak ifade edilmişti. Bu maddeyi, 73.maddesi hükmü ile kaldıran 6728 sayılı Kanun’un başlığı ise “Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”dur. Bir başka deyişle, kurucular beyanı, şirket kurmayı düşünenler caymasın diye kaldırılmıştır. Kanaatimizce “kurumsal yönetim” ilkesi sadece öğretide kalan bir ilkedir.

<sup>14</sup> Smith, s. 88, 105.

<sup>15</sup> Smith, s. 121.

<sup>16</sup> Mayson, French&Ryan, s.474. Türk hukukunda da zorunlu olmamakla birlikte paysahiplerinin kendi arasında yaptıkları “paysahipleri anlaşması”na sıklıkla rastlanmaktadır. Paysahipleri anlaşması (sözleşmesi) genellikle ortaklar arası güç ilişkilerinde oluşabilecek dengesizlikleri gidermek amacıyla yapılmaktadır. Bkz. Akbay, Direnç (2019):

İngiliz hukukunda yöneticiler ile şirket arasındaki ilişkinin hukuki niteliği olan “fiduciary” bir bakıma “yediemine” benzetilmektedir. “Fiduciary” “bir başkası için ya da onun adına, güven ve bağlılık içinde hareket eden kişi” olarak tanımlanmıştır<sup>17</sup>. İngiliz hukukunda yöneticiler “fiduciary” olarak nitelendirilir<sup>18</sup> ancak bu kişiler “trustee” değildir çünkü şirket mallarını yönetmekle birlikte malların mülkiyeti bağımsız tüzel kişiliği haiz şirkete aittir<sup>19</sup>. Tüzel kişilik olarak şirket ve pay sahipleri şirkete ait tüm yönetim ve temsil işlerini yönetim kuruluna devreder. Dolayısıyla yöneticilerin bu güven ve bağlılık ilişkisi içinde kendilerine verilen yetkileri, verilmiş amacına uygun ve belirlenen sınırlar dâhilinde kullanmaları gerekir.

Şirketler Kanunu’nda yöneticilerin sorumlulukları oldukça kapsamlı düzenlenmiş ve yöneticilerin şirketin zararını tazminden ziyade yükümlülüklerini ihlal etmeleri önlenmeye gayret edilmiştir<sup>20</sup>. Yöneticilerin, şirketin uğradığı zararı tazminleri de bir yaptırım olmakla birlikte, ihlal neticesinde edinilen menfaatin şirkete ödenmesi öngörülmüştür.

TTK m.369’da da “yöneticilerin şirket menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetme yükümlülüğü”nden söz etmiştir. Her iki düzenlemenin ortak yanı, “şirket menfaati (the interest of the company)” nin göz önünde tutulmasıdır. Şirket menfaati terimi İngiliz hukukunda da vurgulanmıştır<sup>21</sup>. Burada yöneticilerin şirket menfaatini kendi menfaatlerinden üstün tutmaları amaçlanmıştır. Şirket menfaati ile neyin kast edildiği açıklığa kavuşturulmalıdır.

Bir yazara göre, “şirket menfaati, şirketin hukuk ve ekonomi olmak üzere temelde iki alandaki varlığının sürdürülebilmesi olarak” tanımlanmıştır<sup>22</sup>. TTK m.331’de anonim şirketlerin “kanunen yasaklanmamış” her

---

Anonim Ortaklık Pay Sahipleri Arasında Yapılan Önalım Hakkı İçeren Sözleşmeler, İstanbul Hukuk Mecmuası, 77 (2): 697–746 DOI: 10.26650/mecmua.2019.77.2.0008 <http://dergipark.gov.tr/iuhfm>

<http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/> (Erişim Tarihi: 01.07.2021)\_Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Okutan, Nilsson**, Gül (2003): Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul.

<sup>17</sup> **Mayson, French&Ryan**, s. 471.

<sup>18</sup> **Zhao, Jingchen/Tribe**, John: Corporate Social Responsibility in an Insolvent Environment: Directors’ Continuing Obligations in English Law, CSR & Insolvency – ICCLR, 2010, s.6. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1914741](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1914741) (Erişim Tarihi: 20.02.2021)

<sup>19</sup> **Mayson, French&Ryan**, s. 471.

<sup>20</sup> **Mayson, French&Ryan**, s. 471.

<sup>21</sup> **Smith**, s. 186.

<sup>22</sup> **Sulu**, Muhammed: Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.10, Dpn 23: **Mehmet Helvacı/Emin Çamurcu/İsmail Türkyılmaz**,



türlü ekonomik amaç ve konular için kurulabileceği öngörülmüştür. Burada dikkatten kaçmaması gereken husus, şirketin ekonomik faaliyetleri yürütürken hukukun dışına çıkmaması gereğidir. Bir diğer deyişle anonim şirket, hukuka uygun olmak kaydıyla gelir elde etmek için kurulabilir.

Şirket menfaati konusunda İngiliz-Amerikan öğretisinde “pay sahibi teorisi (shareholder theory), “menfaat grubu teorisi (stakeholder theory) ve karma teori olmak üzere üç farklı görüş ileri sürülmüştür<sup>23</sup>. Konumuz itibarıyla teorilerin detaylarına girilmeyecektir. Ancak İngiliz hukukunda hangi teorinin benimsendiği sorusunun cevabını, Şirketler Kanunu’nun 172.maddesinde bulmak mümkündür. Esasen yöneticilerin yükümlülüklerinden bir diğerini teşkil eden bu düzenleme, yöneticilere “şirketin başarısını geliştirme” yükümlülüğü öngörmüştür. Bu bağlamda, “şirket menfaatlerini gözetmek” ile “şirket başarısını geliştirmek” arasında sıkı bir bağ mevcuttur. Dolayısıyla İngiliz hukukunda pay sahibinin menfaatinin yanı sıra şirketle ilgili diğer kesimlerin de menfaatlerinin dikkate alınması gerektiği kabul edilmiştir.

### **B. Şirket Başarısını Geliştirmek (Duty to Promote the Success of the Company)**

Şirketler Kanunu’nun 172.maddesinde, yöneticiye; iyi niyetli bir biçimde, pay sahiplerinin menfaati doğrultusunda bir bütün olarak en olası biçimde şirket başarısını geliştirme yükümlülüğü öngörülmüştür. Yöneticinin, bu yükümlülüğü yerine getirirken şu hususları da dikkate alması gerekmektedir:

- 1) Alınan kararların uzun vadedeki olası sonuçları,
- 2) Şirket çalışanlarının menfaatleri,
- 3) Şirketin, tedarikçilerle müşterilerle ve diğerleri ile iş ilişkilerini artırma ihtiyacı,
- 4) Şirket faaliyetlerinin toplum ve çevre üzerindeki etkileri,
- 5) Şirketin, faaliyetlerini icrasında yüksek standartlara yönelik ününü sürdürmek arzusu,
- 6) Pay sahipleri arasında adil davranma ihtiyacı.

Görüldüğü gibi İngiliz hukukunda pay sahiplerinin menfaatinin yanı sıra şirketle ilişki içinde olan çeşitli kesimlerin de menfaatlerinin göz önüne

---

Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul 2017, s. 311.

<sup>23</sup> Sulu, s. 12 ila 20.

alınması öngörülmüştür. Bu bağlamda şirket menfaati konusunda yukarıda söz edilen teorilerden karma teori benimsendiği düşünülmektedir. Genel olarak şirket menfaatleri denildiğinde esas olarak pay sahiplerinin menfaati akla gelmekle birlikte, şirket ile ilişkide bulunan diğer kesimlerin de menfaati de dikkate alınmalıdır<sup>24</sup>.

Sayılan hususlar arasında yer alan “şirketin toplum ve çevre üzerindeki etkileri” konusu, öğretide şirketlerin sosyal sorumluluklarını gündeme getirmiştir<sup>25</sup>. Şirketlerin sosyal sorumluluğu Türk hukukunda henüz bir yasa metninde yer almamıştır. Bununla birlikte, bu konuda öğretide birçok eser mevcuttur. Uluslararası Standartlar Organizasyonu’nun (ISO) bu konuda belirlediği bazı standartlar vardır.

Öğretide “sosyal sorumluluğun” tanımı şöyledir: “*Sosyal sorumluluk, herhangi bir organizasyonun hem iç hem de dış çevresindeki tüm paydaşlara karşı “etik” ve “sorumlu” davranması, bu yönde kararlar alması ve uygulamasıdır*”<sup>26</sup>. Burada kurumsal sosyal sorumluluk (CSR: Corporate Social Responsibility) bağlamında şirket yöneticilerinin hem pay sahiplerine hem de diğer menfaat gruplarına (Aktan/Börü’nün deyimiyile paydaşlara<sup>27</sup>) “etik” ve “sorumlu” davranması olarak yorumlanmıştır<sup>28</sup>. Burada, menfaat grupları

<sup>24</sup> Türk hukukunda pay sahiplerinin yanı sıra diğer ilgili kesimlerin menfaatlerinin dikkate alınması konusunda TTK’da bir düzenleme mevcut değildir. Bir başka deyişle yönetim kuruluna böyle bir görev verilmemiştir. Ancak pay sahipleri dışındaki “diğer kesimlerin menfaati” hususu, SPK tarafından hazırlanan II-17, 1. sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği (03.01.2014 tarih ve 28871 sayılı RG) eki olan “Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri”nin 3.maddesinde “Menfaat Sahipleri” alt başlığında düzenlenmiştir. Ekin 3.1.1. maddesinde “*Menfaat sahipleri; şirketin hedeflerine ulaşmasında veya faaliyetlerinde ilgisi olan çalışanlar, alacaklılar, müşteriler, tedarikçiler, sendikalar, çeşitli sivil toplum kuruluşları gibi kişi, kurum veya çıkar gruplarıdır. Şirket, işlem ve faaliyetlerinde menfaat sahiplerinin ilgili mevzuat ve karşılıklı sözleşmelerle düzenlenen haklarını koruma altına alır. Menfaat sahiplerinin haklarının mevzuat ve karşılıklı sözleşmeler ile korunmadığı durumlarda, menfaat sahiplerinin çıkarları iyi niyet kuralları çerçevesinde ve şirket imkânları ölçüsünde korunur.*” düzenlemesine yer verilmiştir.

<sup>25</sup> Diğer kesimlerin (paydaşlar-stakeholders-other constituencies) menfaati meselesi, ABD’de ilk kez 1983 yılında bazı eyaletlerde yasalaşmıştır Bkz. **Mayson, French& Ryan**, s. 482.

<sup>26</sup> **Aktan**, Coşkun Can/**Börü**, Deniz: Kurumsal Sosyal Sorumluluk, Editör, İGİAD YAYINLARI: 4 İş Ahlakı Kitaplığı: 2, 2007. [https://www.researchgate.net/profile/Coskun\\_Can\\_Aktan/publication/318682140\\_Kurumsal\\_Sosyal\\_Sorumluluk/links/5bb9f9cd299bf1049b70fd38/Kurumsal-Sosyal-Sorumluluk.pdf#page=37](https://www.researchgate.net/profile/Coskun_Can_Aktan/publication/318682140_Kurumsal_Sosyal_Sorumluluk/links/5bb9f9cd299bf1049b70fd38/Kurumsal-Sosyal-Sorumluluk.pdf#page=37), s. 13. (Erişim Tarihi:19.02.2021)

<sup>27</sup> **Aktan/Börü**, s. 14.

<sup>28</sup> **Aktan/Börü**, s. 14.

içine “devlet”, “toplum” ve “doğa” da eklenmiştir<sup>29</sup>. Kurumsal sosyal sorumluluk, kurumların; faaliyet alanlarında sosyal, ekonomik ve çevresel etkenleri dikkate alması olarak tanımlanmıştır<sup>30</sup>. Şirketin faaliyetlerini, içinde yeşerdiği devlet, toplum ve doğadan ayrı tutmak, şirketin gelişimini orta ve uzun vadede olumsuz etkileyecektir.

“Şirket yöneticileri açısından sosyal sorumluluklar nelerdir?” sorusunun cevabı ise şu açıklamada bulunabilir: “*Yöneticiler açısından sosyal sorumluluk; şirketlerde toplumsal değer ve beklentiler oluşturmak, şirket amaçlarına uygun politikalar belirlemek ve uygulamak, kısaca toplumsal yaşamı iyileştirmeye ilişkin yükümlülükler üstlenmektir*”<sup>31</sup>.

Kurumsal sosyal sorumluluğun bir başka boyutu da “etik ilkeler”dir<sup>32</sup>. Bir yazara göre “etik kavramı bireylerin birbirleriyle iyi ilişkiler kurmalarını ve buna bağlı olarak refahını gözetmektedir”<sup>33</sup>. Bireysel temelde etik kavramı bu şekilde tanımlanırken şirket bazında daha geniş bir yoruma gidilmiştir. Buna göre, “*etik kurallar/ilkeler, Şirket çalışanlarının yükümlülüklerini belirleyen her türlü etik, hukuk veya politikalar*”<sup>34</sup>.

Şirket çalışanlarının etik kurallarının belirlenmesi özellikle şirket yöneticilerinin etik kuralları, şirketin menfaatleri açısından uzun vadede önem taşır<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Aktan/Börü, s. 15.

<sup>30</sup> Zhao/Tribe, s. 2.

<sup>31</sup> Çelik, Adnan: Şirketlerin Sosyal Sorumlulukları, İGİAD YAYINLARI: 4 İş Ahlâkı Kitaplığı: 2, 2007. [https://www.researchgate.net/profile/Coskun\\_Can\\_Aktan/publication/318682140\\_Kurumsal\\_Sosyal\\_Sorumluluk/links/5bb9f9cd299bf1049b70fd38/Kurumsal-Sosyal-Sorumluluk.pdf#page=37](https://www.researchgate.net/profile/Coskun_Can_Aktan/publication/318682140_Kurumsal_Sosyal_Sorumluluk/links/5bb9f9cd299bf1049b70fd38/Kurumsal-Sosyal-Sorumluluk.pdf#page=37), s. 62 (Erişim Tarihi:19.02.2021)

<sup>32</sup> Zhao/Tribe, s.3.

<sup>33</sup> Sarı, Ömer/ Kulualp, Halime Göktaş (2019): Etik Kodlar Bağlamında Şirketlerin Kurumsal Yönetim İlkeleri Uyum Raporlarının İncelenmesi, UBAK Uluslararası Bilimler Akademisi, s. 167, [https://www.researchgate.net/profile/Oemer-Sari/publication/337143795\\_ETIK\\_KODLAR\\_BAGLAMINDA\\_SIRKETLERIN\\_KURUMSAL\\_YONETIM\\_ILKELERI\\_UYUM\\_RAPORLARININ\\_INCELENMESI/links/5dc6b2ed299bf1a47b245abf/ETIK-KODLAR-BAGLAMINDA-SIRKETLERIN-KURUMSAL-YONETIM-ILKELERI-UYUM-RAPORLARININ-INCELENMESI.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Oemer-Sari/publication/337143795_ETIK_KODLAR_BAGLAMINDA_SIRKETLERIN_KURUMSAL_YONETIM_ILKELERI_UYUM_RAPORLARININ_INCELENMESI/links/5dc6b2ed299bf1a47b245abf/ETIK-KODLAR-BAGLAMINDA-SIRKETLERIN-KURUMSAL-YONETIM-ILKELERI-UYUM-RAPORLARININ-INCELENMESI.pdf) (Erişim Tarihi:21.02.201)

<sup>34</sup> Stevens, Betsy: An Analysis of Corporate Ethical Code Studies: “Where Do We Go From Here?”, s. 64. <https://link.springer.com/article/10.1007/BF00877156> (Erişim Tarihi: 22.02.2021)

<sup>35</sup> Schwartz, Mark S./Dunfee, Thomas W./Kline, Michael J.: Tone at the Top: An Ethics Code for Directors? Journal of Business Ethics (2005) 58: 79–100 DOI 10.1007/s10551-005-1390-y, s. 79-100, s. 82. [https://www.researchgate.net/publication/226228069\\_Tone\\_at\\_the\\_Top\\_An\\_Ethics\\_Code\\_for\\_Directors](https://www.researchgate.net/publication/226228069_Tone_at_the_Top_An_Ethics_Code_for_Directors) (Erişim Tarihi: 25.02.2021)

İngiliz hukukunda, yöneticilerin etik davranış kuralları aslında Şirketler Kanunu'nun 171-177. maddelerinde örtülü olarak yer almıştır. Mesela, şirket menfaatlerini kişisel menfaatlerinin önünde görmek, üçüncü kişilerden menfaat kabul etmemek, şirketin işlerinde kişisel bir müdahalesi veya bağı var ise bunu diğer yöneticilerle paylaşmak gibi. Etik davranış elbette bunlarla sınırlı değildir. "Code of conduct" adı verilen davranış kuralları, şirketlerin "compliance officer" adı verilen uyum görevlileri tarafından hazırlanır ve tüm çalışanların bu kurallara uymaları beklenir<sup>36</sup>.

Etik kod veya etik kurallar Türk hukukunda SPK'na tabi şirketler bakımından öngörülmüştür. Nitekim SPKu'nun çıkardığı Tebliğ'in Ek-1'inde "Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflık" başlığının 2.1.1. maddesinde "Şirket tarafından oluşturulan etik kuralların kurumsal internet sitesinde yer alacağı" belirtilmiştir<sup>37</sup>.

Etik kurallar, özellikle sınır ötesi ve çok uluslu şirketlerin (cross-border, multi-national) yabancı topraklardaki faaliyetleri bakımından daha büyük önem arz eder. Şirketler Kanunu m.172/4'de yer alan "şirket faaliyetlerinin toplum ve çevre üzerindeki etkileri" konusunu bu bağlamda yorumlamak gerekir.

Öte yandan metinde geçen "bir bütün olarak" ifadesi ise, aslında sadece pay sahiplerinin değil şirketin de bağımsız bir tüzel kişilik olarak menfaatlerinin gözetilmesine işaret etmektedir<sup>38</sup>.

Hakkaniyet hukukunda şirketin menfaatine olduğu düşünülen ama sonradan makul olmadığı anlaşılan bir davranış veya bir ihmali davranışın iyiniyetli (dürüst) olduğu sürece fiduciary (güven ve bağlılık) yükümlüğünün ihlali anlamına gelmeyecektir<sup>39</sup>. Buradaki iyiniyet ölçüsü, yöneticinin bu davranışından kişisel bir menfaat elde edip etmediği değil, gerçekten dürüst olup olmadığıdır.

Son olarak Kanun'un 172/1.f fıkrasında, yöneticilerin pay sahiplerine adil davranmaları hususu da yer almıştır. Adil davranma, Türk hukukundaki eşit işlem ilkesi ile benzerdir<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> **Pashi**, Ali : "Compliance" Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi" (İÜHF M C. LXXI, S. 2, s. 317-334), 2.Bası, İstanbul, 2013, s. 318.

<sup>37</sup> Bazı Türk şirketlerinin web sitelerinde yer alan etik kurallara örnek olarak bkz. **Sarı**, s. 171-172.

<sup>38</sup> **Smith**, s. 190.

<sup>39</sup> **Mayson, French&Ryan**, s. 479.

<sup>40</sup> Türk hukukunda eşit işlem ilkesi TTK'nun 357.maddesiyle hükme bağlanmıştır. Buna göre; pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur.

### C. Bağımsız Karar Vermek (Duty to Exercise Independent Judgment)

Şirketler Kanunu'nun 173.maddesine göre şirket yöneticisi bağımsız karar vermeli, bu yükümlülük, yöneticilerin gelecekte inisiyatif kullanmalarını kısıtlayacak bir anlaşma gereği ya da şirket anayasasında öngörülen bir yetkinin kullanımı nedeniyle zarar görmemelidir.

Yöneticilerin bağımsız karar vermesi öngörülmekle birlikte kararların şirket menfaati ile sınırlı olduğu kabul edilmelidir. Buradaki bağımsızlık bir bakıma, çoğunluk pay sahiplerinin etkileme girişimini dikkate almaksızın karar vermektir. İngiliz hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi, azınlık hakları korunmaktadır. Bu bağlamda, şirket menfaatleri, diğer ilişkili grupların menfaati, azınlık hakları gibi hususlar karar sürecinde dikkate alınmalıdır.

### D. Makul Derecede Özenli, Becerili ve İhtiyatlı Davranmak (Duty to Exercise Reasonable Care, Skill and Diligence)

Şirketler Kanunu'nun 174.maddesinde yöneticilerin, yetkilerini kullanırken makul derecede özenli, becerili ve ihtiyatlı davranmaları öngörülmüştür. Buradaki özen yükümlülüğü, genel bilgi, beceri ve deneyimiyle makul derecede ihtiyatlı bir kişiden beklenebilecek özen düzeyidir. Şirketler Kanunu'nun 174.maddesi hem müşterek hukuk hem de hakkaniyet kurallarına dayandırılmıştır<sup>41</sup>.

Müşterek hukukta, yöneticiden beklenen şey, yetkilerini kullanırken ihmalkâr davranmamasıdır (not to act negligently)<sup>42</sup>. Özellikle şirkette yönetici olarak çalışacak daha alt kesim yöneticilerin gözlenmesinde ihmalkâr davranmamaları gerekir<sup>43</sup>. *Re Quenns Moat House plc (No 2) (2004) EWHC 1730 (Ch) (2005) 1 BCLC 136* no.lu davada, Sir Donald Rattee, özenel/nesnel özen standardı uyarınca şirketin yönetim kurulu başkanı ve müşterek icracı yönetim kurulu üyesi olan davalının kendisinden beklenen deneyim ve bilgisi çerçevesinde, finans müdürü tarafından hazırlanan hesap tablolarını, şüpheli bulabileceği derecede sorumlu olduğunu belirtmiştir. Konusunda uzman olan finans müdürünün performansından şüphe duymak için normal koşullarda makul bir neden mevcut olmamakla birlikte finans raporlarının doğruluğu hakkında aşikâr şüpheler vardır. Bu durumda hiçbir şüpheye düşmeden raporları onaylayan davalının ağır ihmeline karar verilmiş ve altı

<sup>41</sup> Mayson, French&Ryan, s. 490.

<sup>42</sup> Smith, s. 196.

<sup>43</sup> Mayson, French&Ryan, s. 491.

yıl görevden uzaklaştırılmıştır<sup>44</sup>. Görüldüğü gibi, İngiliz hukukunda Türk hukukundaki “tedbirli yöneticinin göstermesi gereken özen” ölçütünden farklı olarak yöneticilerin hem öznel hem de nesnel özen yükümlülüğü mevcuttur. Buradaki nesnellik makul derece ölçüsü, öznellik ise yöneticilerin fiduciary özelliğinden yani pay sahiplerinin, o kişileri seçerken belli özelliklerini dikkate almalarından kaynaklanmaktadır.

Özen standardına<sup>45</sup> ait bir başka düzenleme de 1986 tarihli İflas Kanunu'nun 214.maddesinde yer almıştır<sup>46</sup>. Daha önce müşterek hukukta, yöneticilerin “*şirket alacaklılarının menfaatlerini*” gözetmeleri öngörülürken 1986 tarihli İflas Kanunu'nun 214.maddesi ile bu husus yasal bir zemine kavuşmuştur. Kanun'un 214/1. fıkrasında; 2. fıkra hükmünün şirket yöneticilerine uygulanacağı, 2.fıkrasında; yöneticinin, şirketin iflastan kaçınmasını sağlayacak makul bir tedbir almamış olması, 3.fıkrasında mahkemece bu kişinin şirketin zarar görmemesi için küçük bile olsa bir çaba gösterdiği hususunda beyanda bulunulmaması ve 214/4.fıkrasında “şirket yöneticisinin makul derecede ihtiyatlı bir kişi olarak (i) Yönetici ile aynı işlevlere sahip bir kişiden beklenebilecek genel bilgi, beceri ve deneyimi ortaya koymuş olması (nesnellik) (ii) Yöneticinin sahip olduğu genel bilgi, beceri ve deneyimi göstermemiş olması (öznellik) öngörülmüştür. Mahkeme, böyle bir durumda yöneticilerin, şirketin borçlarından dolayı kişisel sorumluluğuna da hükmedebilecektir<sup>47</sup>.

#### **E. Menfaat Çatışmalarından Kaçınmak (Duty to Avoid Conflict of Interest)**

Şirketler Kanunu'nun 175.maddesi, yöneticilerin menfaat çatışmalarından kaçınmalarını öngörmektedir. Bu madde, yükümlülükler arasında en ayrıntılı düzenlemelere sahiptir.

Burada da tıpkı 171. ve 172.maddelerde olduğu gibi “şirket menfaati” kavramı ile karşılaşıyoruz. Buna göre, yönetici, kendi doğrudan ya da dolaylı

<sup>44</sup> **Mayson, French&Ryan**, s. 491.

<sup>45</sup> Özen standardı öznel/nesnel olarak nitelendirilmiştir. Bkz. **Mayson, French&Ryan**, s. 492.

<sup>46</sup> 214.maddenin kenar başlığı “Hatalı Ticaret (Wrongful Trading)” dir. Bkz. **Mayson, French&Ryon**, s. 490.

<sup>47</sup> **Smith**, s. 198. **Mayson, French&Ryan**, s. 486. Türk hukukunda da şirket zararından dolayı yöneticilerin sorumluluğu hususu TTK m.553'de düzenlenmiştir. Buna göre, yönetim kurulu üyelerinin (kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları) kusuru dolayısıyla şirketi zarar uğratması durumunda bu zarardan sorumlu olacakları hüküm altına alınmıştır.

menfaatleri ile şirket menfaatleri arasında çatışma yaratabilecek durumlardan kaçınmalıdır (m.175/1). Bu yükümlülük, özellikle, herhangi bir malın, bilginin ya da fırsatın (bu mal, bilgi veya fırsata bağlı manevi haklar var ise bunlar da dâhil) kullanımından kaynaklanan durumlarda da geçerli olacaktır (m.175/2). Bu yükümlülük, şirket ile ilişkili bir muamele veya düzenlemeden kaynaklanan menfaat çatışmasında geçerli olmayacaktır (175/3).

Söz konusu hüküm, iki hakkaniyet ilkesine dayandırılmıştır. Bunlar no-conflict (çatışma yok) ve no-profit (kar yok) kurallarıdır<sup>48</sup>. Konuya ilişkin müşterek hukuk ve hakkaniyet kuralları, söz konusu yükümlülükle ilgili şu esasları öngörmektedir<sup>49</sup>. Aşağıda sayılan ilkelerin, Türk hukukunda da “kurumsal yönetim ilkeleri arasında yer alması gerektiği kanaatindeyiz.

- 1) Yönetici, şirketin malvarlığı üzerinden (sadece fiziksel değil aynı zamanda ticari bilgi ve fırsatlar da dâhil olmak üzere) kişisel bir menfaat sağlamış ise bunun hesabını vermekle yükümlüdür. Önceden sadece müşterek hukuk kuralı olan bu husus Şirketler Kanunu 175-177 maddelerde hüküm altına alınmıştır.
- 2) Yöneticinin, şirketten piyasa fiyatından düşük pay senedi satın alması ve daha sonra da bunları yüksek fiyatta satması durumunda fiyat farkının hesabını vermesi gerekir.
- 3) Yöneticinin, kuruculardan ya da şirkete mal satan kişilerden maddi hediye veya pay alması durumunda bunların hesabını şirkete vermesi gerekir. Çünkü burada bir menfaat çatışması doğmuştur.
- 4) Yönetici, üçüncü kişilerle müzakerelerde şirket menfaatini en üst düzeyde gözetmekle yükümlüdür. Ancak diğer taraftan bir hediye kabul ediyorsa bunu yapması mümkün değildir.
- 5) Yönetici, tedarikçilerden aldığı komisyonları da şirkete bildirmekle yükümlüdür.
- 6) Yönetici, herhangi bir nedenle elde ettiği karın hesabını şirkete vermekle yükümlüdür. Buradaki ölçüt şirketin zarar etmesi değil, yöneticinin kar elde etmesidir. İki ya da daha çok şirkette yöneticilik yapan bir kişinin, bir şirketin menfaatini diğerinden üstün tutması durumunda ise Şirketler Kanunu m.994’de düzenlenen “haksız önyargı (unfair prejudice) durumu ile karşılaşma riski vardır.

Yöneticilerin güven ve sadakat yükümlülüğü (fiduciary) ile ilgili olarak İngiliz Yüksek Mahkemesi bir kararında, çalıştığı şirketten ayrılan bir yöne-

<sup>48</sup> Mayson, French&Ryan, s. 494.

<sup>49</sup> Smith, s. 201.

ticinin, müşterileri kendi kurduğu şirkete reklam vermeleri yönündeki ikna çabasını söz konusu yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirmiştir<sup>50</sup>.

Menfaat çatışmaları ile ilgili olarak son bir hususu da dile getirmek gerekir. Menfaat çatışması, alacaklılar ile pay sahipleri arasında ya da pay sahiplerinin kendi aralarında ortaya çıkarsa yöneticilerin nasıl bir tutum izlemesi gerektiği konusunda şöyle bir düşünce mevcuttur: Alacaklılar ile diğer gruplar arasındaki doğal menfaat çatışmalarında, şirketin iflas riski mevcut ise alacaklıların menfaatine öncelik tanınması öngörülmektedir. Şirketin iflas tasfiyesine girmesi durumunda ise alacaklıların tasfiye memur atama ve şirketin kontrolünü ele geçirme hakları mevcuttur<sup>51</sup>.

#### **F. Üçüncü Kişilerden Menfaat Kabul Etmemek (Duty not to Accept Benefits from Third Parties)**

İngiliz hukukunda yöneticilerin üçüncü kişilerden menfaat elde etmeme yükümlülüğü Şirketler Kanunu'nun 176.maddesi ile hükme bağlanmıştır. Burada "üçüncü kişi" tabiri, şirket dışından bir kişiyi, şirketle bağlantılı bir tüzel kişiyi ya da bunların temsilcisini kapsamaktadır. Bir menfaatin kabul edilmesi, makul koşullarda şirket menfaati ile çatışma olarak görülemeyecek ise yükümlülük ihlal edilmiş sayılmayacaktır. Bu yükümlülük, yönetici görevden ayrılmış olsa bile, zamanında yapmış olduğu işlerle ilgili olarak devam edecektir<sup>52</sup>.

#### **G. Şirketi İlgilendiren Bir İşlem ya da Faaliyette Herhangi Bir Menfaati (Bağı) Var ise Bunu Diğer Yöneticilere Bildirmek (Duty to Declare Interest in Proposed Transaction or Arrangement).**

Şirketler Kanunu'nun 177. maddesi uyarınca, yöneticilerin şirketle ilgili bir muamele ya da faaliyete kişisel menfaati (bağı) var ise bunun nedenini ve kapsamını diğer yöneticilere bildirmesi gerekir<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> **Smith**, s. 203. CMS Dolphin Ltd v Simonet Ltd [2001] 2 BCLC 704. Davanın kısa özeti şöyledir: Simonet, şirket kurucusu ile anlaşamayıp rakip bir acente kurmuş ve eski işyerindeki müşterilerin kendi firmasına reklam vermesi için ikna etmeye çalışmıştır. Dava Sminet'in eski şirketine yönelik sadakat ve güven (fiduciary) yükümlülüğünün ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararın giderilmesi taleplidir. Yüksek mahkeme, Simonet'in bu tutumundan dolayı hükmi yediemin (constructive trustee) gibi sorumlu olduğuna hükmetmiş ve elde edilen gelirin davacıya ödenmesini kararlaştırmıştır.

<sup>51</sup> **Mason, French&Ryan**, s. 487.

<sup>52</sup> **Mayson, French&Ryan**, s. 500.

<sup>53</sup> **Smith**, s. 211.



Görüldüğü gibi 175 ila 177.maddeler birbirini tekrarı niteliğindedir. Söz konusu maddelerin amacı, yöneticilerin konumları nedeniyle kişisel menfaat elde etmelerinin önlenmesidir. Gerek kişisel menfaatleri ile şirket menfaatlerinin çatışmasından kaçınma, gerek üçüncü kişilerden menfaat temin etmemeleri gerekse şirketin muamele ve faaliyetlerine kişisel ilgi duymaları halinde bunu diğer yöneticilerle paylaşma yükümlülükleri esasen kurumsal yönetimin yapı taşlarıdır. Bu bağlamda, 2010 tarihli Rüşvet Kanunu (Bribery Act 2010) ve 2018 tarihli Birleşik Krallık Kurumsal Yönetim Koduna (The UK Corporate Governance Code 2018) da değinmek gerekir. Yukarıda yükümlülükler incelenirken karşılaşılan “hediye alma, menfaat kabul etme”, “hediye verme, menfaat sağlama” gibi fiiller, bunların karşılığında hukuka aykırı bir sonucu elde etmeye yönelik olduğunda hukuk düzenininin bu davranışları mazur görmesi düşünülemez.

2010 tarihli Rüşvet Kanunu’nun “Ticari Kuruluşların Rüşveti Önlemede Başarısız Olması (Failure of Commercial Organizations to Prevent Bribery) başlıklı Bölümünde şirketlerin rüşvetle mücadelesi, 7. ila 9.maddelerde düzenlenmiştir. Kanun’un 7.maddesinde “bir ticari kuruluşla bağlantılı bir kişinin, ticari kuruluşa iş sağlamak veya mevcut bir işi sürdürmek veya hut bir işin elde edilmesi veya devamında avantaj sağlamak için bir üçüncü kişiye rüşvet vermesi durumunda ticari kuruluşun kendisi suç işlemiş sayılır” hükmüne yer verilmiştir (m.7/1)<sup>54</sup>. Ticari kuruluş, rüşvetin önlenmesi için her türlü tedbiri aldığı kanıtlayabilirse sorumluluktan kurtulur (m.7/2).

<sup>54</sup> Türk Hukukunda da rüşvetle mücadele için bağımsız bir düzenleme mevcuttur. 1990 tarihli ve 3628 sayılı “Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu’nda bu suçların süjesi “kamu görevlileri” ile sınırlanmıştır. Öte yandan bu Kanun’un kooperatiflerde de uygulanması için 2010/1 sayılı bir Tebliğ de yayımlanmıştır. “Tebliğ kapsamına neden sadece kooperatifler alınmıştır?” sorusunun cevabı kanaatimizce Türkiye’de kooperatiflerin sui generis yapısında bulunabilir. Kooperatifler her ne kadar TTK m.124 ile şirket türleri arasında sayılsa da diğer şirketlerden farklı olarak 24.04.1969 tarih ve 1163 sayılı bağımsız bir Kooperatifler Kanunu ile düzenlenmiştir. Kooperatiflerin amacı, diğer ticaret şirketleri gibi bir ticari işletme işletmek ya da gelir sağlama değil daha ziyade ortaklarının ekonomik menfaatlerini veya geçimlerini sağlamaktır. Kanun’un 1.maddesinde de bu şekilde tanımlanmıştır. Dolayısıyla kooperatiflerin kamusal yapısı daha belirgindir. Öte yandan 5237 sayılı TCK m.252 ve 253’de de rüşvetle mücadele hükümleri mevcuttur. TCK m.252/8’de bu madde hükümlerinin konumuz açısından e ve f bentlerinde kooperatifler ve halka açık anonim şirketler adına hareket eden kişilere, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi; bu kişiler tarafından talep veya kabul edilmesi; bunlara aracılık edilmesi; bu ilişki dolayısıyla bir başkasına menfaat temin edilmesi halinde de uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Kooperatifler ve HAAO’lar kamusal yönü ağırlıklı şirketlerdir. Burada “tüm şirketlerin kamusal yapısı

Kanun'un 1/ 2 (a) bendinde rüşvet ile kast edilen şeyin "finansal veya diğer bir avantaj vaat etme veya sağlama" anlamına geldiği, 1/ 2 (b)'de ise bu eylemin rüşvet suçu sayılması için, finansal veya diğer bir avantaj vaadi veya tedariki sonucunda karşı tarafın "hukuka aykırı bir iş ya da faaliyeti yerine getirmesinin amaçlanması" gerektiği ifade edilmiştir. Konumuz açısından bu Kanun'un önemi şöyle açıklanabilir: Kanun'un 7.maddesinde düzenlenen suçun işlenebilmesi için rüşvet veren kişinin, ticari kuruluş için çalışan veyahut onu temsile yetkili olması yeterlidir. Bir başka deyişle "yönetici" (üst veya alt düzey her türlü yönetici) konumundan söz edilmektedir. Şirketler Kanunu'nun 173-177 maddeleri, yöneticilerin, üçüncü kişilerle ilişkilerinde hediye ya da başka türlü menfaatler kabul etmelerinin hukuki olmadığını vurgulamaktadır. Bu düzenlemeler, rüşvet suçunun önüne geçmeyi amaçlamaktadır.

#### **H. Mevcut Bir İşlem veya Faaliyette Menfaati Söz konusu ise Bunu Diğer Yöneticilere Bildirmek (Duty to Declare Interest in Existing Transactions/Arrangements)**

İngiliz hukukunda yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin kaynaklar Kanun'un 171-177.maddelerini açıklar. Ancak kanaatimizce Şirketler Kanunu'nun 182.maddesi de bu kapsamda ele alınmalıdır. Kanun'un 182/1 fıkrası hükmü uyarınca şirketin yürürlüğe koyduğu bir işlem ya da faaliyette doğrudan veya dolaylı menfaati olan bir yöneticinin, bunu diğer yöneticilere bildirmesi zorunlu tutulmuştur. Bu bildirim, mümkün olan en kısa sürede, YK toplantısında ya da yazılı olarak yapılmalıdır<sup>55</sup>. Söz konusu hüküm, ödünç, ödünç benzeri işlemler ve kredi işlemlerine de uygulanacaktır.

#### **İ. Yöneticilerin Sorumluluğu**

İngiliz hukukunda, yukarıda açıklanan yükümlülüklerin ihlali veya ihlal tehdidi (threatened breach) durumunda uygulanacak yaptırımlar yine müşterek hukuk ve hakkaniyet hukuku ilkelerine göre belirlenmiştir (m.178/1). Yöneticilerin hukuki sorumluluğu Şirketler Kanunu'nun 178.maddesinde düzenlenmiştir. Kanun'un 174.maddesi hükmü hariç olmak üzere bu maddelerde düzenlenen yükümlülüklerle, yöneticilerin güven ve bağlılık esaslarına göre başvurulacaktır. (m.178/2).

---

yok mudur?" sorusu ile karşılaşılabılır. Bu sorunun yanıtı de lega feranda hukuk açısından kanaatimizce "kısmen evet" olmalıdır. Bu makalenin nihai amacı, Türk hukukuna bir nebze katkı sağlayabilmektir. Şirketlerin mekanik bir oluşum değil aslında toplumsal bir birey gibi düşünülmesi gerekir. Sonuç bölümünde bu konudaki düşüncelerimizi paylaştık.

55

Marson, s. 567.

Yöneticilerin Şirketler Kanunu'nda düzenlenen yükümlülükleri ihlali veya ihlal tehdidi durumunda şirketin uğradığı zararı tazmin yükümlülüğü doğabilecektir<sup>56</sup>. Bu yükümlülük, yöneticilerin iyi niyetli ve şirket menfaatlerini gözeterek işlem yaptıkları hallerde de söz konusu olabilecektir. Özellikle, yöneticinin aldığı kararların çevreye olumsuz etkileri sonucu şirkete yüklenecek tazminatın, yöneticiye rücu söz konusu olabilecektir<sup>57</sup>. Bir yönetici, şüphe oluşmasını gerektirecek koşullar mevcut değil ise, ona bağlı çalışan alt yöneticilerin karar ve işlemlerinde yer almamış ve bilgisi yok ise kendisine bir sorumluluk yüklenemeyecektir<sup>58</sup>. Tüm yönetim kurulu toplantılarına katılmamış olması ona sorumluluk atfedilmesine yol açmaz ancak bu davranışı alışkanlığa dönmüş ise sorumluluğa neden olabilir ve bu sorumluluk icracı yöneticiler ve nitelikli ya da deneyimli (icracı olmayan) yöneticiler bakımından ağırlaştırılmış sorumluluğa neden olabilir<sup>59</sup>.

Yükümlülükleri diğer alt yöneticilerle birlikte ihlal eden bir yönetici, onlarla müşterek ve müteselsilen sorumludur ve şirket kaybını diğerleriyle birlikte tazmin etmesi gerekebilir. Yöneticinin, bu işten sadece kendinin menfaat sağlaması durumunda diğerlerinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır<sup>60</sup>.

Şirket, yöneticinin üçüncü kişilerden bir menfaat elde etmesi durumunda hesap vermesini talep edebilir ve yapılan sözleşmenin feshi yoluna başvurabilir.

Şirket açısından bir başka seçenek de yükümlülüğünü ihlal eden yöneticinin yaptığı sözleşmeyi onaylamasıdır<sup>61</sup>. Bu durumda yöneticinin sorumluluğu ortadan kalkacaktır.

## II. TÜRK HUKUKUNDA YÖNETİCİLERİN YÜKÜMLERİNE GENEL BİR BAKIŞ

Türk Ticaret Kanunu'nun 375.maddesinde, anonim şirketlerde yönetim kurulunun vazgeçilmez ve devredilmez görev ve yetkileri düzenlenmiştir<sup>62</sup>.

<sup>56</sup> **Marson**, s. 567.

<sup>57</sup> **Marson**, s. 567.

<sup>58</sup> **Smith**, s. 212.

<sup>59</sup> **Smith**, s. 212.

<sup>60</sup> **Smith**, s. 212.

<sup>61</sup> **Smith**, s. 213, **Marson**, s. 568.

<sup>62</sup> Yönetim kurulunun görev ve yetkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Üçışık, Güzin/Çelik**, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 396-475.

Yönetim kurulu üyeleri veya kısaca yöneticiler, bu görevlerini yerine getirirken yapma ve yapmama biçiminde birtakım yükümlülüklerle tabidirler. Bunların başında, yönetim ve gözetim yükümü gelir<sup>63</sup>. Yönetim kurulu üyeleri, yönetim ve gözetim görevlerini özenle ve şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun biçimde gözeterek yerine getirmeleri beklenmektedir. TTK m.369'da "Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyararak gözetmek yükümlülüğü altında" olduğu hükme bağlanmıştır. Yöneticilerden, şirket işlerinde her şeyden önce "tedbirli bir yöneticiden beklenen özen (İş adamı kararı: Business judgement rule)" yükümlülüğüne uymaları öngörülmüştür<sup>64</sup>. Bu özen yükümlülüğü, daha önceki düzenlemede öngörülen "basiretli iş adamı" kuralına göre çok daha hafif ve nesnelir<sup>65</sup>. Bu hükümde, "şirketin menfaatlerini" gözetme yükümü de mevcuttur. Aşağıda "şirket menfaati" konusunu İngiliz hukuku açısından da inceleyeceğiz. Burada bir konuyu da vurgulamak gerekir. TTK'da yöneticiler için "sır saklama" yükümlülüğü düzenlenmemekle birlikte<sup>66</sup> "şirket menfaati" açısından "şirket sırlarının saklanması" da bir zorunluluktur. Özen yükümlülüğünün ihlali durumunda TTK m. 553. uyarınca göre kusur sorumluluğu hükümlerine başvurulabilir.

Yönetim kurulu üyeleri, toplantılara birbirlerini temsilen katılamayacakları gibi vekil de tayin edemezler (TTK m.390/2)<sup>67</sup>. Bunun nedeni yönetim kurulu üyelerinin bir seçimle gelmeleri dolayısıyla kendilerini seçen

<sup>63</sup> **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Genel esaslar, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4.Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 472, **Üçışık/Aydın**, s. 488.

<sup>64</sup> **Üçışık/Aydın**, s. 489, 6762 sayılı eski TTK'nun 320.maddesinde yöneticilerin göstermesi gereken özenin derecesi hususunda eski BK m.320'de, adi ortaklıkta ortakların göstermesi gereken ihtimamın derecesini düzenleyen m.528/2'ye atıf yapılmıştı. Adi ortaklığın ticari işletme işletmesi durumunda ortakların her birinin tacir olduğu kabul edildiği için, yöneticilerin, tacirin göstermesi gereken özen konusunda eski TTK'nun 20/2'deki basiretli iş adamı gibi sorumlu olduğu öngörülmüştü.

<sup>65</sup> **Güney**, Necla Akdağ: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul, 2016, s. 193, İş adamı kuralı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Turanlı** Hüsnü: A Fundamental Change of Perspective In the Liability of the Board of Managers In The New Turkish Corporate Law: Transformation From Prudent Man Rule to Business Judgment Rule, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 2 S.1, Ankara 2016, s. 81-89.

<sup>66</sup> Sır saklama yükümü, denetçiler için öngörülmüştür (TTK m.404). Ancak, "şirket menfaati'nin gözetilmesi yükümü, içinde "sır saklama"yı da barındırmaktadır. Bkz. **Üçışık/Aydın** s.493, **Tekinalp** s. 242.

<sup>67</sup> **Taşan**, Ayşe Selcen Kutgi: Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Yükümlülükleri ve tabi Olduğu Yasaklar, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:17 Sayı:34 Güz 2018/2 s.143-180, s. 144.

pay sahiplerinin bu kişilere duyduğu güvenin sürdürülebilir olmasıdır<sup>68</sup>. Kanun'da aksi davranışın yaptırımı yer almamakla birlikte, genel hükümlerden yola çıkılarak, bu şekilde alınan kararların “yokluk” yaptırımına tabi olacağını söyleyebiliriz.

TTK m.357'de “eşit işlem ilkesi” düzenlenmiştir<sup>69</sup>. Buna göre “pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur”. Bu hüküm gereği yönetim kurulu üyeleri, aynı koşullara sahip pay sahiplerine eşit işlem yapma yükümlülüğü altındadır<sup>70</sup>. Eşit işlem, aynı zamanda “kurumsal yönetim” ilkesinin bir gereğidir<sup>71</sup>. Eşit işlem ilkesine aykırı karar ve işlemlerin, TTK m.391/1'a bendi uyarınca geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır.

Yönetim kurulu üyelerinin bir başka yükümü de şirketle işlem yapmama ve şirketten borç almamaktır<sup>72</sup>. TTK m.395/1 gereği yönetim kurulu üyeleri şirket ile kendi adlarına ya da bir başka kişinin temsilcisi sıfatıyla herhangi bir işlem yapamazlar<sup>73</sup>. Buna karşılık genel kurul kararı ile işlem yasağı kaldırılabilir ya da bir işlem yapılmış ise buna icazet verilebilir<sup>74</sup>. Aksi halde şirket yapılan işlemin geçersiz (batıl) olduğunu ileri sürebilir, diğer taraf böyle bir iddiada bulunamaz. TTK 395/2'de düzenlenen şirkete borçlanma yasağı ile pay sahibi olmayan YK üyeleri ile 393.maddede sayılan yakınlarının nakit borçlanmaları yasaklanmıştır<sup>75</sup>. Bu bağlamda pay sahibi YK üyeleri için böyle bir yasak söz konusu değildir.

<sup>68</sup> **Güney**, s. 181, **Üçışık/Aydın**, s.488, **Tekinalp**, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 240.

<sup>69</sup> Eşit işlem ilkesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Yağmur**, Setanay: Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

<sup>70</sup> **Yıldız**, Şükrü: Anonim Ortaklıkta Paysahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 92.

<sup>71</sup> **Karasu**, s. 35.

<sup>72</sup> **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**: Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 13.Bası, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 370.

<sup>73</sup> **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 370.

<sup>74</sup> **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 371.

<sup>75</sup> Kanun'un ilk metninde m395/2'de “Yönetim kurulu üyesi, onun 393'üncü maddede sayılan yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit veya ayın borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilirler” hükmü mevcuttu. Yeni düzenleme ile pay sahibi olmayan YK üyelerinin nakit borçlanması yasaklanmıştır. Pay sahibi üyeler için aynı veya nakdi bir sınırlama getirilmemiştir. Oysaki İlk metnin gerekçesinde bu fıkra “sermayenin korunması

YK üyelerinin ortaklıkla rekabet etmemelerine ilişkin yükümlülüğü TTK m. 396'da düzenlenmiştir. Buna göre YK üyeleri, genel kuruldan izin almaksızın şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremez aksi halde şirket bir-takım yaptırımlara başvurabilir. Bunlar kısaca tazminat talebi, tazminat yerine yapılan işlemin şirket adına yapılmış sayılması ya da üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin şirkete ait olduğunu talep etmek olarak sıralanabilir. Burada öğrenme tarihinden itibaren üç ay, her hâlükârda bir yıllık bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür (m.396/3).

YK üyelerinin kendisinin şirket dışı kişisel menfaatiyle veya alt ve üst soyundan birinin ya da eşinin yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından birinin, kişisel ve şirket dışı menfaatiyle şirketin menfaatinin çatıştığı konulara ilişkin müzakerelere katılamayacağı hükme bağlanmıştır (m.393/1).

### **SONUÇ VE DEĞERLENDİRME**

Çalışmada İngiliz şirketler hukukunda yöneticilerin yükümlülerini incelemeye gayret ettik. Amacımız, Türk hukukunda yöneticilerin yükümlülüklerine yönelik farklı bir perspektif sunmaktır. Bu bağlamda aşağıda bazı öneriler yapmaya çalıştık.

İngiliz şirketler hukukunda yöneticilerin yükümlülükleri iki ana başlıkta toplanmaktadır. Bunlardan ilki şirket menfaatlerinin göz önünde tutulmasıyla birlikte ilişkili çevrelerin de menfaatlerinin dikkate alınmasıdır. İkinci konu ise “kişisel menfaatten kaçınmak” ve “şirketten gizli iş yapmamak” olarak özetlenebilir. Yöneticilerin yetkileri dâhilinde hareket etmeleri (m.171) bağımsız karar verme (m.173) ve özen yükümlülüğü (m174) Türk hukukunda da düzenlenen yükümlülüklerdir. Buna karşılık Türk hukukunda söz konusu ilk iki konuya hemen hiç değinilmediği için biraz daha açmak ve bazı önerilerde bulunmak gerektiği kanaatindeyiz.

İngiliz hukukunda paysahiplerinin menfaati kadar dikkate alınan diğer bir husus şirket menfaatidir. Şirket menfaati, sadece paysahiplerinin değil şirketle ilişki içinde olan ve şirketin başarısında etki edebilecek diğer kesimlerin de menfaatlerinin göz önüne alınmasının gerektirir. Diğer kesimler denildiğinde esas olarak çalışanlar, alacaklılar, tedarikçiler, müşteriler, top-

---

ilkesi”ne dayandırılmıştı. Çamoğlu'nun “değişiklikle artık bu amacın gerçekleşemeyeceği” yolundaki görüşüne katılıyoruz. Bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 373.

lum ve çevre kastedilmektedir. Bu bağlamda kurumsal sosyal sorumluluk projeleri önem taşımaktadır.

Türk hukukunda, “şirket menfaatlerinin iyi niyetle gözetilmesi” düzenlenmiş ancak şirket menfaatlerinin kapsamı ve yöneticilerin bu konudaki yükümlülüklerinin neler olduğu Kanun’da hüküm altına alınmamıştır. SPKu’nun Kurumsal Yönetim Tebliğinde diğer kesimlerin menfaatlerinin de kurumsal yönetim esasları çerçevesinde göz önünde bulundurulması öngörülmekle birlikte bununun TTK’nun ilgili bölümlerinde yükümlülük olarak düzenlenmemiş olması eksiklik olarak düşünülmektedir. Günümüzde kurumsal kimliğe sahip Türk şirketlerinin önemli bir bölümü, sosyal sorumluluk projeleri yürütmekte, çalışanlarının ve yerel halkın sağlığı, eğitimi, kültürel ve sanatsal konularda gelişimi için katkı sağlamaktadır. Söz konusu şirketler, bu konuda belirlenen uluslararası standartlara uyum için belli oranda fon tahsis etmektedir. Ancak kanaatimizce sayılan hususların Kanun’da hüküm altına alınması önem taşımaktadır.

İngiliz hukukunda düzenlenmekle birlikte Türk hukukunda eksik olduğunu düşündüğümüz ikinci husus, şirket yöneticilerine, menfaat çatışmalarından kaçınmak ve üçüncü kişilerle menfaat ilişkisine girilmemesi konularında bir yükümlülük vaz edilmemiş olmasıdır. Şirketler Kanunu’nun 175. maddesinde öngörülen ve yöneticilerin doğrudan ya da dolaylı olarak kişisel menfaatleri ile şirket menfaatlerinin çatışmasına neden olacak her türlü girişim veya karardan kaçınmaları kanaatimizce Türk şirketler hukukunda da yöneticilere bir yükümlülük olarak vaz edilmelidir. Aynı şekilde Şirketler Kanunu’nun 176. maddesinde öngörülen “üçüncü kişilerden menfaat kabul etmeme” ve mevcut ya da gelecekte yürütülecek bir faaliyette kişisel menfaati söz konusu ise bunu yönetim kurulu ile paylaşma yükümlülüğü (m.177, 182) de TTK’da yöneticiler için öngörülmelidir. Bu bağlamda, hem Türk Ticaret Kanunu’nda bu hususta yasal düzenlemeler getirilmeli hem de rüşvetle mücadele, sadece kooperatif yöneticileri için değil, tüm şirket yöneticileri için öngörülmelidir.

### KAYNAKÇA

- Aktan**, Coşkun Can/**Börü**, Deniz: Kurumsal Sosyal Sorumluluk, İGİAD YAYINLARI: 4 İş Ahlâkı Kitaplığı: 2. 2007, [https://www.researchgate.net/profile/Coskun\\_Can\\_Aktan/publication/318682140\\_Kurumsal\\_Sosyal\\_Sorumluluk/links/5bb9f9cd299bf1049b70fd38/Kurumsal-Sosyal-Sorumluluk.pdf#page=37](https://www.researchgate.net/profile/Coskun_Can_Aktan/publication/318682140_Kurumsal_Sosyal_Sorumluluk/links/5bb9f9cd299bf1049b70fd38/Kurumsal-Sosyal-Sorumluluk.pdf#page=37) (Erişim Tarihi:19.02.2021)
- Ashraf**, Tahir: Directors’ duties with a particular focus on the Companies Act 2006, <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/17542431211208540/full/pdf?title=directors-duties-with-a-particular-focus-on-the-companies-act-2006> (Erişim Tarihi: 17.02.2021)
- Çelik**, Adnan: Şirketlerin Sosyal Sorumlulukları, İGİAD YAYINLARI: 4 İş Ahlâkı Kitaplığı: 2, 2007, [https://www.researchgate.net/profile/Coskun\\_Can\\_Aktan/publication/318682140\\_Kurumsal\\_Sosyal\\_Sorumluluk/links/5bb9f9cd299bf1049b70fd38/Kurumsal-Sosyal-Sorumluluk.pdf#page=37](https://www.researchgate.net/profile/Coskun_Can_Aktan/publication/318682140_Kurumsal_Sosyal_Sorumluluk/links/5bb9f9cd299bf1049b70fd38/Kurumsal-Sosyal-Sorumluluk.pdf#page=37) s. 62 (Erişim Tarihi:19.02.2021)
- Akbay**, Direnç: Anonim Ortaklık Pay Sahipleri Arasında Yapılan Önalım Hakkı İçeren Sözleşmeler, İstanbul Hukuk Mecmuası, 77 (2): 697–746 DOI: 10.26650/mecmua.2019.77.2.0008 <http://dergipark.gov.tr/iuhfm> <http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/> (Erişim Tarihi: 01.07.2021)
- Güney**, Necla Akdağ: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Karasu**, Rauf: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim ile İlgili Getirilen Yenilikler, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 4 Sayı:2 Yıl 2013, s. 33-60, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/208298> (Erişim Tarihi: 08.02.2021).
- Marson**, James: Business Law, 2. Bası, Oxford Üniversitesi Baskısı, New York, A.B.D. 2011.
- Mayson, French&Ryan** on Company Law, 27.Edition, Oxford, United Kingdom, 2011.
- Okutan**, Nilsson, Gül: Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2003.
- Pashi**, Ali: “Compliance” Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi” (İÜHF C. LXXI, S. 2, s. 317-334). 2.Bası, İstanbul, 2013.



- Poroy/Tekinalp/Çamoğlu:** Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 13.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Pulaşlı,** Hasan: Şirketler Hukuku Genel esaslar, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4.Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Sarı, Ömer/Kulualp,** Halime Göktaş: Etik Kodlar Bağlamında Şirketlerin Kurumsal Yönetim İlkeleri Uyum Raporlarının İncelenmesi, UBAK Uluslararası Bilimler Akademisi, 2019, s. 167, [https://www.researchgate.net/profile/Oemer-Sari/publication/337143795\\_ETIK\\_KODLAR\\_BAGLAMINDA\\_SIRKETLERIN\\_KURUMSAL\\_YONETIM\\_ILKELERI\\_UYUM\\_RAPORLARININ\\_INCELENMESI/links/5dc6b2ed299b1a47b245abf/ETIK-KODLAR-BAGLAMINDA-SIRKETLERIN-KURUMSAL-YONETIM-ILKELERI-UYUM-RAPORLARININ-INCELENMESI.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Oemer-Sari/publication/337143795_ETIK_KODLAR_BAGLAMINDA_SIRKETLERIN_KURUMSAL_YONETIM_ILKELERI_UYUM_RAPORLARININ_INCELENMESI/links/5dc6b2ed299b1a47b245abf/ETIK-KODLAR-BAGLAMINDA-SIRKETLERIN-KURUMSAL-YONETIM-ILKELERI-UYUM-RAPORLARININ-INCELENMESI.pdf) (Erişim Tarihi:21.02.2021)
- Schwartz, M. S., Dunfee, T. W. & Kline, M. J.:** Tone at the Top: An Ethics Code for Directors? J Bus Ethics 58, 79 (2005). <https://doi.org/10.1007/s10551-005-1390-y> (Erişim Tarihi: 25.02.2021).
- [https://www.researchgate.net/publication/4781404\\_The\\_Effectiveness\\_of\\_Business\\_Codes\\_A\\_Critical\\_Examination\\_of\\_Existing\\_Studies\\_and\\_the\\_Development\\_of\\_an\\_Integrated\\_Research\\_Model](https://www.researchgate.net/publication/4781404_The_Effectiveness_of_Business_Codes_A_Critical_Examination_of_Existing_Studies_and_the_Development_of_an_Integrated_Research_Model) (25.02.2021)
- Smith and Keenan's** Company Law, 17.Baskı, Pearson, Harlow, United Kingdom, 2016.
- Sulu,** Muhammed: Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Stevens,** Betsy: An Analysis of Corporate Ethical Code Studies: "Where Do We Go From Here?"1994, <https://link.springer.com/article/10.1007/BF00877156> (Erişim Tarihi: 22.02.2021)
- Taşan,** Ayşe Selcen Kutgi: Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Yükümlülükleri ve tabi Olduğu Yasaklar, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:17 Sayı:34 Güz 2018/2 s. 143-180.
- Tekinalp,** Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Turanlı,** Hüsnü: Türk ve İngiliz Şirketler Hukukuna Hâkim İlkeler, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi "Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklıklar" Sempozyumu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Turanlı,** Hüsnü: A Fundamental Change of Perspective In The Liability Of The Board Of Managers In The New Turkish Corporate Law:

Transformation From Prudent Man Rule To Business Judgment Rule, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 2 S.1, Ankara 2016, s. 81-89.

**Üçışık**, Güzin/**Çelik**, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

**Yağmur**, Setanay: Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesi, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

**Yıldız**, Şükrü: Anonim Ortaklıkta Paysahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

**Zhao**, Jingchen/**Tribe**, John: Corporate Social Responsibility in an Insolvent Environment: Directors' Continuing Obligations in English Law, CSR & Insolvency – ICCLR, 2010, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1914741](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1914741) (Erişim Tarihi: 20.02.2021)



## KONKORDATO MÜHLET SÜRELERİNDE TEMİNAT MEKTUPLARININ PARAYA ÇEVİRİLMESİ MESELESİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998179>

**Dr. Öğr. Üyesi Hilal ÜNAL KAYA\***

### Öz

*Ticari işlemlerin gündemine çeşitlenmesi ve hacminin artması, rehin, kefalet gibi klasik teminat türlerinin haricinde, daha etkili güvencelerin sağlanmasını gerekli kılmış ve bunun sonucunda piyasa güvenilirliği yüksek olan bankalarca düzenlenen teminat mektupları iktisadi yaşamdaki yerini almıştır. Hukukumuzda, banka teminat mektuplarına ilişkin henüz pozitif bir düzenleme yoktur. İlgili kurum, gelişimini daha çok yargı kararları ve doktrin aracılığı ile sürdürmektedir. Teminat mektuplarının asıl borç ilişkisine dair uyumsuzlıklardan etkilenmeksizin bankalar tarafından kolayca paraya çevrilebilmesi, bu yolla güvence altına alınan alacak bakımından konkordato sürecinde de önemli bir koruma sağlar. Ancak konkordato süreci, teminat mektubu ile güvence altına alınan menfaat dışında, çok çeşitli menfaat unsurlarını içerisinde barındıran ve kendine has özellikleri olan bir yargılama sürecidir. Teminat mektuplarının paraya çevrilmesinin bu sürece olan etkisi ise özellik arz eden ve çalışmamıza temel oluşturan ana unsurdur.*

### Anahtar Kelimeler

*Teminat mektubu, Konkordato, Borçlunun malvarlığı bütünlüğü, Alacaklılar arasında eşitlik, Muhafaza tedbirleri, İhtiyati tedbir*

---

\* Türk-Alman Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul (hilal.kaya@tau.edu.tr), ORCID: 0000-0001-6065-0919 (Geliş Tarihi: 21.06.2021-Kabul Tarihi: 25.07.2021)

## ISSUE OF CASHING LETTERS OF GUARANTEE DURING CONCORDAT RESPITE TERMS

*(Research Article)*

### **Abstract**

*The increase in volume and diversification of commercial transactions from day to day has made it necessary to provide more effective guarantees, instead of classic types of collateral such as deposits and warranties, and as a result, letters of guarantee issued by banks with high market reliability have taken their place in economic life. In our law, there is no positive regulation regarding bank guarantee letters yet. The relevant institution continues its development mainly through judicial decisions and doctrine. The fact that letters of guarantee can be easily cashed by banks without being affected by disputes about the principal debt relationship also provides important protection in the concordat process in terms of receivables secured in this way. But the Concordat process is a trial process in which a wide range of elements of interest come together and have their own characteristics, except for the interest secured by the letter of guarantee. The effect of cashing the letters of guarantee on this process is the main element that is characteristic and is the basis for our work.*

### **Keywords**

*Letter of guarantee, Concordat, Integrity of debtor's assets, Equality between creditors, Protective measures, Interim injunction*

## **GİRİŞ**

Taraflar, aralarında borç doğuran hukuki işlemlerde, kararlaştırdıkları edimin karşı tarafça yerine getirileceğini güvence altına almak isteyebilirler. Taraflardan birinin edimini hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi halinde, doğacak zararın banka tarafından karşılanacağını garanti eden teminat mektupları, sağladıkları bu güvence sayesinde hukuki ve iktisadi yaşamın önemli birer unsuru haline gelmişlerdir. Rehin, ipotek, kefalet gibi diğer teminat türlerine nazaran daha hızlı ve kolay paraya çevrilebilmeleri, teminat mektuplarına olan rağbeti gün geçtikçe arttırmaktadır.

Konkordato ise geçirdiği son değişikliklerle birlikte hukukumuzda önem kazanan ve sıkça başvurulmuş bir hukuki müessese olarak karşımıza çıkmaktadır. Konkordatoyla amaçlanan, ekonomik durumu bozulan borçluya, alacaklıları ile anlaşmak suretiyle, borçlarını tasfiye etme veya işletmesinin mali durumunu düzeltme imkânı tanımaktır. İstenilen amaca ulaşabilmek için konkordato mühlet süreleri içerisinde bazı tedbirlerin alınması öngörülmüştür. Konunun teminat mektupları bakımından önemi, konkordatonun başarıya ulaşması adına, mühlet sürelerinde alınabilecek tedbirler arasında teminat mektuplarının paraya çevrilmesinin önlenmesinin yer alıp alamayacağıdır.

Çalışmamızda öncelikle banka teminat mektuplarının hukuki niteliğine ilişkin genel açıklamalara yer verildikten sonra makalemizin temelini oluşturan asıl sorunun tespitiyle devam edilecektir. Sonrasında, tespit edilen bu soruna karşı doktrin ve yargı kararlarındaki yaklaşımlar gerekçeleriyle birlikte ele alınacak olup, en nihayetinde belirtilen gerekçeler üzerinden değerlendirmelerde bulunarak kendi görüşümüze yer verilmeye çalışılacaktır.

## **I. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ**

Banka teminat mektubu, bir hukuki ilişkide borçlunun alacaklıya karşı üzerine aldığı edimi hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi halinde, mektupta belirtilen tutarın banka tarafından alacaklıya ödeneceğini taahhüt eden sözleşmedir<sup>1</sup>. Bu ilişkide, teminat veren banka “garantör”, lehine teminat verilen asıl sözleşmenin borçlusu “lehtar”, teminatı alan asıl sözleşmenin alacaklısı ise “muhatap” olarak adlandırılır.

---

<sup>1</sup> **Akyazan**, Sıtkı: “Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar”, *BATİDER*, S. 3, 1974, s. 567; **Doğan**, Vahit: *Teminat Mektupları*, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s. 16 vd.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, teminat mektubu üç köşeli bir hukuki ilişki doğurur<sup>2</sup>. Lehtar ile muhatap arasındaki ilişki temel borç ilişkisidir. Lehtar, borcun kendisi tarafından gereği gibi ifa edilmemesi halinde, muhataba uğrayacağı zararın tazminini taahhüt eden bir teminat mektubu verilmesi için bankaya başvuruda bulunur. Başvurunun kabul edilmesi halinde banka ile lehtar arasında gayri nakdi bir kredi ilişkisi kurulmuş olur<sup>3</sup>. Banka teminat mektubu düzenlemekle lehtar lehine bir nevi sorumluluk kredisi vermektedir<sup>4</sup>. Şayet teminat mektubu ile güvence altına alınan edim gereği gibi ifa edilmez ve bu nedenle banka muhataba ödeme yapmak durumunda kalırsa, ödediği miktar kadar lehtara rücu edebilecektir<sup>5</sup>.

Banka teminat mektubunun verilmesi ile ortaya çıkan üçlü ilişkinin sonucusu ise banka ile muhatap arasında kurulan teminat mektubu sözleşmesidir. Bu sözleşme ile banka, muhatabın doğması muhtemel bir zararını karşılamayı taahhüt ederek tek taraflı bir borç üstlenmektedir. Teminat mektubu sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda, sözleşmenin kefalet sözleşmesi mi, garanti sözleşmesi mi yoksa kendine özgü karma bir sözleşme mi olduğu hususunda doktrinde uzunca bir süre tartışma yaşanmıştır<sup>6</sup>. Ancak Yargıtay'ın 1967 ve 1969 tarihli İçtihadı Birleştirme kararlarından sonra,

<sup>2</sup> Detaylı bilgi için bkz: **Doğan**, s. 43 vd.

<sup>3</sup> 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 48/1'de şu hükme yer verilmiştir: "*Bankalarca verilen nakdi krediler ile teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler... bu Kanun uygulamasında kredi sayılır.*" Detaylı bilgi için bkz: **Aral**, Fahrettin, "Teminat Mektuplarında Lehtar ile Muhatap ve Lehtar ile Banka Arasındaki Hukuki İlişki", **BATİDER**, S. 2, 2007, s. 198; **Önder**, Bengisu: Türk Hukuku'nda Banka Teminat Mektupları, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi-Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2019, s. 74, 75.

<sup>4</sup> **Doğan**, s. 98.

<sup>5</sup> Uygulamada bankalar daha çok müşterileri ile aralarındaki kontrgaranti sözleşmesine dayanarak rücu haklarını kullanmaktadırlar. Kontrgaranti sözleşmesi, bankanın yapacağı ödeme dolayısıyla üstlendiği riskin güvencesini oluşturur. Ancak arada kontrgaranti sözleşmesi bulunmasa dahi, bankanın rücu hakkının doğacağı kabul edilir. Bu rücu ilişkisinin hukuki temeli hakkındaki görüşler için bkz: **Tandoğan**, Haluk: "Bankaların Akdi Bir Mükellefiyetin Yerine Getirilmesi İçin Verdikleri Teminat Mektupları Yüzünden Muhataba Ödemede Bulunmaları Halinde Lehdara Rücu Edebilmeleri Meselesi Hakkında", **BATİDER**, S. 4, 1970, s. 657 vd.; **Doğan**, s. 472 vd.; **Yener Coşkun**, Hilal: Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hakları ve Borçları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 222 vd.

<sup>6</sup> Tartışmalara ilişkin detaylı bilgi için bkz: **Sav**, Atilla: "Banka Teminat Mektuplarının Haczi", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 1967, s. 48, 49; **Başara**, İzzet: "Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği", **TBB**, S. 83, 2009, s. 307 vd.

teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul görmüştür<sup>7</sup>.

Garanti sözleşmesi, kefalet sözleşmesi gibi şahsi bir teminat oluşturmakla birlikte, onu kefalet sözleşmesinden ayıran en büyük özellik, kefaletin fer'i nitelikte bir borç olmasına karşın, garanti sözleşmesinde garanti verenin borcunun asıl borçtan bağımsız ve asli nitelikte bir borç olmasıdır<sup>8</sup>. Bu nedenle, teminat mektubu düzenleyen banka, lehtar ile muhatap arasındaki sözleşmeden bağımsız ve asli bir yükümlülük altına girmektedir. Bankanın yükümlülüğü, kural olarak asıl sözleşmenin varlığına, geçerliliğine ve dava edilebilir olup olmamasına bağlı değildir<sup>9</sup>. Borcun bağımsız ve asli olması nedeniyle banka, lehtara ait def'i ve itirazları muhataba karşı ileri sürerek ödemedi kaçınmaz<sup>10</sup>. Bu kuralın istisnası, muhatapın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanımı niteliği taşıdığı açıkça anlaşılabilir olduğu halde<sup>11</sup>. Bankanın kendisine ait def'i ve itirazları, diğer bir ifadeyle kendisi ile muhatap arasındaki sözleşmeden kaynaklanan def'i ve itirazları ileri sürmesinde ise herhangi bir sakınca yoktur<sup>12</sup>.

## II. KONKORDATO DÖNEMİNDE TEMİNAT MEKTUPLARININ PARAYA ÇEVİRİLMESİ MESELESİ

### A. Sorunun Tespiti

Borçların yeniden yapılandırılarak tasfiyesine yahut borçlunun mali durumunun iyileştirilmesine (bazen de her iki amaca birden) hizmet eden konkordato, borçlu ve alacaklı menfaati yanında, kamu menfaatinin de

---

<sup>7</sup> YIBHGK. 13.12.1967, E. 1966/16, K. 1967/7 (Lexpera); YIBHGK. 11.06.1969 E. 1969/4 K. 1969/6 (Lexpera). Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, tarafların irade serbestisi çerçevesinde, teminat mektuplarını kefalet sözleşmesi niteliğinde yapmalarında da bir sakınca yoktur. Ancak sözleşmenin içeriğinden böyle bir sonuca varılamıyorsa verilen teminat mektubunun garanti sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Bkz: **Başara**, s. 312.

<sup>8</sup> **Reisoğlu**, Seza: Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. Baskı, Yazarın Kendi Yayını, Ankara 2003, s. 36; **Doğan**, s. 34; **Aral**, s. 190.

<sup>9</sup> **Doğan**, s. 42; **Başara**, s. 306.

<sup>10</sup> YHGK, 14.11.2001, E. 2001/11-996, K. 2001/1026 (Legalbank).

<sup>11</sup> Yargı kararlarında ve doktrinde bankanın hakkın kötüye kullanımı nedeniyle ödeme yapmaktan kaçınabilmesi için likit (somut) delillerin varlığı aranmaktadır. Bkz: **Tunç Yücel**, Müjgan: "Banka Teminat Mektuplarının İhtiyati Tedbire Konu Olması Üzerine Medeni Usul Hukuku Bakış Açısından Bir İnceleme", BÜHFD, S. 107-108, 2013, s. 3, 4. Karş. **Reisoğlu**, s. 295, 296. Ayrıca bkz: Yargıtay 11. HD, 25.10.2010, E. 2009/3511, K. 2010/10747 (Lexpera).

<sup>12</sup> **Doğan**, s. 66; **Yener Coşkun**, s. 243.



gözetildiği hukuki bir kurumdur<sup>13</sup>. Konkordatoya ister borçların tasfiyesi amacıyla isterse de borçlunun mali durumunun iyileştirilmesi amacıyla başvurulmuş olsun, her iki durumda da borçlu ile alacaklılar arasında sağlıklı bir müzakere ortamının yaratılması, konkordatonun başarısı için ön koşuldur. Sağlıklı bir müzakere ortamı ise ancak borçlunun cebri icra tehdidi altında kalmaksızın; alacaklılarıyla bir anlaşmaya varıncaya kadar malvarlığı bütünlüğünün korunmasıyla mümkündür. Bu durum, aslında borçlunun olduğu kadar, alacaklıların da lehinedir, çünkü konkordato başarılı bir sonuca ulaşırsa alacaklılar da cebri icra yoluyla elde edebileceklerine nazaran daha fazla oranda ve mümkün olduğunca eşit şartlarda alacaklarına kavuşma olanağı bulurlar<sup>14</sup>. Uzlaşma temelinde başarıyla sonuçlanan bir konkordato ise, şüphesiz toplumsal barışın ve iktisadi yaşamın korunmasına katkı sağlar<sup>15</sup>.

Konunun teminat mektupları açısından önemi, konkordato mühlet süreleri içerisinde mektupların paraya çevrilmesinin sürece olan etkisi nedeniyle ortaya çıkar. Teminat mektuplarının asıl borç ilişkisine dair uyumsuzlıklardan etkilenmeksizin; talep üzerine, ekonomik yönden güçlü bankalarca derhal paraya çevrilebilir olması, muhatap için önemli bir avantaj sağlar. Muhataba teminat mektubu ile sağlanan hak ve yetkiler kural olarak konkordato sürecinden etkilenmeksizin kullanılabilir. Ancak kimi zaman, teminat mektubunun sahibine sağladığı menfaat ile konkordatonun bir bütün olarak başarısına bağlı diğer menfaat ya da menfaatler karşı karşıya gelebilir. İşte yanıtlanması gereken soru da bu noktada ortaya çıkmaktadır: Acaba konkordato yargılamasını yürüten mahkeme, söz konusu menfaatler dengesi içerisinde nasıl bir yol izlemelidir? Mahkeme, konkordatonun bir bütün olarak başarısını riske atmamak adına, mühlet süreleri içerisinde teminat mektuplarının paraya çevrilmesini önlemeye yönelik tedbir kararı verebilir mi?

### B. Doktrindeki Yaklaşım

Doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, bir borçlunun konkordatoya başvurmuş olması, teminat mektuplarının paraya çevrilmesi için tek başına yeterli bir neden değildir<sup>16</sup>. Bankanın muhataba (alacaklıya) ödeme yapabil-

<sup>13</sup> **Atalı**, Murat: “Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları”, 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, (Editör: Özekes M.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 88, 89.

<sup>14</sup> **Tanrıver**, Süha/**Deynekli**, Adnan: Konkordatonun Tasdiki, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 31.

<sup>15</sup> **Atalı**, Murat/**Ermenek**, İbrahim/**Erdoğan**, Ersin: İcra ve İflâs Hukuku 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 618.

<sup>16</sup> Konkordatonun tek başına sözleşmenin sona erdirilmesi sebebi olamayacağını düzenleyen İİK m. 296/1 hükmü de bu sonucu destekler niteliktedir. **Kale**, Serdar, iç.

mesi için her şeyden önce teminat mektubunda belirtilen riskin gerçekleşmiş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, borçlunun teminat mektubu ile garanti edilen yükümlülüklerinden bir veya birkaçını yerine getirmemiş olması gerekir ki, banka muhataba ödeme yapabilsin. Tazmin yükümlülüğünün şartları oluştuktan sonra ise artık banka, borçlunun konkordato ilan etmiş olmasını ileri sürerek ödemedi kaçınmaz<sup>17</sup>.

Teminat mektubu ile güvence altına alınan riskin gerçekleşmesi durumunda, mektubun mühlet sürelerinde paraya çevrilmesine tedbir kararı yoluyla müdahale edilip edilemeyeceği sorusuna, doktrindeki baskın görüş olumsuz yanıt vermektedir<sup>18</sup>. Bankanın yükümlülüğünün asıl borç ilişkisinden bağımsız ve asli olması gerekçe gösterilerek muhatapın bankaya başvurma hakkının mühlet sürelerinde engellenememesi gerektiği düşünülmektedir. İlgili görüş uyarınca, mektupların paraya çevrilmesinin önlenmesine yönelik tedbir kararı, muhatap ile banka arasındaki ilişkiye haksız bir müdahale teşkil eder<sup>19</sup>.

Yukarıdaki görüşü destekler nitelikteki bir diğer görüş, doğrudan teminat mektuplarına ilişkin olmamakla birlikte, konkordato mühlet süreleri içerisinde, maddi hukuka ilişkin hakların kullanılmasını etkiler şekilde ihtiyati tedbir kararı verilememesi gerektiği yönündedir<sup>20</sup>. İlgili görüş taraftarları, konkordato sürecinde maddi hukuka yönelik tedbir kararı verilmesi halinde,

---

Öztek-Konkordato Şerhi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, m. 296 No. 19; Sarısözen, M. Serhat: Konkordato, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 325. Karş. Uyar, Talih: Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, 2. Baskı, TBB Yayınları, Ankara 2019, s. 119.

<sup>17</sup> Sakarya BAM, 7. HD., T. 12.2.2020, E. 2019/2265 K. 2020/211 (Lexpera).

<sup>18</sup> Kale, iç. Öztek-Konkordato Serhi, m. 296, No. 20; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 572; Sarısözen, Konkordato, s. 325, 330; Topsakal, Ugur/Bayraktar, Orkun: “Konkordato Yargılamalarında Maddi Hukuka İlişkin İhtiyati Tedbir Kararları”, (Lexpera Blog).

<sup>19</sup> Topsakal/Bayraktar, (Lexpera Blog). Karş. Kale, iç. Öztek-Konkordato Serhi, m. 296, No. 20, 21.

<sup>20</sup> Pekcanitez, Hakan/Erdönmez, Güray: Konkordato, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 31, 32; Sarısözen, M. Serhat: “Geçici ve Kesin Mühlet Kararı” iç. MİHBİR XVI, 7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı 2019, s. 54, 55; Topsakal/Bayraktar, (Lexpera Blog). Karş. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 6. Baskı, s. 572. Aksi yönde: Atalay, Oğuz: “Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler”, 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, (Editör: Özkes M.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 128.

telafisi imkânsız hak kayıplarının doğmasından endişe etmektedir<sup>21</sup>. Teminat mektubu sözleşmesinin de bir garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu ve sonuçlarını maddi hukuk alanında doğurduğu göz önüne alındığında; ilgili görüşün, mühlet süreleri içerisinde teminat mektuplarının paraya çevrilmesine ihtiyati tedbir yoluyla müdahale edilemeyeceği yönündeki baskın görüşü destekler nitelikte olduğunu söylemek mümkündür.

### C. Yargı Kararlarındaki Yaklaşım

Teminat mektuplarının konkordato döneminde nakde çevrilmesine ilişkin bölge adliye mahkemeleri kararları arasında farklılıklar bulunmaktadır. Konu henüz Yargıtay tarafından açıklığa kavuşturulmamıştır. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi 2018 yılında verdiği bir kararda, konkordato ilan eden borçlunun malvarlığının korunması adına, teminat mektuplarının nakde çevrilmesinin tedbiren önlenebileceğini belirterek, şu ifadelerle yer vermiştir: ‘[...] Konkordato mühleti içinde, borçlunun mal varlığının korunmasına dair ve konkordatonun amacının öngördüğü tüm tedbirlerin alınması gerekir. Konkordato talep eden borçlunun, konkordato işlemlerini gerçekleştireceği bu süreç içinde, icra ve iflas takiplerine muhatap kılınması ve bir kısım tedbirlerin alınmaması malvarlığının tümüyle elinden çıkmasına yol açabilir. Oysa konkordatoda temel ilke, borçlunun malvarlığının başında bulunması ve işletmesini yeniden sağlam bir yapıya kavuşturmasının sağlanması olduğundan, bu dönemde tedbirlerin alınmaması sonucunda malvarlığının tasfiye edilmesi durumu ile karşılaşması hali konkordato kurumunun amacı ile bağdaşmayacaktır... Açıklanan nedenlerle ve özellikle 2004 sayılı İİK. nun 287. Maddesinde ki, mahkemenin borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü bütün tedbirleri alır düzenlemesi de göz önünde bulundurularak, konkordatonun amacı ile aykırı düşmeyecek olan, davacı şirket lehine düzenlenen teminat mektuplarının, geçici mühlet kararının verilmesinden sonra muhatap bankaya ibraz eden taraflara ödenmesinin tedbiren önlenmesine karar vermek gerekirken yazılı gerekçelerle reddine karar verilmesi doğru olmamıştır [...]’<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Sarısözen, “Geçici ve Kesin Mühlet Kararı”, s. 54, 55. Albayrak, taraflar arasındaki maddi hukuk ilişkisine tedbir yolu ile müdahale edilmesinin, maddi hukuk sorunlarının konkordato mahkemesine taşınmasına ve bu durumun da belirsizliğe yol açacağını dile getirmektedir. Albayrak, Hakan: İflâs Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 77.

<sup>22</sup> İstanbul BAM, 17. HD., T. 13.12.2018, E. 2018/2680, K. 2018/2187 (Lexpera). Aynı yönde İstanbul BAM, 17. HD., T. 13.06.2019, E. 2019/119, K. 2019/1072 (Legalbank).

Son yıllarda verilen bölge adliye mahkemeleri kararlarında ise mühlet sürelerinde teminat mektuplarının nakde çevrilmesinin önlenmesine yönelik tedbir kararı verilemeyeceğine hükmedilmektedir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi 2020 yılında vermiş olduğu bir kararda –yukarıdaki kararından farklı olarak– bu sefer mühlet süreleri içerisinde teminat mektuplarının nakde çevrilmesinin engellenemeyeceğine şu gerekçelerle yer vermiştir: ‘[...] Lehtarın konkordato talep etmesi sonucu, garanti veren banka ile muhatap arasında kurulan bu sözleşme ilişkisine ihtiyati tedbir yolu ile müdahale edilmesi düşünülemez. Bu durum sözleşme özgürlüğü ilkesine ve mülkiyet hakkına aykırılık teşkil eder. Tedbir kararı, garanti ilişkisine müdahale anlamı taşır ve muhatabın bankaya karşı alacak hakkını ileri sürmesi ve bankanın da borcunu ifa edemez hale gelmesi sonucunu doğurur. Bu sebeple, konkordato talep eden borçluya göre üçüncü kişi konumunda olan alacaklı - muhatap ile garantör banka arasında oluşan sözleşmeye tedbir yolu ile müdahale edilmesi hukuka uygun değildir [...]’<sup>23</sup>.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi aynı kararında, teminat mektuplarının nakde çevrilmesinin borçlunun malvarlığına ve diğer alacaklılara etkisine yönelik de önemli açıklamalara yer vermiştir. Kararda, garanti veren bankanın teminat mektubundaki bedeli ödemekle, aslında konkordato ilan eden borçlunun bir borcunu ödemiş olduğu belirtildikten sonra, bu durumda sadece alacaklı sıfatında bir değişiklik olacağına, buna karşın borçlunun malvarlığında bir değişiklik olmayacağına dayanılmıştır: ‘[...] Teminat mektubu nakde çevrildiği için konkordato talep eden borçlunun mal varlığında azalma olacağı düşünülse de, teminat mektubu bedeli ödendiği için konkordato talep eden borçlunun aslında borcu ödenmiş olacaktır. Garanti veren banka, teminat mektubu bedelini ödedikten sonra ödediği miktar kadar konkordato talep edenden alacaklı konuma geçeceği için konkordato talep edenin alacak ve borç miktarında bir değişiklik olmaz. Sadece alacaklı sıfatı değişir [...]’<sup>24</sup>.

Teminat mektubunun nakde çevrilmesinin alacaklılar arasındaki eşitliğe etkisi bakımından ise mahkeme aynı karar içerisinde, teminat mektubu güvence altına alınmış bir alacağın diğer alacaklılara nazaran farklı tutulduğunu açıkça belirtmiştir. Devamında, teminat alanın garanti sözleşmesiyle kendisine sağlanan kolaylıklardan mahrum bırakılmasının, maddi hukuktan

<sup>23</sup> İstanbul BAM, 17. HD., T. 9.7.2020, E. 2020/1324, K. 2020/1522 (Legalbank). Aynı yönde Sakarya BAM, 7. HD., T. 12.2.2020, E. 2019/2265, K. 2020/211 (Lexpera); İstanbul BAM, 17. HD., T. 16.07.2020, E. 2020/1347, K. 2020/1580 (Legalbank).

<sup>24</sup> İstanbul BAM, 17. HD., T. 9.7.2020, E. 2020/1324, K. 2020/1522 (Legalbank). Aynı yönde: Sakarya BAM, 7. HD., T. 12.2.2020, E. 2019/2265, K. 2020/211 (Lexpera).

doğan talep ve def i haklarına haksız bir müdahale teşkil edeceği ifade edilmiştir. Bu nedenlerle gerek geçici mühlet gerekse de kesin mühlet süreleri içinde teminat mektuplarının nakde çevrilmesinin durdurulmasına yönelik tedbir kararı verilemeyeceği hükme bağlanmıştır<sup>25</sup>.

#### D. Ara Tespit

Konkordatoda sürecinde teminat mektuplarının paraya çevrilmesine yönelik doktrin ve son dönemde verilmiş yargı kararları arasında paralellik olduğu göze çarpmaktadır. Her ikisi de mühlet süreleri içerisinde teminat mektuplarının paraya çevrilmesine tedbir yoluyla müdahale edilememesi gerektiğine işaret etmektedir. Ancak yargı kararlarında kafa karışıklığına yol açan bir hususa baştan dikkat çekmek gerekir: Yargı kararlarında, teminat mektuplarının paraya çevrilmesinin önlenmesine yönelik verilecek tedbir kararının İİK m. 287 kapsamında mı yoksa HMK m. 389 kapsamında mı değerlendirileceği hususunda bir karmaşa vardır<sup>26</sup>. Hâlbuki her iki düzenlemede yer alan tedbir kararı nitelik olarak birbirinden oldukça farklıdır. Geçici mühleti düzenleyen İİK m. 287/1 hükmünde yer alan, mahkemenin borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü bütün tedbirleri alacağı yönündeki düzenleme, yasadan kaynaklanan ve mahkeme tarafından re'sen alınması gereken tedbirleri ifade eder<sup>27</sup>. Bu tedbirlerin içerik ve kapsamına bizzat mahkeme karar verecektir<sup>28</sup>. Alınan tedbirlere karşı kanun yolu da kapatılmıştır (İİK m. 287/6). Burada söz konusu olan tedbirler, takip hukukuna özgü geçici koruma tedbiri (muhafaza tedbiri) niteliğindedir<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> İstanbul BAM, 17. HD., T. 9.7.2020, E. 2020/1324, K. 2020/1522 (Legalbank). Aynı yönde: İstanbul BAM, 17. HD., T. 16.07.2020, E. 2020/1347, K. 2020/1580 (Legalbank).

<sup>26</sup> Karş. Sakarya BAM, 7. HD., T. 12.2.2020, E. 2019/2265, K. 2020/211 (Lexpera); İstanbul BAM, 17. HD., T. 9.7.2020, E. 2020/1324, K. 2020/1522 (Legalbank); İstanbul BAM, 17. HD., T. 16.07.2020, E. 2020/1347, K. 2020/1580 (Legalbank); Ankara BAM, 23. HD., T. 07.01.2019, E. 2018/2826, K. 2019/11 (Legalbank).

<sup>27</sup> Mühlet verilmesi bir çekişmesiz yargı işi olduğundan, mahkeme tedbirlere re'sen karar verebileceği gibi, bu konuda alacaklıların ve diğer ilgililerin ikaz ve taleplerini de dikkate alabilir. Bkz. **Pekcanitez/Erdönmez**, s. 31.

<sup>28</sup> **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 652. Uygulamada en sık verilen tedbirler arasında borçlunun banka hesaplarının bloke edilmesi ve borçlunun tasarruf yetkilerinin komiser onayına tabi kılınması yer alır. **Pekcanitez/Erdönmez**, s. 31.

<sup>29</sup> **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 487; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, s. 651; **Özekes**, Muhammet: "Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı", 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, (Editör: Özekes M.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul

Amaç, borçlunun doğrudan malvarlığına ve alacaklılara zarar verici işlemlerinin mümkün olduğunca erken aşamada ve hızlı bir şekilde önlenmesidir.

Bu tedbirler haricinde, mahkemenin konkordatonun başarıya ulaşması adına, mühlet sürelerinde ihtiyati tedbir kararı vermesinin önünde de bir engel yoktur. İhtiyati tedbir kararları ise ancak HMK m. 389 ve devamı maddelerinde öngörülen prosedür izlenerek, belirli şartlar altında verilebilecek kararlardır. Özellikle, konkordato borçlusu ile üçüncü kişiler arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi söz konusu olduğunda (bu konuda kanun tarafından özel bir tedbir de öngörülmemişse), söz konusu ilişkiye ancak ihtiyati tedbir kararı yolu ile müdahale edilebilmesi gerekir<sup>30</sup>. Aynı şey maddi hukuktan kaynaklanan haklar söz konusu olduğunda da geçerli olmalıdır<sup>31</sup>. Doğrudan doğruya üçüncü kişilerin haklarının ve yükümlülüklerinin etkilendiği durumlarda, onları HMK m. 389 ve devamı maddelerinde yer alan korumalardan ve tedbir kararına karşı itiraz ve kanun yoluna başvurma hakkından mahrum bırakmamak gerektiği kanaatindeyiz. Teminat mektuplarının paraya çevrilmesinin durdurulması da doğrudan maddi hukuktan doğan bir talebi ilgilendirdiği için, bu yönde verilecek bir tedbir kararının da ancak ihtiyati tedbir kararı şeklinde olması uygun olur.

Bu açıklamalardan sonra doktrin ve yargı kararlarına dönecek olursak, mühlet sürelerinde teminat mektuplarının paraya çevrilmesine müdahale edilememesi gerektiğine ilişkin olarak şu üç temel nedene dayanıldığı görülmektedir:

1. Teminat mektuplarının paraya çevrilmesinin borçlunun malvarlığı bütünlüğüne bir etkisi yoktur; dolayısıyla bu yönde bir tedbir kararına da gerek yoktur.

2. Teminat altına alınan alacak baştan itibaren diğer alacaklılara nazaran farklı bir konumda tutulduğundan; mektubun paraya çevrilmesi alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesine zarar vermez.

2018, s. 79; İstanbul BAM, 17. HD., T. 9.7.2020, E. 2020/1324, K. 2020/1522 (Muhalefet Şehri) (Legalbank). Uygulamada, konkordato sürecinde alınması gereken yasadan kaynaklanan muhafaza tedbirleri ile ihtiyati tedbir kavramlarının birbirine karıştırıldığına örnek olarak ayrıca bkz: İstanbul BAM, 17. HD., T. 11.10.2018, E. 2018/2349, K. 2018/1587; Ankara BAM, 23. HD., T. 07.01.2019, E. 2018/2826, K. 2019/11 (Legalbank). Geçici hukuki koruma ve ihtiyati tedbir kavramlarının karıştırılmaması gerektiğine ilişkin olarak bkz: **Tunç Yücel**, Müjgan: Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 157.

<sup>30</sup> **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 487.

<sup>31</sup> İstanbul BAM, 17. HD., T. 16.07.2020, E. 2020/1347, K. 2020/1580 (Muhalefet Şehri) (Legalbank); İstanbul BAM, 17. HD., T. 9.7.2020, E. 2020/1324, K. 2020/1522 (Muhalefet Şehri) (Legalbank).

3. Mühlet süreleri içerisinde maddi hukuka ilişkin ihtiyati tedbir kararı verilemez.

Çalışmamızın devamında, belirtilen nedenler üzerinden değerlendirmelerde bulunularak bir sonuca varılmaya çalışılacaktır.

### III. DEĞERLENDİRME

#### A. Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesinin Borçlunun Malvarlığına Etkisi (Var mıdır?)

Teminat mektuplarının paraya çevrilmesinin borçlunun malvarlığına etki edip etmeyeceği noktasında incelenmesi gereken ilk husus, yargı kararlarında ifadesini bulan “teminat mektubunun paraya çevrilmesi sonucu alacak ve borç miktarında bir değişikliğin olmayacağı” yönündeki tespitin doğruluğudur. Yukarıda belirttiğimiz üzere, bu tespit, “bankanın teminat mektubundaki bedeli ödemekle aslında konkordato ilan eden borçlunun bir borcunu ödemiş olacağına ve bu nedenle sadece alacaklı sıfatında bir değişiklik meydana geleceğine” dayanmaktadır. Bu yönündeki tespitin oldukça yanıltıcı olduğunu baştan belirtmek isteriz. Zira her şeyden önce, banka, teminat mektubundaki bedeli ödemekle borçluya ait değil kendine ait bir borcu ödemiş olur<sup>32</sup>. Bu borç, kefaletten farklı olarak asıl borca bağımlı olmadığı gibi, ondan farklı özellikler de gösterebilir.

Lehtar ile muhatap arasında var olan temel ilişkideki borç miktarı ile banka teminat mektubunda ödemesi belirlenen miktar farklı olabilir<sup>33</sup>. Teminat mektubu ile garanti edilen miktar temel ilişkideki borç miktarından yüksek olabileceği gibi; bazı teminat mektuplarında ödenecek meblağa ek olarak, mektubun düzenlendiği tarihten itibaren hesaplanacak faiz ve gecikme cezaları da garanti edilebilmektedir<sup>34</sup>. Öte yandan bankalar teminat mektubu düzenlerken, üstlendikleri riske karşılık, sıklıkla blokeli mevduat, menkul, gayrimenkul rehni gibi güvenceler de alabilmektedir<sup>35</sup>. Hal böyle olunca, temel hukuki ilişkideki alacak ile teminat mektubundaki bedelin

<sup>32</sup> ‘[...] Bunun doğal sonucu olarak banka, teminat mektubu vermekle bir asli borç yüklenmiş olmaktadır. Teminat mektubunu öderken kendi borcunu ödemiş olmaktadır [...]’. Yargıtay HGK T. 14.11.2001, E. 2001/996, K. 2001/1026 (Lexpera).

<sup>33</sup> Karş. **Çetin**, Abdurrahman/**Dinç**, Yusuf: “Türkiye’de Teminat Mektupları: Uygulamalar ve Hukuki Sorunlar”, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, S. 9, 2013, s. 70; **Civelek**, (Lexpera Blog).

<sup>34</sup> **Çetin/Dinç**, s. 76.

<sup>35</sup> **Aral**, s. 198; **Palacioğlu**, Tezer: Banka Teminat Mektupları, İTO/İDA Yayın, İstanbul 2018, s. 4; **Çetin/Dinç**, s. 70; **Önder**, s. 148.

ödenmesinden kaynaklanan banka alacağı nicelik ve nitelik açısından farklılık gösterebilmektedir. Dolayısıyla bankanın teminat mektubundaki bedeli ödemesiyle sadece alacaklı sıfatı üzerinde değil, aslında borçlunun pasifinde meydana gelecek değişiklik üzerinde de etki doğmaktadır.

Yeri gelmişken, uygulamada sıkça karşılaşılan, ancak çoğu kez hukuki dayanaktan yoksun olan bir duruma da dikkat çekmek gerekir: Uygulamada bankalar, kendi alacaklarına karşılık konkordato ilan eden borçlunun banka hesabına yatan paralar üzerine kolayca bloke koyabilmektedir<sup>36</sup>. Konkordatonun başarısını oldukça zora sokan bu durum karşısında, bu sefer mahkemeler mühlet sürelerinde, banka tarafından konulan bu blokelerin kaldırılması yahut daha en baştan engellenmesine yönelik tedbir talepleriyle meşgul olmaktadır<sup>37</sup>. Benzer bir sonuçla teminat mektuplarının paraya çevrilmesi sonrasında da karşılaşmak mümkündür. Mektupta belirtilen tutarı ödeyen banka, kendi alacağını riske etmemek adına, aynı zamanda müşterisi olan konkordato borçlusunun hesabına kolayca bloke koyabilecektir. Her ne kadar hatalı ve haksız uygulamalar hukuki bir temel oluşturmasa da, sık karşılaşılan bu durumun borçlunun malvarlığı bütünlüğüne etki edeceğine dikkat çekmek isteriz.

Teminat mektuplarının paraya çevrilmesinin konkordato borçlusunun malvarlığına etkisi bakımından üzerine düşünülmesi gereken bir diğer soru da şudur: Şayet borçlu, kendisine tanınacak belirli bir süre zarfında ifade bulunabilecek durumda ise teminat mektubunun paraya çevrilmesinin bir süreliğine ertelenmesi konkordatonun başarısına katkı sağlayabilir mi? Kanımızca soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Öncelikle, teminat mektubu ile garanti altına alınan riskin çok farklı görünümde karşımıza çıkabileceğini belirtmek isteriz. Bu risk bir para borcunun ifasından kaynaklanabileceği gibi, bir şeyin teslimi, nakli, temin edilmesi veya inşası gibi başkaca bir nedenden de kaynaklanabilir. Teminat mektubu veren bankanın ödeme yükümlülüğü garanti edilen riskin gerçekleşmesine bağlıdır ve banka ancak

<sup>36</sup> **Atal/Ermenek/Erdoğan**, s. 661, 662. **Ferendeci**, konkordato sürecinde sadece borçluyu değil, alacaklıları da dürüst davranmaya sevk edecek bazı yasal tedbirlerin alınması gerekliliğine işaret etmektedir. Detaylı bilgi için bkz: **Özkaya Ferendeci**, H. Özden: “Die Neuregelung des Nachlassvertrages (konkordato) im türkischen Zwangsvollstreckungs- und Konkursgesetz”, *ZZPInt*, S. 24, 2019, s. 364, 365. Bankaların söz konusu haksız uygulamalarına ilişkin ayrıca bkz: **Albayrak**, s. 76, 77; **Direnisa**, Efe: “Konkordatoda Takas”, *BÜHFD*, S. 189-190, 2020, s. 530, dn. 96.

<sup>37</sup> İstanbul BAM, 17. HD, T. 09.05.2019, E. 2019/383, K. 2019/872 (Legalbank); İstanbul BAM, 17. HD, T. 04.04.2019, E. 2019/475, K. 2019/645 (Legalbank); İstanbul BAM, 17. HD, T. 11.10.2018, E. 2018/2349, K. 2018/1587 (Legalbank).



ödemede bulunduktan sonra lehtara rücu edebilecektir. Dolayısıyla burada bankanın lehtara karşı henüz muaccel olmayan, geciktirici şarta bağlı bir alacağı söz konusudur<sup>38</sup>. Yukarıdaki soruya bir örnekle yanıt arayacak olursak: Bir veya daha çok sayıda alacaklının elinde konkordato ilan eden bir inşaat firması lehine verilmiş teminat mektupları olduğunu varsayalım. Firmanın içinde bulunduğu ekonomik sıkıntılar nedeniyle taahhüt ettiği inşaat etme edimlerini zamanında yerine getiremeyeceği anlaşıldığında; mühlet süreleri içerisinde mektupların paraya çevrilmesi belirli bir süreliğine ertelenir ve firmaya edimlerini tamamlama imkânı verilirse; borçlunun ileride malvarlığında meydana gelebilecek muhtemel bir azalmanın da önüne geçilmiş olur. Öyle ki bu durum, bazen firmanın içinde bulunduğu dar boğazdan çıkmasına ve konkordato ilan etmesine neden olan koşulların iyileşmesine dahi vesile olabilir. Şüphesiz bu noktada, alacağı teminat mektubuyla güvence altına alınanların, kendilerine sağlanan imkândan (belirli bir süreliğine de olsa) mahrum bırakılması eleştiri konusu yapılabilir. Ancak mühlet süreleri içerisinde alınabilecek tedbirlerin kapsamı değerlendirilirken; konkordato sürecinin bir yeniden yapılandırma ve iyileştirme süreci olduğu ve konkordato sonucunun tüm alacaklılar ile kamu menfaatini de ilgilendirdiği birlikte değerlendirilmelidir. İcra ve İflas Kanunumuzun geçici ve kesin mühlet sürelerinde alınabilecek tedbirlere ilişkin hükümleri birlikte incelendiğinde, kanun koyucunun konkordatonun bir bütün olarak başarısını sağlamak adına, borçlunun malvarlığı bütünlüğünün bir anlaşmaya varılıncaya kadar korunmasına verdiği önem daha iyi anlaşılacaktır. Bu konuya sonraki başlıklarda tekrar değinileceği için şimdilik başkaca açıklama yapma gereği duymuyoruz.

#### **B. Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesinin Diğer Alacaklılara Etkisi (Var mıdır)?**

İkinci olarak incelenmesi gereken husus, teminat mektuplarının paraya çevrilmesinin, yargı kararlarında belirtildiği gibi, alacaklılar arasındaki eşitliğe bir etkisinin olmadığı yönündeki ifadenin doğruluğudur. Aslında bu husus, yukarıda incelediğimiz mektupların paraya çevrilmesinin borçlunun malvarlığına olan etkisi ile bağlantılı bir konudur. Kanun koyucu, konkordatonun başarıya ulaşabilmesi için borçlunun malvarlığının korunması yanında, alacaklılar arasındaki eşitliğin korunmasına da önem vermiştir. Belirtmek gerekir ki, burada eşitlik ile kastedilen mutlak bir eşitlik olmayıp daha ziyade aynı konumda bulunan alacaklılar arasındaki eşitliktir. Kanunda,

<sup>38</sup> Reisoğlu, s. 220.

borçlunun malvarlığı bütünlüğünün korunmasına yönelik alınan tedbirler yakından incelendiğinde; ilgili tedbirlerin aynı zamanda alacaklılar arasındaki eşitliği sağlamaya da hizmet ettikleri görülür<sup>39</sup>. Örneğin, borçluya karşı takip imkânlarının kısıtlanması (İİK m. 294/1), onun malvarlığı bütünlüğünü korumak yanında, kimi alacaklıların hızlı davranarak diğerlerinin önüne geçmesini önleme gayesi de taşır. Ya da konkordatoya tabi alacaklar için işleyen faizin durması (İİK m. 294/3), aynı zamanda sürecin sonunda bazı alacaklıların diğerlerine nazaran avantajlı konuma geçmelerinin önlenmesine yardımcı olur. Bundan başka, borçlunun tasarruf yetkisinin konkordato komiserinin denetimine bırakılması (İİK m. 297/1), konkordato sürecinde takas hakkının kullanımına yönelik getirilen sınırlama (İİK m. 294/4), konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğan alacağın devrinin yasaklanması (İİK m. 294/6) gibi, bir yandan borçlunun malvarlığı bütünlüğünü korurken, diğer yandan da alacaklılar arasındaki eşitliği sağlamaya yönelik getirilmiş başkaca düzenlemelere de rastlamak mümkündür.

Yargı kararlarında ifadesini bulan, teminat altına alınan alacağın baştan itibaren diğer alacaklılara nazaran üstün tutulduğu ifadesi doğrudur. Ancak cümlelerin devamında yer alan, “bu nedenle mektubun paraya çevrilmesinin alacaklılar arasındaki eşitliği bozmayacağı” yönündeki ifadenin her zaman için doğru olmadığı kanaatindeyiz. Şüphesiz, bir alacak şahsi yahut aynı bir teminatla güvence altına alınmış ise teminat sahibi alacaklı sırf borçlusunun konkordato ilan etmesi nedeniyle kendisine sağlanan güvencelerden yoksun bırakılmamalıdır. Bu bağlamda, konkordato ilan edilmesi de teminat mektuplarının paraya çevrilmesini önlemek adına tek başına geçerli bir neden değildir. Benzer şekilde, alacağı kefalet ya da rehinle güvence altına alınmış bir alacaklı da konkordato sürecinde kendisine sağlanan güvencelerden tamamen yoksun bırakılmamıştır. BK m. 585/4 hükmü gereğince, borçluya konkordato mehli verilmesi halinde, alacaklı doğrudan kefile başvurabilecek ve onu takip edebilecektir. Ancak bu noktada İİK m. 303’de öngörülen sınırlama da dikkate alınmalıdır. Buna göre, konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklı borçtan birlikte sorumlu olan kefile karşı bütün haklarını muhafaza ederken; konkordatoya muvafakat eden alacaklı ise ancak ikinci fıkra da yer alan şartlar altında bu imkândan yararlanabilecektir. İlgili sınırlamanın teminat mektupları açısından uygulama alanı bulamayacağı kanaatindeyiz; zira teminat mektubu banka için “borçtan birlikte sorumluluk” değil “ayrı ve bağımsız bir borç” doğurmaktadır. Yargıtay’ın 1983 yılında vermiş olduğu bir kararda konuyla ilgili şu ifadeler yer almaktadır: “[...] O halde,

<sup>39</sup> Bkz. **Tunç Yücel**, Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, s. 7, 8.

konkordato isteyen teminat mektubu lehtarını kollektif şirketle konkordatoyu kabul eden alacaklı davacı anonim şirket arasındaki konkordatoya konu (72.179.000) liralık asıl borç ile garanti sözleşmesi nedeniyle bu asıl borçla ilgisi bulunmayan davalı bankanın İİK.nun 295/1. maddesinde öngörülen konkordatoya kabul oyu veren alacaklının müşterek borçlular ve borçlunun kefillerine karşı alacağını ancak konkordato koşullarına göre istiyebileceği, yolundaki hükümden yararlanması düşünülemez. Müşterek borçlu ya da kefil sıfatı bulunmayan ve konkordato konusu asıl borçtan bağımsız bir yüklenim altına gören davalı bankanın teminat mektubuna dayalı borcunun konkordatoya giren asıl alacağın ortak [müşterek] borçlusunu ya da kefil olarak kabul doğru görülmemiştir. Anılan yasa hükmü garanti veren gibi borçlunun dışında ve bağımsız biçimde yüklenim altına giren kişileri kapsamamaktadır [...]’<sup>40</sup>.

Bu noktada göz ardı edilmemesi gereken bir başka husus, kefalet borcunun fer’i niteliği gereği kural olarak asıl borç miktarıyla sınırlı olması ve kefile asıl borçtan fazla bir sorumluluk yüklenememesidir.<sup>41</sup> Teminat mektuplarında ise asıl borçtan bağımsız bir borç söz konusu olduğu için asıl borç ile bankanın borcu arasında farkların olabileceğine yukarıda değinmiştik<sup>42</sup>.

Teminat altına alınmış bir alacağın konkordato sürecinde korunmasına diğer bir örnek de rehinle temin edilmiş alacakların durumudur. Kanun koyucu, rehinle temin edilmiş alacakları korumak adına, konkordato sürecinde rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe olanak tanımıştır (İİK m. 295). Fakat bu takipler bakımından rehinli malın paraya çevrilmesi yasaklanmıştır (İİK m. 295). Buradaki amaç da yine borçlunun malvarlığı bütünlüğünün ve diğer alacaklıların mühlet süreleri içerisinde korunmasıdır. Bu sayede, borçlunun faaliyetlerine devam etmesine olanak tanınarak süreç sonunda tüm alacaklıların mümkün olduğunca geniş ölçüde ve eşit koşullarda alacaklarına kavuşmalarına zemin hazırlanmaktadır.

Yeri gelmişken; konuyla ilgili doktrindeki bir tartışmaya da kısaca değinmekte fayda olabileceği kanaatindeyiz: Şayet, borçlu lehine verilmiş rehinli mal üçüncü kişiye ait ise bu malın konkordato sürecinde satışının

<sup>40</sup> Yargıtay 11. HD, 17.05.1983, E. 1983/2462, K. 1983/2617 (Legalbank).

<sup>41</sup> **Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 703; **Börü**, Levent/**Parlak Börü**, Şafak: “Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri”, İstanbul Hukuk Mecmuası, S. 3, 2020, s. 1245; **Yılmaz**, Merve: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, TBBD, S. 97, 2011, s. 161.

<sup>42</sup> Bkz. Başlık III. A.

mümkün olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır<sup>43</sup>. İİK m. 295 hükmünün kaleme alınış şeklinde sadece “rehinli mal” ifadesi kullanılmış olup malın borçluya yahut üçüncü kişiye ait olması arasında herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. Maddenin amacından yola çıkıldığında, borçlunun himayesinde olan malların doğrudan onun ekonomik bütünlüğüne ve faaliyetine etki edeceği düşünülürse paraya çevirme yasağının borçluya ait mallar için geçerli olması anlaşılabilir bir durumdur. Kanun koyucu, ilgili maddeye 2021 yılında eklediği bir fıkra ile satış yasağına istisna getirerek rehinli malın konkordato projesine göre işletme tarafından kullanılmasının öngörülmediği durumlarda veya kıymetinin düşeceği ya da muhafazasının masraflı olacağı anlaşılan hallerde satışa izin verilebileceğini düzenlemiştir. Rehlinli mal bir üçüncü kişiye ait olduğunda ise o zaman yine maddenin düzenleniş amacından hareket etmenin doğru olabileceği kanaatindeyiz. Şayet rehinli malın paraya çevrilmesi, borçlunun işletmesine yahut ekonomik bütünlüğüne zarar verecek nitelikte ise o zaman paraya çevrilmesinin önlenmesi gerekir<sup>44</sup>. Ancak bu noktada çözüm olarak (borçluya ait mallarda olduğu gibi) kural bir yasaktan bahsetmek yerine, şartlar oluştuğunda, mahkemenin paraya çevrilmenin önlenmesine yönelik bir tedbir kararı vermesi daha makul bir çözüm olabilir.

Sonuç olarak, mühlet sürelerinde öngörülmüş yasal tedbirlerden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu, baştan itibaren herhangi bir şekilde güvence altına alınmış alacağa ilişkin hakları konkordato sürecinde de mümkün olduğunca korumaya çalışmaktadır. Ancak söz konusu konkordatonun bir

<sup>43</sup> Rehlinli malın üçüncü kişiye ait olması durumunda da satış yasağının geçerli olması gerektiğine ilişkin bkz: **Öztek**, Selçuk: “Adi Konkordatoda Üçüncü Kişi Rehninin Akıbeti Hakkında Bazı Düşünceler”, (Legal Blog); **Taşpınar Ayvaz**, Sema: “Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, BATİDER, S. 2, 2003, s. 64; **Köroğlu**, Anıl: “Rehinli Malın Konkordato Mühleti İçinde Paraya Çevrilmesi Yasağı (İİK m. 295)”, İstanbul Hukuk Mecmuası, S. 1, 2020, s. 155,156. Aksi yönde: **Tunç Yücel**, Müjgan: “Üçüncü Kişinin Malı Üzerindeki Rehinle Temin Edilen Alacağın Konkordatodaki Durumu”, (Lexpera Blog); **Tunç Yücel**, Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, s. 48, 49; **Yeşilova**, Bilgehan, iç. Öztek-Konkordato Serhi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019 m. 295, No. 18. Üçüncü kişi rehniyle güvence altına alınmış bir alacağın konkordato nisabında dikkate alınıp alınmayacağı ile bağlantılı olarak ayrıca bkz: **Atalay**, Oğuz/**Atalı**, Murat/**Erdogan**, Ersin: “Üçüncü Kişi Rehniyle Güvence Altına Alınmış Olan Alacakların Borçlunun Konkordato Nisabında Dikkate Alınıp Alınmayacağı Meselesi”, (Lexpera Blog).

<sup>44</sup> Bazı durumlarda, işletmenin devamı için gerekli olan mal üçüncü kişiye ait olmakla birlikte, borçlu tarafından kullanılıyor olabilir. Örneğin, konkordato ilan eden şirketin fabrikasının, şirket ortaklarından birine ait taşınmaz üzerinde kurulu olması gibi. Bkz. **Öztek**, (Legal Blok).

bütün olarak başarısı olduğunda; o zaman aynı konuda sınırlamalara gitmekten de kaçınmamaktadır. Konuya teminat mektupları açısından bakıldığında da, şayet paraya çevirme işlemi konkordatonun başarısını riske edecek ise bu durumun diğer alacaklıları olumsuz yönde etkilememesi düşünülemez. Kimi zaman nakde çevirme işlemi bir süreliğine ertelenebilirse borçluya edimini yerine getirme fırsatı tanınarak, riskin gerçekleşmesinin önüne geçilmiş olur. Bu durum kimi zaman da konkordato ilan edilmesine neden olan şartların iyileşmesine ve diğer alacaklıların da olumlu yönde etkilenmesine vesile olabilir.

### C. Maddi Hukuka İlişkin İhtiyati Tedbir Kararı (Verilebilir mi?)

Mühlet sürelerinde teminat mektuplarının paraya çevrilmesinin borçlunun malvarlığına ve alacaklılar arasındaki eşitliğe etki edebileceğini tespit ettikten sonra son olarak, mahkemenin vereceği önlemeye ilişkin bir ihtiyati tedbir kararının hukuka uygunluğu hususu incelenmelidir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, yargı kararlarında ve doktrinde ağırlıklı olarak ifadesini bulan görüş, mühlet süreleri içerisinde maddi hukuka ilişkin ihtiyati tedbir kararı verilememesi gerektiği yönündedir<sup>45</sup>. Teminat mektubunun paraya çevrilmesiyle ilgili verilecek bir ihtiyati tedbir kararı da doğrudan maddi hukuktan doğan talebi ilgilendireceği için, bu yönde bir tedbir kararı verilmesinin mümkün olmadığı dile getirilmektedir.

Verilen ihtiyati tedbir kararlarının maddi hukuka ilişkin olmaması gerektiği fikri, aslen iflasın ertelenmesi döneminde de yaygın olarak savunulmuştur<sup>46</sup>. Ancak iflasın ertelenmesi ile konkordato her şeyden önce amaç bakımından birbirinden farklı iki kurumdur. İflasın ertelenmesi, borca batık durumdaki sermaye şirketlerinin ve kooperatiflerin ayakta tutulmasını hedeflerken, konkordato tüm borçluların başvurabileceği ve alacaklıların da yararlanabileceği bir iyileştirme ve yeniden yapılandırma modeli olarak ön plana çıkmaktadır<sup>47</sup>. İflasın ertelenmesi, sonuçlarını ağırlıklı olarak takip

<sup>45</sup> Bkz. Başlık II. B ve II. C.

<sup>46</sup> Bkz: **Muşul**, Timuçin: İflasın Ertelenmesi, Arıkan Basım Yayım, İstanbul 2008, s. 139; **Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema/**Hanağası**, Emel: İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 470; **Öztek**, Selçuk: “İflasın Ertelenmesi”, Bankacılar Dergisi, S. 59, 2006, s. 63; **Pekcanitez**, Hakan: “İflasın Ertelenmesi” iç. Makaleler, C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 58; **Atalay**, Oğuz: Borca Bataklık ve İflasın Ertelenmesi, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2007, s. 153; **Ermenek**, İbrahim: İflasın Ertelenmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 295 vd.

<sup>47</sup> **Akil**, Cenk: Sorularla Adi Konkordato, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 40; **Albayrak**, s. 48.

hukukunda doğururken, konkordatonun maddi hukuka ilişkin de önemli sonuçları vardır<sup>48</sup>. Konkordato projesinin konkordatoya tabi olan tüm alacaklıları bağlaması kuralı<sup>49</sup>, aslında başlı başına konkordatonun maddi hukuk üzerindeki etkisini gözler önüne sermeye yetmektedir. Zira projede yer alan borçlar yeni vadelere bağlanabilecek ve borçlarda indirim yapılabilecektir. Konkordato projesine olumlu oy kullanmış olsun ya da olmasın, alacaklıların ancak tasdik edilen projede belirlenen şartlar altında alacaklarına kavuşabilmeleri, bir anlamda maddi hukuktan doğan talep ve hakların da yeniden şekillenmesi anlamına gelmektedir. Bunun dışında, takip muamelesi ile keşilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlememesi (İİK m. 294/1), rehinli olmayan alacaklar bakımından işleyen faizin durması (İİK m. 294/3), takasa ve alacağın temlikine ilişkin getirilen sınırlandırmalar (İİK m. 294/4, 6) ve taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine müdahale edilebilmesi (İİK m. 296) gibi düzenlemeler de konkordatonun maddi hukuk üzerinde sonuçlar doğurmaya müsait bir kurum olduğunun göstergelerindedir<sup>50</sup>. Tüm bunlar dikkate alındığında; konkordato yargılamasını yürüten bir mahkemenin de, gerektiğinde, konkordatonun başarısı adına vereceği bir ihtiyati tedbir kararının maddi hukuka temas etmesini yadırgamamak gerekir düşüncesindeyiz.

Karşı görüş tarafından dile getirilen, konkordato sürecinde muhtemel bir ihtiyati tedbir kararıyla maddi hukuktan doğan hakların zarar görebileceğine yönelik endişe bir yere kadar anlaşılabilirse de, göz ardı edilmemesi gereken husus, ihtiyati tedbir kararının ancak belirli şartlar altında mümkün olmasıdır. Her şeyden önce, teminat mektubunun paraya çevrilmesinin önlenmesini talep eden tarafın, bu talebinin sebebini belirtmesi ve talebinde haklı olduğunu yaklaşık olarak ispat etmesi gerekir (HMK m. 390/3). Sonrasında, mahkemenin muhtemel bir tedbir kararıyla elde edilecek menfaat ile bu karardan etkilenecek kişi ya da kişilerin menfaatleri arasında bir denge

<sup>48</sup> **Atalay**, “Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler“, s. 128; İstanbul BAM, 17. HD., T. 9.7.2020, E. 2020/1324, K. 2020/1522 (Muhalefet Şehri) (Legalbank); İstanbul BAM, 17. HD., T. 13.6.2019, E. 2019/1672, K. 2019/1058 (Lexpera).

<sup>49</sup> Rehinli alacaklar, İİK m. 206'nın birinci sırasındaki imtiyazlı alacaklılar, konkordato sürecinde komiserin izni ile doğan alacaklar ve 6183 sayılı Kanun kapsamında kalan alacaklar ise konkordato projesi ile bağlı değildir (İİK m. 308/c). Söz edilen alacaklardan aynı zamanda takip yasağının istisnası teşkil eden durumlara ilişkin bkz: **Akil**, Cenk: “Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre)”, TBBB, S. 141, 2019, s. 233 vd.; **Kale**, Serdar: Sorularla Konkordato, (İflas Dışı ve İflas İçi Adi Konkordato), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 19 vd.

<sup>50</sup> **Atalay**, “Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler”, s. 128. Benzer yönde: **Tunç Yücel**, Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, s. 209.

gözetmesi gerekir<sup>51</sup>. Şayet mektubun paraya çevrilmesi konkordatonun başarısını bir bütün olarak riske atacaksa, ancak o zaman önlemeye ilişkin tedbir kararı verilmesi uygun olur (HMK m. 389). Yoksa mektubun paraya çevrilmesi, borçlunun malvarlığında bir değişiklik meydana getirmekle birlikte, bu değişiklik konkordatonun sonucuna etki edecek düzeyde değil ise o zaman teminat mektubuyla sağlanan güvenceye öncelik verilerek, paraya çevrilmenin önlenememesi gerekir.

Göz ardı edilmemesi gereken bir diğer husus da, HMK m. 392/1 yer alan teminat gösterme zorunluluğu ile ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz ve kanun yolunun açık olmasına ilişkin düzenlemelerdir (HMK m. 394/1; 391/3). İlgili hükümler, ihtiyati tedbir kararı neticesinde hakları hukuka aykırı şekilde zarar görenleri korumaya yönelik getirilmiş önemli düzenlemelerdir. Ve en nihayetinde, ihtiyati tedbire gerek olup olmadığına konkordato yargılamasını gerçekleştiren mahkeme karar verecektir. Mahkeme, bu yöndeki takdir hakkını kullanırken menfaat dengesine her zaman olduğundan daha fazla önem göstermelidir. Çünkü bir yanda alacağı baştan itibaren teminat mektubu ile güvence altına alınmış olan alacaklı yahut alacaklılar, diğer yanda ise konkordatonun sonucundan etkilenen diğer tüm alacaklılar ile kamu menfaati söz konusudur. Ancak konkordato yargılamalarına özgü menfaat dengesindeki bu hassasiyet, ilgili yargılamalarda maddi hukuku etkiler şeklinde ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği yönünde anlaşılmalıdır.

## SONUÇ

Doktrinde ve yargı kararlarında ağırlıklı olarak ifadesini bulan görüşün aksine, mühlet süreleri içerisinde teminat mektuplarının paraya çevrilmesinin önlenmesine yönelik ihtiyati tedbir kararı verilebileceği kanaatindeyiz. Zira bu süre zarfında mektupların paraya çevrilmesi, kimi zaman borçlunun malvarlığı ve diğer alacaklılar üzerinde önemli etkiler doğurabilmekte ve bu durum da doğrudan konkordatonun sonucuna etki edebilmektedir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, paraya çevrilmenin önlenmesine yönelik tedbir kararının İİK m. 287’de yer alan takip hukukuna özgü muhafaza tedbiri niteliğinde değil, HMK m. 389 ve devamı maddelerinde yer alan ihtiyati tedbir kararı niteliğinde olması gerektiğidir.

Muhtemel bir ihtiyati tedbir kararı ile maddi hukuktan doğan hakların zarar görmesine yönelik dile getirilen endişe her ne kadar bir noktaya kadar anlaşılabilirse de, aslında bu durum sadece konkordato yargılamaları için

<sup>51</sup> Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 584.

değil, ihtiyati tedbir kararlarının verilebildiği tüm yargılamalar için söz konusudur. Zira mahkemenin tedbir kararı verdiği aşamada henüz kimin haklı yahut haksız olduğu belli değildir. Adı üzerinde, mahkeme, oluşabilecek risklere karşı sadece bir “tedbir kararı” vermektedir. Bu yüzdendir ki, kanun koyucu ihtiyati tedbir kararı verilirken bazı koruyucu hükümler sevk etmiştir. Ve de en önemlisi, ihtiyati tedbire karar verecek olan mahkemenin taraflar arasındaki menfaat dengesini gözetmek durumunda olmasıdır. Konkordato yargılamalarında bu menfaat dengesi daha hassas bir hal almaktadır, zira alacağı teminat mektubu ile güvence altına alınmış olan alacaklı ya da alacaklıların menfaati ile konkordatonun sonucundan etkilenecek diğer tüm alacaklıların menfaati ve bunun yanında iktisadi yaşamın korunmasına yönelik menfaat karşı karşıya gelebilmektedir. Bu noktada, şayet teminat mektubunun paraya çevrilmesi konkordatonun sonucuna ciddi bir etki etmeyecekse, o zaman mektupla sağlanan güvenceye öncelik verilerek, nakde çevrilmenin önüne geçilmemesi yerinde olur. Ancak tersi durumda, konkordatonun bir bütün olarak başarısını tehlikeye atmamak adına, mühlet süreleri içerisinde mektupların paraya çevrilmesini önlemeye yönelik verilecek bir ihtiyati tedbir kararının konkordatonun amacı ve ruhu ile çelişmeyeceği kanaatindeyiz.



**KAYNAKÇA**

- Akil**, Cenk: “Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre)”, TBBB, S. 141, 2019, s. 227-252.
- Akil**, Cenk: Sorularla Adi Konkordato, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Akyazan**, Sıtkı: “Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar”, BATİDER, C. VII, S. 3, 1974, s. 567-579.
- Albayrak**, Hakan: İflâs Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Aral**, Fahrettin: “Teminat Mektuplarında Lehdar ile Muhatap ve Lehdar ile Banka Arasındaki Hukuki İlişki”, BATİDER, C. XXIV, S. 2, 2007, s. 189-200.
- Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema/**Hanağası**, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema/**Hanağası**, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Atalay**, Oğuz: Borca Bataklık ve İflâsın Ertelenmesi, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2007.
- Atalay**, Oğuz: “Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler”, 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, (Editör: Özekes, M.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 111-134.
- Atalay**, Oğuz/**Atalı**, Murat/**Erdoğan**, Ersin: “Üçüncü Kişi Rehniyle Güvence Altına Alınmış Olan Alacakların Borçlunun Konkordato Nisabında Dikkate Alınıp Alınamayacağı Meselesi”, (Lexpera Blog).
- Atalı**, Murat: “Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları”, 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, (Editör: Özekes M.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 85-109.
- Atalı**, Murat/**Ermeneek**, İbrahim/**Erdoğan**, Ersin: İcra ve İflâs Hukuku 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Başara**, İzzet: “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği”, TBBB, S. 83, 2009, s. 302-317.
- Börü**, Levent/**Parlak Börü**, Şafak: “Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri”, İstanbul Hukuk Mecmuası, S. 3, 2020, s. 1239-1277.

- Civelek**, Esin: “Konkordato Döneminde Teminat Mektuplarının Durumu”, (Lexpera Blog).
- Çetin**, Abdurrahman/**Dinç**, Yusuf: “Türkiye’de Teminat Mektupları: Uygulamalar ve Hukuki Sorunlar”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, S. 9, 2013, s. 67-92.
- Direnisa**, Efe: “Konkordatoda Takas”, *BÜHFD*, S. 189-190, 2020, s. 493-548.
- Doğan**, Vahit: *Teminat Mektupları*, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2015.
- Ermenek**, İbrahim: *İflâsın Ertelenmesi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Kale**, Serdar: *Sorularla Konkordato, (İflas Dışı ve İflas İçi Adi Konkordato)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Koroğlu**, Anıl: “Rehinli Malın Konkordato Mühleti İçinde Paraya Çevrilmesi Yasağı (İİK m. 295)”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, S. 1, 2020, s. 139-160.
- Muşul**, Timuçin: *İflâsın Ertelenmesi*, Arıkan Basım Yayım, İstanbul 2008.
- Önder**, Bengisu: *Türk Hukuku’nda Banka Teminat Mektupları*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi-Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2019.
- Özekes**, Muhammet: “Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı”, 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, (Editör: Özekes M.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 43-83.
- Özkaya Ferendeci**, H. Özden: “Die Neuregelung des Nachlassvertrages (konkordato) im türkischen Zwangsvollstreckungs- und Konkursgesetz”, *ZZPInt*, S. 24, 2019, s. 359-370.
- Öztek**, Selçuk: “Adi Konkordatoda Üçüncü Kişi Rehninin Akıbeti Hakkında Bazı Düşünceler”, (Legal Blog).
- Öztek**, Selçuk: “İflâsın Ertelenmesi”, *Bankacılar Dergisi*, S. 59, 2006, s. 23-71.
- Öztek**, Selçuk/**Budak**, Ali Cem/**Tunç Yücel**, Müjgan/**Kale**, Serdar/**Yeşilova**, Bilgehan: *Yeni Konkordato Hukuku (Kısaltma: Öztek-Konkordato Şerhi)*, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2019.
- Palacioğlu**, Tezer: *Banka Teminat Mektupları*, İTO/İDA Yayın, İstanbul 2018.

- Pekcanitez**, Hakan: “İflasın Ertelenmesi” iç. Makaleler, C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Pekcanitez**, Hakan/**Erdönmez**, Güray: Konkordato, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- Reisoğlu**, Seza: Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. Baskı, Yazarın Kendi Yayını, Ankara 2003.
- Sarisözen**, M. Serhat: “Geçici ve Kesin Mühlet Kararı” iç. MİHBİR XVI, 7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı 2019, s. 41-73.
- Sarisözen**, M. Serhat: Konkordato, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Sav**, Atilla: “Banka Teminat Mektuplarının Haczi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 1967, s. 48-50.
- Tandoğan**, Haluk: “Bankaların Akdi Bir Mükellefiyetin Yerine Getirilmesi İçin Verdikleri Teminat Mektupları Yüzünden Muhataba Ödemede Bulunmaları Halinde Lehara Rücu Edebilmeleri Meselesi Hakkında”, BATİDER, C. V, S. 4, 1970, s. 655-662.
- Tanrıver**, Süha/**Deynekli**, Adnan: Konkordatonun Tasdiki, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- Taşpınar Ayvaz**, Sema: “Adî Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, BATİDER, S. 2, 2003, s. 49-92.
- Topsakal**, Uğur/**Bayraktar**, Orkun: “Konkordato Yargılamalarında Maddi Hukuka İlişkin İhtiyati Tedbir Kararları”, (Lexpera Blog).
- Tunç Yücel**, Müjgan: “Banka Teminat Mektuplarının İhtiyati Tedbire Konu Olması Üzerine Medeni Usul Hukuku Bakış Açısından Bir İnceleme”, BÜHFD, S. 107-108, 2013, s. 7-24.
- Tunç Yücel**, Müjgan: Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Tunç Yücel**, Müjgan: “Üçüncü Kişinin Malı Üzerindeki Rehinle Temin Edilen Alacağın Konkordatodaki Durumu”, (Lexpera Blog).
- Uyar**, Talih: Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, 2. Baskı, TBB Yayınları, Ankara 2019.

**Yener Coşkun**, Hilal: Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hakları ve Borçları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

**Yeşilova**, Bilgehan, iç. Öztekin-Konkordato Serhi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

**Yılmaz**, Merve: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, TBBD, S. 97, 2011, s. 155-170.

**Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.



**SAĞLIK BAKANLIĞI TARAFINDAN KABUL EDİLEN  
GELENEKSEL VE TAMAMLAYICI TIP UYGULAMALARI  
VE BUNLARIN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN  
DEĞERLENDİRİLMESİ**

*(Araştırma Makalesi)*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998230>

**Dr. Özge ARPACI\***

**Öz**

Günümüzde gerek dünya genelinde, gerekse ülkemiz özelinde geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemlerine duyulan ilgi artmış ve artmaya da devam etmektedir. Hastaların bu şekilde kendi toplum kültürleriyle uyum gösteren farklı çözüm yolları aramasına ise konvansiyonel tıpta, özellikle psikiyatrik ve bazı kronik hastalıkların tam bir tedavisinin bulunmayışı, mevcut tedavinin yan etkilerinin fazlalığı, konvansiyonel tıp tedavisine ulaşmanın fiziki zorlukları ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte tedavi ücretlerinin artması sebep olmuştur. Ancak geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemlerinin çoğu, konvansiyonel tıp uygulamalarına nazaran, modern bilimsel ve güvenilir araştırma kriterleri ile araştırılmamış ve kanıtlanmamış uygulamalardır. Geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemleriyle ilgili en temel sorun, her bir uygulamanın savunucularının genellikle pozitif bilim savunucularını ikna edebilecek şekilde açıklamalarını bilimsel verilerle doğrulayamamalarıdır. Ancak bu uygulamaların kanıtlanmamış olması bunların yanlış olduğu sonucunu doğurmamalı ve varlığı reddedilmemelidir. Nitekim Sağlık Bakanlığı, yayınlamış olduğu “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği” ile bazı geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemlerini düzenleme gereksinimi duymuş ve böylece ilgili tedavi yöntemlerine hukuki bir zemin hazırlamıştır. Ancak ilgili yönetmelik, geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemlerinin eğitimsiz ve yetkisiz kişilerin elinde suistimal edilmesini engellemeyi amaçlaması yönünden olumlu bir adım olmakla birlikte, hukuki yönden eksik hükümler içermektedir. Zira ilgili yönetmelikte, ne uygulananacak yöntemlerin hukuka uygun sayılması için gerekli özel şartlara, ne de

\* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Ankara (ozge.arpaci@hbv.edu.tr), ORCID: 0000-0001-7871-7819 (Geliş Tarihi: 19.02.2021-Kabul Tarihi: 25.04.2021)

uygulayıcıların hukuki sorumluluklarına ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir. Oysa ki, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları, konvansiyonel tıp uygulamalarından farklı karakteristik özelliklere ve kapsama sahiptir. Dolayısıyla, daha çok konvansiyonel tıp uygulamalarına ilişkin geliştirilen genel ilkelerin geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemlerine uygulanması halinde, bunların kapsamı ve yoğunluğu değişiklik gösterebilmektedir. Ülkemizde geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarına ilişkin olarak literatür ve mahkeme kararları seyrek ve özel hukuk kuralları bulunmamaktadır. Bu yüzden, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının temelleri, kapsamı ve sınırları açısından konvansiyonel tıbbi tedavinin genel ilkelerinden yararlanma zorunluluğu hasıl olmakla birlikte, geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemlerinin, konvansiyonel standart uygulamalara nazaran, farklı özelliklere sahip olması sebebiyle, hukuka uygunluğu için gerekli özel şartların saptanması ve ilgili yöntemlerin perspektifine uygun hukuki standartların geliştirilmesi ihtiyacı bulunmaktadır.

#### **Anahtar Kelimeler**

*Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp, Aydınlatma Yükümlülüğü, Tıbbi Standart, Endikasyon, Komplikasyon Yönetimi*

### **TRADITIONAL AND INTEGRATIVE MEDICINE PRACTICES APPROVED BY THE MINISTRY OF HEALTH AND EVALUATION OF THE COMPLIANCE OF THESE PRACTICES WITH THE LAW**

*(Research Article)*

#### **Abstract**

*Today, the interest in the traditional and integrative treatment methods have increased and has been increasing both in our country and around the world. In traditional medicine, the inability to treat psychiatric and some chronic diseases in full as well as increased side effects of an existing treatment, physical barriers before access to the conventional medical treatment and increased costs of treatment with the development of the technology have caused patients search for different solutions consistent with the culture of the communities they live in. Majority of the traditional and integrative treatment methods are practices that are not studied and proven through contemporary scientific and reliable research criteria when compared to the conventional medical practices. The main problem about the traditional and integrative treatment methods is the failure of the advocates of each practice in proving their claims with scientific data in a manner convincing the advocates of the*

*positive science. However, unproven nature of these practices should not lead to the conclusion that they are wrong and their existence should not be denied. Therefore, the Ministry of Health enacted the “Regulation on Traditional and Integrative Medicine Practices” in parallel with the requirement to regulate some traditional and integrative medicine practices and laid down the legal foundations of the relevant treatment methods. However, the regulation is a positive step towards preventing misconduct of the uneducated and unauthorized persons in connection with the traditional and integrative medicine methods although its provisions are not sufficient in legal terms. This is because the relevant regulation does not provide for any special criterion aimed at considering the methods as legally compliant methods or special provisions on legal liabilities of the practitioners. Traditional and integrative medicine practices have characteristics and scope different than the conventional medicine practices. Therefore, general principles for conventional medicine practices should not apply to the traditional and integrative medicine practices at any time and in any case. In our country, the number of literature and court decisions is limited about traditional and integrative medicine practices. For this reason, it is mandatory to use the general principles of the conventional medical treatment in connection with the fundamentals, scope and limitations of the traditional and integrative medicine practices, and it is required to set special conditions on legal compliance and develop legal standards in parallel with the perspective of the relevant methods as traditional and integrative treatment methods have different characteristics than the conventional standard practices.*

### **Keywords**

*Traditional and Integrative Medicine, Obligation to Inform, Medical Standard, Indications, Complication Management*



## GİRİŞ

Konvansiyonel (modern) tıp bilimi, dünyada hakim bir biçimde sağlık sistemleri tarafından kullanılmaktadır. Zira konvansiyonel tıp; tedavinin hastalara uygulanmasından önce bilimsel verilerle ilgili tedaviyi ölçüp değerlendirmekte, somut kanıtlara dayanmakta ve dolayısıyla uygulanmasında güven oluşturmaktadır. Konvansiyonel tıp bilimi, pozitif bilimlerin büyük başarılarıyla şekillenmesine rağmen, günümüzde azımsanamayacak sayıda insan, ya konvansiyonel tıp biliminin uygulamalarına gerek maddi, gerekse fiziki koşullar nedeniyle erişememekte ya da kendi iradesi doğrultusunda bu uygulamaları tercih etmemektedir. Özellikle Avrupa’da ve Amerika’da geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının popülaritesinin artması neticesinde, günümüzde pek çok kişi geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarına ilgi duymakta ve konvansiyonel tıp uygulamalarından ziyade bunları tercih etmektedir<sup>1</sup>.

Geçmiş yıllarda daha çok “*alternatif tıp*” olarak karşımıza çıkan bu uygulamalar, konvansiyonel tıp da dediğimiz günümüz hakim tıp anlayışının dışında kalan, ancak onu destekleyen veya tamamlayan uygulamalardır. Bu uygulamalar, sağlıklı bireylerin fiziksel veya zihinsel hastalıklardan korunarak sağlıklarının sürdürülmesinde, hasta bireylerin ise hastalıklarını tedavi etmede kullanılan, farklı kültürel özellikler taşıyan, inanç ve tecrübelere dayalı bilgi, beceri ve uygulamaların bütünüdür<sup>2</sup>.

Tıp dünyasında son zamanlarda taraf toplayan ve toplamaya da devam eden görüşe göre<sup>3</sup>, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları ve konvansiyonel tıp uygulamaları birbirlerine zıt kavramlar olarak görülmeler dahi,

<sup>1</sup> **Öztürk**, Yunus Emre/**Dömbekci**, Hilal Akman/**Ünal**, Seda Nur: “Geleneksel, Tamamlayıcı ve Alternatif Tıp Kullanımı”, Bütünleyici ve Anadolu Tıbbi Dergisi, C. 1, S. 3, Y. 2020, s. 23; **Yeşilada**, Erdem: “Hekim, Alternatif Tedavi ve Modern Tıp”, TTB Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, C. 11, S. 6, Y. 2002, s. 223; **Somer**, Pervin/**Lutz**, Emine Elif Vatanoğlu: “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği’nin Hukuki ve Etik Açısından Değerlendirilmesi”, Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi, C. 22, S. 1, Y. Ocak 2017, s. 59.

<sup>2</sup> T.C. Sağlık Bakanlığı, “GETAT (Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları)”, <https://ezheah.saglik.gov.tr/TR,396642/getat-geleneksel-ve-tamamlayici-tip-uygulamalari.html>, (E. T. 23.12.2020); **Eichelberger**, Jan: Medizinrecht, Becksche Kurz Kommentare Band 64 (Hrsg.: Andreas Spickhoff), 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2018, Rn. 53.

<sup>3</sup> **Yeşilada**, s. 224; **Tokaç**, Mahmut: “Geleneksel Tıbbi Etik ve Hukuk Yönü ile Bakış”, Journal of Biotechnology and Strategic Health Research, C. 3, S. Özel Sayı, Y. 2019, s. 155 vd.; **Taştan**, Kenan: “Ülkemizde Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıbbın Kilometre Taşları”, Ankara Medical Journal, C. 18, S. 3, Y. 2018, s. 458 vd.

hastalığın tedavisinde birbirlerinden ayrılmaz parçalardır. Buna rağmen bazı konvansiyonel tıp doktorları, bu kapsamda yer alan uygulamalara tamamen sırtını dönmekte ve sadece bilimsel verilere dayalı konvansiyonel tıp uygulamalarına yönelmektedir. Dolayısıyla bu reddediş sebebiyle de birçok hasta, mevcut hastalığının tedavisinde konvansiyonel tıp tedavisinin yanı sıra geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemlerini kullandıklarını doktorlarından saklamaktadır. Oysa bu uygulamaların varlığının kabul edilmesi, devletin yetkili makamları tarafından denetlenmesi, eğitilmiş kişiler tarafından gerçekleştirilmesi gereklidir. Zira bu uygulamaların varlığının yok sayılması, eğitimsiz kişiler tarafından suistimal edilmesine ve umut tacirleri tarafından özellikle çaresizce bir umudun peşinden koşan ağır hastaların istismar edilmesine sebebiyet verebilir<sup>4</sup>. Nitekim T.C. Sağlık Bakanlığı da bu ihtimalleri göz önüne alarak, bu hususu düzenleme ihtiyacı hissetmiştir. Ülkemizde konuya ilişkin gerçekleştirilen gelişmeler<sup>5</sup> gösteriyor ki, geleneksel ve tamamlayıcı tıp artık hayatımızın bir parçası haline gelmeye başlamıştır.

Bu çalışmada, öncelikle kavram kargaşası yaratabilecek bazı kavramlara açıklık getirilmeye çalışılacaktır. Sonrasında geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının kapsamına, Türkiye’de bunlara ilişkin yasal düzenlemelere ve bu bağlamda Sağlık Bakanlığı’nca kabul edilen türlerine yer verilecektir. Daha sonra ise, Sağlık Bakanlığı tarafından kabul edilen geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının tıbbi müdahale olarak sayılıp sayılmadığı değerlendirilecek ve bu doğrultuda hukuka aykırılığın doğmasını engelleyen genel şartlara değinilecektir. Zira ilgili çalışma, doktorun hukuki

<sup>4</sup> Örneğin, İsviçre’de tamamlayıcı tıbbın sağlık hizmetlerinde pazar payının yüksek olması sebebiyle İsviçre Anayasası’na 2009 yılında yeni bir hüküm eklenmiştir. Buna göre (Art. 118a BV), Federal Hükümet ve Kantonlar, tamamlayıcı tıbbi sorumluluklarının bir parçası olarak dikkate alınmasını sağlar. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Kieser, Ueli/Nedi, Marian**: “Komplementärmedizin: Was legt Art. 118a BV fest?”, *Hill: Zeitschrift für Recht und Gesundheit*, S. 72, Y. 2013, Rn. 2 vd.

<sup>5</sup> Bu kapsamda Sağlık Bakanlığı tarafından hangi mesleklerin bu uygulamaları yapabileceği, uygulamaları gerçekleştirecek kişilerin sahip olmaları gereken asgari eğitim standartları ve uygulamaların endikasyon alanları hususunda düzenleme yapılarak, ülkemizde geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları yeni bir boyuta taşınmıştır. Ayrıca Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü nezdinde 2012 yılında “*Geleneksel, Tamamlayıcı ve Fonksiyonel Tıp Uygulamaları Daire Başkanlığı*” kurulmuş ve tüm Türkiye genelinde uygulama ve eğitim merkezleri oluşturulmuştur. Aynı şekilde 2014 yılında, Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığı’na bağlı olarak, “*Türkiye Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Enstitüsü*” kurulmuştur. İlgili enstitü, kanıta dayalı olarak geleneksel ve tamamlayıcı tıbbın modern tıp ile entegre bir şekilde insan sağlığının korunmasına, iyileştirilmesine, rehabilite edilmesine ve bozulan insan sağlığının düzeltilmesine katkı sağlamak amacıyla kurulmuştur.

sorumluluğuna ilişkin olup, doktorun cezai sorumluluğu çalışma kapsamında değildir. Ardından geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının konvansiyonel tıbbi müdahalelere nazaran, ayrı durumlara ve karakteristik özellikleri dikkate alınarak, bu uygulamaların hukuka uygun sayılabilmesi için gerekli genel şartların özel içeriği tespit edilmeye çalışılacaktır.

## I. GELENEKSEL VE TAMAMLAYICI TIP UYGULAMALARI

### A. Genel Olarak

Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları, yüzyıllar öncesine dayanmaktadır. Bilindiği gibi, şifacılar kendi etki alanlarıyla sınırlı olarak geleneksel bazı yöntemlerle (bitkisel ilaç tedavisi, sülük tedavisi gibi) yüzyıllar boyunca insanları iyileştirmeye çalışmışlardır. Ancak zamanla batıda laikleşme sürecinin başlamasıyla birlikte, deneysel ve rasyonel tıbbi uygulamaların önemi artmaya başlamıştır. Bununla birlikte, toplumda yine bazı insanlar için hastalıkların tedavisinde üfürükçülerin, şifacıların ve din adamlarının etkinliği devam etmiştir. 19. yy. ortalarında ise geleneksel yöntemler, yerinde saydığı ve gelişemediği için etkisini kaybetmiştir. Geleneksel yöntemler yerine yeni ve etkili çağdaş tedavi yöntemlerinin ortaya çıkması ve tıbbi cihaz teknolojisinin başlaması ile birlikte deneysel tıba eğilim artmıştır. Ancak geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları, hiçbir zaman tam anlamıyla terk edilmemiş, aksine varlığını insanlığın her döneminde sürdürmüştür<sup>6</sup>.

Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları günümüzde ise, neredeyse her coğrafyada, yeniden yaygınlaşmaya başlamıştır. Örneğin, bazı Asya (Çin, Kore, Hindistan gibi) ve Afrika (Etiyopya, Uganda, Tanzanya, Ruanda gibi) ülkelerinde toplumun yüzde sekseni geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarından temel sağlık hizmeti olarak faydalanmaktadır. Aynı şekilde (Avrupa ülkeleri, Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Japonya gibi) gelişmiş ülkelerde de toplumun yüzde kırkıdan fazlasının geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarına başvurduğu bilinmektedir<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Sandoz**, Thomas: Alternatif Tıp Tarihi, Çev. Çağrı Eroğlu, Dost Kitabevi, Ankara 2010, s. 13 vd.

<sup>7</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Biçer**, İsmail/**Balçık**, Pınar Yalçın: "Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp: Türkiye ve Seçilen Ülkelerinin İncelenmesi", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 22, S. 1, Y. 2019, s. 247 vd.; **Aydın**, Sabahattin: "DSÖ ve Gelenekten Küresel Tıbbın Alternatif Serüveni", Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, S. 22, Y. Mart-Nisan-Mayıs 2011-2012, s. 8; **Tütüncü**, Serpil: "Geleneksel, Alternatif ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarına Genel Bir Bakış", Tıbbın Alternatifi Olmaz!

## B. Alternatif-Tamamlayıcı-Geleneksel-Konvansiyonel Tıp Kavramı ve Ayrımı

Tıp kavramı, “*hastalıkları iyileştirmek, hafifletmek veya önlemek amacıyla başvurulan teknik ve bilimsel çalışmaların tümü*” olarak tanımlanmıştır<sup>8</sup>. Tıp disiplinin kökeni, insanların diğer insanlara yardım etme ve merak iç güdüsüne, böylece ilk insanların birbirlerine çevrelerindeki doğal ürünlerden faydalanarak yardım etmeye başlamalarına dayanmaktadır. Bu içgüdülerin tetiklemesiyle insan, zamanla nesilden nesile aktarılan tecrübe ve gözlemlerle tıbbi uygulamaların gelişmesini sağlamıştır. Tıp bilimi, durağan değil, aksine sürekli değişim içerisinde olan bir bilim dalıdır. Zira hastalıklar, zamandan zamana, coğrafyadan coğrafyaya, kültürden kültüre, nesilden nesile farklılıklar taşımakta ve sürekli değişmektedir. Dolayısıyla tıp kavramı, sadece teknik ve bilimsel çalışmalara dayanan konvansiyonel tıp kavramını değil, başka kavramları ve türleri de içerisinde barındırmaktadır. Bu bağlamda kavram kargaşası yaratabileceği düşüncesiyle, bazı kavramların netleştirilmesi gerekmektedir.

Konvansiyonel tıp, günümüzde “*Modern tıp*”, “*Ortodoks tıbbi*” ve “*Batı tıbbi*” ifadeleri ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır<sup>9</sup>. Konvansiyonel tıp, 19. yüzyılın başından itibaren uygulanmaya başlayan, kanıta dayalı bilimsel yöntemlerden oluşan, klinik deneyimin bilimsel araştırma sonuçları ile desteklendiği ve günümüzde hakim tıp anlayışını ifade eden tıbbi uygulamalardır<sup>10</sup>.

---

Geleneksel, Alternatif ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2017, s. 11 vd.; **Kieser/Nedi**, Rn. 2 vd.; **Yeşilada**, s. 223 vd.

<sup>8</sup> Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr>, (E.T.: 03.12.2020).

<sup>9</sup> Konvansiyonel tıbbin temeli, Hipokrat’ın ortaya attığı bir fikre dayanmaktadır. Buna göre tıp; tanı, tedavi ve prognoz sürecinin ayrıntılı olarak gözlemlenmesi, neden-sonuç ilişkisi kurulması ve edinilen tecrübeler ışığında değerlendirilmesi gereken bir alandır. Bütüncül tıp olarak da adlandırılan integratif tıp ise, modern tıp ile etkinliği ve güvenirliliği kanıtlanmış geleneksel, tamamlayıcı ve alternatif tıp uygulamalarının hastanın ruhsal, zihinsel ve duygusal durumu dikkate alınarak, bir bütün halinde ele alınmasına denir, **Öztürk/Dömbekci/Ünal**, s. 24 vd.; **Şahin**, Çağrı Emin: “Tıbbın Alternatifi mi? Tıpta Alternatif mi?”, Hayat Sağlık: Sağlık ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 17, Y. Temmuz 2018, s. 19; **Civaner**, M. Murat: “Hekimin Modern Tıp Dışı Yöntemlere Yaklaşımı Nasıl Olmalı?”, Toplum ve Hekim, C. 32, S. 1, Y. Ocak-Şubat 2017, s. 11.

<sup>10</sup> **Şahin**, Saliha: “Geleneksel, Tamamlayıcı, Alternatif Tıp Uygulamalarına Genel Bir Bakış”, Türkiye Aile Hekimliği Dergisi, C. 21, S. 4, Y. 2017, s. 159.

Doktrinde yer alan hakim görüşe<sup>11</sup> göre alternatif tıp ise, kanıta dayalı bilimsel tıbbi yöntemlerin dışında kalan, konvansiyonel tıbbın yerine ikame edilen her türlü sağlık hizmetidir. Kavramın içerisinde yer alan “*alternatif*” ifadesi; “*seçenek*” veya “*bir şeyin yerine*” anlamlarında kullanılmaktadır. Dolayısıyla alternatif tıp, konvansiyonel tıbbi tamamlayıcı ve destekleyici nitelikte değil; onun dışında ve karşısında olan, ona ikame teşkil eden uygulamalar bütünüdür. Ancak günümüzde genellikle geleneksel veya tamamlayıcı tıp uygulamalarını da içerisine alan genel bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla bu kavramlar arasında, uygulamada belirsizlik olduğu açıktır. Ancak günümüzde birçok uluslararası sağlık kuruluşları tarafından “*alternatif tıp*” ifadesinin kullanımından kaçınılmakta olduğu da dikkatten kaçmamaktadır. Çünkü bu ifadenin kullanılması ile toplumda, sanki alternatif tıp uygulamalarının konvansiyonel tıba alternatif oluşturma çabası içerisinde olduğu ve konvansiyonel tıbbi reddederek, onun yerine uygulanması gerektiği yönünde bir algı oluşmaktadır. Dolayısıyla Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) de bu ifadeyi kullanmaktansa, “*geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları*” ifadesini kullanmayı tercih etmektedir<sup>12</sup>. Aynı şekilde, ülkemizde de bu ifadenin kullanımından kaçınıldığı görülmektedir. Şöyle ki; Sağlık Bakanlığı, “*Geleneksel, Tamamlayıcı ve Alternatif Tıp Uygulamaları Taslak Yönetmeliği*”ni 2014 yılının başlarında hazırlamıştır. Ancak Sağlık Bakanlığı’nın talebi üzerine ilgili kurumların eleştiri ve görüşleri doğrultusunda taslakta, taslağın başlığı da dahil olmak üzere, bazı değişiklikler yapılmış ve ilgili yönetmelik “*Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği*”<sup>13</sup> başlığı altında 27 Ekim 2014 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir<sup>14</sup>. Yine Mayıs 2016 yılında Türk Tabipler Birliği tarafından düzenlenen “*Tıbbın Alternatifi Olmaz*” başlıklı

<sup>11</sup> **Oğuz**, Yasemin: “Toplum, Bilim ve Tıp Etiği Açısından Alternatif Tıp ve Halk Tıbbı”, Bilim ve Ütopya, S. 25, Y. Temmuz 1996, s. 36 vd.; **Mollahaliloğlu**, Salih/**Uğurlu**, F. Gülçin/**Kalaycı**, Mehmet Zafer/**Öztaş**, Dilek: “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarında Yeni Dönem”, Ankara Medical Journal, C. 15, S. 2, Y. 2015, s. 102.

<sup>12</sup> **Tokaç**, Mahmut: “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Mevzuatı Hakkında”, Hayat Sağlık: Sağlık ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 17, Y. Temmuz 2018, s. 22; **Mollahaliloğlu/Uğurlu/Kalaycı/Öztaş**, s. 102.

<sup>13</sup> 27.10.2014 tarihli 29158 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

<sup>14</sup> Bahsi geçen değişiklikler için bkz. **Karahancı**, Onur Naci/**Öztoprak**, Ümit Yaşar/**Ersoy**, Mesut/**Ünsal**, Çağrı Zeybek/**Hayırlıdağ**, Mustafa/**Büken**, Nüket Örnek: “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği ile Yönetmelik Taslağı’nın Karşılaştırılması”, Türkiye Biyoetik Dergisi, C. 2, S. 2, Y. 2015, s. 117 vd.

sempozyumda<sup>15</sup>, konu derinlemesine tartışılmış ve bu ifadenin yanıltıcı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu doğrultuda çalışmamızda bu ifade yerine, “*geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları*” ifadesini kullanmayı daha yerinde görmekteyiz.

Tamamlayıcı tıp ise, hastaya uygulanan konvansiyonel tıbbi yöntemlere ek olarak, bilimsel olarak kanıtlanmış bir tedavi yöntemi olmadığı halde, hastanın isteğine bağlı olarak, konvansiyonel tıp tedavisinin desteklenmesi amacıyla gerçekleştirilen uygulamalardır. Tamamlayıcı tıp uygulamaları, konvansiyonel tıp uygulamalarına paralel olarak yürütülen, mevcut hastalığın yan etkilerini azaltıcı, hastanın psikolojik durumunu düzeltici, rahatlatıcı, bağışıklığını güçlendirici ve destekleyici tedavileri içermektedir. Bir diğer ifadeyle, tamamlayıcı tıp uygulamaları, konvansiyonel bilimsel uygulamaları tamamlayıcı nitelikte tedavi yöntemleridir. Bu uygulamaların geleneksel tıp uygulamalarından farkı, uygulandığı ülkede, o ülkenin kendi geleneklerinin bir parçası olarak kabul edilmek zorunda olmaması noktasındadır. Bir diğer deyişle, tamamlayıcı tıp uygulamaları (örneğin, ozon tedavisi gibi) geleneksel olmak zorunda değildir. Eğer tıp uygulaması, uygulandığı ülkenin kendi geleneklerinden doğmamışsa ve hakim sağlık sistemi tarafından da yerleşik bir biçimde uygulanmıyorsa, o uygulama tamamlayıcı tıp uygulaması olarak tanımlanabilir<sup>16</sup>. Bu uygulamaların alternatif tıp uygulamalarından farkı ise şöyledir: Tamamlayıcı tıp, konvansiyonel tıbbi yöntemleri tamamlayıcı ve destekleyici nitelikteyken; alternatif tıp, konvansiyonel tıbbi reddeden ve onun yerine ikame edilen uygulamalar olarak görülmektedir<sup>17</sup>.

Halk tıbbi olarak da adlandırılan geleneksel tıp ise; köklerini geçmişten alan, nesilden nesile aktarılan değerler, tecrübeler, inançlar ve deneme-yanılma yöntemi ile oluşan bilgiler ışığında, fiziksel ve zihinsel hastalıklardan korunmada, tanı koymada ve hastalıkların tedavisinde kullanılan geçmişten günümüze kadar gelen uygulamalar bütünüdür. Geleneksel tıp, alternatif tıbbin ortaya çıktığı coğrafyanın ve yaygın olarak kullanıldıkları dönemin özelliklerini yansıtan uygulamalardır. Ortaya çıktığı ve benimsen-

<sup>15</sup> Krş. TTB Halk Sağlığı Kolu, “Tıbbin Alternatifi Olmaz” Sempozyumu, İstanbul, 2016, [https://toraks.org.tr/site/sf/nmf/pre\\_migration/e47a126a58861d852d8c490248f2eacbf1cb0b9411deaac2ad7ebd6b4942cc8.pdf](https://toraks.org.tr/site/sf/nmf/pre_migration/e47a126a58861d852d8c490248f2eacbf1cb0b9411deaac2ad7ebd6b4942cc8.pdf), (E. T.: 24.12.2020).

<sup>16</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Tokaç**, Tıp Uygulamaları Mevzuatı, s. 22 vd.; **Şahin**, Tıpta Alternatif, s. 17 vd.

<sup>17</sup> **Hakeri**, Hakan: “Geleneksel Tıp Bakımından Ülkemizdeki Hukuki Durum”, Legal Tıp Hukuku Dergisi, C. 4, S. 7, Y. Nisan 2015, s. 18; **Öztürk/Dömbekci/Ünal**, s. 24; **Civaner**, s. 10.

diği coğrafyada ve kültürde geleneksel tıp olarak kabul edilen uygulamalar, bir başka coğrafyada alternatif tıp olarak adlandırılabilir<sup>18</sup>. Örneğin, bizim coğrafyamızda ortaya çıkan bazı geleneksel tıp uygulamaları (Şamanizm'in uzantısı olan uygulamalar gibi), başka bir coğrafyada ve kültürde alternatif tıp olarak tanımlanabilir<sup>19</sup>.

### C. Türkiye'de Konuya İlişkin Bazı Yasal Düzenlemeler

DSÖ'nün geleneksel ve tamamlayıcı tıp alanında yapmış olduğu çalışmalar ve aldığı kararlar sonucunda çoğu ülke, buna ilişkin kendi iç hukuklarında bazı yasal düzenlemeler yapma gereği duymuşlardır. Zira DSÖ, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının ulusal sağlık politikalarında yer alması gerektiğini kabul etmektedir. DSÖ, bu uygulamaların güvenilirliğinin yasal mekanizmalarla sağlanarak, eğitimsiz ve yetkisiz kişilerin elinde suiistimal edilmemesi gerektiğini ve doğru yönde kullanılması halinde onları desteklediğini dile getirmektedir<sup>20</sup>. Bu bağlamda, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının kanıta dayalı, güvenilir ve etkin bir biçimde sağlık sistemine entegrasyonu amacıyla, Türkiye'de de konuya ilişkin bazı yasal düzenlemelere yer verilmiştir. Böylece Sağlık Bakanlığı, 2013-2017 Stratejik Planı<sup>21</sup> ve Türkiye Cumhuriyeti Onuncu Kalkınma Planı<sup>22</sup> çerçevesinde, bu düzenlemelerle geleneksel ve tamamlayıcı tıp yöntemlerinin eğitilmiş kişiler ve istenilen donanım ve teçhizata sahip sağlık kuruluşları tarafından verilmesini ve bunların denetlenmesini zorunlu hale getirmiştir.

Türkiye'de geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarına ilişkin olarak ilk düzenleme, "Akupunktur Tedavi Yönetmeliği"<sup>23</sup> başlığı ile 1991 yılında

<sup>18</sup> Sarıyev, Ayşe Erol: Alternatif Tıbbi Yöntemlerden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 5; Mollahaliloğlu/Uğurlu/Kalaycı/Öztaş, s. 102; Aydın, s. 8.

<sup>19</sup> DSÖ'ye göre ise geleneksel tıp, "fiziksel ve ruhsal hastalıkların önlenmesinde, bunlara tanı koymada, tedavi edilmesinde ve bunların yanında sağlığın korunmasında ve iyileştirilmesinde farklı kültürlerle özgü teoriler, inançlar ve deneyimlere dayanan bilgi, beceri ve uygulamaların tümü"dür, General Guidelines for Methodologies on Research and Evaluation of Traditional Medicine, 2000, [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/66783/WHO\\_EDM\\_TRM\\_2000.1.pdf](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/66783/WHO_EDM_TRM_2000.1.pdf), (E.T.: 03.12.2020).

<sup>20</sup> Tokaç, Tıp Uygulamaları Mevzuatı, s. 22; Biçer/Balçık, s. 245; Aydın, s. 9 vd.

<sup>21</sup> T.C. Sağlık Bakanlığı 2013-2017 Stratejik Planı metni için bkz. <https://pydbfiles.saglik.gov.tr/documents/stratejik%20plan%202013-2017.pdf>, s. 16 vd. (E.T.: 28.03.2021).

<sup>22</sup> T.C. Kalkınma Bakanlığı Onuncu Kalkınma Planı metni için bkz. <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/Onuncu-Kalkinma-Planı-2014-2018.pdf>, s. 35 (E.T.: 28.03.2021).

<sup>23</sup> 29.05.1991 tarihli 20885 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

yayımlanmıştır<sup>24</sup>. Daha sonra ise 2002 yılında “Akupunktur Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları ile Bu Tedavinin Uygulanması Hakkında Yönetmelik”<sup>25</sup> başlığı altında farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir<sup>26</sup>. Sonrasında Sağlık Bakanlığı, 2010 yılında insan sağlığını koruyucu ve tedavi edici etkileri olan bitkisel ürünlerin nasıl ruhsatlandırılacağına ilişkin “Geleneksel Bitkisel Tıbbi Ürünler Yönetmeliği”ni<sup>27</sup> yayınlamıştır. Daha sonra ise, 663 sayılı “Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”<sup>28</sup> 2011 yılında yayımlanmış ve konuya ilişkin ileride hazırlanacak düzenlemelerin yasal dayanağı oluşturulmuştur. İlgili KHK m. 8/f. 1/b. (ğ)’nin verdiği yetkiye dayanarak<sup>29</sup> Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 2014 yılında “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği”ni yayınlamış ve akupunktur dışında yer alan diğer uygulamaları ilk defa düzenlemiştir. İlgili yönetmelikte, geleneksel ve tamamlayıcı tıp kavramları ve aralarındaki farklar açıklanmamakla birlikte; bu uygulamaların türleri ve türlerin tanımları, amaçları, kapsamaları, onları gerçekleştirecek olan kişiler, uygulama merkezlerinin donanımları, standartları ve denetimlerine ilişkin genel bir düzenleme getirilerek, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarına hukuki bir zemin hazırlanmıştır<sup>30</sup>. Bu yönetmeliğin yayınlanması sonucunda,

<sup>24</sup> Bu yönetmeliğin amacı, ülkemizde akupunktur tedavisinin bilimsel yöntemlerle yapılmasının sağlanmasıdır. İlgili yönetmelikte, akupunktur yöntemlerinin tanımlanmasına, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin gerçekleştirdikleri akupunktur faaliyetlerinde standardizasyonun sağlanmasına ve bu kapsamda üst komisyon kurulmasına ilişkin hükümler yer almaktadır.

<sup>25</sup> 17.09.2002 tarihli 24879 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

<sup>26</sup> Bu düzenlemenin amacı ise, toplumun sağlığını korumak maksadıyla akupunktur tedavisinin bilimsel yöntemlerle yapılması ve bu tedavinin uygulandığı özel sağlık kuruluşlarının açılmasına, çalışmasına ve denetlenmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir. Türkiye’de bu yönetmelik ile birlikte, Sağlık Bakanlığı’ndan alınan izinle üniversiteler akupunktur eğitimi vermeye başlamıştır. Ayrıca yurt dışında veya yurt içinde eğitim almış kişiler, sınava tabi tutularak başarılı olanlara akupunktur uygulama yetkisi verilmiştir.

<sup>27</sup> 06.10.2010 tarihli 27721 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

<sup>28</sup> 02.11.2011 tarihli 28103 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

<sup>29</sup> İlgili maddeye göre, Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün görevleri arasında, Geleneksel, tamamlayıcı ve alternatif tıp uygulamaları ile ilgili düzenleme yapmak ve sağlık beyanı ile yapılacak her türlü uygulamalara izin vermek ve denetlemek, düzenleme ve izinlere aykırı faaliyetleri ve tanımları durdurmak da bulunmaktadır.

<sup>30</sup> Konuya ilişkin bilgi için **Mollahaliloğlu/Uğurlu/Kalaycı/Öztaş**, s. 102 vd.



akupunktur tedavisine yönelik yukarıda bahsi geçen yönetmelikler<sup>31</sup> ise mülga olmuştur.

Sağlık Bakanlığı'nın ilgili yönetmeliği yayımlamasının, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları açısından oldukça faydalı bir gelişme olduğunu kabul etmek gerekir. Zira geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları, günümüzde toplumda önem kazanmış ve toplumun merakını cezbetmiştir. Dolayısıyla bu alandaki boşluk ilgili yönetmelikle biraz olsun kapatılmaya çalışılmıştır. Nitekim bu alanın göz ardı edilmesi ve denetimsiz kalması halinde, toplum sağlığının riske girmesi kaçınılmazdır. Ancak ilgili yönetmelikte, yukarıda bahsi geçen konulara yer verilmekle birlikte, nedense bu uygulamaların hukuki yönüne ilişkin olarak genel hükümlere yapılan atıf dışında, herhangi özel bir hükme yer verilmemiştir. Sonuç olarak, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nde düzenlenen uygulamaların hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinde kullanılabilir özel şartlara anılan yönetmelikte yer verilmemiştir.

#### **D. Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği Tarafından Kabul Edilen Tedavi Yöntemleri**

Dünya geneline bakıldığında, geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemlerinin yelpazesinin çok geniş olduğu görülmektedir. Bu bağlamda dünya genelinde uygulanan ve en çok bilinen geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları şu şekilde sıralanabilir: Akupunktur, Aleksander Tekniği, Antropofizik Tıp, Toksinlerden Arındırıcı Diyetler (Detox), Aromaterapi, Ayurveda, Bio-feedback, Bitkisel Tıp, Biyoenerji, Biyo-kimya, Hidroterapi, Hipnoz, Hirudoterapi, Homeopati, Kaplıca Tedavisi, Kayropratik, Kupa Tedavisi (Hacamat), Makrobiyotik, Masaj, Müzik Tedavisi, Natüropati, Negatif İyon Tedavisi, Ozon Tedavisi, Osteopati, Örüntü Tedavisi, Piramit Tedavisi, Psionik, Radyestezi, Radyonik, Refleksoloji, Reiki, Renk Tedavisi, Rolf Metodu, Tai Chi, Sesle Tedavi, Shiatsu, Şifacılık, Yoga/Meditasyon Egzersizleri en bilinen örneklerdir<sup>32</sup>.

Aslında anılan bu yöntemler ortaya çıktıkları dönemlerde tıbbın kendisini oluşturmakta iken, günümüzde geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygu-

<sup>31</sup> “20885 sayılı Akupunktur Tedavi Yönetmeliği” ve “24879 sayılı Akupunktur Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları ile Bu Tedavinin Uygulanması Hakkında Yönetmelik”.

<sup>32</sup> Bkz. **Öztürk/Dömbekci/Ünal**, s. 26; **Tokaç**, Mahmut: “Geleneksel Tıbbı Akademik Yaklaşım: GETTAM”, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, S. 28, Y. Eylül-Ekim-Kasım 2013, s. 82 vd.; **Erol**, s. 31 vd.; **Somer/Lutz**, s. 61; **Sarıyev**, s. 35 vd.

lamaları olarak adlandırılmaktadır. Ancak Sağlık Bakanlığı, bu uygulamalardan sadece on beşine Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nde yer vermiştir. Anılan on beş uygulama ise şunlardır: Akupunktur<sup>33</sup>, Apiterapi<sup>34</sup>, Fitoterapi<sup>35</sup>, Hipnoz<sup>36</sup>, Sülük Uygulaması<sup>37</sup>,

<sup>33</sup> Akupunktur, günümüzde en yaygın kullanılan geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamasıdır. Çin tıbbına göre, insan bedeninde akupunktur noktaları denilen bazı noktalar bulunmaktadır. Bu noktalar bazı araçların (iğne, lazer ışınları, elektrik stimülasyonu, kupa, kulak için tohum, manyetik topçuklar, termik stimülasyon, akupres, ses, elektrik veya manyetik titreşimler) yardımıyla uyarılarak, vücudun kendi kendini tamir etmesi sağlanmaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Kavaklı**, Ahmet: "Akupunktur", *Fırat Tıp Dergisi*, C. 15, S. 1, Y. 2010, s. 1 vd.; **Kalyon**, Tunç Alp: "Akupunktur Tedavisi", *Türk Fizyoterapi ve Rehabilitasyon Dergisi*, C. 53, S. Özel Sayı 2, Y. 2007, s. 52 vd.

<sup>34</sup> Bu uygulamada sadece bal arısından elde edilen bal, bal mumu, polen, propolis, arı sütü ve arı zehri gibi doğal ürünlerle kişilerin bağışıklık sisteminin güçlendirilmesi, böylece hastalıkların önlenmesi veya bir hastalık mevcutsa onun iyileştirilmesi amaçlanmaktadır, Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Ulusoy**, Esra: "*Bal ve Apiterapi*", *Uludağ Arıcılık Dergisi*, Y. Ağustos 2012, C. 12, S. 3, s. 89 vd.; **Aydın**, Yıldray/**Tekeoğlu**, İbrahim: "Tamamlayıcı Tıp ve Güncel Apiterapi Uygulamaları", *Journal of Biotechnology and Strategic Health Research*, C. 2, S. 2, Y. 2018, s. 64 vd.

<sup>35</sup> Kökeni Çin, Mısır ve Hindistan tıbbı olan fitoterapi, geleneksel reçetelerle ve bitkisel ilaçlarla gerçekleştirilen bir tedavi yöntemidir. Bilimsel araştırmalar da göstermiştir ki; bitkilerin hastalıkların tedavisinde önemli bir potansiyeli bulunmaktadır. Fitoterapi, modern tıbbın karşısında yer almamakta, aksine modern tedavi yöntemlerinin tamamlayıcısı ve destekleyicisi durumundadır. Ancak fitoterapi tedavisinin bu tamamlayıcı ve destekleyici fonksiyonunu tam anlamıyla yerine getirebilmesi, fitoterapi tedavisinde kullanılacak ürünlerin üretim sırasında ve sonrasında yetkili makamlarca kontrolünün gerçekleştirilmesine bağlıdır. Bitki bileşenlerinin ilaç olma safhasında klinik aşamalardan geçip geçmediği, güvenilirliği, yan etkileri ve ruhsatlandırılması kontrol altında bulunmalıdır. Zira bu ürünlerin üretiminde kullanılan bitki bileşenlerinin türleri ve bunların dozajı önem arz etmekte olup, bunların yanlış kullanımı toksik etki de yaratabilir. Nitekim denetim eksikliği, bu tedavi yönteminin amacında sapmalara ve hastaların fiziksel veya zihinsel yönden zarar görmesine yol açabilir. Aynı şekilde insanların bu tip ilaçları kullanırken doğal ürünün yan etkisi olmaz yanılığısına düşerek, kontrolsüzce kullanması ve kendisini takip eden doktoruna bu hususta bilgi vermemesi de aynı sonuca neden olabilir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Vardar**, Deniz Özkan/**Mollahaliloğlu**, Salih/**Öztaş**, Dilek: "Fitoterapide Kullanılan Bazı Fitokimyasalların Toplum Sağlığına Etkilerinin Değerlendirilmesi", *Journal of Health Sciences and Medicine*, C. 1, S. 4, Y. 2018, s. 95 vd.; **Yarış**, Ersin: "Molekülden İlaça Ama Bitkiden Nereye", *Tıbbın Alternatifi Olmaz!*, Geleneksel, Alternatif ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2017, s. 109 vd.; **Yeşilada**, s. 223 vd.; **Şahin**, Genel Bir Bakış, s. 159 vd.; **Dişli**, Meryem/**Yeşilada**, Erdem: "Türkiye'de Bitkisel Tıbbi Ürünler (Türkiye'de Bitkisel Ürünlerin Standardizasyonu, Üretimi ve Tağşiş)", *Journal of Biotechnology and Strategic Health Research*, C. 3, S. Özel Sayı, Y. 2019, s. 13 vd.; **Tütüncü**, s. 16 vd.

Homeopati<sup>38</sup>, Kayropratik<sup>39</sup>, Kupa Uygulaması (Hacamat)<sup>40</sup>, Larva Uygulaması<sup>41</sup>, Mezoterapi<sup>42</sup>, Proloterapi<sup>43</sup>, Osteopati<sup>44</sup>, Ozon Terapi<sup>45</sup>, Refleksoloji<sup>46</sup>, Müzik Terapi<sup>47</sup>.

- <sup>36</sup> Hipnoz, telkin yoluyla bir kişinin algılama, bilinç, hafıza, duygu ve davranışlarında meydana getirdiği değişiklikleri kapsayan sosyal etkileşim yöntemine denmektedir. İnsan zihni, bilinç ve bilinçaltı olarak iki kısımdan oluşur. İnsanlarda bilinç, yaşanan ve deneyimlenen olayları değerlendirme, mantık yürütme ve karar verme mekanizması iken; bilinçaltı, duyguların, davranışların ve deneyimlerin yer aldığı bölümdür. Bilinç, edinilen bilgiyi değerlendirmeden kabul etmemekte ve bilinçaltına her türlü bilginin yerleşmesine izin vermemektedir. İşte hipnoz sayesinde, zihnin bu iki kısmı arasındaki sınır kaldırılarak, bilincin bilgiyi kabul etmesi sağlanır. Yunan mitolojisinden adımları alan hipnoz, binlerce yıl öncesinde dini ayinlerde kullanılan bir yöntem iken, ilk olarak medikal hipnoz 18. yy'da kullanılmaya başlanmış, özellikle 2. Dünya Savaşı'ndan sonra psikolojik travma geçiren kişilere uygulanması ile önem kazanmıştır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Ceyhan, Derya/Yiğit, Tuğba Tasa**: "Tıbbi Tedavilerde Hipnoz Uygulamalarının Kullanımı ve Etkinliği", Ankara Dış Hekimleri Odası Klinik Bilimler Dergisi, C. 7, S. 2, Y. 2013, s. 1507 vd.
- <sup>37</sup> Bu uygulamaya göre kan emici sülükler, insan vücudundaki hasta bölgeye konulmakta ve o bölgedeki kanı ağızlarından yaydıkları yararlı enzimlerle iyileştirmektedir. Doğada bulunan altı yüzden fazla sülük türünden sadece on beşinin medikal olarak kullanılabilirdiği bu uygulama, özellikle 19. yy'dan itibaren deri hastalıklarından kansere kadar birçok hastalığın tedavisinde kullanılmaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Ayhan, Hüseyin/Mollahaliloğlu, Salih**: "Tıbbi Sülük Tedavisi: Hirudoterapi", Ankara Medical Journal, C. 18, S. 1, Y. 2018, s. 141 vd.; **Çelikbaş, Aysel Kocagül**: "GATT Uygulamalarına Enfeksiyon Hastalıkları Açısından Yaklaşım", Tıbbın Alternatifi Olmaz!, Geleneksel, Alternatif ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2017, s. 226 vd.
- <sup>38</sup> Bu uygulamanın temelleri, Alman doktor Hahnemann tarafından atılmıştır. Hahnemann'a göre, hastalıktan ziyade hastanın iç dünyasına odaklanılmalıdır. Zira hastalığın nedeni, insanın iç dünyasında yatmaktadır. Her hastanın kendine ait bir yaşamı ve bu yaşam içerisinde alışkanlıkları, zihni ve o zihinle yarattığı duyguları vardır. Dolayısıyla aynı hastalık, iki farklı kişide, farklı nedenlere dayanabilir. Çünkü bu kişilerin bireysel özellikleri farklıdır ve her bir hastaya farklı dozlarda ilaç verilmelidir. Konvansiyonel tıp uygulamalarında ise, hastadan ziyade hastalık dikkate alınır ve aynı hastalığa sahip kişilere aynı dozlarda aynı tedavi yöntemi (aynı ilaç, aynı tıbbi cihaz kullanımı gibi) verilerek hastalık iyileştirilmeye çalışılır. Homeopati, özellikle Avrupa, Hindistan, Japonya ve Kanada'da yaygın olarak kullanılan tamamlayıcı tıp uygulamasıdır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Buda, Levent**: Bir Tedavi Sanatı: Homeopati, Homeopatik Ev Eczanesi, 2. Baskı, A7 Kitap Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 23 vd.; **Helmstädter, Axel**: "Hahnemann und die Homöopathie: Alternativ seit 250 Jahren", PharmR, Heft 1, S. 13, Y. 2006, s. 13 vd.; **Böttger, Ralf/Kirchner, Christiane**: Arzneimittelrecht, Handbuch für die Rechtspraxis (Hrsg.: Fuhrmann, Stefan/Klein, Bodo/Fleischfresser, Andreas), 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2020, § 4, Rn. 10 vd.
- <sup>39</sup> Kayropratik ise; kas, omurga ve iskelet sistemindeki biyomekanik bozukluklarla ve bu bozuklukların sinir sistemi üzerindeki etkileri (özellikle sırt ve bel ağrıları gibi) önlemekle ilgilenen tamamlayıcı tıbbi bir uygulamadır. Elle tedavi yöntemi olan bu uygu-

- lama; ABD, Kanada ve bazı Avrupa ülkelerinde yasalarla desteklenerek yaygın bir biçimde kullanılabilir hale gelmiştir. Hatta ABD, İngiltere ve İsviçre’de kayropratik uygulamalarına ilişkin sağlık harcamaları devlet tarafından karşılanmaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Taneri**, Petek Eylül/**Akış**, Nalan: “Geleneksel, Alternatif ve Tamamlayıcı Tıp Yöntemleri”, Tıbbın Alternatifi Olmaz!, Geleneksel, Alternatif ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2017, s. 72 vd.
- 40 Kupa tedavisi, top ve çan gibi farklı şekil ve boyutlardaki kupalarla kan dolaşımını artırarak bölgesel vakum oluşturmaya dayanan kuru kupa uygulaması ve bölgesel vakumla birlikte yüzeysel cilt kesikleri oluşturarak, bölgedeki sıvının dışarı atılmasına dayanan yaş kupa uygulamasından oluşmaktadır. Günümüzde Uzakdoğu, Orta Doğu, Arabistan Yarımadası ve Orta Avrupa ülkelerinde yaygın olarak kullanılmaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Okumuş**, Müyesser: “Kupa Tedavisi ve Hacamat”, Ankara Medical Journal, C. 16, S. 4, Y. 2016, s. 370 vd.
- 41 Bu tedavi yönteminde, steril *Lucilia Sericata* cinsi sinek larvaları, yaralı bölgeye uygulanmaktadır. Larvalar gezindikleri bölgede oluşturdukları mekanik etkiyle kronik yaraları uyararak, onların iyileşmesini sağlamaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Tanyüksel**, Mehmet/**Koru**, Özgür/**Araz**, Remzi Engin/**Kılbaş**, Hatice Zeynep Güçlü/**Yıldız**, Şenol/**Alaca**, Rıdvan/**Ay**, Hakan/**Şimşek**, Kemal/**Yıldız**, Cemil/**Yurttaş**, Yüksel/**Demiralp**, Bahtiyar/**Deveci**, Mustafa/**Beşirbellioğlu**, Bülent A.: “Kronik Yaraların Tedavisinde Steril *Lucilia Sericata* Larva Uygulamaları”, Gülhane Tıp Dergisi, C. 56, S. 4, Y. 2014, s. 218 vd.
- 42 Özellikle Avrupa’da uzun yıllardır deri lezyonlarında, yaşlanma karşıtı çalışmalarda, fizik tedavide, ortopedide, saç dökülmelerinde ve spor hekimliği alanında kullanılan mezoterapi, bitkisel veya farmakolojik ilaçların gerekli ise seyreltilmiş bir biçimde patolojinin bulunduğu bölgeye çoklu enjeksiyonlarının belirli aralıklarla özel iğnelerle cilt altına uygulanmasıdır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Atalık**, Ahmet: “Mezoterapi ve Klinik Uygulamalar”, Journal of Biotechnology and Strategic Health Research, C. 3, S. Özel Sayı, Y. 2019, s. 115 vd.
- 43 Çoğunlukla kronik ağrıları olan hastalarda kullanılan bu tamamlayıcı tıbbi yöntemde, proliferatif solüsyonlar sorunlu bölgedeki bağ dokusu içine steril özel iğnelerle enjekte edilerek, o bölgede oluşan inflamasyona karşı vücudun savunma mekanizması devreye sokulmaya çalışılır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Yaman**, Hakan/**Vural**, Ramazan: “Proloterapi: Aile Hekimliği’nde Kronik Ağrı Yönetiminde Yeni Bir Yöntem”, Ankara Medical Journal, C. 16, S. 2, Y. 2016, s. 220 vd.
- 44 Kas ve iskelet sistemi hastalıklarında (genellikle bölgesel kronik ağrılarda) konvansiyonel tıbbin yanında, onu tamamlayıcı nitelikte kullanılan ve el ile gerçekleştirilen bu yöntemde, sağlık problemi bölgesel dahi olsa, bölgesel problem tüm bedenin bütünlüğü içerisinde tedavi edilmeye çalışılır. Çünkü bu tedavi yöntemine göre, bölgesel sağlık problemleri, bedenin başka bir bölgesindeki veya organdaki mekanik dengesizlikten kaynaklanıyor olabilir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Kaya**, Elif/**Altınbilek**, Turgay: “Osteopati Yaklaşımı; Bel ve Boyun Ağrılarında Yeri”, Journal of Biotechnology and Strategic Health Research, C. 3, S. Özel Sayı, Y. 2019, s. 85 vd.
- 45 Ozon ve oksijen karışımı maddenin vücut boşluklarına veya dolaşım sistemine uygulanması olarak tanımlanan ozon terapi, bağışıklık sisteminin güçlendirilmesinde, romatizmal hastalıkların, diş hastalıklarının tedavisinde, kanserli hastaların yaşam kalitelerinin artırılmasında, sporcuların performansının artırılmasında ve hatta Covid-19’un tedavisinde, konvansiyonel tıbbın yanında onu destekleyici olarak kullanılan

Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nde anılan bu uygulamaların, hangilerinin geleneksel veya hangilerinin tamamlayıcı tıp uygulaması olduğuna ilişkin bir belirleme söz konusu olmamaktadır. Bununla birlikte, ilgili hükümlerin değerlendirilmesi sonucunda; Akupunktur, Apiterapi, Hipnoz, Sülük Uygulaması, Homeopati, Kayropratik, Kupa Uygulaması, Larva Uygulaması, Mezoterapi, Proloterapi, Osteopati, Ozon Terapi, Refleksoloji ve Müzikterapi uygulamalarının, sadece konvansiyonel tıp uygulamalarını destekleyici ve bütünleyici olarak kullanılması öngörüldüğünden, bunları tamamlayıcı tıp uygulamaları olarak kabul etmek uygun görünmektedir. İlgili yönetmeliğe göre fitoterapi ise, geleneksel bitkisel tıbbi ürünler ve bitkisel ilaçlarla yapılan tıbbi bir tedavi yöntemi olarak tanımlandığı için, geleneksel tıp niteliğini haiz olduğu söylenebilir.

## II. GELENEKSEL VE TAMAMLAYICI TIP UYGULAMALARININ HUKUKA UYGUNLUĞUNUN TESPİTİ

### A. Genel Olarak

Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları, çoğunlukla konvansiyonel tıp uygulamaları tarafından kabul görmemiş, bilimsel olarak yeterince denenmemiş, fayda ve risk değerlendirmesinin yapılmasının daha zor olduğu

---

tamamlayıcı tıbbi bir yöntemdir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **İkizək, Mustafa/Uzuntarla, Yasin**: “Medikal Ozon Tedavisi ve Covid-19”, Sağlık Akademisyenleri Dergisi, C. 7, S. 4, Y. 2020, s. 304 vd.; **Aytaçoğlu, Saltuk**: “Ozon Terapi”, Ankara Akupunktur ve Tamamlayıcı Tıp Dergisi, S. 1, Y. 2014, s. 31 vd.

<sup>46</sup> Refleksolojiye göre; kulaklar, eller ve ayaklardaki bazı refleks noktaları, organlar, salgı bezleri ve diğer vücut bölümleri ile ilişki içerisindedir. Dolayısıyla bu noktaların herhangi bir cihaz, malzeme, krem, losyon kullanmadan uygulanan basınçla uyarılması sonucunda vücuttaki enerji dengelenir ve vücut fonksiyonları normalleştirilebilir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Kıvan, Çevik**: “Hemşirelikte Tamamlayıcı ve Alternatif Tedavi: Refleksoloji”, Ege Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 2, Y. 2013, s. 71 vd.

<sup>47</sup> Özellikle Kronik Şizofreni, Parkinson ve Alzheimer hastaları üzerinde pozitif etkileri olan müzik terapi, aslında ülkemiz için geleneksel tıbbi bir uygulamadır. Zira bu yöntem, 1850 yıllarına değin Anadolu coğrafyasında yaklaşık bin yıl kadar uygulanmış, sonrasında ise bir süreliğine terk edilmiştir. Ancak 2000 yılından sonra yapılan çalışmalar sayesinde varlığını ve etkinliğini tekrardan kazanmıştır. Dolayısıyla bu uygulama, ülkemiz açısından geleneksel bir yapıya sahiptir. Bu uygulamaya göre, hastaların fiziksel, psikolojik, sosyal ve zihinsel ihtiyaçları müzik terapisi konusunda eğitim almış profesyonel kişiler tarafından tespit edilir ve bu doğrultuda tedavi uygulanır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztürk, Levent/Özbek, Hanefi**: “Küllerinden Doğan Bir Tıbbi Uygulama: Müzik Terapi”, Sağlık Hizmetleri ve Eğitimi Dergisi, C. 2, S. 1, Y. 2018, s. 1 vd.; **Şahin, Genel Bir Bakış**, s. 162.

tedavi yöntemleri olmaları sebebiyle, uygulanmaları halinde doktorun hukuki sorumluluğunun doğması, konvansiyonel tıp uygulamalarına nazaran daha muhtemeldir.

Kural olarak her türlü tıbbi müdahale, her şeyden önce vücut dokunulmazlığının ihlali anlamına gelmekte ve vücut dokunulmazlığına karşı yapılan her türlü ihlal, kişilik haklarına saldırı teşkil etmektedir<sup>48</sup>. Dolayısıyla tıbbi müdahaleler, özel hukuk anlamında bir haksız fiil teşkil edebilir. Türk Borçlar Kanunu<sup>49</sup> m. 49/f. 1 uyarınca hukuka aykırılık, zarar, kusur ve illiyet bağı haksız fiilin kurucu unsurlarıdır. Başkasının vücut dokunulmazlığının ihlali, temel koruma normları ile doğrudan doğruya korunan hukuki varlıkların ihlali olması sebebiyle, hukuka aykırılık teşkil eden hallerden biridir. Ancak vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişinin bu şekilde davranmasına hukuk normu izin vermemekteyse, bu davranış hukuka uygun bir davranıştır. Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde, o davranış başından itibaren hukuka uygun bir davranış olup, hiçbir zaman hukuka aykırı olmaz<sup>50</sup>. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun tespitinde ise, standart tedavi ilkeleri doğrultusunda değerlendirme yapılmaktadır<sup>51</sup>. Bunlar, tıbbi müdahalenin yetkili kişi tarafından gerçekleştirilmesi, aydınlatma ve rıza, tıbbi gereklilik, tıbbi standart olarak sayılmaktadır<sup>52</sup>. Bu şartların varlığı halinde yapılan her türlü tıbbi müdahale, hukuka uygun olarak değerlendirilmekte ve uygulayıcı için hukuki sorumluluğun doğması söz konusu olmamaktadır. Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi noktasında, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp

<sup>48</sup> Karş. BGH, NJW 1956, 1106 vd.; BGH NJW 1980, 1905 vd.; BGH NJW 1994, 127 vd., <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 13.01.2021.

<sup>49</sup> 04.02.2011 tarihli 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

<sup>50</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren**, Fikret: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 516 vd.; **Antalya**, Gökhan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Beta Yayınları, Ankara 2012, s. 425 vd.

<sup>51</sup> Konuya ilişkin Yargıtay kararına göre, “*Sorumsuzluktan yararlanabilmek için tıp sanatının kurallarına, gereken tedbirlere uymak ve bu sınırlar içinde hareket etmek gereklidir. Diğer bir deyimle şayet tıp ilmi hekimin yaptığı müdahalelere cevaz veriyorsa, bunu yapan hekim, tıp mesleğince tecviz edilen bir faaliyette bulunmuş demektir ki, hakkın icrası nedeniyle, eylemi hukuka aykırı sayılamaz.*”, Y4HD., 07.03.1977 T., 1976/6297 E., 1977/12541 K., <<https://www.kazancihukuk.com>> E.T.: 05.04.2021.

<sup>52</sup> Karş. **Hakeri**, Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, Legal Tıp Hukuku Dergisi, C. 3, S. 6, Y. Ekim 2014, s. 18 vd.; **Özer**, Oktay: “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S. 5, Y. Eylül-Ekim 2016, s. 119 vd.; **Akyıldız**, Sunay: “Tıbbin Uygulanmasından Doğan Tazminat Davaları ve Temel Unsurları”, Legal Tıp Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, Y. Nisan 2012, s. 206 vd.

Uygulamaları Yönetmeliği'nde konuya ilişkin özel düzenlemeler mevcut değildir. Ancak ilgili yönetmelikte anılan uygulamalar, aşağıda değinileceği üzere, birer tıbbi müdahale teşkil etmeleri sebebiyle, bahsi geçen standart tedavi ilkeleri, burada da hukuka uygunluğun tespiti açısından geçerlidir. Bununla birlikte, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının kendine has özellikleri sebebiyle, anılan ilkelerin içeriği konvansiyonel tıbbi müdahalelere nazaran bazı durumlarda farklılaşabilmektedir. Dolayısıyla geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının hukuka uygunluğunun tespiti bakımından aydınlatma, rıza, tıbbi gereklilik ve tıbbi standart şartlarına ilişkin ayrı ve açık hükümlerin konulması ihtiyacı bulunmaktadır.

Geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi uygulamalardan doğan hukuki sorumluluğun çıkış noktası (kaynağı), doktorun tedavi yöntemi seçme özgürlüğüdür (Therapiefreiheit). Ancak doktorun bu takdir yetkisi, onun kararlarında tamamen özgür olduğu anlamına gelmemektedir. Zira tedaviyi seçme özgürlüğü, doktorun bir ayrıcalığı olarak değil, başkası yararına bir hak (ein fremdnütziges Recht) olarak anlaşılmalıdır<sup>53</sup>. Doktorun tedaviyi seçme özgürlüğünün merkezinde, çoğu zaman hasta yer almaktadır ve doktor karar verirken, hastanın iradesi kadar onun faydasını da gözetmelidir. Doktorun karar verme özgürlüğünün sınırlarını, hastanın yararı ve rızası çizmektedir. Hastanın hukuka uygun rızasının alınmış sayılabilmesi ise, doktorun aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasına bağlıdır. Dolayısıyla tedavi yönteminin seçimi noktasında, doktor ve hasta işbirliği içerisinde hareket etmelidir<sup>54</sup>.

Doktorun tedavi yöntemi seçimi noktasındaki takdir yetkisi, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarını da kapsar. Bu bağlamda geleneksel ve tamamlayıcı tıp yöntemlerinin uygulanması noktasında herhangi hukuki bir engel konulamaz<sup>55</sup>. Doktorun hastalığın tedavisinde geleneksel ve tamam-

<sup>53</sup> **Schmid**, Hugo: "Die Grenzen der Therapiefreiheit", NJW, Heft 38, Y. 1986, s. 2339 vd.; **Schumacher**, Katrin: "Arzthaftungsrecht aus alternativmedizinischer Sicht", MedR, S. 37, Y. 2019, s. 787 vd.

<sup>54</sup> **Schmid**, s. 2339 vd.; **Schumacher**, Arzthaftungsrecht, s. 787 vd.

<sup>55</sup> Ayrıca böyle bir engelin mevcudiyeti halinde, hastanın kendi kaderini tayin hakkı (Selbstbestimmungsrecht des Patienten) da elinden alınmış sayılır. Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararına göre, "*Kişiler kendi vücutları üzerinde ayırık durumlar hariç, ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve tehlikelere karşı yine kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir.*",

layıcı tıp yöntemlerinden birini seçmesi, hukuki aykırılığın doğması için tek başına yeterli bir kıstas değildir. Zira tedavi yöntemlerinin seçimi noktasında, doktorun özgürlüğü bulunmaktadır<sup>56</sup>. Hukuka aykırılığın doğması, doktorun tedavi yöntemi seçimindeki hatasından ileri gelebileceği gibi, aydınlatma yükümlülüğünün ve uygulama sırasında veya sonrasında özen yükümlülüğünün ihlalinin ileri gelebilir.

Tıp bilimi sürekli gelişen bir bilim dalıdır. Dolayısıyla henüz tanınmayan bir tedavi yöntemi, yarın standart prosedür olarak karşımıza çıkabilir. Ancak geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarından doğan her türlü hukuki sorumluluğun, yeni tıbbi uygulamalardan doğan hukuki sorumluluk kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir. Elbette ki, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları, bazı hallerde yeni tıbbi gelişme olarak da kabul edilebilir ve konvansiyonel tıp tarafından kabul görmeye başlayabilir. Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulaması sayılan bir yöntem, bilimsel testlere ve araştırmalara konu olduğunda bu durum söz konusudur. Bilimsel araştırmalar sonucunda, aslında yeni olmayan bir geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulaması, konvansiyonel tıp tarafından daha sonra tanınabilir. Böylece geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulaması, yeni bir muayene veya tedavi yöntemi (Neulandmethode) olarak karşımıza çıkabilir<sup>57</sup>.

## B. Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarının Hukuka Uygun Sayılabilmesi İçin Gerekli Şartlar

Hasta Hakları Yönetmeliği<sup>58</sup> m. 4/g bendi uyarınca tıbbi müdahale, “*tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhi girişimlerdir*”. Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokol<sup>59</sup> m. 2/f. 3’e göre “*müdahale*” ifadesi, fiziksel müdahale ve ilgili kişinin psikolojik sağlığı açısından risk taşıyan herhangi bir müda-

---

Y4HD., 07.03.1977 T., 1976/6297 E., 1977/12541 K., <<https://www.kazancihukuk.com>> E.T.: 05.04.2021.

<sup>56</sup> **Schubarth**, Martin: “Therapiefreiheit des Arztes und Selbstbestimmungsrecht des Patienten Konsequenzen für das Arztstrafrecht und die formula magistralis”, AJP, S. 9, Y. 2007, s. 1089 vd., <<http://swisslex.ch>> E.T.: 15.01.2021; OLG Koblenz, NJW, 1996, 1600 vd., <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 13.01.2021.

<sup>57</sup> **Schumacher**, Arzthaftungsrecht, s. 787; **Schubarth**, s. 1091 vd.

<sup>58</sup> 01.08.1998 tarihli 23420 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

<sup>59</sup> 11.06.2011 tarihli 27961 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.



hale anlamında kullanılmaktadır. Yargıtay'a göre<sup>60</sup> ise tıbbi müdahale, tıp biliminin kuralları uygulanmak suretiyle yapılan her türlü müdahaledir.

İlgili tanımlar göz önünde bulundurularak yapılabilecek tanıma göre tıbbi müdahale, tıp mesleğini yapmaya yetkili bir kişi tarafından mesleki bilgisi dahilinde, sağlıklı bir kişinin sağlığını korumak veya hasta bir kişinin hastalığını tedavi etmek amacıyla, o kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne yönelik doğrudan veya dolaylı olarak gerçekleştirilen her türlü müdahaledir<sup>61</sup>.

Bu tanımdan hareketle, bir müdahalenin tıbbi müdahale sayılabilmesi için gerekli unsurlar şu şekilde sıralanabilir: İlk olarak; müdahalenin yetkili kişi (doktor) tarafından gerçekleştirilmesi şarttır. Ancak doktor tarafından yapılmasa dahi, doktorun denetim ve gözetimi altında, yardımcı sağlık meslek mensuplarının ilk ve acil yardım müdahaleleri de tıbbi müdahale kapsamındadır. İkinci olarak; müdahale, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak hastayı tedavi amacına yönelik olmalıdır. Son olarak, ilgili müdahale, müdahaleyi gerçekleştiren kişinin mesleki bilgisi dahilinde gerçekleştirilmelidir. Dolayısıyla Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nce sayılan on beş geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulaması tıbbi müdahale kapsamı içerisinde kabul edilmelidir<sup>62</sup>. Zira ilgili yönetmelikçe, geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi uygulamayı gerçekleştiren kişi, sertifikaya sahip doktor ve kendi alanıyla sınırlı olmak üzere diğ hekim veya doktor gözetimi altında uygulama alanında sertifikası bulunan yardımcı sağlık meslek mensubu olmalıdır. Ayrıca bu uygulamalar kapsamında yapılan müdahaleler, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak hastanın fiziksel ve ruhsal sağlığını korumak veya mevcut hastalıkları iyileştirmek amacıyla gerçekleştirilmektedir. Tıbbi müdahaleler, vücut bütünlüğüne yönelik fiiller olabileceği gibi, vücut bütünlüğüne dokunmamakla birlikte, fiziksel ve zihinsel sağlığı korumaya yönelik fiillerden de oluşabilir. Nitekim ilgili yönetmelikçe kabul edilen çoğu uygulama, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik fiiller içermektedir. Özellikle akupunktur, mezoterapi, proloterapi, ozon terapi, sülük, kupa ve

<sup>60</sup> Y2HD., 07.04.2014 T., 2014/33 E., 2014/8131 K. <<https://www.legalbank.net>> E.T.: 13.01.2021; Y2HD., 03.03.2014 T., 2013/21336 E., 2014/4508 K., <<https://www.kazancihukuk.com>> E.T.: 13.01.2021.

<sup>61</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Özgül**, Mehmet Emin: Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 5 vd.

<sup>62</sup> **Taşçı**, Ali İhsan: "Adli Tıp Penceresinden Alternatif Tıp Uygulamaları", Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, S. 22, Y. Mart-Nisan-Mayıs 2012, s. 50; Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Sarıyev**, s. 11 vd.; **Ayan**, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Yayınları, Ankara 1991, s. 5 vd.

larva uygulamasında kişinin deri bütünlüğü bozulmaktadır<sup>63</sup>. Ancak müzik terapi, daha çok kişinin bedeni ve ruhi sağlığına yönelik tıbbi müdahale niteliğindedir. Son olarak ilgili müdahaleler, bu yönde yetkili kişiler tarafından mesleki bilgileri (eğitim ve sertifika) dahilinde yapılmaktadır. Ayrıca ilgili yönetmelikçe kabul edilmiş uygulamalar, diğer geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları ile karşılaştırıldığında, tıp çevreleri tarafından daha fazla kabul görmüş olan uygulamalardır<sup>64</sup>.

Ancak Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nce sayılan on beş geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulaması dışında kalan uygulamalar, tıbbi müdahale kapsamında değildir. Zira bu uygulamaların (Aromaterapi, Ayurveda, Masaj, Reiki, Yoga/Meditasyon gibi) başta doktor, diş hekimi veya onların gözetiminde yardımcı sağlık personeline gerçekleştirilme zorunluluğu bulunmamaktadır. Nitekim yönetmelik kapsamına alınmayan geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi uygulamaların, doktor veya diş hekimi dışındaki kişiler tarafından uygulanmasını engelleyen mevcut bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca ilgili uygulamalar, doğrudan veya dolaylı hastayı tedavi amacıyla değil, daha çok kişileri terapi amaçlıdır. Bu uygulamalar sayesinde kişiler, fiziksel, zihinsel ve sosyal yönden tam bir iyilik haline kavuşturulmaktadır. Sonuç olarak, doktor tarafından uygulanma zorunluluğu bulunmayan ve tedaviden çok terapiye yönelik geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları (Yoga/Meditasyon gibi), tıbbi müdahale olarak kabul edilmemelidir<sup>65</sup>. Bu uygulamaların özel hukuk bağlamında hukuka uygun olup olmadıkları, genel hükümler (somut şartlara göre haksız fiil veya sözleşmesel sorumluluk) çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu uygulamalar,

<sup>63</sup> Konuya ilişkin bilgi için bkz. **Toptan**, Hande/**Kaya**, Tuğba/**Altındış**, Selma: “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp (GETAT) Uygulamalarında Enfeksiyon Kontrol Önlemleri, Hijyen ve Çalışan/Hasta Güvenliği”, Journal of Biotechnology and Strategic Health Research, C. 3, S. Özel Sayı, Y. 2019, s. 168 vd.; **Şahin**, Genel Bir Bakış, s. 160; **Tütüncü**, s. 20; **Ayhan/Mollahaliloğlu**, s. 141 vd.; **Çelikbaş**, s. 224 vd.; **Tamam**, Cüneyt/**Tamam**, Yusuf: “Farklı Bir Bozucu Alan Nedeni: Hacamat”, Bilimsel Tamamlayıcı Tıp Regülasyon ve Nöral Terapi Dergisi, C. 12, S. 1, Y. 2018, s. 26 vd.; **Atalık**, s. 115 vd.; **Yaman/Vural**, s. 220 vd.; **Aytaçoğlu**, s. 31 vd.; **İkizek/Uzuntarla**, s. 304 vd.

<sup>64</sup> Karş. **Atalık**, s. 116 vd.; **Aydın**, s. 8 vd.; **Aydın/Tekeoğlu**, s. 64 vd.; **Ayhan/Mollahaliloğlu**, s. 141 vd.; **Aytaçoğlu**, s. 31 vd.; **Biçer/Balçık**, s. 245 vd.; **Buda**, s. 23 vd.; **Ceyhan/Yiğit**, s. 1507 vd.; **Civaner**, s. 9 vd.; **Dişli/Yeşilada**, s. 13 vd.; **İkizek/Uzuntarla**, s. 304 vd.; **Kalyon**, s. 52 vd.; **Kavaklı**, s. 1 vd.; **Kaya/Altınbilek**, s. 85 vd.; **Okumuş**, s. 370 vd.; **Öztürk/Özbek**, s. 1 vd.; **Şahin**, Genel Bir Bakış, s. 159 vd.; **Tamam/Tamam**, s. 26 vd.; **Tanyüksel/Koru/Araz/Kılbaş/Yıldız/Alaca/Ay/Şimşek/Yıldız/Yurttaş/Demiralp/Deveci/Beşirbellioğlu**, s. 218 vd.; **Yaman/Vural**, s. 220 vd.

<sup>65</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Sarıyev**, s. 11 vd.; **Özgül**, s. 5 vd.

çalışmanın kapsamına dahil değildir. Aşağıda yer alan bilgi ve değerlendirmeler, her biri bir tıbbi müdahale teşkil eden ve Sağlık Bakanlığı'na düzenlenen on beş geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi uygulamanın hukuka uygunluğunun tespitine ilişkindir.

Konvansiyonel tıbbi müdahalelere nazaran, geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi müdahalelerin risklerinin tespitinin güç olması ve yeterince denenmemiş olmaları sebebiyle, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun tespiti açısından öngörülen genel (standart) prensiplerin içeriği farklılıklar taşıyabilmektedir. Bu yüzden öncelikle, tıbbi müdahalelere ilişkin standart prensiplerin genel tanım ve açıklanmasına yer verilecek olup, ardından geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi müdahalelere ilişkin bazı ayrı durumlara değinilerek, bunların hukuka uygunluğu için gereken özel şartlar değerlendirilmeye çalışılacaktır.

## 1. Tıbbi Müdahalede Yetkili Kişi

### a. Genel Olarak

Her türlü tıbbi uygulama yapma (müdahale) yetkisi, içerisinde barındırdığı riskler dolayısıyla, kural olarak sadece sağlık personeline verilmiştir. Yetkili sağlık personeli dışında gerçekleştirilen her türlü tıbbi müdahale, vücut bütünlüğünün ihlali sayılır ve vücut bütünlüğüne karşı yapılan her türlü ihlal kişilik haklarına saldırı teşkil etmektedir. Yetkili sağlık personeli ise doktor veya diş hekimidir<sup>66</sup>.

Diş hekimi veya doktor dışındaki sağlık meslek mensuplarının doğrudan tıbbi müdahalede bulunmaları söz konusu değildir. Bu kişiler (ebeler, sünnetçiler, hemşireler, intörn hekimler) ancak diş hekimi veya tıp dokto-

<sup>66</sup> 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 1 uyarınca, Türkiye'de hekimlik yapabilmek için tıp fakültesinden mezun olmak şarttır. Dolayısıyla yetkili sağlık personeli, tıp fakültesi veya diş hekimliği fakültesi diplomasına sahip kişilerdir. Ancak diş hekimi, sadece kendi alanıyla sınırlı olmak üzere tıbbi müdahalede bulunabilir. Zira ilgili kanunun 29. maddesine göre diş hekimi, insan sağlığına ilişkin olarak, dişlerin, diş etlerinin ve bunlarla doğrudan bağlantılı olan ağız ve çene dokularının sağlığının korunması, hastalıklarının ve düzensizliklerinin teşhisi, tedavisi ve rehabilite edilmesi ile ilgili her türlü mesleki faaliyeti icra etmeye yetkilidir. Diş hekimliğinin herhangi bir dalında münhasıran uzman olmak ve o unvanı ilan edebilmek için diş hekimliği fakültelerinden veya Sağlık Bakanlığımıza bağlı eğitim kurumlarından alınmış bir uzmanlık belgesine sahip olmak şarttır. Bununla birlikte hem tıp doktorlarının, hem de diş hekimlerinin, Türk vatandaşı olması şartı aranmamaktadır. Dolayısıyla yabancı uyruklu kişiler de Sağlık Bakanlığı'ndan onay ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'ndan çalışma izni almaları şartıyla hekimlik yapabilirler.

runun gözetim ve denetimi altında, dolaylı olarak tıbbi müdahalede bulunabilirler. Ancak bu kuralın istisnası bulunmaktadır. Buna göre, diş hekimi veya tıp doktoru dışında yer alan sağlık meslek mensupları (1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun Ek fıkra: 21.06.2005-5371/m. 7 uyarınca), sadece ilk yardım veya acil tıbbi müdahale gerektiren hallerde, doğrudan tıbbi müdahalede bulunabilirler<sup>67</sup>.

### ***b. Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarında Yetkili Kişi***

Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nde ilk defa bu uygulamaların kimler tarafından gerçekleştirilebileceği, bu kişilerin asgari eğitimleri, uygulama merkezlerinin niteliği ve standardı belirlenmiştir. Buna göre, ilgili yönetmelikle sayılan on beş geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulaması, sadece uygulama sertifikasına sahip doktorlar ve sadece kendi alanlarıyla sınırlı olmak üzere yine uygulama sertifikasına sahip diş hekimleri tarafından yerine getirilmelidir<sup>68</sup>. Böylece ilgili yönetmelik dışında kalan geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemlerinde ise<sup>69</sup>, doktor veya diş hekimi olma zorunluluğu bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

<sup>67</sup> Konuya ilişkin daha fazla bilgi için bkz. **Hakeri**, Tıbbi Müdahale, s. 18 vd.; **Sarıyev**, s. 67 vd.; **Özer**, s. 119 vd.

<sup>68</sup> Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği, her bir uygulama için, hangi sağlık personellerinin yetkili olduğu hususunda açık hükümlere yer vermiştir. Buna göre; ilgili yönetmelik uyarınca Akupunktur, Fitoterapi, Homeopati, Mezoterapi, Proleterapi ve Ozon Terapi, ilgili alanda eğitim ve sertifika almış doktor veya sadece kendi alanıyla ilgili tedavide uygulamak üzere diş hekimi tarafından gerçekleştirilmelidir. Kupa uygulaması ve Osteopati ise, ilgili alanda eğitim ve sertifika almış doktor ve onun gözetiminde uygulama sertifikasına sahip yardımcı sağlık personeli veya kendi alanıyla sınırlı olmak üzere diş hekimi tarafından gerçekleştirilmelidir. Sülük uygulaması, Kayropraktik ve Refleksoloji ise, sadece ilgili alanda eğitim ve sertifika almış doktor ve uygulama sertifikasına sahip yardımcı sağlık personeli tarafından gerçekleştirilmelidir. Apiterapi ve Larva uygulaması ise, sadece ilgili alanda eğitim ve sertifika almış doktor tarafından gerçekleştirilmelidir. Hipnoz tedavisi ise, sadece ilgili alanda eğitim ve sertifika almış doktor veya kendi alanıyla ilgili tedavide uygulamak üzere diş hekimi tarafından gerçekleştirilmelidir. Ayrıca hipnoz, sertifikalı doktor nezaretinde yapılmak şartıyla, klinik psikolog ve psikolojinin tıbbi uygulamaları yetki belgesine sahip psikolog tarafından da ifa edilebilir. Müzik terapi ise, sadece sertifikalı doktor veya onun nezaretinde sağlık meslek mensubu ile yine sertifikalı doktor gözetiminde en az lisans düzeyinde müzik eğitimi almış ve ilgili sertifika programını tamamlamış yardımcı kişi tarafından gerçekleştirilmelidir.

<sup>69</sup> Aleksander Tekniği, Antropofizik Tıp, Toksinlerden Arındırıcı Diyetler (Detox), Aromaterapi, Ayurveda, Bio-feedback, Biyoenerji, Biyo-kimya, Hidroterapi, Hirudoterapi, Kaplıca Tedavisi, Makrobiyotik, Masaj, Natüropati, Negatif İyon Tedavisi, Örüntü Tedavisi, Piramit Tedavisi, Psionik, Radyestezi, Radyonik, Reiki,

İlgili geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemine ilişkin sertifikaya sahip doktorlar, uzman doktor olabileceği gibi, pratisyen doktor da olabilir<sup>70</sup>. Uygulama sertifikasına sahip diğer sağlık meslek mensupları ise, sadece sertifikalı doktor ve diş hekimi gözetimi ve denetimi altında bu uygulamalara katılabilirler. Böylece yönetmelikle tıp alanı dışında yer alan kişilerin bu uygulamaları gerçekleştirmelerinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Ancak uygulamayı gerçekleştirecek olan kişilerin sadece tıp alanında eğitim alması ve çalışması yeterli görülmemiş, ayrıca tıp veya diş hekimliği lisans eğitimi yanı sıra Sağlık Bakanlığı'nın yetkilendirdiği merkezlerden de bu hususta eğitim alarak sertifika edinmeleri şart koşulmuştur. Dolayısıyla doktor veya diş hekimi dışında yetkisiz kişilerce veya gerekli eğitim ve sertifika sahibi olmayan doktor veya diş hekimi tarafından geleneksel ve tamamlayıcı tıp tedavisi uygulanması halinde, yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırıdır<sup>71</sup>. Somut olayda, böyle bir hukuka aykırı fiil sonucunda belirli bir zarar da gerçekleşmişse uygulayıcının hukuki sorumluluğunun doğması kaçınılmazdır. Keza zarar olmayan yerde hukuki sorumluluk da bulunmaz. Nitekim fiilin hukuka aykırı olmasına ve hatta fiilin kusurlu bulunmasına rağmen bir zarar meydana gelmemişse, uygulayıcının hukuki sorumluluğundan bahsedilemez<sup>72</sup>.

Bunun dışında geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları, hem uygulama üniteleri, hem de uygulama merkezleri bünyesinde gerçekleştirilebilir. Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği m. 4/ğ ve h bendinde, uygulama üniteleri, ilgili alanda sertifikası bulunan doktor veya diş hekimi sorumluluğundaki kamu ve özel hukuk tüzel kişiler ile gerçek kişilere ait sağlık kuruluşları olarak tanımlanırken; uygulama merkezleri, ilgili alanda sertifikası bulunan doktor veya diş hekimi sorumluluğunda geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarını yapmak üzere Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Tıp Fakültesi veya Diş Hekimliği Fakültesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi bünyesinde kurulan merkezler olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca Sağlık Bakanlığı'nın yetkilendirmesi neticesinde bahsi geçen uygulama merkezleri konuya ilişkin eğitimi de verebilmektedir.

---

Renk Tedavisi, Rolf Metodu, Tai Chi, Sesle Tedavi, Shiatsu, Şifacılık, Yoga/Meditasyon Egzersizleri gibi.

<sup>70</sup> Tokaç, Etik ve Hukuk, s. 157.

<sup>71</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sarıyev, s. 86 vd.; Ayan, s. 5 vd.; Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 371 vd.; Şatır, Nejd: Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, 2. Baskı, Yekin Yayınevi, Ankara 2018, s. 20 vd.

<sup>72</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 520 vd.; Antalya, s. 449 vd.

Böylece uygulama merkezleri, gerek eğitim ve uygulama, gerekse yönetmelikte belirtilen geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi uygulamalarla ilgili bilimsel araştırmalar yapma hususunda teşvik edilmiştir<sup>73</sup>.

Sonuç olarak, doktor veya dış hekimi dışındaki kişilerce gerçekleştirilen geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının hukuka aykırı olduğu şüphesizdir. Ancak ilgili yönetmelikte belirtilen uygulamalar için sadece doktor veya dış hekimi olmak da yeterli görülmemektedir. Doktor olmakla birlikte, ilgili sertifikaya sahip olmayan doktor veya dış hekimleri tarafından gerçekleştirilen uygulamalar, sertifikalı dış hekimi tarafından kendi alanı dışında yapılan uygulamalar, sertifikalı doktor veya kendi alanıyla sınırlı olmak üzere sertifikalı dış hekimi gözetiminde olmayan sağlık meslek mensupları veya anılan sağlık personelleri dışında yer alan kişiler tarafından gerçekleştirilen uygulamalar hukuka aykırıdır ve bu kişilerin hukuki sorumlulukları bulunmaktadır<sup>74</sup>.

## 2. Aydınlatma ve Rıza

### a. Genel Olarak

Hipokrat'ın doktorun hastayı aydınlatma gerekliliğine ilişkin önemli bir sözü bulunmaktadır: “*Önce kelimeler, sonra ilaç, sonra neşter*”. Aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmesi, sadece hastanın fiziksel ve zihinsel bütünlüğü hakkında (hastanın kendi kaderini tayin hakkı uyarınca) karar vermesini sağlamakla kalmamaktadır<sup>75</sup>. Ayrıca hastada meydana gelebilecek psikolojik kaygının azalmasını ve hasta ile doktor arasında güven ilişkisinin oluşmasını sağlamaktadır (*Salus aegroti suprema lex: “Das Wohl des Kranken ist das oberste Gesetz-Hastanın yararı en yüce yasa-*

<sup>73</sup> Ayrıca ilgili yönetmelik (m. 5/f. 2) uyarınca, Sağlık Bakanlığı tarafından multidisipliner uzmanlık alanlarına sahip, yönetmelikte belirlenen belirli nitelik ve nicelikte olan üyelerden “*Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Bilim Komisyonu*” oluşturulur. Bu komisyon, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının kapsamını belirlemek, uygulamalar sonucunda ortaya çıkabilecek yan etkilere ilişkin görüş vermek, uygulama yapılan ünite ve merkezlerde yer alması gereken asgari standart ve donanımları (tıbbi araç ve gereçler, personel ve fiziki standartlar gibi) belirlemek, ünite ve uygulama merkezlerinin kurulması için yapılan başvuruları değerlendirerek uygunluğu hususunda görüş bildirmek, geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi uygulamalar ile ilgili bilimsel çalışmalar yapmak ve ihtiyaç halinde alt komisyonlar kurmakla görevlendirilmiştir.

<sup>74</sup> Somut olayın şartlarına göre, haksız fiil veya sözleşme sorumluluğu söz konusudur. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Sarıyev**, s. 86 vd.; **Ayan**, s. 5 vd.; **Hakeri**, Tıp, s. 371 vd.; **Şatır**, s. 20 vd.

<sup>75</sup> Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Y4HD., 07.03.1977 T., 1976/6297 E., 1977/12541 K., <<https://www.kazancihukuk.com>> E.T.: 05.04.2021.

du”<sup>76</sup>). Doktorun hastayı aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin hükümler, ülkemizde Hasta Hakları Yönetmeliği’nde, Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları’nda ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi<sup>77</sup>,’nde yer almaktadır<sup>78</sup>.

Kural olarak doktorun her türlü tıbbi müdahalesi, her şeyden önce vücut dokunulmazlığının ihlali anlamına gelir<sup>79</sup>. Bu durumun hukuka uygun hale getirilmesi için, doktorun aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi, ardından hastanın da hiçbir baskı altında kalmadan ilgili tıbbi müdahaleye rıza göstermesi gerekmektedir. Doktor tarafından hastaya veya bazı durumlarda yasal temsilcisine; tanı, hastaya uygulanabilecek tedavi alternatifleri, bu yöntemlerin riskleri, faydaları ve yan etkileri, tedavinin seyri ve tedavi uygulanmadığı takdirde yaşanabilecek muhtemel sonuçlar hakkında bilgi verilmesi gereklidir. Zira hastaya veya yasal temsilciye bu konularda açık ve anlaşılabilir bir dille hem sözlü, hem de yazılı şekilde bilgi vermek, doktorun aydınlatma yükümlülüğünü oluşturmaktadır<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> **Kim**, Min-Joong: Aufklärungspflicht im Arztrecht – Eine zivilrechtliche Untersuchung über den Umfang und die Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Göttingen 1989, s. 31; **Müller**, Sebastian/**Raschke**, Andreas: “Homöopathie durch Ärzte und die Einhaltung des medizinischen Standards”, NJW, Heft 7, Y. 2013, s. 431.

<sup>77</sup> 19.02.1960 tarihli 10436 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

<sup>78</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği m. 31’e göre, “Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.”; Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları m. 26/f. 1’e göre, “hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.” Benzer şekilde Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 14/f. 2 uyarınca, “Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit verecek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır.”

<sup>79</sup> Karş. BGH, NJW 1956, 1106 vd.; BGH NJW 1980, 1905 vd.; BGH NJW 1994, 127 vd., <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 13.01.2021.

<sup>80</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Deutsch**, Erwin/**Spickhoff**, Andreas: Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, 6. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Springer Verlag, Berlin 2008, s. 162 vd.; **Kern**, Bernd Rüdiger/**Laufs**, Adolf: Die ärztliche Aufklärungspflicht, Springer Verlag, Berlin 1983, s. 11 vd.; **Geiß**, Karlmann/**Greiner**, Hans Peter:

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, komplikasyonların sıklığı ve şiddetine, dolayısıyla tıbbi müdahalenin tehlikesinin derecesine göre belirlenmelidir<sup>81</sup>. Bununla birlikte aydınlatma yükümlülüğünün kapsamında, tıbbi müdahalenin aciliyeti de önemli rol oynamaktadır. Buna göre, tedavi yönteminin riskleri ve yan etkileri ne kadar öngörülemez ise veya tıbbi müdahalenin aciliyeti ne kadar az ise, doktorun aydınlatma yükümlülüğü bir o kadar kapsamlı olmalıdır. Ayrıca kural olarak aydınlatma yükümlülüğü, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek doktor tarafından gerçekleştirilmelidir. Eğer doktor, bu yükümlülüğünü başka bir doktora devretmek istiyor ise, bu yükümlülüğün diğer doktor tarafından gereği gibi ifa edildiğinden, ya hasta ile konuşarak, ya da tıbbi dosyalardaki hastanın yazılı beyanını kontrol ederek emin olmalıdır<sup>82</sup>.

Doktorun aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi, tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelebilmesi noktasında tek başına yeterli değildir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelebilmesi, ayrıca hastanın gerekli aydınlatma sonucunda ilgili tıbbi müdahaleye rıza göstermesine bağlıdır<sup>83</sup>. Rızanın hukuka uygun hale gelebilmesi ise, hastanın tıbbi müdahalenin anlamı, seyri, kapsamı, başarı şansı, riskleri ve olası tedavi alternatifleri hakkında aydınlatıldıktan sonra, serbestçe iradesini göstermesine bağlıdır (*Voluntas et salus aegroti: "Der Wille des Kranken ist das oberste Gesetz-Hastanın iradesi en yüce yasadır"*)<sup>84</sup>. Hastanın rızasına ilişkin hükümler,

---

Arzthaftpflichtrecht, 7. überarbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2014, Rn. 137 vd.; **Özer**, s. 121 vd.; **Hakeri**, Tıbbi Müdahale, s. 21 vd.; **Özgül**, s. 179 vd.; **Zeytin**, Zafer; "Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Sağlık Hakkı Dergisi, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, S. 3, Y. 2007, s. 165 vd.; Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Y13HD., 04.07.2018 T., 2016/25663 E., 2018/7615 K., <<https://www.kazancihukuk.com>> E.T.: 05.04.2021.

<sup>81</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Jansen**, Christoph: "Behandlungs- und Aufklärungsfehlerhaftung bei der Wahl eines nicht standartgemäßen Behandlungskonzept", MedR, S. 38, Y. 2020, s. 379 vd.; **Kern/Laufs**, s. 23 vd.; **Deutsch/Spickhoff**, s. 167 vd.

<sup>82</sup> **Helbron**, Hanja: Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, Herbert Utz Verlag, München 2001, s. 86 vd.; **Geiß/Greiner**, Rn. 137; BGH NJW 1963, 393 vd.; BGH, NJW, 2011, s. 1089 vd.; BGH, NJW, 2017, s. 2685 vd., <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 04.02.2021.

<sup>83</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Akyıldız**, s. 206 vd.; **Hakeri**, Tıbbi Müdahale, s. 21 vd.; **Sarıyev**, 102 vd.; **Özgül**, s. 234 vd.; İlgili Yargıtay kararı için bkz. Y13HD., 15.09.2014 T., 2013/26330 E., 2014/27050 K., Y13HD., 18.09.2008 T., 2008/4519 E., 2008/10750 K., <<https://www.kazancihukuk.com>> E.T.: 05.04.2021.

<sup>84</sup> **Engisch**, Karl: "Heilengriff und ärztliche Aufklärungspflicht", Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht (Hrsg.: Engisch, Karl/Hallermann, Wilhelm), Carl Heymann Verlag, Köln 1970, s. 11.



ülkemizde Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu'nda, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde, Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları'nda, Disiplin Yönetmeliği'nde<sup>85</sup> ve Biyotıp Sözleşmesi'nde yer almaktadır<sup>86</sup>.

### ***b. Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarında Aydınlatma ve Rıza***

Konvansiyonel tıp eğitimi almış bir doktorun hastayı, ayrıca geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları hakkında aydınlatması gerekliliği, doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre; doktor hastayı, (akupunktur, fitoterapi, homeopati gibi) en azından belirli bir seviyede tanınmış ve tıp çevrelerince kabul görmüş geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemleri hususunda bilgilendirmelidir. Bu görüşe göre<sup>87</sup>, konvansiyonel tıbbın yanı sıra veya konvansiyonel tıp yerine hastalığın tedavisinde olumlu sonuçları olabilecek, belirli düzeyde tanınmış ve kabul görmüş geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemleri hakkında hasta aydınlatılmalıdır. Bu görüş-

<sup>85</sup> 28.04.2004 tarihli 25446 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

<sup>86</sup> Türk hukuk sisteminde hastanın rızasına ilişkin hükümler, ülkemizde Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu'nda, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde, Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları'nda, Disiplin Yönetmeliği'nde ve Biyotıp Sözleşmesi'nde yer almaktadır: 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu m. 70'e göre, "*Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemlerde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır.*" Hasta Hakları Yönetmeliği m. 22'e göre, "*Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz. Bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbi ameliyeye tabi tutulması, hakimin kararına bağlıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu ameliye, cumhuriyet savcısının talebi üzerine yapılabilir.*" Biyotıp sözleşmesi m. 5'e göre, "*Sağlık alanında herhangi bir girişim, ilgili kişinin bu girişime özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde rıza(onam) vermesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, girişimin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, verdiği onamı her zaman, serbestçe geri çekebilir.*" Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları m. 26/f. 2 ve Disiplin Yönetmeliği m. 4'te de konuya ilişkin benzer hükümler yer almaktadır.

<sup>87</sup> **Wiegand**, Wolfgang: "Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung", Handbuch des Arztrechts (Hrsg.: Heinrich Honsell), Zürich 1994, s. 141; Benzer görüş için bkz. **Tokaç**, Etik ve Hukuk, s. 159; **Söğüt**, İpek Sevda: "Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam Sorunu", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 16, Y. 2017, s. 642 vd.; **Sarıyev**, s. 95 vd.

teki kilit nokta, geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntem hakkında doktor, ister eğitim ve sertifika almış, ister almamış olsun, eğer hastalığın tedavisinde tıp çevrelerince en azından belirli düzeyde tanınmış geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntem bulunmaktaysa, hastayı bu yöntem hakkında mutlaka bilgilendirmelidir. Bir diğer ifadeyle, doktorun geleneksel ve tamamlayıcı tıp hususunda hastayı aydınlatma yükümlülüğünün doğması için, hastalığın tedavisinde öngörülen yöntemin belirli düzeyde tanınmış olması şarttır. Eğer böyle bir geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemi bulunmaktaysa, doktorun hastayı aydınlatma yükümlülüğü yoktur.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise<sup>88</sup>, konvansiyonel tıp doktorlarının geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemleri hakkında hastaya bilgi verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira doktorların aydınlatma yükümlülüğü zaten kapsamlı olmak zorundadır. Ayrıca doktora geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi uygulamalar hakkında hastayı aydınlatma yükümlülüğü yükleneyecek olursa, bu zaten kapsamlı olması gereken aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını iyice genişletecek ve doktora taşıyamayacağı kadar yükler yüklenmiş olacaktır. Bu görüşe göre, doktorun geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları hakkında hastayı bilgilendirme zorunluluğu olup olmadığının belirlenmesinde belirleyici faktör, geleneksel ve tamamlayıcı tedavi hakkındaki aydınlatmanın, hastayı tedavi eden doktor için uzmanlık bilgisini temsil edip etmediğidir. Ancak şu unutulmamalıdır ki; uzmanlık alanıyla ilişkili olan ve tamamlayıcı tıp eğitimi almış her doktorun hastalarına mutlaka geleneksel ve tamamlayıcı tıp tedavisini uygulayacağı anlamına gelmemelidir. Zira bu sadece, doktorun hastalığın tedavisi için kabul edilmiş geleneksel ve tamamlayıcı tedavinin olduğunu bildiği anlamına gelir. Eğer tedavi, doktorun aldığı eğitimin bir parçası değilse, buna karşılık gelen bir aydınlatma doktordan beklenmemelidir. Konvansiyonel tıp eğitimi almış bir doktor, ayrıca geleneksel ve tamamlayıcı tıp konusunda eğitim almış ve

<sup>88</sup> **Laufs**, Adolf/**Katzenmeier**, Christian/**Lipp**, Volker: *Arztrecht*, 8. völlig neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck, München 2021, Rn. 34-35; **Fink**, Claudia: *Die Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker)*, Stämpfli Verlag, Bern 2008, s. 141 vd.; **Kim**, s. 66 vd.; **Müller/Raschke**, s. 432; **Shenbao**, Liang: *Einwilligung in medizinische Behandlungen, eine rechtsvergleichende Analyse nach schweizerischem und chinesischem Privatrecht, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz (Hrsg.: Peter Gauch, Schulthess)*, Zürich 2018, Rn. 455 vd.; **Roggo**, Antoine: *Aufklärung des Patienten-eine ärztliche Informationspflicht*, 1. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2002, s. 92 vd.; **Schumacher**, *Arzthaftungsrecht*, s. 790 vd.; **Schelling**, Philip/**Erlinger**, Rainer: “Die Aufklärung über Behandlungsalternativen”, *MedR*, Heft 6, Y. 2003, s. 331 vd.; **Deutsch/Spickhoff**, s. 140 vd.; **Hakeri**, *Geleneksel Tıp*, s. 35; **Özgül**, s. 195 vd.

yeterlilik sertifikasına sahipse, eğitim ve yeterlilik belgesi kapsamında yer alan bir tedavi hasta için uygun bir tedavi yöntemini içeriyorsa, ancak bu takdirde doktordan hastayı bu konuda aydınlatması beklenmelidir. Özellikle konvansiyonel tıpta tedavisi (en azından henüz) bulunmayan ciddi hastalıklar söz konusu olduğunda veya hastanın konvansiyonel tıba rağmen tedavisiz kaldığı düşünülen durumlarda, bu hususta sertifikalı doktorların hastalarını kendi uzmanlık alanlarında geleneksel ve tamamlayıcı tedaviyi kullanma olasılığı hakkında bilgilendirmeleri oldukça makul görünmektedir.

Sonuç olarak kanaatimizce, geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemleri hakkında her doktorun hastayı aydınlatma yükümlülüğü olduğu söylenemez. Bir diğer ifadeyle, doktor, uzmanlık alanı ile ilgili geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntemler hakkında bilgi sahibi ise, ancak bu hususta eğitimi ve yeterlilik sertifikası bulunmuyorsa, doktordan hastayı geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntemler hakkında bilgilendirmesi beklenmemelidir. Ancak doktorun hastayı konvansiyonel tıbbın yanı sıra, geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemleri hakkında da aydınlatmasında herhangi bir sakınca yoktur. Zira doktor sadece yerleşik tıp hakkında bilgiye sahip olmak zorunda değildir, aynı zamanda yabancı ve keşfedilmemiş bölge alanındaki tedavi yöntemlerine ilişkin de bilgi sahibi olabilir. Aslında bu donanım, tıp biliminin gelişmesi ve ilerlemesi açısından gereklidir. Eğer doktor hastalığın tedavisi kapsamında yer alan ve bu yönde tedavi sunan bir geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntemle ilişkin yeterlilik sertifikası almışsa, işte bu durumda hastanın geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemleri hakkında aydınlatılması doktorun yükümlülüğüdür. Dolayısıyla aşağıda konuya ilişkin yapılan açıklamalar, geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntemle ilişkin eğitim ve yeterlilik sertifikası almış doktorların aydınlatma yükümlülüğüne ilişkindir.

Doktorun hastayı aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, özellikle geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarında önem arz etmektedir. Zira bir doktorun uygulayacağı tıbbi yöntem ne kadar tanınmış ve yerleşmiş bir uygulamaysa, o oranda doktorun hastayı aydınlatma yükümlülüğü daha az olacaktır. Ancak bir doktorun uygulayacağı tıbbi yöntem ne kadar yeni veya bilimsel olarak tartışmalı ise, doktorun hastayı aydınlatma yükümlülüğü ve özen yükümlülüğünün kapsamı genişleyecektir<sup>89</sup>. Böylece geleneksel ve

<sup>89</sup> **Damm**, Reinhard: "Medizintechnik und Arzthaftungsrecht: Behandlungsfehler und Aufklärungspflicht bei medizintechnischen Behandlungsalternativen", NJW, Heft 12, Y. 1989, s. 737 vd.; **Müller/Raschke**, s. 431 vd.; **Geiß/Greiner**, Rn. 137; **Jansen**, s. 379 vd.; **Schubarth**, s. 1090; **Schumacher**, Arzthaftungsrecht, s. 790 vd.; **Vogeler**,

tamamlayıcı tıp uygulamalarında çoğu zaman yan etkiler hakkında yeterli bilginin olmaması ve uygulama sonucunda oluşabilecek komplikasyonların belirsizliği sebebiyle, kural olarak geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarından herhangi birini seçen sertifikalı doktorun, konvansiyonel tıp uygulamalarına nazaran hastayı aydınlatma yükümlülüğü daha yoğun olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca tıbbi müdahalenin aciliyeti de aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını etkilemektedir. Buna göre, bağışıklığı güçlendirmek ve sağlık halini sürdürmek amacıyla uygulanan geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yönteminde aciliyet unsuru olmadığı için, doktorun aydınlatma yükümlülüğü daha kapsamlı olmalıdır<sup>90</sup>. Aciliyet unsuru, hayatın devamı için gerekli tıbbi müdahalelerde söz konusu olması cihetiyle, aslında geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi uygulamalar için söz konusu olmamalıdır. Bir diğer ifadeyle, acil tıbbi müdahale gereken durumlarda, standart tedavinin uygulanması, dolayısıyla konvansiyonel tıbbin tercih edilmesi gerekmektedir<sup>91</sup>. Ancak söz konusu durum, acil vakanın tedavisi için konvansiyonel tıpta standart bir tedavinin öngörülüyor olması halinde geçerlidir. Eğer somut olayda, acil vakaya ilişkin olarak konvansiyonel tıptaki standart tedavinin sonuç vermeyeceği aşikar ise veya herhangi bir standart tedavi bulunmuyorsa, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 11 doğrultusunda<sup>92</sup>, hasta

Marcus: “Die Haftung des Arztes bei der Anwendung neuartiger und umstrittener Heilmethoden nach der neuen Rechtsprechung des BGH”, MedR, S. 26, Y. 2008, s. 697 vd.; **Hakeri**, Geleneksel Tıp, s. 33 vd.; **Söğüt**, s. 642 vd.; Bu yönde Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin “*Robodoc*” kararına göre, herkes tarafından tanınmış standart tedavi yöntemlerini kullanmak yerine, yeni ve henüz yaratacağı riskler kesin olarak açıklanmamış tedavi yöntemlerinin kullanılması halinde, ilk derece mahkemeleri tarafından “bilinmeyen risklerin şu anda göz ardı edilemeyeceğine dair” bir açıklama gereklidir. BGH, yeni prosedürlerin uygulanmasının tıbbi ilerleme için gerekli olduğunu düşünür. Ancak bu, doktoru, yeni yöntemin ileriye dönük avantajlarını ve bilinmeyen tehlikeleri dikkate alarak bilgi sağlamaktan ve hastayı dikkatli bir şekilde değerlendirmekten kurtarmaz. BGH, ne ilacın onaylanmaması hakkında bilgi verilmemesi, ne de bilinmeyen risklerin tehlikelerinin açıklığa kavuşturulmaması nedeniyle, aydınlatma yükümlülüğünün doktor tarafından ihlal edildiğine karar veren İstinaf Mahkemesi kararını onamıştır. İlgili karar için bkz. BGH, NJW, 2006, 2477 vd. Benzer Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGH, NJW, 2007, s. 2767 vd.; BGH, NJW, 2007, s. 2774 vd.; BGH, NJW, 2017, s. 2685 vd., <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 21.01.2021.

<sup>90</sup> **Söğüt**, s. 642; **Özgül**, s. 227 vd.

<sup>91</sup> Keza Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği m. 8/b. 4’e göre, “*geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi uygulama, hastalığın standart tedavisinin yerine geçecek ve devam eden tedaviyi aksatacak şekilde yapılamaz. Bu husus bireylere açık bir şekilde anlatılır ve onaylanmış rıza formunda belirtilir.*”

<sup>92</sup> “*Klâsik metotların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya laboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde daha önce, mutad tecrübe hayvanları üzerinde kâfi*

için faydalı olabileceğine veya en azından herhangi bir zarar doğurmaya-  
cağına kanaat getirilen geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemi uygula-  
nabilir<sup>93</sup>.

Her durumda doktor, hastaya yöntemin tıbbi standarttan saptığını ve söz konusu yöntemin etkinliği ve faydalarının istatistiksel olarak belirsiz veya tartışmalı olduğunu açıkça bildirmelidir. Aynı zamanda doktor, bu yöntemi neden seçtiğini ve ilgili tedavinin olası avantaj ve dezavantajlarını da hastaya açık bir şekilde anlatmalıdır. Hasta bilinçli olarak sadece gele-  
neksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemi sunan bir doktora başvurduğunda dahi bu durum değişmez. Aksine hasta konvansiyonel tıp doktoruna başvurmuşsa, bu durumda doktor, hastayı ayrıca geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemleri hakkında bilgilendirmek zorunda değildir<sup>94</sup>.

Doktor, geleneksel ve tamamlayıcı tıp yönteminin niteliğini, mahiyeti-  
tini, anlamını, özellikle başarı şansını ve risklerini hastaya konvansiyonel tıp  
perspektifinden anlaşılır bir dille açıklamakla yükümlüdür. Hastalığın teda-  
visinde geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yönteminin kullanılmak istenmesi  
halinde doktor, hastayı mutlaka aynı hastalık için konvansiyonel tıpta öngö-  
rülen standart tedavi yöntemi hakkında da aydınlatmalıdır<sup>95</sup>. Aynı şekilde

---

*derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbiki  
caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin tatbik edilebilmesi için, hastaya faydalı olacağıının ve  
muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mutat tedavi usullerinden daha elverişsiz bir  
netice alınmayacağıının muhtemel bulunması şarttır. Evvelce tecrübe edilmiş olmamakla  
beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kati görülen bir  
müdahale yapılabilir.”*

<sup>93</sup> Benzer görüş için bkz. Özgül, s. 227 vd.

<sup>94</sup> **Laufs/Katzenmeier/Lipp**, Rn. 36; **Damm**, s. 737 vd.; **Müller/Raschke**, s. 432;  
**Geiß/Greiner**, Rn. 137; **Jansen**, s. 379 vd.; **Schubarth**, s. 1090; **Schumacher**,  
Arzthaftungsrecht, s. 790 vd.; **Vogeler**, s. 697 vd.

<sup>95</sup> Alman Federal Yüksek Mahkeme'nin kararına konu olan bir olaya göre, rahim ağzı  
kanseriye yakalanan bir kişi, bir üniversitenin kadın kliniğinde bir yıl tedavi görmüştür.  
Klinik doktoru hastaya bilimsel olarak kanıtlanmış bir tedavi yöntemi uygulamak yerine,  
şifalı bitki özleri, sıcak su oturma banyoları ve özel bir diyet ile tedavi etmiştir. Bu  
tedavi sonucunda hastada geçici bir iyileşme sağlanmış; ancak kanserin tedavi edilme-  
mesi neticesinde kanserden kaynaklanan komplikasyonlar sonucunda hasta ölmüştür.  
Yerel Ceza Mahkemesi, doktoru sadece taksirli adam yaralama suçundan para cezasına  
hükmetmiştir. Ancak temyiz edilen yerel ceza mahkeme kararı, Federal Yüksek Mah-  
keme tarafından bozulmuştur. Zira Federal Yüksek Mahkemeye göre, doktor güvenilir  
tıbbi bir kontrol gerçekleştirilmemiştir. Özellikle kanser hastasını hemen klinik tedaviye  
sevk etmesi gerekirken, doktor sadece göz teşhisine güvenerek, hastayı ayakta tedavi  
etmeye çalışmıştır. Oysa kanser hastalıkları sadece cerrahi veya radyoterapi yoluyla  
tedavi edilerek optimal iyileşme başarısı elde edilmelidir. Ayrıca doktorun kanser has-  
talığı tedavisinde yeterli tıbbi deneyime sahip olmadığı tespit edilmiştir. Sanık, biyolojik

ciddi bir hastalığı olmasına rağmen, hastanın ısrarla geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemini istemesi halinde doktor, mutlaka konvansiyonel tıp standardının gerekliliğine işaret etmelidir. Toplumun bazı kesimlerinin geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemlerinin, konvansiyonel tıba göre daha az riskli olduğuna inandığı düşünüldüğünde, bu yaklaşım daha doğrudur<sup>96</sup>. Konuya ilişkin olarak Geleneksel ve Tamamlayıcı Uygulamaları Yönetmeliği'ne göre (m. 8 uyarınca), “uygulamalar hastalığın standart tedavisinin yerine geçecek ve devam eden tedaviyi aksatacak şekilde yapılmaz. Bu husus bireylere açık bir şekilde anlatılır ve onaylanmış rıza formunda belirtilir”. Böylece ilgili yönetmelik, geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yönteminin konvansiyonel tıbbın öngördüğü standart tedavinin yerine kullanılmaması ve asıl tedaviye engel olmaması gerektiğini vurgulamış ve

---

şifa yöntemlerinin hayranıdır. Mahkemeye göre, sözde konvansiyonel tıp ile çelişen bir doktor bile deneyimlerini göz ardı etmemelidir. Bu özellikle hayatı tehdit eden hastalıklar söz konusu olduğunda geçerlidir. Doktor böyle bir durumda kendi tedavi yönteminin yetersiz veya başarısız olduğunu fark etmesi gerektiğinde, hastalığın tedavisi için yaygın olarak kullanılan ve kanıtlanmış başka bir yöntem mümkünse ya bunu kullanmalı ya da tedaviyi sonlandırmalıdır. Doktorun hastayı derhal klinik tedaviye yönlendirmesi gerekirken kendi seçtiği etkisiz tedaviye devam etmesi sebebiyle ceza mahkemesinin kararı bozulmalıdır. Zira Yerel Ceza Mahkemesi, hastanın ölümünün doktorun tedavi başarısızlığından kaynaklandığı kanaatine varamamıştır. Ayrıca mahkeme hastanın yaşam süresinin uygun tedavi ile uzatılabileceğini de öngörememiştir. Rahim kanseri, radyasyon veya ameliyat yoluyla iyileşme şansının özellikle yüksek olduğu bir kanser türüdür. Burada kanserli tümördeki büyüme tamamıyla doktorun kusurundan kaynaklanmaktadır. Muhtemelen daha sonra kanser büyümelerinin başka yerlerde oluşmuş olacağı gerçeği, sağlığa verilen zararı ortadan kaldırmaz. İlgili karara (Unterlassung einer Krebsbehandlung nach Regeln der Schulmedizin) ilişkin bilgi için bkz. BGH, NJW, 1960, s. 2253 vd.; Benzer Alman Federal Yüksek Mahkeme kararları için bkz. BGH, NJW, 2007, 2774 vd.; BGH, NJW, 2007, 2771 vd.; BGH, NJW, 2007, s. 2767 vd., <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 13.01.2021.

<sup>96</sup> Doktorun hastaya geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi tedavinin sağlık sigortası tarafından karşılanmayabileceğini belirtmesi gerekip gerekmediği sorusu gündeme gelmektedir. Bu husus, doktorun aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı ile yakından ilgilidir. Alman Federal Mahkemesi, doktorun hastayı sağlık sigortasının tüm masrafları karşılayamayacağı veya geri ödeyemeyeceği konusunda bilgilendirmesini isteme eğilimindedir. Ekonomik aydınlatmanın kapsamı tartışmalı olmakla birlikte, doktor, sağlık sigortasının tedavi masraflarını karşılamayacağını kolayca anlaşılabilir olduğu durumlarda, hastayı bu durum hakkında aydınlatmakla yükümlüdür. Geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemi, sağlık sigortası tarafından karşılanmıyorsa ve doktor bunu kolaylıkla fark edebiliyorsa, tedaviden önce hastayı bu konuda aydınlatmalıdır. Doktor, bu yükümlülüğünü ihlal ederse, tedavi masraflarını hastadan talep edemez. Konvansiyonel tıbbın aksine, geleneksel ve tamamlayıcı tedavinin hastanın farazi iradesine göre kullanılmasına sadece hastanın daha önce geleneksel ve tamamlayıcı tedavi görmüş olması gibi güvenilir göstergeler var ise izin verilebilir, Müller/Raschke, s. 432.

bu hususa ilişkin olarak doktora, hastayı aydınlatma yükümlülüğü yüklemiştir. Ayrıca ilgili yönetmelik m. 10/5 uyarınca, Hasta Hakları Yönetmeliği'ne atıf yapılarak, bilgilendirme ve rıza formunun Hasta Hakları Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri<sup>97</sup> uyarınca hazırlanıp, hastaya verilmesini ve bu doğrultuda hastadan yazılı olarak rıza alınması gerektiğini hükme bağlamıştır.

Doktor, hastaya geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemlerinin kendine özgü risklerini açıklamalıdır ve hastayı bilinmeyen risklerinin şu anda göz ardı edilemeyeceği konusunda bilgilendirmelidir. Hasta, bilinen risklerle konvansiyonel tıbbi yönetime göre mi, yoksa geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yönetime göre mi tedavi edilmek isteyip istemediğine, olası faydalar ve her açıdan henüz bilinmeyen tehlikeler özel olarak dikkate alınarak, kendi kendine karar verebilecek bir konuma getirilmelidir. Zira hasta, kendi kaderini tayin hakkından mahrum bırakılmamalıdır<sup>98</sup>. Bilinmeyen riskler hakkında ayrıntılı bilgi verilmesi mümkün olmadığından, doktor tarafından genel ama net bir bilgilendirme yeterlidir. Doktor, özellikle geleneksel ve tamamlayıcı yöntemin konvansiyonel yöntemden daha yüksek bir riskle ilişkilendirildiği

<sup>97</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği m. 15 uyarınca bildirmenin kapsamı şu şekildedir: Doktor tarafından hastaya; hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında bilgi verilir. Aynı yönetmeliğin 18. maddesinde ise, bilgilendirmenin nasıl gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin husus açıklanmıştır. Buna göre; bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir. Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir. Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir. Hasta, aynı şikayeti ile ilgili olarak bir başka hekimden de sağlık durumu hakkında ikinci bir görüş almayı talep edebilir. Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır. Bilgilendirme uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılır. Hastanın talebi halinde yapılacak işlemin bedeline ilişkin bilgiler sağlık hizmet sunucusunun ilgili birimleri tarafından verilir.

<sup>98</sup> Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Y4HD., 07.03.1977 T., 1976/6297 E., 1977/12541 K., <<https://www.kazancihukuk.com>> E.T.: 05.04.2021.

durumlarda bunu belirtmelidir. Çeşitli tedavi alternatifleri hakkında bilgi vermenin amacı, hastanın bir veya diğer yöntem için karar vermesini kolaylaştırmaktır. Ancak bu, hastanın çeşitli yöntemlerin tehlikelerinden haberdar edilmesini gerektirir. Bu nedenle hasta, tedavinin nasıl yapılması gerektiğine, hangi zamanda, hangi noktada hangi riski kabul etmek istediğine bağımsız olarak karar verebilmesi için gerekli, eksiksiz tıbbi bilgilendirme ile etkinleştirilmelidir. Özetle, doktorun tedavi seçimi ile aydınlatma yükümlülüğü arasında sıkı bir ilişki olduğu söylenebilir. Dolayısıyla doktor, yerleşik ve bilimsel olarak tanınan tedavi yöntemlerinden ne kadar saparsa veya yeni tıbbi yöntemleri hastada denemek isterse, o kadar aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişlemektedir. Amaçlanan tedavi türü yalnızca bilimsel olarak tartışmalı değil, aynı zamanda standart iyileştirme yöntemleriyle de çelişiyorsa, hasta için daha kapsamlı miktarda bilgi mutlak surette gereklidir ve bu bilgilendirme ispat kolaylığı açısından yazılı olmalıdır<sup>99</sup>.

Geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemini kullanan doktor, hastaya konvansiyonel tıp yerine, hastalığın tedavisinde bu yöntemi neden tercih ettiğini mutlaka bilimsel kanıtlarla göstermelidir. Eğer geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemi konvansiyonel tıp tarafından açıkça reddedilseyse, bu durumda da doktorun bunu hastaya bildirme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu bağlamda doktor, konvansiyonel tıbbın teşhis yöntemlerini göz ardı etmemeli, özellikle uygulanan geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntemin teşhislerinin doğruluğuna ilişkin yeterli ampirik kanıt bulunmamaktaysa, bunu hastaya bildirmelidir. Kendisini geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntemle emanet eden hasta, bu tedavinin tüm detaylarını bilmelidir. Hastaya, doktor tarafından bilinçli ve yanlış iyileşme umutlarının sunulmasının, rızayı

<sup>99</sup> **Laufs/Katzenmeier/Lipp**, Rn. 36; **Schumacher**, *Arzthaftungsrecht*, s. 789 vd.; Konuya ilişkin “*Heilversuch*” isimli kararında Alman Federal Yüksek Mahkemesi, Karlsruhe Bölge Yüksek Mahkemesi’nin kararını bozmuştur. Karlsruhe Bölge Yüksek Mahkemesi, henüz onaylanmamış bir ilacın uygulamak isteyen sanık doktorun hastanın bu yönde farazi iradesi olduğu için illiyet bağının olmadığı ve bu yüzden sorumluluğunun söz konusu olmadığına karar vermiştir. Oysa Alman Federal Yüksek Mahkemesi’ne göre, henüz onaylanmamış bir ilacın uygulanması için davacının farazi bir rızasının varsayılması hukuka aykırıdır. Zira böyle bir durumda, doktorun sorumluluğunun ortadan kalkabilmesi için farazi rızanın varlığı yeterli değildir, BGH, NJW, 2007, s. 2767 vd. <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 20.01.2021; Konuya ilişkin benzer Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin “*Racz-Methode*” isimli kararına göre, doktorun bilimsel olarak tartışmalı ağrı tedavisinin yeniliğine işaret etmemiş olması, ancak sadece başarısızlık riskine işaret etmiş olması doktorun aydınlatma yükümlülüğünün ihlalidir, BGH, NJW, 2007, 2774 vd. <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 20.01.2021; **Bodenburg**, Reinhard: “Alternative Medizin im Spannungsfeld von Heilungschancen und ärztlichem Risiko”, NJOZ, Heft 33, Y. 2009, s. 2825 vd.



ve dolayısıyla tüm tıbbi tedaviyi hukuka aykırı kılabilceği unutulmamalıdır. Eğer iyileştirme umutları tıbbi konsültasyon sırasında kasıtlı olarak yanlış bir şekilde hastaya sunuluyorsa veya hastanın fark edilebilir bir yanılığa düşmesi söz konusu olmasına rağmen bu yanlışlar doktor tarafından düzeltilmezse, bu aynı zamanda hastanın rızasını geçersiz kılarak yapılan müdahaleyi hukuka aykırı hale getirmektedir<sup>100</sup>. Doktor tarafından, yukarıda sayılan bu kriterleri karşılayan bir aydınlatma yoksa, yapılan müdahale hukuka aykırıdır ve doktor, müdahalenin gereği gibi yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın, tüm sonuçlarından sorumludur<sup>101</sup>.

Aydınlatma yükümlülüğü, tıpkı konvansiyonel tıbbi müdahalelerde olduğu gibi, geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi müdahale öncesi gerçekleştirilmeli ve hastanın rızası yazılı olarak alınmalıdır. Zira rızanın varlığı, tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için olmazsa olmaz bir şarttır. Aydınlatma yükümlülüğünün tıbbi müdahale öncesi hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi veya hastanın rızasının alınmaması halinde, tıbbi müdahaleden doğan tüm olumsuz sonuçlara doktor katlanır. Ancak doktor, hastaya hiç veya gereği gibi bilgi vermemesinin hastanın kararını etkilemediğine ve hastanın uygun şekilde bilgilendirilse bile, aynı tıbbi müdahaleye rıza göste-

<sup>100</sup> **Bodenburg**, s. 2829 vd.; **Schmid**, s. 2339 vd.; BGH, NJW, 2020, 1358 vd.; OLG Koblenz, NJW, 1996, 1600 vd., <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 13.01.2021.

<sup>101</sup> Konuya ilişkin Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararına göre, kural olarak henüz tanınmamış ve yerleşmemiş tedavi yöntemlerinin kullanılması, uygulamayı gerçekleştiren doktorun hukuki sorumluluğunu mutlaka doğuracağı anlamına gelmez. Zira tedavi yöntemlerinin seçimi noktasında doktorun geniş takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak doktor, farklı tedavi yöntemlerinin değerlendirmesinde, tedavi sonucunda beklenen faydalar ile şüphelenilen veya oluşan zararlar arasında dikkatli bir karşılaştırma yapmalıdır. Doktor bu değerlendirme sonucunda her zaman en güvenilir tedavi yöntemini seçmek zorunda değildir. Fakat doktorun tedavi seçiminde yüksek risk, somut olayda onu özel olarak kısıtlayıcı bir sebep olmalı veya doktor seçtiği bu tedavi yöntemine objektif bir gerekçe bulmalıdır. Tanınmamış ve yerleşmemiş bir yöntemin uygulanması, hastanın kendi kaderini tayin hakkını korumak için, hastanın bu yöntemin artıları ve eksileri hakkında bilgilendirilmesini gerektirir. Hastaya sadece işlemin risklerini ve başarısızlık riskini açıklamak değil, aynı zamanda planlanan prosedürün (henüz) tıbbi standart olmadığını ve etkinliğinin (henüz) istatistiksel olarak doğrulanmadığını açıklamak da gereklidir. Hasta, bu tedavinin risklerini almak isteyip istemediğini ve tedavinin başarı şansını tartabilmek için neye izin verdiğini bilmelidir. İlgili karar (Arzhaftung-Sorgfaltsmaßstab bei Anwendung einer Außenseitermethode) için bkz. BGH, NJW, 2007, 2774 vd.; Benzer Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararları için bkz. BGH, NJW, 2006, 2477 vd.; BGH, NJW, 2007, s. 2767 vd.; BGH, NJW, 2011, s. 1089 vd.; BGH, NJW, 2017, s. 2685 vd., <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 13.01.2021; **Söğüt**, s. 630; **Schubarth**, s. 1090; **Schumacher**, Arzhaftungsrecht, s. 790 vd.; **Vogeler**, s. 697 vd.; **Schmid**, s. 2340.

receğini kanıtlarsa kural olarak sorumluluktan kurtulur<sup>102</sup>. Konuya ilişkin olarak, hastanın kendi kaderini tayin hakkına zarar vermemek, aynı zamanda hastayı aydınlatma hatalarının kötüye kullanılmasını önlemek için, Alman Federal Yüksek Mahkemesi uzlaştırmacı bir çözüm getirmiştir. Buna göre, tedavi eden taraf, gerekli bilgiler verilmiş olsa bile, hastanın tedaviye rıza göstereceğini kanıtlamışsa, hasta yeterli bilgi karşısında dahi karar verme noktasında zorluk ve ikilem yaşayacağını kanıtlamalıdır<sup>103</sup>.

### 3. Tıbbi Gereklilik (Endikasyon)

#### a. Genel Olarak

Endikasyon, belirli bir klinik tablo için hangi tıbbi tedavinin gerekli olduğunun araştırılmasıdır. Kısaca tıbbi gereklilik veya zorunluluk olarak tanımlanan endikasyonun somut durumda yokluğu, ilgili tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu engeller<sup>104</sup>.

Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği m. 12 uyarınca, “teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.” Benzer şekilde Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 13 uyarınca, “Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusunun uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.”. Dolayısıyla doktor, ancak tıbbi endikasyonun varlığı halinde tıbbi müdahalede bulunabilir. Tıbbi endikasyon olmadığı halde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler sonucunda, özel hukuk bağlamında, doktorun haksız fiil ve duruma göre (hasta ile doktor arasında sözleşme ilişkisinin varlığına göre) sözleşme sorumluluğu söz konusu olabilir<sup>105</sup>.

Günümüzde, tıbbi endikasyonun yanı sıra sosyal ve psikolojik endikasyon da bu kapsamda kabul edilmektedir. Özellikle estetik müdahalelerde amaç, şifa bulmak değil; hastanın kendini psikolojik yönden daha iyi hisset-

<sup>102</sup> Geiß/Greiner, Rn. 137; Vogeler, s. 705; BGH, NJW, 2007, 2770 vd., <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 23.01.2021.

<sup>103</sup> İlgili karara göre hasta, eğer ilacın henüz onaylanmadığını bilseydi ve bu nedenle bilinmeyen bir yan etki riski varsa, bu ilacı almayacağını veya ciddi bir karar alma çatışmasına gireceğini kanıtlamalıdır, BGH, NJW, 2007, 2770 vd., <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 23.01.2021; Vogeler, s. 705; Geiß/Greiner, Rn. 138 vd.

<sup>104</sup> Bkz. Y13HD., 25.01.2018 T., 2015/39259 E., 2018/573 K.; Y13HD., 01.03.2016 T., 2015/3276 E., 2016/6289 K., <<https://www.kazancihukuk.com>> E.T.: 05.04.2021.

<sup>105</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, s. 5 vd.; Hakeri, Tıp, s. 371 vd.; Şatur, s. 20 vd.

mesini sağlamaya yöneliktir. Dolayısıyla estetik müdahaleler, psikolojik endikasyon olarak kabul edilebilir. Aynı şekilde çocukların sünnet edilmesi de sosyal bir endikasyon olarak sayılabilir. Sonuç olarak doktor; sosyal, psikolojik ve tıbbi gereklilik dışında hastaya müdahale edemez<sup>106</sup>.

### ***b. Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarında Tıbbi Gereklilik***

Sağlık Bakanlığı, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'ne ait Ek-3'te, anılan her bir geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarına ilişkin endikasyon ve kontraendikasyon alanlarını belirlemiştir. İlgili ekte, tıbbi endikasyon alanlarına ilişkin belirlemenin oldukça geniş tutulduğu ve neredeyse insanoğlunun tüm sağlık şikayetlerinde, anılan geleneksel ve tamamlayıcı tıp yöntemlerinin uygulanabileceği öngörülmektedir<sup>107</sup>.

Ayrıca Sağlık Bakanlığı, anılan tıbbi endikasyonların varlığı halinde, uygulamaların ancak konvansiyonel tıp tarafından öngörülen standart tedaviyi destekleyici şekilde kullanılmasını öngörmektedir<sup>108</sup>. Buna göre hastalık, geleneksel ve tamamlayıcı tıp tarafından değil, öncelikle konvansiyonel tıp tarafından teşhis edilmeli ve teşhise göre standart tedavi başlanmalıdır. Ardından ilgili yönetmelikte anılan geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları, standart tedavinin yanında, onu destekleyici ve tamamlayıcı nitelikte kullanılmalıdır. Zira ilgili yönetmelik m. 8/b. 4 uyarınca, “*uygulamalar hastalığın standart tedavisinin yerine geçecek ve devam eden tedaviyi aksatacak şekilde yapılamaz.*” Dolayısıyla ilgili hükme göre doktor, yönetmelikte anılan geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemlerini, hasta bir kişiye, sadece standart tedavinin yanında, onu destekleyici ve tamamlayıcı nitelikte uygulayabilir. Örnek vermek gerekirse; ilgili yönetmelik uyarınca kupa uygulaması, sadece belirtilen endikasyon alanlarında<sup>109</sup> tedaviyi destekleyici

<sup>106</sup> Akıldız, s. 209; Özer, s. 132 vd.; Özgül, s. 262.

<sup>107</sup> Nitekim Türk Tabipler Birliği de, ilgili yönetmeliği bu yönü ile eleştirmektedir. Bkz. Türk Tabipler Birliği, [https://www.tb.org.tr/haberarsiv\\_goster.php?Guid=673b997a-9232-11e7-b66d-1540034f819c](https://www.tb.org.tr/haberarsiv_goster.php?Guid=673b997a-9232-11e7-b66d-1540034f819c), (E.T.: 02.04.2021).

<sup>108</sup> Ancak ilgili yönetmelikte Fitoterapi uygulamasına ilişkin bu yönde bir açıklama yapılmamıştır. Bir diğer ifadeyle, fitoterapi dışında anılan tüm tıp uygulamaları standart tedaviyi tamamlayıcı nitelikte kabul edilmelerine rağmen, fitoterapinin müstakil olarak da kullanılabilirliğine ilişkin bir belirsizlik bulunmamaktadır. Bunun sebebinin bu uygulamanın Sağlık Bakanlığı'nca geleneksel tıp uygulaması olarak kabul edilmesinden ileri geldiği kanısındayız.

<sup>109</sup> Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği Ek-3 uyarınca, organik bir rahatsızlığı tanımlayan hastalarda immün sistemi güçlendirme, fibromiyalji sendromu, romatizmal hastalıklara ait kronik ağrı, eklem hareket kısıtlılığı, sabah tutukluluğu,

yöntem olarak kullanılmalıdır. İlgili yönetmeliğe göre, kupa uygulamasında uygulayıcı, bu uygulamanın hastalığı ortadan kaldıracığı veya tek başına tedavi edeceği gibi beyanlarda bulunamaz. Sonuç olarak; tıbbi bir müdahale olarak kabul edilmesi gereken kupa uygulaması, sadece yönetmelikle belirlenen endikasyon alanlarından birine sahip kişilere uygulanabilecektir. Böylece sadece kupa uygulamasını merak ettiği ve tecrübe etmek istediği için bir kişiye kupa uygulaması gerçekleştirilemez. Aksi takdirde, endikasyon yokluğu sebebiyle, yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırı hale gelmekte ve uygulayıcının hukuki sorumluluğu (somut şartlara göre haksız fiil veya sözleşme sorumluluğu) doğmaktadır.

Sağlık Bakanlığı'nın anılan uygulamaların, sadece standart tedaviyi destekleyici yönde olması gerektiği görüşünün aksine, doktrinde geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının müstakil olarak da hastalığın tedavisinde uygulanabileceği ve bunun hukuka aykırılık teşkil etmeyeceği görüşü bulunmaktadır.<sup>110</sup> Buna göre doktor, tedavi özgürlüğü uyarınca, hastanın rıza göstermesi şartıyla, standart tedavinin dışında yer alan uygulamalara başvurabilir. Böylece kural olarak doktorun standart tedavi yerine, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarını kullanmasında hukuki sorumluluğun oluşması için gerekli olan hukuka aykırılık unsuru oluşmaz. Zira doktor, tıp biliminin yerleşik bilgisini göz ardı etmediği sürece, kendisine tanınan tedavi özgürlüğünün sonucu olarak, tıbbi hizmetinin türü ve kapsamı konusunda özgürce karar verebilir. Ancak doktorun tedavi özgürlüğü sınırsız da değildir. Tıbbi endikasyonun gerçekleşmesi sonucunda başlayan hastalığın teşhis ve teşhise uygun tedavi sürecinde, doktor iki hususa dikkat etmelidir. Buna göre doktor, tıbbi endikasyona uygun tedavi yöntemi olarak, standart dışı bir tedavi yöntemini seçmek istiyorsa, mutlaka haklı bir sebebe dayanmalıdır. Ayrıca doktor, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulaması seçmesi nedeniyle, standart tedavinin engellenmesine veya geciktirilmesine sebebiyet vermemelidir.

---

yorgunluk gibi durumlar, kas-iskelet sistemi mekanik ağrıları, diz ağrısı, migren ve gerilim tipi baş ağrısı gibi organik olmayan baş ağrıları, organik olmayan uyku bozuklukları, sindirim sistemi hastalıklarına ait bulantı, kusma gibi durumlar, nevralljilere bağlı ağrılar, inmeye bağlı gelişen hıçkırık, yorgunluk, afazi gibi durumlarda, kupa uygulaması için tıbbi endikasyonun varlığı kabul edilmektedir.

<sup>110</sup> Karş. **Bodenburg**, s. 2829 vd.; **Schumacher**, *Arzthaftungsrecht*, s. 787 vd.; **Katzenmeier**, Christian: *BeckOK BGB* (Hrsg.: Hau, Wolfgang/Poseck, Roman), 56. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2020, § 630a, Rn. 183; **Müller/Raschke**, s. 429; **Vogeler**, s. 700; **Schubarth**, s. 1089 vd.; **Schmid**, s. 2339 vd.; **Hakeri**, *Geleneksel Tıp*, s. 35.

Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları açısından tıbbi gereklilik noktasında, en azından tıbbi bir fayda mümkün görünmelidir. Dolayısıyla seçilen yöntem, istenen tıbbi faydayı sağlamak için açıkça uygun değilse, hukuka aykırılığın doğmaması için gerekli olan endikasyon şartı ihlal edilmiş sayılır. Endikasyon şartının gerçekleşmesi için, kural olarak seçilen tedavi yönteminin faydasına ilişkin kanıt gereksinimi bulunmaktadır. Ancak burada kastedilen kanıt gereksinimi, seçilen yöntemin mutlaka istatistiksel olarak etkinliğinin ispatlanması anlamında değildir. Nitekim her somut durumda, istatistiksel etkinlik kanıtının gerekli olmadığı kabul edilmektedir<sup>111</sup>. Sonuç olarak, bilimsel bir değerlendirme için erişilebilir olan herhangi bir kanıtı nihai olarak dayanabilecek makul bir fayda öngörüsü talep etmek uygun görünmektedir<sup>112</sup>.

Eğer somut durumda, hastalığın tedavisi olarak konvansiyonel standart yöntemler mevcutsa ve konvansiyonel tıp iyileşme noktasında daha kesin bir tedavi öngörüyorsa, doktor tarafından geleneksel ve tamamlayıcı tıp yöntemlerinin kullanılabilmesi için haklı sebepler bulunmalıdır<sup>113</sup>. Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının hastalığın tedavisinde gerekli olabilmesi için sebeplerin objektif ve haklı olması şartı ile konvansiyonel tıbbi uygulamanın vaat ettiği başarı şansı, doktor tarafından değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır. Bununla birlikte doktor, başarı şansına ek olarak, örneğin tedavinin aciliyeti, hastalığın ciddiyeti, müdahalenin ciddiyeti ve hastanın kişilik özellikleri gibi, vakanın bireysel tüm koşullarını da dikkate almalıdır. Ancak daha ciddi hastalıklar söz konusu olduğunda, konvansiyonel tıp daha etkili yöntemler sağlamazsa veya daha etkili konvansiyonel tıbbi yöntem önemli risklerle (özellikle yan etkilerle) ilişkilendirilirse ve aydınlatılmış hasta bu riskli tedaviyi veya operasyonu kararlı bir şekilde reddederse, geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi tedavinin kullanılması, doktor açısından haklı bir sebep teşkil edebilir<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> **Schumacher**, Arzthaftungsrecht, s. 790; BGH MedR 2008, 87 vd., <<http://www.springer.com>> E.T.: 18.01.2021; OLG Stuttgart, VersR, 2003, 992 vd., <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 13.01.2021; **Müller/Raschke**, s. 428 vd.

<sup>112</sup> **Schumacher**, Arzthaftungsrecht, s. 790; Benzer görüş için bkz. **Sarıyev**, s. 91 vd.

<sup>113</sup> BGH, NJW, 2007, 2774 vd.; Benzer Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararları için bkz. BGH, NJW, 2006, 2477 vd.; BGH, NJW, 2007, s. 2767 vd.; BGH, NJW, 2011, s. 1089 vd.; BGH, NJW, 2017, s. 2685 vd., <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 13.01.2021

<sup>114</sup> **Schumacher**, Arzthaftungsrecht, s. 790; Keza Yargıtay'a göre de, "Doktor, 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 zorun-

#### 4. Tıbbi Standart

##### a. Genel Olarak

Tıbbi standart, güncel koşullara ve risklere sürekli olarak uyum sağlamayabilmek için değişken (dinamik) bir yapıya sahiptir. Tıbbi standart, tıbbi tedavi hedefine ulaşmak için gerekli olan ve denemelerde kendini kanıtlamış olan mevcut bilimsel bilgi ve tıbbi deneyim durumunu temsil etmektedir. Türk Tabipler Birliği'nin "*Hekimlik Meslek Etiği Kuralları*" m. 5 uyarınca, "*hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler.*" Dolayısıyla doktor, tıbbi standardın ne olması gerektiğini güncel gelişmeleri de dikkate alarak, yakından takip etmelidir<sup>115</sup>.

1997 yılında ülkemizce imzalanan ve 2003 yılında Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Biyotıp Sözleşmesi m. 4 uyarınca, araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekmektedir.

Yargıtay'a göre<sup>116</sup> tıbbi standart, hekimin tedavinin amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmekte olup, denenmiş ve bilinen

---

*dadır. Asgari düzeyde dahi olsa, tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmalı ve en emin yol seçilmelidir.*", YHGK., 13.04.2011 T., 2010/13-717 E., 2011/129 K. <<https://www.legalbank.net>> E.T.: 03.02.2021.

<sup>115</sup> **Hakeri**, Geleneksel Tıp, s. 19 vd.; Benzer şekilde Hasta Hakları Yönetmeliği m. 11 uyarınca, "*Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz*". Yine Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 13 uyarınca, "*Tabip ve dış tabibi, ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muamele edilemez. Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz*".

<sup>116</sup> Y15HD., 19.11.2018 T., 2018/4953 E., 2018/4526 K.; Y15HD., 26.11.2018 T., 2018/4621 E., 2018/4686 K.; Y15HD., 26.02.2019 T., 2018/5523 E., 2019/801 K. <<https://www.legalbank.net>> E.T.: 03.02.2021.

temel meslek kurallarıdır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre<sup>117</sup> ise tıbbi standart, tedavinin amacına ulaşabilmesi için gerekli olan ve denemeler sonucunda kanıtlanmış bilimsel bilgi ve tıbbi deneyimin mevcut durumunu temsil etmektedir. Tıbbi standart, bilimsel bilgi, tıbbi deneyim ve profesyonel kabulün birleşimi olmalıdır.

### ***b. Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarında Tıbbi Standart***

Konvansiyonel tıbbi müdahaleler ve bilinen tedavi olanakları, hastalıkların tedavisinde çoğunlukla olumlu sonuçlar vermekle birlikte, sağlık sistemi süreçlerinin yavaş işlemesi, mevcut ve bilinen tedavi seçeneklerinin yetersizliği hastaları denememiş ve test edilmemiş yeni veya farklı seçeneklere itmektedir. Ancak bu yöndeki bir eğilim tehlikeleri ve riskleri de beraberinde getirebilir ve tıbbi standarttan sapma kaçınılmaz olabilir<sup>118</sup>. Doktor, tıbbi standardı tıbbi müdahalenin her aşamasında gerçekleştirmeye çalışmalıdır. Bu bağlamda doktor, hastalığın teşhisi aşamasında kendisinden beklenen özen yükümlülüğünü yerine getirmeli ve teşhise uygun tedavinin uygulanması aşamasında da yine özen yükümlülüğü gereğince hareket etmelidir<sup>119</sup>.

<sup>117</sup> **Kreße**, Bernhard: "Ärztliche Behandlungsfehler durch wirtschaftlich motiviertes Unterlassen", MedR, S. 25, Y. 2007, s. 394

<sup>118</sup> **Müller/Raschke**, s. 428; **Bodenburg**, s. 2823; **Vogeler**, s. 701; BGH, MedR, 1987, 234 vd. , <<http://www.springer.com>> E.T.: 18.01.2021; BGH, NJW, 2006, 2477; BGH, NJW, 2007, 2775, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 13.01.2021.

<sup>119</sup> Konuya ilişkin Yargıtay kararına göre, "*Hekim, tababeti yerine getirirken, tıbbi uygulamaların kişinin yaşamını düzenlemek, sağlığını sağlayabilmek amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetler hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurulması gibi çeşitli konuları kapsamaktadır. İşte hekim bu faaliyetlerde bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğine gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var demektir ki, bu eylem ve davranışı da hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirecektir.*", Y4HD., 07.03.1977 T., 1976/6297 E., 1977/12541 K.; Benzer Yargıtay kararına göre, "*Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 6098 Sayılı TBK'nun 502 ve devamı maddelerinde düzenlenen hükümler uygulanacaktır. TBK'nun 506. maddesinin 2. fıkrasında, "vekil, (hekim/hastane) üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâ-*

Doktor, hastalığın tedavisinde kullanılacak yöntemi seçme özgürlüğüne sahiptir. Tedavi seçimi, doktorun öncelikli meselesidir<sup>120</sup>. Bunun altında yatan düşünce, doktora her zaman bireysel hareket alanı verilmesi gerektiğidir<sup>121</sup>. Doktor, tıp biliminin yerleşik bilgisini göz ardı etmediği sürece, kendisine tanınan tedavi özgürlüğünün sonucu olarak, tıbbi hizmetinin türü ve kapsamı konusunda özgürce karar verir. Ancak doktorun belirli bir teşhis şekli ve belirli bir tedavi prosedürü için kararı, her durumda, hastanın çeşitli fiziksel, psikolojik ve sosyal yönleri dikkate alınarak, somut olaydaki fayda ve risklerin değerlendirilmesiyle karakterize edilmelidir. Özellikle bu değerlendirme geleneksel ve tamamlayıcı tıp açısından daha önemlidir, zira burada daha önce kullanılanlar dışında tanınmayan bir durum söz konusudur. Dolayısıyla özellikle hastalığın teşhisi noktasında, geleneksel ve tamamlayıcı tıp kullanılmamalıdır. Konvansiyonel tıp yöntemleri yerine geleneksel ve tamamlayıcı yöntemlerin kullanılması, iyileşme başarısı elde etmek için basit bir şansla, bedensel zarar riskini iki katına çıkarmak anlamına gelir<sup>122</sup>.

---

*let verenin (hastanın) haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Ayrıca, 3. fıkrada, özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.” denilmektedir. Yine 04.04.1997 tarihinde imzalanan ve 09.12.2003 tarih ve 25311 Sayılı Resmi Gazete de yayımlanıp yürürlüğe giren Avrupa Biyotıp Sözleşmesi’nde iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiş olup, sözleşmenin amaç başlıklı 1. maddesi bu sözleşmenin “ tarafları tüm insanların hayatını ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almakla yükümlüdürler”, yine 4. maddesinde ise, “araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir” düzenlemesi mevcuttur. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi yazılı olan veya yazılı olmayan meslek kurallarına uygun müdahaleyi güvence altına almaktadır. Ayrıca, uygulamanın tedavi ya da yaşam kalitesinin yükseltilmesi amacına yönelmesi zorunlu olduğu belirtilmektedir. Burada kastedilenin tıbbi standartlar olduğu konusunda bir duraksama bulunmamalıdır.”, Y15HD., 22.05.2019 T., 2017/2329 E., 2019/2441 K., <https://www.kazancihukuk.com> E.T.: 05.04.2021*

<sup>120</sup> BGH, NJW, 1988, 763 vd.; BGH, NJW, 2014, 1529 vd., <https://beck-online.beck.de > E.T.: 21.01.2021; BGH, MedR, 1989, 139, <http://www.springer.com> E.T.: 18.01.2021.

<sup>121</sup> **Katzenmeier**, BeckOK, § 630a, Rn. 183; **Müller/Raschke**, s. 429.

<sup>122</sup> **Katzenmeier**, BeckOK, Rn. 183; **Bodenburg**, s. 2824; **Müller/Raschke**, s. 429; **Vogeler**, s. 700; BGH, MedR, 1987, 234 vd., <http://www.springer.com> E.T.: 18.01.2021; BGH, NJW, 2006, 2477; BGH, NJW, 2007, 2775, <https://beck-online.beck.de > E.T.: 13.01.2021; Benzer görüş için bkz. **Somer**, Pervin: “Ülkemizde Tamamlayıcı ve Alternatif Tıbbın Hukuki Dayanağı ve Sorumluluk Alanları Üzerine”, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, S. 22, Y. Mart-Nisan-Mayıs 2011-2012, s. 48 vd.



Geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yönteminin doktor tarafından seçilmesi, doğru bir şekilde gerçekleştirilmesi ve herhangi bir komplikasyon durumunda müdahale edilmesi sırasında doktorun özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Özellikle tedavi yöntemi seçme aşamasında gerekli özeni gösterme yükümlülüğü, doktorun hasta üzerinde kesin ve kapsamlı teşhis önlemlerini almasını gerektirir. Doktor, bir tedavi yöntemi seçerken, her zaman tedavinin avantaj ve dezavantajlarını dikkatlice tartmakla yükümlüdür. Bununla birlikte doktor, her zaman en güvenli tedavi yöntemini seçmek zorunda değildir. Ancak doktor, daha az güvenli bir tedavi yöntemini seçmişse, bunun mutlaka gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Konvansiyonel tıbbin hastalığa ilişkin bilimsel verileri ne kadar güvenilirse, doktorun geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemini seçmesindeki gerekçelendirme zorunluluğu bir o kadar haklı sebebe dayanmalıdır. Doktor hastalığın tedavisinde, iyileşme başarısının imkansız olduğu açık olan bir tedavi yöntemi kullanırsa veya açıkça uygunsuz ve beyhude tedbirler alırsa, tedavi yöntemi seçiminde özen yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılır. Dolayısıyla burada doktor tarafından sorulması gereken soru, tedavinin hala istenen iyileşme başarısını sağlamak için uygun görünüp görünmediğidir<sup>123</sup>.

Özen yükümlülüğünün hem karar aşamasında, hem de uygulama aşamasında hukuken şart koşulması sayesinde, geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntemlerde en azından yasal kontrol gerçekleştirilebilir. Örneğin, münferit vakalarda geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntemin seçimi, özen yükümlülüğü ışığında kabul edilemez olabilir. Dolayısıyla bu noktada, hastayı zararlı veya tıbbi olarak yararsız önlemlerden korumak ve tıp mesleğinin güvenilirliğini gerekli şekilde sürdürmek amacıyla, tıbbi tedavi özgürlüğüne geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi uygulamalar açısından yasal bir sınır konulmalıdır. Doktor, mevcut standart tedavi yöntemi yerine geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemini seçmesi halinde, mutlaka haklı bir nedene dayanmalıdır<sup>124</sup>. Özellikle (kanser gibi) hayati tehlike arz eden hastalıklarda geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntemlerin kullanımında böyle bir sınır yerinde

<sup>123</sup> **Müller/Raschke**, s. 430; Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği mi. 14'te de doktorun özen yükümlülüğüne değinilmiştir. Buna göre “*sağlık personeli, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur.*”

<sup>124</sup> **Schumacher**, Arzthaftungsrecht, s. 789; **Bodenburg**, s. 2829 vd.; **Hauck**, Ernst: “Rechtsgrundlagen der medizinischen Indikationsstellung”, NJW, Heft 46, Y. 2013, s. 3334 vd.; **Hakeri**, Geleneksel Tıp, s. 35.

olacaktır<sup>125</sup>. Örneğin, kanser gibi zamanla yarışılan ve erken müdahalenin önemli olduğu ölümcül hastalıklarda, öncelikle konvansiyonel standart tedavi uygulanmalıdır. Ancak konvansiyonel tıp tarafından tüm çarelerin tüketildiği bir kanser türünde ve derecesinde, en azından hastalığın etkilerinden kurtulmak ve hastayı rahatlatmak açısından geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamasına başvurulabilir.

Belirli bir hastalığın tedavisinde geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntemin uygulanmasını uygun gören doktorun, yalnızca seçilen yöntemle ilgili eğitim ve sertifika almış olması yeterli değildir; aynı zamanda aynı hastalığın tedavisinde kullanılan konvansiyonel tıptaki prosedürleri de bilmesi gerekmektedir. Geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntemi uygulamayı seçen doktorun, bu seçimde özen yükümlülüğünü yerine getirdiğinin kabulü için, doktorun tüm tedavi alternatiflerini bilmesi, dikkate alınan yöntemin artı ve eksilerini bilinçli bir şekilde değerlendirmesi şarttır. Geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi kullanırken, doktorun konvansiyonel tıbbi yöntemle kıyasla, ilgili yöntemin beklenen başarı şansını ve öngörülebilir veya şüpheli risklerini dikkatlice incelemesi ve standart tedavi ile karşılaştırması özellikle gereklidir<sup>126</sup>.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, doktorun tedavi seçiminin özen yükümlülüğünün ihlali sonucunda hukuki sorumluluğa yol açıp açmadığının belirlenmesinde, somut olayda kendisinden beklenen tıbbi bilgi ve deneyim ışığında, hastalığın teşhisinde özellikle tedavisinde doktorun makul kararlar alıp almadığını incelemektedir. Bu inceleme sonucunda hukuka aykırılığın doğması için ise, somut olayda seçilen yöntemin tıbbi olarak gerekçelendirilebilir olmaması gerekmektedir<sup>127</sup>.

Doktorun tedavi seçimindeki özgürlüğü ve hareket alanının genişliğinin aksine, tedavinin uygulanması sırasında tıbbi standardın doktor tarafından sağlanması noktasında, aynı hareket alanı bulunmamaktadır<sup>128</sup>. Tıbbi stan-

<sup>125</sup> Karş. BGH, NJW, 1960, s. 2253 vd.; OLG Koblenz, NJW, 1996, 1600 vd., <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 13.01.2021; **Kassel**, Martin Estelmann: “Placeboeffekte-interdisziplinär betrachtet”, NZS, Heft 13, Y. 2018, s. 526 vd.; **Söbbing**, Thomas: “Rechtsfragen homöopathischer Arzneimittel”, InTer, S. 3, Y. September 2019, s. 127 vd.

<sup>126</sup> **Vogeler**, s. 701 vd.

<sup>127</sup> **Vogeler**, s. 701; BGH, MedR, 1987, 234 vd. , <<http://www.springer.com>> E.T.: 18.01.2021; BGH, NJW, 2006, 2477; BGH, NJW, 2007, 2775; BGH, NJW, 2011, s. 1089 vd.; BGH, NJW, 2017, s. 2685 vd., <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 13.01.2021.

<sup>128</sup> Konuya ilişkin Yargıtay kararına göre, “Hekim sağlıkla ilgili fiillerde, rızayı sağladıktan sonra tıp biliminin sınırları içinde hareket etmek yükümlülüğü altındadır ve hastanın

dardın varlığından bahsedilmek için, gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin bilimsel bilgiye, tıbbi deneyimlere dayanması ve meslek çevresinde kabul görmüş olması gerekmektedir. Bahsi geçen bu kriterlerin yokluğu halinde, tıbbi standardın varlığından söz edilemez. Doktor, tıbbi standardın kusurlu bir şekilde yetersiz kalmasından dolayı sorumludur. Tıbbi standardın kusurlu bir biçimde doktor tarafından ihlali halinde sorumluluğun öngörülmesi, hastayı koruyucu ve doktorun davranışını yönlendirici işleve sahip itici bir güçtür. Gerek konvansiyonel tıp uygulamalarında, gerekse geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarında, uygulamaları gerçekleştiren yetkili kişilerin tıbbi standardı gerçekleştirmeleri şarttır. Ancak konvansiyonel tıp uygulamalarına nazaran, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının her birinde bu standardı gerçekleştirmek oldukça zordur. Zira geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemlerinin pozitif bilimlere dayanmaması, çoğu zaman bilimsel deneylerin süzgecinden geçirilmemesi, etkinliğinin ve risklerinin belirsizliği, bilimsel verilerle kanıtlanmamış olması<sup>129</sup> ve bilimsel yönden fikir birliği eksikliği ile karakterize olması vakaların büyük çoğunluğunda tıbbi standarttan sapma anlamına gelmektedir. Bununla birlikte, tıbbi standarttan her türlü sapma, malpraktis sebebiyle doktorun hukuki sorumluluğuna sebep olmaz. Burada, her küçük sapmanın bir iyileştirme girişimi olarak görülmesi gerekip gerekmediği veya sapmanın önemli olup olmadığı, hastanın iyileşmesi amacıyla tıbbi standartlardan kasıtlı olarak sapmanın var olup olmadığı ve doktorun hastanın rızası olmadan tıbbi standarttan sapıp sapmadığını değerlendirmek gerekir. Bu durum, hastalık daha önce bilinmediği ve bu nedenle yeni tedavi yöntemlerinin kaçınılmaz olarak denendiği için standart tıbbi bir tedavinin mevcut olmaması halinde de geçerlidir<sup>130</sup>.

Sonuç olarak, geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntemlerin kullanılması, tıbbi standarttan sapma anlamına gelmektedir, ancak bu sapma tek başına doktorun tedaviyi uygulama hatası anlamına gelmemektedir. Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları, bireysel iyileşme teşebbüsleri olarak görülebilir. Bu yüzden bu uygulamalarda asıl önemli olan, doktorun özen

*rızasının kapsamına bağlı bulunmamaktadır.*”, Y4HD., 07.03.1977 T., 1976/6297 E., 1977/12541 K., <<https://www.kazancihukuk.com>> E.T.: 05.04.2021.

<sup>129</sup> **Khan**, Abdul Sattar/**Aktürk**, Zekeriya: “Tamamlayıcı ve Alternatif Tedaviler Ne Kadar Kanıtla Dayalı?”, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, S. 22, Y. Mart-Nisan-Mayıs 2012, s. 16 vd.; **Taşçı**, s. 50.

<sup>130</sup> **Bodenburg**, s. 2825; **Schumacher**, Arzthaftungsrecht, s. 788; **Vogeler**, s. 700 vd.; **Kreße**, s. 394; **Katzenmeier**, Christian: “Rechtsfragen der Placebobehandlung”, MedR, S. 36, Y. 2018, s. 373; **Hakeri**, Geleneksel Tıp, s. 23; **Müller/Raschke**, s. 429 vd.

yükümlülüğü ve aydınlatma yükümlülüğüdür. Doktorun bu yükümlülüklerinin yoğunluğu ve kapsamı, özellikle geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarında, konvansiyonel tıbbi uygulamalara nazaran, artmalıdır<sup>131</sup>. Konuya ilişkin olarak Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre<sup>132</sup>, tıbbi standardın dışında bir tedavi yöntemi kullanılıyorsa, bu noktada gereken özen yükümlülüğü için temel ölçüt, dikkatli bir doktorun (ein vorsichtiger Arzt) göstereceği özendir<sup>133</sup>. Benzer şekilde Yargıtay'a göre<sup>134</sup>, özen yükümlülüğünün ihlalinde dikkate alınması gereken ölçüt, zararı meydana getirenin sübjektif niteliklerine bakılmaksızın, tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutad özenden ibarettir. Zira hasta, tedavisini üstlenen meslek mensubu doktorundan tedavisinin bütün aşamalarında mesleğin gerektirdiği titiz bir ihtimam ve dikkati göstermesini, beden ve ruh sağlığı ile ilgili tehlikelerden kendisini bilgilendirmesini güven içinde beklemek hakkına sahiptir<sup>135</sup>.

Alman hukukunda konuya ilişkin olarak Alman Medeni Kanunu'nda (§ 630a/Abs. 2 BGB) bir hüküm yer almaktadır. İlgili maddeye göre tedavi, aksi kararlaştırılmadıkça, tedavi sırasında var olan genel kabul görmüş mesleki (tıbbi) standartlara göre yürütülmelidir. Yukarıda da değinildiği üzere, geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntemlerin fayda ve risklerinin bilimsel verilerle kanıtlanmamış olması sebebiyle, bu yöntemlerde çoğu zaman tıbbi standarttan sapma meydana gelebilmektedir. Dolayısıyla § 630a/Abs. 2 BGB'nin varlığı sebebiyle, böyle bir sapmanın meydana gelme ihtimaline karşı, doktorun sorumluluğunun doğmaması için doktor ile hastanın aksini kararlaştırması gerekmektedir. Ancak doktrinde<sup>136</sup>, § 630a/Abs. 2 BGB'nin dar yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre, hastaları koru-

<sup>131</sup> **Damm**, s. 738 vd.; **Bodenburg**, s. 2825; **Schumacher**, Arzthaftungsrecht, s. 788; **Vogeler**, s. 700 vd.; **Kreße**, s. 394; **Katzenmeier**, Placebo, s. 373; **Müller/Raschke**, s. 429 vd.

<sup>132</sup> BGH, NJW, 2007, s. 2775, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 21.01.2021.

<sup>133</sup> **Spickhoff**, Andreas: "Erforderliche Sorgfalt und Umfang der Aufklärungspflicht bei Anwendung einer Außenseitermethode", MedR, S. 26, Y. 2008, s. 87 vd.

<sup>134</sup> Karş. Y13HD., 14.10.1974 T., 1973/2637 E., 1974/2492 K. <<https://www.legalbank.net>> E.T.: 02.02.2021.

<sup>135</sup> Y13HD., 10.10.2006 T., 2006/10068 E., 2006/13288 K. <<https://www.legalbank.net>> E.T.: 02.02.2021.

<sup>136</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Schumacher**, Katrin: Alternativmedizin: Arzthaftungsrechtliche, arzneimittelrechtliche und sozialrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit, Kölner Schriften zum Medizinrecht, Springer, Berlin 2017, s. 115 vd.; Karş. BGH, NJW, 2007, s. 2767 vd.; BGH, NJW, 2007, s. 2774 vd., <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 21.01.2021.

mak amacıyla geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi yöntemlerde, doktorun özen ve aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı ve yoğunluğu genişletilmiştir. Ayrıca konvansiyonel tıbbi uygulamalara nazaran genişleyen bu yükümlülüklerle ek olarak, bir de ayrı bir anlaşmanın dayatılmasını gerektiren dirmek zor görünmektedir<sup>137</sup>.

## 5. Komplikasyon Yönetimi

### a. Genel Olarak

Komplikasyon, tıbbi standartlara uygun bir müdahale sonucu oluşan, tıbben istenmemekle birlikte, tıp çevreleri tarafından öngörülebilir ve hukuken izin verilen risklere denmektedir. Her tıbbi müdahale, riskleri ve yan etkileri beraberinde getirebilir. Somut durumda, doğru teşhis, tıbbi standartlara uygun doğru tedavi uygulanmasına rağmen ve doktor tarafından gerekli özenin gösterilmesine rağmen, bazı istenmeyen ancak öngörülebilir sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Kural olarak böyle bir durumda, tıbbin kurallarına uygun olarak gerçekleştirilen müdahalelerden doktor veya hastane sorumlu tutulmamaktadır<sup>138</sup>. Zira meydana gelebilecek istenmeyen ancak öngörülebilir bu sonuçlardan doktorun sorumlu olabilmesi için kusur şartı aranmaktadır. Kusurun varlığı için ise, doktorun tıbbi müdahale sırasında veya sonrasında özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine bakılmalıdır<sup>139</sup>.

Doktor ile hasta arasında yer alan sözleşmenin hukuki niteliği istisnai haller dışında<sup>140</sup>, vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir<sup>141</sup>. Nitekim

<sup>137</sup> BGH, NJW, 2007, s. 2767 vd.; BGH, NJW, 2007, s. 2774 vd., <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 21.01.2021.

<sup>138</sup> **Akyıldız**, s. 210 vd.; **Hakeri**, Hakan: “Tıp Hukukunda Malpraktis ve Komplikasyon Ayrımı”, Toraks Cerrahi Bülteni, C. 5, S. 1, Y. Mart 2014, s. 23 vd.; **Sarıyev**, s. 108 vd.

<sup>139</sup> **Hakeri**, Komplikasyon, s. 24; **Sarıyev**, s. 115 vd.; **Özgül**, s. 152 vd.; Y13HD., 09.05.2000 T., 2000/1446 E., 2000/4438 K.; Y13HD., 05.02.2007 T., 2007/16180 E., 2007/1248 K.; Y13HD., 08.07.2005 T., 2005/3645 E., 2005/11796 K., <<https://www.legalbank.net>> E.T.: 05.04.2021.

<sup>140</sup> Yargıtay’a göre tedavi niteliği olmayan tıbbi müdahaleler, eser sözleşmesinin kapsamında ele alınmalıdır. İlgili karara göre, “Bir hasta ile onu tedavi eden doktor ve bir avukat ile onun müvekkili arasındaki ilişki, vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturur. Doktor, hastasına tıbbi yardımda ve avukat da hukuki yardımda bulunmayı taahhüt ederler; ancak, hastayı iyileştirme ve davayı kazanma gibi bir sonucun taahhüdü, vekalet sözleşmelerinde söz konusu olamaz. Hasta ölse veya dava kaybedilse dahi, tıbbi yardımda bulunan doktor ile hukuki yardımda bulunan avukat, yaptıkları yardımın karşılığı olan ücrete hak kazanırlar ve kusurları dışında sorumlu olamazlar. Eser (istisna) sözleşmelerinde ise, sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda “Eser” denilen olumlu-olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmezse,

TBK. m. 506/f. 2 uyarınca, vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarına göre de<sup>142</sup>, “vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. O nedenle, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafifte olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, 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. Asgari düzeyde dahi olsa, tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmalı ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören doktor olan vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına

---

meydana gelen zarardan yüklenici sorumlu olur. Bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de, takma diş yapması (protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi (olayımızda olduğu gibi) işi, TBK'nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur.”, Y15HD., 03.11.1999 T., 1999/4007 E., 1999/3868 K., <<https://www.kazancihukuk.com>> E.T.: 05.04.2021.

<sup>141</sup> Y13HD., 25.04.2002 T., 2002/2589 E., 2002/4560 K.; Y13HD., 08.06.2015 T., 2014/31178 E., 2015/18961 K.; Y13HD., 06.03.2003 T., 2002/13959 E., 2003/2380 K.; Y13HD., 09.04.2003 T., 2003/711 E., 2003/4255 K.; Y13HD., 23.05.2018 T., 2015/27853 E., 2018/6133 K. <<https://www.legalbank.net>> E.T.: 02.02.2021.

<sup>142</sup> Y13HD., 08.06.2015 T., 2014/31178 E., 2015/18961 K.; Benzer Yargıtay kararları için bkz. Y13HD., 06.03.2003 T., 2002/13959 E., 2003/2380 K.; Y13HD., 09.04.2003 T., 2003/711 E., 2003/4255 K.; Y13HD., 26.10.2004 T., 2004/6493 E., 2004/5431 K.; Y13HD., 15.02.2005 T., 2005/11677 E., 2005/18599 K.; Y13HD., 08.07.2005 T., 2005/3645 E., 2005/11796 K.; Y13HD., 09.06.2006 T., 2006/6683 E., 2006/9443 K.; Y13HD., 13.04.2006 T., 2006/905 E., 2006/5549 K.; Y13HD., 19.10.2006 T., 2006/10057 E., 2006/13842 K.; Y13HD., 18.09.2008 T., 2008/4519 E., 2008/10750 K.; Y13HD., 15.09.2014 T., 2013/26330 E., 2014/27050 K.; Y13HD., 18.11.2015 T., 2014/26571 E., 2015/33584 K.; Y13HD., 23.05.2018 T., 2015/27853 E., 2018/6133 K. <<https://www.legalbank.net>> E.T.: 05.04.2021.

*sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.*” Dolayısıyla doktor, özen yükümlülüğü uyarınca, tıbbi müdahale sonucunda bir komplikasyon oluşması halinde zamanında tanı ve tedavi uygulamalıdır. Aksi takdirde özen yükümlülüğünün ihlali sebebiyle kusurlu addedilir.

### ***b. Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarında Komplikasyon Yönetimi***

Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamasını özen yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirerek seçen doktor, hem tedavinin uygulama sürecinde, hem de tedavi sonrası oluşabilecek komplikasyonların takibi aşamasında özen yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır. Bu bağlamda özen yükümlülüğü uyarınca doktor, uygulama sırasında ve sonrasında, ilgili yöntemin tıbbi standarttan sapıp sapmadığını değerlendirmek, saptığının tespiti halinde tedavinin seyrini sürekli izlemek, tekrar tekrar değerlendirmek ve teste tabi tutmak zorundadır. Doktor, tedavi süreci boyunca yaptığı değerlendirmeler sonucunda, yalnızca olumlu bir sonuç ile karşılaşırsa, ilgili geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamasına devam etmelidir. Bunun sebebi ise, şimdiye kadar bilinmeyen risklerin ve yan etkilerin özellikle beklenmesinden kaynaklanmaktadır. Doktor, tedavi sırasında yöntemin istenen etkisinin gerçekleşmediği ve hastanın sağlığında herhangi bir iyileşme gözlenmediği takdirde, yine ilgili tedavi yöntemine devam etmeyi bırakmalıdır. Aksi takdirde, hasta beyhude bir tedaviye maruz kalabilir. Aynı şekilde uygulama sırasında, hasta için nedeni, niteliği ve kapsamı henüz tam olarak bilinmeyen ancak sağlığa ciddi zararlar verebilecek riskler ortaya çıkar ise doktor, standart tıbbi bir yöntemle geçmeyi ciddi olarak düşünmeli veya gerekirse tedaviye ara vermelidir<sup>143</sup>. Zira doktorun tedavi sırasında veya sonrasında ortaya çıkan riskler ve yan etkilere ilişkin derhal müdahale etme yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>144</sup>.

<sup>143</sup> Bu durum, özellikle geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi tedavi sırasında sağlık durumunun iyileşmediği veya daha da kötüleştiği açıkça ortada olan ciddi hastalık vakaları için geçerlidir, **Müller/Raschke**, s. 431; Eğer doktor tarafından uygulanmak istenen geleneksel ve tamamlayıcı tıbbi uygulamanın şimdiye kadar kanıtlanmış herhangi iyileştirici bir etkisi yoksa, hasta açıkça konvansiyonel tıbbi uygulamayı reddetmemişse ve bu uygulama doktor tarafından bir ücret mukabilinde gerçekleştiriliyorsa, bu durumda doktorun malpraktis (Behandlungsfehler) sorumluluğunun doğduğunun kabulü gereklidir, **Schmid**, s. 2341 vd.

<sup>144</sup> **Gerhard**, Wagner: Neuartige Behandlungsmethoden und Arzneimittel, Placebos, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hrsg.: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina), 8. Auflage, Verlag C. H. Beck,

Günümüzde geleneksel veya tamamlayıcı tıp uygulaması sadece doktorlara mahsus değildir. İlgili geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulaması, tıp eğitimi almamış sağlık meslek mensubu tarafından gerçekleştirilmekteyse, sertifikalı sağlık meslek mensubunun da, aynı tedavi yöntemine ilişkin sertifikaya sahip bir doktorla aynı bilgi düzeyine sahip olması kendisinden beklenemese de, en azından kendisi için gerekli olan eğitim temelinde ilgili tedavi yönteminin güvenli uygulanabilmesi için gerekli olan doğru tekniklere ve ilgili yöntemin fayda ve risklerine ilişkin yeterli bilgi sahibi olması gerekmektedir. Ayrıca sağlık meslek mensubunun da, tıpkı doktor gibi, tedavi süresince ve sonrasında özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak bir doktorun kendisine yüklenen özen yükümlülüğü, sağlık meslek mensubuna göre daha yüksektir. Bunun sebebi ise, hastanın doktora daha fazla güven duymasından ileri gelmektedir. Zira bir hasta, ilgili geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamasına ilişkin sertifikaya sahip bir doktor tercih ettiğinde, tıbbi standardın varlığına güvenir<sup>145</sup>. Fakat bu durumun istisnası bulunmaktadır. Buna göre, tıp eğitimi almamış sağlık meslek mensubu, ilgili geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulaması kapsamında deri bütünlüğünü bozan (invaziv) bir tedavi uyguluyor ise, bu durumda sağlık meslek mensubunun özen yükümlülüğünün de, doktorun özen yükümlülüğü ile aynı düzeyde olduğu kabul edilmelidir<sup>146</sup>.

---

München 2020, Rn. 134; **Schumacher**, Arzthaftungsrecht, s. 790; **Müller/Raschke**, s. 430 vd.; **Vogeler**, s. 702; Karş. BGH, NJW, 2007, s. 2767 vd.; BGH, NJW, 2007, s. 2774 vd.; BGH, NJW, 2011, s. 1090, <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 21.01.2021; **Akyıldız**, s. 211 vd.; Konuya ilişkin Yargıtay kararına göre, “Doktor, 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... Bu durumda, davalıların hukuki konum ve sorumlulukları, dosyada mevcut delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilip, yapılması gerekenle yapılan müdahale ve işlemlerin ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda davalılara kusur izafe edilip edilmeyeceği, hastaya hekimin derhal müdahale etmesinin gerekip gerekmediği, hayati risk taşıyıp taşımadığı, hastanın sağlığı açısından uygulanacak tedaviyi ret etme hakkının bulunup bulunmadığı, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya veyahut yakınlarına anlatılıp anlatılmadığı ve yazılı bir belgenin neden alınmadığına ilişkin inceleme ve değerlendirme yapılmalıdır.”, Y13HD., 17.12.2019 T., 2018/5555 E., 2019/12706 K., <<https://www.kazancihukuk.com>> E.T.: 05.04.2021.

<sup>145</sup> **Müller/Raschke**, s. 432; Aynı yönde Alman Federal Yüksek Mahkeme kararı için bkz. BGH, NJW, 1991, s. 1535 vd., <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 04.02.2021.

<sup>146</sup> BGH, NJW, 1991, s. 1537 vd., <<https://beck-online.beck.de>> E.T.: 04.02.2021; Konuya ilişkin olarak doktrinde yer alan bir görüşe göre, hasta konvansiyonel tıp yerine henüz



## SONUÇ

Dünya geneline bakıldığında, geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemlerinin yelpazesi oldukça geniştir. Ancak Sağlık Bakanlığı, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği kapsamında sadece on beş tedavi yöntemini düzenlemiştir. Sağlık Bakanlığı'nın bu elemeyi neye göre yaptığı tam olarak kestirilememektedir. Zira ilgili yönetmelikte bahsi geçen bazı tıp uygulamaları (örneğin, akupunktur, mezoterapi, proloterapi, ozon terapi, sülük, kupa, larva uygulaması gibi), vücut bütünlüğünü bozabilecek fiiller içermekteyken; bazıları (örneğin, müzik terapi gibi) içermemektedir. Ayrıca ilgili yönetmelik, hukuki yönden ele alındığında oldukça eksiktir. Nitekim ilgili yönetmelikte, ne yapılan uygulamaların hukuka aykırılığına ilişkin, ne de uygulayıcıların hukuki sorumluluğuna ilişkin özel hükümler yer almaktadır. Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları, bir çok yönden konvansiyonel tıp uygulamalarından farklıdır. Bu farklar arasında, geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemlerinin pozitif bilimlere dayanmaması, çoğu zaman bilimsel deneylerin süzgecinden geçirilmemesi, etkinliğinin ve risklerinin belirsizliği, bilimsel verilerle kanıtlanmamış olması ve bilimsel yönden fikir birliği eksikliği ile karakterize olması sayılabilir. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından, ilgili uygulamalara ilişkin olarak yasal düzenlemelerin sayısı veya yasal düzenlemenin hukuki kapsamının arttırılması, toplum sağlığı ve güvenliği açısından gereklidir.

etkinliği kesin olarak kanıtlanmamış herhangi bir geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemini ve bu yöntemi gerçekleştirmeye yetkili sertifikalı bir doktoru tercih etmişse, ancak gerekli doktor tarafından özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucunda “*öngörülebilir*” bir komplikasyon meydana gelmiş ise, hastanın (BGB § 254/S. 1-TBK. m. 52) ortak kusurunun varlığından söz edilmelidir. Zira alternatif tedaviyi arzulayan hastanın bunu tercih etmesi, onun da bu riskin oluşmasında payı olduğunu göstermektedir. Aynı şekilde geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemini tercih etmiş, ancak kendi sağlığını bilinçli (kasıtlı) olarak “*doktor olmayanlara*” emanet etmiş hastaların özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucunda meydana gelen “*öngörülemeyen*” komplikasyonların sonuçlarına dahi birlikte katlanmaları gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, hastalığının tedavisinde konvansiyonel tıp yerine, geleneksel ve tamamlayıcı yöntemi ve buna ilişkin sertifikaya sahip bir doktoru seçen hasta, öngörülebilir bir komplikasyon meydana geldiğinde meydana gelen riskin sonuçlarından ortak kusuru sebebiyle, doktorla birlikte sorumludur. Ancak özen yükümlülüğünün ihlali sebebiyle öngörülemeyen komplikasyonların meydana gelmesi halinde, doktorun meydana gelen riske tek başına katlanması gerekmektedir. Eğer aynı hasta, sertifikalı bir doktor yerine bir de sağlık meslek mensubunu seçmişse, bu durumda öngörülemeyen riskler de dahil, ortak kusur sebebiyle sağlık meslek mensubu ile birlikte riskin sonuçlarına katlanmalıdır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Taupitz**, Jochen: “Der Heilpraktiker aus der Sicht des Haftungsrechts: “Arzt”, “Mini-Arzt” oder “Laie”?”, NJW, Heft 24, Y. 1991, s. 1505 vd.

Sağlık Bakanlığı tarafından Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nde kabul edilen uygulamalar, tıbbi müdahale kapsamında kabul edilmelidir. Dolayısıyla tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için gereken şartlar, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları için de geçerli olmalıdır. Ancak ilgili tıp uygulamalarının hukuka uygunluğunun tespitinde, standart tedavi ilkeleri doğrultusunda genelleme yapmak yerine, anılan genel ilkelerin içeriğinde bir takım özel kriterlerin aranması makul görülmektedir. Bu bağlamda geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının hukuka uygun sayılabilmesi için, mutlaka her bir uygulama için ilgili yönetmelikte öngörülen yetkili kişi tarafından gerçekleştirilmeleri gerekmektedir. Yetkili kişiler, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarını hastalığın teşhisinde kullanmamalı; aksine konvansiyonel tıp teşhiste belirleyici olmalıdır. Bununla birlikte, hastalık teşhis edildikten sonra, hastaya kullanılacak tedavi yöntemi hususunda, yetkili kişilerin hareket alanı genişlemelidir. Keza doktor, tedavi yöntemini seçme konusunda özgürdür. Dolayısıyla, doktorun tedavi yöntemi olarak konvansiyonel tıptan ayrılması ve geleneksel-tamamlayıcı tıp uygulamasına yönelmesi, hukuka aykırılığın doğması için yeterli bir sebep olmamalıdır. Ancak doktorun bu özgürlüğü, sınırsız da değildir. Doktorun bu özgürlüğü, hastanın kendi kaderini tayin hakkının başladığı yerde bitmektedir. Eğer doktor, hastalığın tedavisinde standart tedavi yöntemi yerine, geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemini uygulamak istiyorsa, bunu mutlaka haklı gerekçelere dayandırmak zorundadır. Aksi takdirde doktor, özen yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılmalıdır. Ayrıca tedavi yöntemi seçimi noktasında, doktorun mesleki özgürlüğü, hastanın kendi kaderini tayin hakkı ve sağlığının korunması arasında denge sağlanmalıdır. Bu dengenin sağlanması ise, tıbbi müdahale öncesi doktorun aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesine, hastanın özgür iradesiyle ilgili müdahaleye rıza göstermesine ve doktorun özen yükümlülüğüne bağlıdır. Dolayısıyla, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarında, doktorun aydınlatma ve özen yükümlülüğü çok önemlidir; konvansiyonel tıp uygulamalarına nazaran kapsamı ve yoğunluğu mutlaka arttırılmalıdır.

Doktorun tedavi seçimindeki özgürlüğü ve hareket alanının genişliğinin aksine, tedavinin uygulanması sırasında tıbbi standardın sağlanması noktasında, doktora aynı hareket alanı tanınmamalıdır. Geleneksel ve tamamlayıcı tedavi yöntemlerinin uygulanması, bunların pozitif bilimlere dayanmaması, çoğu zaman bilimsel deneylerin süzgecinden geçirilmemesi, etkinliğinin ve risklerinin belirsizliği ve bilimsel yönden fikir birliği eksikliği ile karakterize olması sebebiyle, tıbbi standarttan sapma anlamına gelmektedir. Ancak tıbbi standarttan her türlü sapma, hukuka aykırılık olarak nitelendirilmemelidir.

Burada, her küçük sapmanın bir iyileştirme girişimi olarak görülmesi gerekip gerekmediği veya sapmanın önemli olup olmadığı, hastanın iyileşmesi amacıyla tıbbi standartlardan kasıtlı olarak sapmanın var olup olmadığı ve doktorun hastanın rızası olmadan tıbbi standarttan sapıp sapmadığının değerlendirilmesi belirleyici olmalıdır. Ayrıca doktor, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulaması sırasında ve sonrasında özen yükümlülüğü gereğince, ilgili yöntemin tıbbi standarttan sapıp sapmadığını değerlendirmeli, sapmanın tespiti halinde tedavinin seyrini yakından takip etmeli ve tekrar tekrar değerlendirerek teste tabi tutmalıdır. Doktor, tedavi süreci boyunca yaptığı değerlendirmeler sonucunda, yalnızca olumlu bir sonuç ile karşılaşarsa, ilgili geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamasına devam etmelidir. Aksi takdirde doktor, derhal müdahale etme yükümlülüğü çerçevesinde, standart tıbbi bir yöntemle geçmeyi ciddi olarak düşünmeli veya gerekirse tedaviye ara vermelidir. Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarına açık olan konvansiyonel tıp doktoru, gerek hastanın bulgularını değerlendirirken, gerek uygulama sırasında ve sonrasında konvansiyonel tıba bağlılığını sürdürmelidir.

## KAYNAKÇA

- Akyıldız**, Sunay: “Tıbbın Uygulanmasından Doğan Tazminat Davaları ve Temel Unsurları”, *Legal Tıp Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 1, Y. Nisan 2012, s. 205-217.
- Antalya**, Gökhan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Beta Yayınları, Ankara 2012.
- Atalık**, Ahmet: “Mezoterapi ve Klinik Uygulamalar”, *Journal of Biotechnology and Strategic Health Research*, C. 3, S. Özel Sayı, Y. 2019, s. 115-118.
- Ayan**, Mehmet: *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Yayınları, Ankara 1991.
- Aydın**, Sabahattin: “DSÖ ve Gelenekten Küresele Tıbbın Alternatif Serüveni”, *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, S. 22, Y. Mart-Nisan-Mayıs 2011-2012, s. 8-11.
- Aydın**, Yıldırım/**Tekeoğlu**, İbrahim: “Tamamlayıcı Tıp ve Güncel Apiterapi Uygulamaları”, *Journal of Biotechnology and Strategic Health Research*, C. 2, S. 2, Y. 2018, s. 64-73.
- Ayhan**, Hüseyin/**Mollahaliloğlu**, Salih: “Tıbbi Sülük Tedavisi: Hirudoterapi”, *Ankara Medical Journal*, C. 18, S. 1, Y. 2018, s. 141-148.
- Aytaçoğlu**, Saltuk: “Ozon Terapi”, *Ankara Akupunktur ve Tamamlayıcı Tıp Dergisi*, S. 1, Y. 2014, s. 31-36.
- Bıçer**, İsmail/**Balçık**, Pınar Yalçın: “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp: Türkiye ve Seçilen Ülkelerinin İncelenmesi”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, C. 22, S. 1, Y. 2019, s. 245-257.
- Bodenburg**, Reinhard: “Alternative Medizin im Spannungsfeld von Heilungschancen und ärztlichem Risiko”, *NJOZ*, Heft 33, Y. 2009, s. 2823-2830.
- Böttger**, Ralf/**Kirchner**, Christiane: *Arzneimittelrecht, Handbuch für die Rechtspraxis* (Hrsg.: Fuhrmann, Stefan/Klein, Bodo/Fleischfresser, Andreas), 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2020.
- Buda**, Levent: *Bir Tedavi Sanatı: Homeopati*, Homeopatik Ev Eczanesi, 2. Baskı, A7 Kitap Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Ceyhan**, Derya/**Yiğit**, Tuğba Tasa: “Tıbbi Tedavilerde Hipnoz Uygulamalarının Kullanımı ve Etkinliği”, *Ankara Diş Hekimleri Odası Klinik Bilimler Dergisi*, C. 7, S. 2, Y. 2013, s. 1507-1516.

- Civaner**, M. Murat: “Hekimin Modern Tıp Dışı Yöntemlere Yaklaşımı Nasıl Olmalı?”, *Toplum ve Hekim*, C. 32, S. 1, Y. Ocak-Şubat 2017, s. 9-13.
- Çelikbaş**, Aysel Kocagül: “GATT Uygulamalarına Enfeksiyon Hastalıkları Açısından Yaklaşım”, *Tıbbın Alternatifi Olmaz!*, Geleneksel, Alternatif ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2017, s. 219-231.
- Damm**, Reinhard: “Medizintechnik und Arzthaftungsrecht: Behandlungsfehler und Aufklärungspflicht bei medizintechnischen Behandlungsalternativen”, *NJW*, Heft 12, Y. 1989, s. 737-744.
- Deutsch**, Erwin/**Spickhoff**, Andreas: *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht*, 6. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Springer Verlag, Berlin 2008.
- Dişli**, Meryem/**Yeşilada**, Erdem: “Türkiye’de Bitkisel Tıbbi Ürünler (Türkiye’de Bitkisel Ürünlerin Standardizasyonu, Üretimi ve Tağşiş)”, *Journal of Biotechnology and Strategic Health Research*, C. 3, S. Özel Sayı, Y. 2019, s. 13-21.
- Eichelberger**, Jan: *Medizinrecht*, Becksche Kurz Kommentare Band 64 (Hrsg.: Andreas Spickhoff), 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2018.
- Engisch**, Karl: “Heilengriff und ärztliche Aufklärungspflicht”, *Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht* (Hrsg.: Engisch, Karl/Hallermann, Wilhelm), Carl Heymann Verlag, Köln 1970, s. 7-43.
- Eren**, Fikret: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Fink**, Claudia: *Die Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker)*, Stämpfli Verlag, Bern 2008.
- Geiß**, Karlmann/**Greiner**, Hans Peter: *Arzthaftpflichtrecht*, 7. überarbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2014.
- Gerhard**, Wagner: *Neuartige Behandlungsmethoden und Arzneimittel, Placebos*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hrsg.: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina), 8. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2020.
- Hakeri**, Hakan: “Geleneksel Tıp Bakımından Ülkemizdeki Hukuki Durum”, *Legal Tıp Hukuku Dergisi*, C. 4, S. 7, Y. Nisan 2015, s. 17-41. (**Hakeri**, Geleneksel Tıp)

- Hakeri**, Hakan: “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, Legal Tıp Hukuku Dergisi, C. 3, S. 6, Y. Ekim 2014, s. 17-44. (**Hakeri**, Tıbbi Müdahale)
- Hakeri**, Hakan: Tıp Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020. (**Hakeri**, Tıp)
- Hakeri**, Hakan: “Tıp Hukukunda Malpraktis ve Komplikasyon Ayrımı”, Toraks Cerrahi Bülteni, C. 5, S. 1, Y. Mart 2014, s. 23-28. (**Hakeri**, Komplikasyon)
- Hauck**, Ernst: “Rechtsgrundlagen der medizinischen Indikationsstellung”, NJW, Heft 46, Y. 2013, s. 3334-3340.
- Helbron**, Hanja: Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, Herbert Utz Verlag, München 2001.
- Helmstädter**, Axel: “Hahnemann und die Homöopathie: Alternativ seit 250 Jahren”, PharmR, Heft 1, S. 13, Y. 2006, s. 13-18.
- İkizek**, Mustafa/**Uzuntarla**, Yasin: “Medikal Ozon Tedavisi ve Covid-19”, Sağlık Akademisyenleri Dergisi, C. 7, S. 4, Y. 2020, s. 304-310.
- Jansen**, Christoph: “Behandlungs- und Aufklärungsfehlerhaftung bei der Wahl eines nicht standartgemäßen Behandlungskonzept”, MedR, S. 38, Y. 2020, s. 379-382.
- Kalyon**, Tunç Alp: “Akupunktur Tedavisi”, Türk Fizyoterapi ve Rehabilitasyon Dergisi, C. 53, S. Özel Sayı 2, Y. 2007, s. 52-57.
- Katzenmeier**, Christian: BeckOK BGB (Hrsg.: Hau, Wolfgang/Poseck, Roman), 56. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2020. (**Katzenmeier**, BeckOK)
- Katzenmeier**, Christian: “Rechtsfragen der Placebobehandlung”, MedR, S. 36, Y. 2018, s. 367-373. (**Katzenmeier**, Placebo)
- Karahancı**, Onur Naci/**Öztoprak**, Ümit Yaşar/**Ersoy**, Mesut/**Ünsal**, Çağrı Zeybek/**Hayırlıdağ**, Mustafa/**Büken**, Nüket Örnek: “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği ile Yönetmelik Taslağı'nın Karşılaştırılması”, Türkiye Biyoetik Dergisi, C. 2, S. 2, Y. 2015, s. 117-126.
- Kassel**, Martin Estelmann: “Placeboeffekte-interdisziplinär betrachtet”, NZS, Heft 13, Y. 2018, s. 526-529.
- Kavaklı**, Ahmet: “Akupunktur”, Fırat Tıp Dergisi, C. 15, S. 1, Y. 2010, s. 1-4.

- Kaya, Elif/Altınbilek, Turgay:** “Osteopati Yaklaşımı; Bel ve Boyun Ağrılarında Yeri”, *Journal of Biotechnology and Strategic Health Research*, C. 3, S. Özel Sayı, Y. 2019, s. 85-90.
- Kern, Bernd Rüdiger/Laufs, Adolf:** *Die ärztliche Aufklärungspflicht*, Springer Verlag, Berlin 1983.
- Khan, Abdul Sattar/Aktürk, Zekeriya:** “Tamamlayıcı ve Alternatif Tedaviler Ne Kadar Kanıtla Dayalı?”, *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, S. 22, Y. Mart-Nisan-Mayıs 2012, s. 16-19.
- Kıvan, Çevik:** “Hemşirelikte Tamamlayıcı ve Alternatif Tedavi: Refleksoloji”, *Ege Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 2, Y. 2013, s. 71-82.
- Kieser, Ueli/Nedi, Marian:** “Komplementärmedizin: Was legt Art. 118a BV fest?”, *Hill: Zeitschrift für Recht und Gesundheit*, S. 72, Y. 2013, Rn. 1-51.
- Kim, Min-Joong:** *Aufklärungspflicht im Arztrecht – Eine zivilrechtliche Untersuchung über den Umfang und die Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht mit rechtsvergleichenden Hinweisen*, Göttingen 1989.
- Kreße, Bernhard:** “Ärztliche Behandlungsfehler durch wirtschaftlich motiviertes Unterlassen”, *MedR*, S. 25, Y. 2007, s. 393-400.
- Laufs, Adolf/Katzenmeier, Christian/Lipp, Volker:** *Arztrecht*, 8. völlig neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, München 2021.
- Mollahaliloğlu, Salih/Uğurlu, F. Gülçin/Kalaycı, Mehmet Zafer/Öztaş, Dilek:** “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarında Yeni Dönem”, *Ankara Medical Journal*, C. 15, S. 2, Y. 2015, s. 102-105.
- Müller, Sebastian/Raschke, Andreas:** “Homöopathie durch Ärzte und die Einhaltung des medizinischen Standards”, *NJW*, Heft 7, Y. 2013, s. 428-432.
- Oğuz, Yasemin:** “Toplum, Bilim ve Tıp Etiği Açısından Alternatif Tıp ve Halk Tıbbı”, *Bilim ve Ütopya*, S. 25, Y. Temmuz 1996, s. 36-37.
- Okumuş, Müyesser:** “Kupa Tedavisi ve Hacamat”, *Ankara Medical Journal*, C. 16, S. 4, Y. 2016, s. 370-382.
- Özer, Oktay:** “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 90, S. 5, Y. Eylül-Ekim 2016, s. 117-134.
- Özgül, Mehmet Emin:** *Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

- Öztürk**, Levent/**Özbek**, Hanefi: “Küllerinden Doğan Bir Tıbbi Uygulama: Müzik Terapi”, Sağlık Hizmetleri ve Eğitimi Dergisi, C. 2, S. 1, Y. 2018, s. 1-8.
- Öztürk**, Yunus Emre/**Dömbekci**, Hilal Akman/**Ünal**, Seda Nur: “Geleneksel, Tamamlayıcı ve Alternatif Tıp Kullanımı”, Bütünleyici ve Anadolu Tıbbi Dergisi, C. 1, S. 3, Y. 2020, s. 23-35.
- Roggo**, Antoine: Aufklärung des Patienten-eine ärztliche Informationspflicht, 1. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2002.
- Sandoz**, Thomas: Alternatif Tıp Tarihi, Çev. Çağrı Eroğlu, Dost Kitabevi, Ankara 2010.
- Sarıyev**, Ayşe Erol: Alternatif Tıbbi Yöntemlerden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Schelling**, Philip/**Erlinger**, Rainer: “Die Aufklärung über Behandlungsalternativen”, MedR, Heft 6, Y. 2003, s. 331-334.
- Schmid**, Hugo: “Die Grenzen der Therapiefreiheit”, NJW, Heft 38, Y. 1986, s. 2339-2343.
- Schubarth**, Martin: “Therapiefreiheit des Arztes und Selbstbestimmungsrecht des Patienten Konsequenzen für das Arztstrafrecht und die formula magistralis”, AJP, S. 9, Y. 2007, s. 1089-1095.
- Schumacher**, Katrin: Alternativmedizin: Arzthaftungsrechtliche, arzneimittelrechtliche und sozialrechtliche Grenzen iffrztlicher Therapiefreiheit, Kölner Schriften zum Medizinrecht, Springer, Berlin 2017. (**Schumacher**, Alternativmedizin)
- Schumacher**, Katrin: “Arzthaftungsrecht aus alternativmedizinischer Sicht”, MedR, S. 37, Y. 2019, s. 786-791. (**Schumacher**, Arzthaftungsrecht)
- Shenbao**, Liang: Einwilligung in medizinische Behandlungen, eine rechtsvergleichende Analyse nach schweizerischem und chinesischem Privatrecht, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz (Hrsg.: Peter Gauch), Schulthess, Zürich 2018.
- Somer**, Pervin: “Ülkemizde Tamamlayıcı ve Alternatif Tıbbın Hukuki Dayanağı ve Sorumluluk Alanları Üzerine”, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, S. 22, Y. Mart-Nisan-Mayıs 2011-2012, s. 48-49.
- Somer**, Pervin/**Lutz**, Emine Elif Vatanoglu: “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği'nin Hukuki ve Etik Açından Değerlendirilmesi”, Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi, C. 22, S. 1, Y. Ocak 2017, s. 58-65.



- Söbbing**, Thomas: “Rechtsfragen homöopathischer Arzneimittel”, InTer, S. 3, Y. September 2019, s. 127-131.
- Sögüt**, İpek Sevda: “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam Sorunu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 16, Y. 2017, s. 627-649.
- Spickhoff**, Andreas: “Erforderliche Sorgfalt und Umfang der Aufklärungspflicht bei Anwendung einer Außenseitermethode”, MedR, S. 26, Y. 2008, s. 87-90.
- Şahin**, Çağrı Emin: “Tıbbın Alternatifi mi? Tıpta Alternatif mi?”, Hayat Sağlık: Sağlık ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 17, Y. Temmuz 2018, s. 17-21. (Şahin, Tıpta Alternatif)
- Şahin**, Saliha: “Geleneksel, Tamamlayıcı, Alternatif Tıp Uygulamalarına Genel Bir Bakış”, Türkiye Aile Hekimliği Dergisi, C. 21, S. 4, Y. 2017, s. 159-162. (Şahin, Genel Bir Bakış)
- Şatır**, Nejdet: Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu, 2. Baskı, Yekin Yayınevi, Ankara 2018.
- Tamam**, Cüneyt/Tamam, Yusuf: “Farklı Bir Bozucu Alan Nedeni: Hacamat”, Bilimsel Tamamlayıcı Tıp Regülasyon ve Nöral Terapi Dergisi, C. 12, S. 1, Y. 2018, s. 26-27.
- Taneri**, Petek Eylül/Akış, Nalan: “Geleneksel, Alternatif ve Tamamlayıcı Tıp Yöntemleri”, Tıbbın Alternatifi Olmaz!, Geleneksel, Alternatif ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2017, s. 55-97.
- Tanyüksel**, Mehmet/ **Koru**, Özgür/**Araz**, Remzi Engin/**Kılbaş**, Hatice Zeynep Güçlü/**Yıldız**, Şenol/**Alaca**, Rıdvan/**Ay**, Hakan/**Şimşek**, Kemal/**Yıldız**, Cemil/**Yurttaş**, Yüksel/**Demiralp**, Bahtiyar/**Deveci**, Mustafa/**Beşirbellioğlu**, Bülent A.: “Kronik Yaraların Tedavisinde Steril Lucilia Sericata Larva Uygulamaları”, Gülhane Tıp Dergisi, C. 56, S. 4, Y. 2014, s. 218-222.
- Taşçı**, Ali İhsan: “Adli Tıp Penceresinden Alternatif Tıp Uygulamaları”, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, S. 22, Y. Mart-Nisan-Mayıs 2012, s. 50-51.
- Taştan**, Kenan: “Ülkemizde Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıbbın Kilometre Taşları”, Ankara Medical Journal, C. 18, S. 3, Y. 2018, s. 458-459.

- Taupitz**, Jochen: “Der Heilpraktiker aus der Sicht des Haftungsrechts: “Arzt”, “Mini-Arzt” oder “Laie”?”, NJW, Heft 24, Y. 1991, s. 1505-1510.
- Tokaç**, Mahmut: “Geleneksel Tıbbı Akademik Yaklaşım: GETTAM”, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, S. 28, Y. Eylül-Ekim-Kasım 2013, s. 82-85. (Tokaç, GETTAM)
- Tokaç**, Mahmut: “Geleneksel Tıbbı Etik ve Hukuk Yönü ile Bakış”, Journal of Biotechnology and Strategic Health Research, C. 3, S. Özel Sayı, Y. 2019, s. 155-160. (Tokaç, Etik ve Hukuk)
- Tokaç**, Mahmut: “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Mevzuatı Hakkında”, Hayat Sağlık: Sağlık ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 17, Y. Temmuz 2018, s. 22-25. (Tokaç, Tıp Uygulamaları Mevzuatı)
- Toptan**, Hande/**Kaya**, Tuğba/**Altındış**, Selma: “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp (GETAT) Uygulamalarında Enfeksiyon Kontrol Önlemleri, Hijyen ve Çalışan/Hasta Güvenliği”, Journal of Biotechnology and Strategic Health Research, C. 3, S. Özel Sayı, Y. 2019, s. 168-172.
- Tütüncü**, Serpil: “Geleneksel, Alternatif ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarına Genel Bir Bakış”, Tıbbın Alternatifi Olmaz! Geleneksel, Alternatif ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2017, s. 11-55.
- Vardar**, Deniz Özkan/**Mollahaliloğlu**, Salih/**Öztaş**, Dilek: “Fitoterapide Kullanılan Bazı Fitokimyasalların Toplum Sağlığına Etkilerinin Değerlendirilmesi”, Journal of Health Sciences and Medicine, C. 1, S. 4, Y. 2018, s. 95-105.
- Vogeler**, Marcus: “Die Haftung des Arztes bei der Anwendung neuartiger und umstrittener Heilmethoden nach der neuen Rechtsprechung des BGH”, MedR, S. 26, Y. 2008, s. 697-707.
- Wiegand**, Wolfgang: “Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung”, Handbuch des Arztrechts (Hrsg.: Heinrich, Honsell), Zürich 1994, s. 119-213.
- Yaman**, Hakan/**Vural**, Ramazan: “Proloterapi: Aile Hekimliği’nde Kronik Ağrı Yönetiminde Yeni Bir Yöntem”, Ankara Medical Journal, C. 16, S. 2, Y. 2016, s. 220-224.
- Yarış**, Ersin: “Molekülden İlaça Ama Bitkiden Nereye”, Tıbbın Alternatifi Olmaz!, Geleneksel, Alternatif ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2017, s. 109-120.

**Yeşilada, Erdem:** “Hekim, Alternatif Tedavi ve Modern Tıp”, TTB Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, C. 11, S. 6, Y. 2002, s. 223-225.

**Zeytin, Zafer:** “Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Sağlık Hakkı Dergisi, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, S. 3, Y. 2007, s. 165-190.

### **Diğer Kaynaklar**

<https://beck-online.beck.de>

<http://www.dergipark.org.tr>

<http://www.kazancihukuk.com>

<http://www.legal.com.tr>

<https://sozluk.gov.tr>

<http://www.springer.com>

<https://swisslex.ch>

<https://www.ttb.org.tr>

## **KISALTMALAR**

<b>AJP</b>	: Aktuelle Juristische Praxis
<b>BGB</b>	: Bundesgesetzbuch
<b>BGH</b>	: Bundesgerichtshof
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>BV</b>	: Bundes-Verfassung (Schweiz)
<b>C.</b>	: Cilt
<b>Çev.</b>	: Çeviren
<b>E.</b>	: Esas
<b>E.T.</b>	: Erişim Tarihi
<b>YHD.</b>	: Yargıtay Hukuk Dairesi
<b>YHGK.</b>	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
<b>Hrsg.</b>	: Herausgeber
<b>InTer</b>	: Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht
<b>K.</b>	: Karar
<b>m.</b>	: madde
<b>MedR</b>	: Medizin Recht (Fachzeitschrift)
<b>NJOZ</b>	: Neue Juristische Online Zeitung
<b>NJW</b>	: Neue Juristische Wochenschrift
<b>NZS</b>	: Neue Zeitschrift für Sozialrecht
<b>PharmR</b>	: Pharma Recht (Fachzeitschrift)
<b>TTB</b>	: Türk Tabipleri Birliği
<b>VersR</b>	: Versicherungsrecht (Fachzeitschrift)



## COVID-19 SALGINININ KAMU HİZMETLERİNİN DİJİTALLEŞMESİ SÜRECİNE ETKİSİ VE SONUÇLARI\*

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1001374>

**Dr. Mehpare ÇAPTUĞ\*\***

### Öz

*Kamu hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde sunulabilmesi için bu hizmetlerin çağın gereklerine uygun olarak dijitalleşmesi kaçınılmaz olmuştur. Covid-19 salgını süreci ise bu dijitalizasyonu zorunlu olarak hızlandırmıştır. Bu kapsamda mevcut dijital kamu hizmetlerinin kullanım yoğunluğu artmış ve kimi bazı yeni dijital kamu hizmetleri hayatımızda yer almaya başlamıştır.*

*Bu hızlı dijital dönüşüm sürecinde devletlerin gereken teknik ve hukuki alt yapıyı vatandaşların mağduriyetine yol açmayacak şekilde oluşturması gerekmektedir. Kamu hizmetleri dijitalleştirilirken, temel kamu hizmeti ilkeleri gözetilmeli ve bu ilkelere aykırı olmayacak şekilde dijitalleşme yoluna gidilmelidir. Aksi durumlarda ise idarenin sorumluluğu kaçınılmaz olarak gündeme gelecektir.*

### Anahtar Kelimeler

*Dijital kamu hizmeti, Kamu hizmeti ilkeleri, Eşitlik ilkesi, Covid-19 salgını, Elektronik risk ilkesi*

---

\* Bu çalışma “Covid-19 Salgınının Kamu Hizmetlerinin Dijitalleşmesi Sürecine Etkisi ve Sonuçları” başlığı ile 27-29 Mayıs 2021 tarihinde, 7. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu’nda sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı’nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

\*\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, İzmir (mehpare.captug@deu.edu.tr), ORCID: 0000-0002-1377-2742 (Geliş Tarihi: 28.06.2021-Kabul Tarihi: 22.09.2021)

## THE EFFECTS OF THE COVID-19 OUTBREAK ON THE DIGITIZATION OF PUBLIC SERVICES AND ITS RESULTS

*(Research Article)*

### **Abstract**

*In order to provide public services effectively and efficiently, it has been inevitable for these services to be digitized in accordance with the requirements of the age. The process of the Covid-19 outbreak has necessarily accelerated this digitalization. In this context, the intensity of use of existing digital public services has increased and some new digital public services have started to take place in our lives.*

*In this rapid digital transformation process, states need to establish the necessary technical and legal infrastructure in a way that will not cause the aggrievement of the citizens. While digitizing public services, basic public service principles should be observed and digitalization should be adopted in a way that is not contrary to these principles. Otherwise, the responsibility of the administration may inevitably occur.*

### **Keywords**

*Digital public service, Principles of public service, Equality principle, Covid-19 outbreak, Electronic risk principle*

## **GİRİŞ**

İdare hukukunun temel kavramlarından biri olan kamu hizmeti kavramı, sürekli gelişmesi ve değişmesi yönüyle dinamik bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Kamu hizmetlerinin hizmetten yararlananların beklentilerine uygun, hızlı, kaliteli, etkin ve verimli bir şekilde sunulabilmesi için pek çok kamu hizmetinin dijital ortamlarda sunulması gerekli hale gelmiştir. Covid-19 salgını sürecinde ise, bu gereklilik çoğu zaman bir zorunluluk haline gelerek kamu hizmetlerinin dijitalleşme sürecini hızlandırmıştır. Bu sayede, kamu hizmetlerinden yararlananların birbirleriyle ve kamu personeliyle yüz yüze gelmeden kamu hizmetlerinden dijital ortamda yararlanabilmeleri mümkün hale gelmiştir.

Bu çalışmada, öncelikle dijital kamu hizmeti kavramı açıklanacak ve geçmişten günümüze ülkemizde dijital kamu hizmetinin hukuki altyapısını oluşturan mevzuat hükümlerine yer verilecektir. Daha sonra covid-19 salgınının dijital kamu hizmetlerine etkisi, salgın ile hayatımıza giren yeni dijital kamu hizmetleri ve kullanımı yaygınlaşan dijital kamu hizmetleri başlıkları altında açıklanacaktır. Bu kapsamda klasik kamu hizmetleri ilkeleri olan eşitlik, süreklilik ve değişkenlik ilkeleri, dijitalleşen kamu hizmetleri bağlamında yeniden yorumlanacaktır. Son olarak ise idarenin dijital kamu hizmetlerinin sunumundan kaynaklanan sorumluluğu incelenecektir.

## **I. DİJİTAL KAMU HİZMETİ KAVRAMI**

Kamu hizmeti kavramı, idare hukuku alanında en çok kullanılan kavramlardan biri olmakla birlikte, bu kavramın anayasal ve yasal bir tanımı bulunmamaktadır. Bununla birlikte öğretilerde ve kimi yüksek mahkeme kararlarında<sup>1</sup> bazı tanımlamalar yapılmıştır.

---

<sup>1</sup> Geçmişten günümüze Anayasa Mahkemesi kararlarında sıkça karşılaşılan tanımlama şu şekildedir: “En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimi altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarlarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.” AYM, E.1994/43, K.1994/42-2, T.09.12.1994, RG. 24.01.1995/22181; AYM, E.2005/145, K.2009/112, T.23.07.2009, RG.31.03.2010/27538; AYM, E.2013/88, K.2014/101, T.04.06.2014, RG. 22.07.2014/29068. Danıştay da kimi kararlarında benzer tanıma yer vermiştir. Dan.13.D., E.2008/5151, K.2008/6509, T.17.04.2000, Danıştay Dergisi, S. 120, s. 420; Dan.10.D., E.1995/4326, K.1996/2769, T.21.05.1996, Danıştay Dergisi, S. 92, s. 771.



Kamu hizmeti kavramının sürekli değişmesi ve gelişmesi genel ve geçerli bir tanım yapmayı güçleştirmektedir<sup>2</sup>. Bununla birlikte öğretide genel olarak kabul gören tanımlamaya göre kamu hizmeti, yasama organı tarafından kamu hizmeti olarak nitelendirilen, idare ya da onun gözetimi ve denetimi altında özel kişilerce yürütülen faaliyetlerdir<sup>3</sup>.

Dijital kamu hizmeti ise, kamu hizmetinin dijital ortamda, açık internet ağı üzerinden ya da belirli kullanıcıların erişebileceği “kapalı ağ ortamında” yazı, ses ve görüntü gibi verilerin iletilmesi, işlenmesi ve depolanarak korunması yoluyla sunulabilmesini ifade etmektedir. Belirtmek gerekir ki, dijital kamu hizmeti, yaygın olarak anlaşıldığı gibi, kağıt üzerindeki idari işlemin taranarak internet üzerinden dijital ortama aktarılması yoluyla geleneksel posta iletişiminin yerine koyulabilecek bir iletişim şekli değildir. Dijital kamu hizmetlerinin sunumunda, hizmetin bütün aşamaları dijital bilgi usullerinin aktarımı ile yürütülür ve dijital ortamda kalır<sup>4</sup>. İşlemin ilgisi, işlemin seyrini dijital ortamdan takip edebilir ve süreç tamamlandıktan sonra da ilgili bilgi ve belgelere ulaşabilir.

## II. DİJİTAL KAMU HİZMETLERİNE İLİŞKİN HUKUKİ ALTYAPI ÇALIŞMALARI

E-Devlet uygulamasının ilk kez hayata geçirildiği 2008 yılından bu yana çok sayıda mevzuat hükmü ile dijital kamu hizmetlerine ilişkin hukuki alt yapı oluşturulmaya çalışılmaktadır. Bu alanda genel nitelikte ilk düzen-

<sup>2</sup> Bir Fransız idare hukukçusunun ifadesi ile, hiç kimse kamu hizmetinin tartışılmaz bir tanımını yapamamıştır. Yasama, bu durumu kendine dert edinmemiş; yargı, yapmak istememiş; bilim insanları ise başaramamıştır. Nakleden **Gülan**, Aydın: “Kamu Hizmeti Kavramı” İHİD, Prof. Dr. Lütü Duran’a Armağan Özel Sayısı, Y .9, 1988, S. 1-3, s. 147, 150; Farklı yöndeki görüş için bkz. **Uler**, Yıldırım: “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 15, 1998, s. 252.

<sup>3</sup> **Duran**, Lütü: İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 307; **Günday**, Metin: İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 332; **Akyılmaz**, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil: Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 548; **Sancakdar**, Oğuz/ **Önüt**, Lale Burcu/**Us Doğan**, Eser/**Kasapoğlu Turhan**, Mine/**Seyhan**, Serkan: İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 537. Doktrinde yapılan bir başka tanımlamaya göre, kamu hizmetleri, kamu yararı içermesi ve özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmaması sebebiyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olmayacak ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi yine bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen faaliyetlerdir. **Ulusoy**, Ali: Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, Ankara, 2004, s. 13.

<sup>4</sup> **Oğurlu**, Yücel: İdare Hukukunda “E-Devlet” Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 144, 145.

leme, 31 Temmuz 2009 tarih ve 27305 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik”tir<sup>5</sup>. Bu Yönetmelik ile kamu hizmetlerinin sunumuna ilişkin olarak bu hizmetlerin etkin, verimli, hesap verebilir, vatandaş beyanına güvenen ve şeffaf bir kamu yönetimi oluşturmak amaçlanmış olup; kamu hizmetlerinin hızlı, kaliteli, basitleştirilmiş ve düşük maliyetli bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak üzere, idarelerin uyması gereken usul ve esaslar düzenlenmiştir. Sınırlı hükümler içeren Yönetmelikte esas olarak; idarelerin basılı ortamdaki bilgi ve belgelerin elektronik ortama taşınması ve veri tabanlarının diğer idarelerle paylaşılması, sunulan kamu hizmetlerine yönelik başvuruların elektronik ortamda da yapılmasına, sürecin başvuru sahibince izlenebilmesine ve sonucun ilgisine elektronik ortamda iletilmesine yönelik tedbirlerin alınması ve bu hizmetlerin e-Devlet Kapısına eklenmesinin sağlanmasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Dijital kamu hizmetleri alanında kanun bazında en kapsamlı ve genel hukuki altyapı çalışması olan “e-Devlet ve Bilgi Toplumu Kanun Tasarısı Taslağı”<sup>6</sup> ise 2009 yılı Aralık ayında Başbakanlık tarafından kamuoyu ve kamu kurum ve kuruluşları ile paylaşılmış, ancak bu metnin TBMM’de tartışılıp yasalaşma imkânı olmamıştır. 2019-2023 yıllarını kapsayan 11. Kalkınma Planı kapsamında e-Devlet Hizmetlerinin Geliştirilmesi Çalışma Raporu’nda<sup>7</sup>, söz konusu raporun kaleme alındığı 15 Mart 2018 tarihi itibarıyla Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından hazırlanan, ihtiyaç duyulan e-Devlet ve siber güvenlik düzenlemelerini içeren bir yasa tasarısı taslağı hazırlama faaliyetinin, bir torba yasa çalışması kapsamında sürmekte olduğu, bu kapsamda 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’na bir takım eklemeler yapılmasının planlandığı ifade edilmiştir. Ancak ifade edildiği şekilde bir yasama işlemi günümüze kadar gerçekleşmemiştir. Hemen ifade edilmelidir ki, olması gereken yasal düzenleme şekli de zaten bir torba kanun ile yürürlükteki bazı kanunlara serpiştirme yapılmak suretiyle değil, derli toplu genel bir kanun ile dijital kamu hizmetlerinin tanımı,

<sup>5</sup> R.G. 31.7.2009/27305.

<sup>6</sup> Söz konusu taslakta kanunun amacı şu şekilde ifade edilmiştir: “*Bu Kanunun amacı e-devlet hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek, e-devlet ve bilgi toplumuna dönüşüm sürecini planlamak, koordine etmek ve bu kanunda verilen görevleri yapmak üzere oluşturulan Kurullar ile kurulan Bilgi Toplumu Ajansının teşkilat yapısı, görev ve yetkilerini düzenlemektir.*”

<sup>7</sup> <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2020/04/e-DevletCalismaGrubuRaporu.pdf>, E.T.29.03.2021.

kapsamı, yürütülme prensipleri, veri paylaşımı ve siber güvenlik konularının düzenlenmesidir.

E-Devlet konusu ile ilgili yürürlüğe girmiş olan mevzuat arasında en önemli örneklerden biri olan e-Devlet hizmetlerinin kapsamı ve yürütülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bu hizmetlere ilişkin eylem planları yapmak, koordinasyon ve izleme faaliyetlerini yürütmek, gerekli düzenlemeleri yapmak ve bu kapsamda ilgili faaliyetleri koordine etmek görevlerini Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'na veren 2011 tarihli 655 sayılı "Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"<sup>8</sup> hükümlerinin tamamına yakını, 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK<sup>9</sup> ile mülga edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, kamu hizmetlerinin sunumunda dijitalleşmeye yönelik mevzuat çalışmaları yapılırken Anayasa ile güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükler ve idare hukukunun temel prensipleri göz ardı edilmemelidir. Örneğin, Danıştay 2015 yılında "e-Nabız Projesi" konulu Genelge hakkında, "*Dosyanın incelenmesinden, dava konusu "e-Nabız Projesi" konulu Genelge'de, fert ve toplum sağlığının korunması iyileştirilmesi ve geliştirilmesi için kişisel sağlık kayıtlarının gizlilik, güvenlik bütünlük ve mahremiyetinin korunarak kişilerin dijital sağlık kayıtlarına erişebilmesini sağlayacak olan ve e-Nabız adı verilen Sağlık.Net Online Sisteminin kurulduğu belirtilmiş, söz konusu Genelge'de sistemin amacı ve işleyişine dair bazı açıklamalara yer verildikten sonra sonuç kısmında; tıbbi kayıtlara kişilerin kendi erişiminin sağlanabilmesi için 1 Ocak 2015 tarihinden itibaren tutulan tüm kayıtların hizmet sunucuları tarafından sisteme gönderilmesinin gerektiği ifade edilmiştir.*

*Kişisel verilerin korunması gerçek veya tüzel kişilere ait olan ve onların belirlenebilir, bir başka ifadeyle teşhis edilebilir olmasını sağlayan şahsa özgü ve özel bilgilerin koruma altına alınmasını ifade etmekte olup; kişilerin bedensel ve psikolojik sağlık durumlarına ilişkin bilgileri içeren merkezi bir sistemin kurulmasının ve bu sistemin işleyişine ilişkin temel esas ve usullerin Anayasa'nın anılan 20. maddesi hükmü uyarınca kanun ile düzenlenmesinin sistemde mahrem bilgileri yer alan kişiler açısından zorunlu hukuki güven-*

<sup>8</sup> R.G. 1.11.2011/28102 (Mükerrer). Bu KHK'nin Adı "Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" iken, 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 31 inci maddesiyle değiştirilmiştir.

<sup>9</sup> Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, R.G.9.7.2018/30473 (3. Mükerrer)

*ceyi sağlayacağı tartışmasıdır. Açıklanan nedenlerle, yasal dayanağı bulunmadığı anlaşıldığından ... 5.2.2015 tarihli ve “e-Nabız Projesi” konulu Genelgesi'nin iptali gerektiği”<sup>10</sup> yönünde hüküm kurmuştur.*

2016 yılında, 2011 tarihli 655 sayılı KHK'ya dayanılarak Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı<sup>11</sup> tarafından yayınlanan “e-Devlet Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”<sup>12</sup> yürürlüğe girmiştir. Yönetmelik ile “bilgi toplumu politika, hedef ve stratejileri çerçevesinde, e-Devlet hizmetlerinin kapsamı ve yürütülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bu hizmetlere ilişkin eylem planları yapmak, koordinasyon ve izleme faaliyetlerini yürütmek” görevinin merkezi idare ve yerel yönetimleri de kapsayacak şekilde (Madde 2), Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'na ait olduğu düzenlenmiştir. Yönetmelikte e-Devlet hizmeti, e-Devlet Kapısı, KAYSİS, Siber Güvenlik gibi temel kavramlar tanımlanmış (Madde 4); hizmet sunum ilkeleri açıklanmış (Madde 5) ve e-Devlet konulu faaliyetlerde başta Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı olmak üzere, kamu kurum ve kuruluşları ile e-Devlet Kapısı işletmecisinin görev ve sorumlulukları tanımlanmıştır (Madde 6-8).

Dijital kamu hizmetleri konusu ile dolaylı olarak ilgili mevzuata bakıldığında ise verilebilecek örneklerden ilki 2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'dur<sup>13</sup>. Kanun demokratik, şeffaf ve hesap verebilir bir yönetim sisteminde vatandaşların kamu örgütlerine ait bilgilere erişme haklarını kullanmasının yöntem ve sınırlarını düzenlemektedir. Bir başka önemli kanun ise 2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'dur<sup>14</sup>. Söz konusu Kanun ile elektronik imza uygulamasının hukuki ve teknik boyutları düzenlenmektedir. Bu kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte, elektronik imza hukuki olarak ıslak imzaya (elle atılan imzaya) eşdeğer hâle gelmiştir. Bu kapsamda önemli bir diğer Kanun, 2005 tarihli ve 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu'dur<sup>15</sup>. Bu Kanun ile devletin, kamu hizmeti ve temel vatandaşlık hakkı sayılan, temel internet hizmeti de dâhil bazı iletişim hizmetlerini vatandaşın alması için atması gereken adımlar ve bu çabaların finansmanı düzenlenmektedir. Bu kapsamda değerlendirilebilecek bir başka

<sup>10</sup> Dan. 15. D., E. 2015/3035, K. 2017/6611, T. 14.11.2017, (kazanci.com, tr).

<sup>11</sup> Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihteki adı “Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı”.

<sup>12</sup> R.G. 03.09.2016/29820.

<sup>13</sup> R.G. 24.10.2003/25269.

<sup>14</sup> R.G. 23.1.2004/25355.

<sup>15</sup> R.G. 25.6.2005/25856.

kanun ise, 2017 yılında yürürlüğe girmiş olan ve amacı “kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemek” olarak belirlenmiş olan 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’dur<sup>16</sup>.

Bu bağlamda bazı temel kanunlara bir takım eklemeler de yapılmıştır. Örneğin, 2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 10. bölümünde, bilişim sistemine girme (Madde 243), sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme (Madde 244) ve banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması (Madde 245) gibi bilişim alanındaki suçlara yer verilmiş ve bunlar için öngörülen yaptırımlar düzenlenmiştir. Yine bu kapsamda, 1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun Elektronik Ortamdaki Kayıtlar ve Elektronik Cihazla Belge Düzenleme konusundaki mükerrer madde 242’de “elektronik cihazlarla düzenlenen belgeler ile özel cihazlardan çıkarılan pulları ihtiva eden belgeler bu Kanun hükümlerine uygun olarak düzenlenmiş belge hükmündedir” düzenlemesi yapılmıştır. Yine aynı maddenin devamına eklenen fıkralarda; elektronik defter, elektronik belge ve elektronik kayıt gibi yeni kavramlar düzenlenmiştir. Ayrıca, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 15. maddesinde de “Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukukî sonuçlarını doğurur.” hükmüne yer verilmiştir.

Ülkemizde kamu hizmetlerinin sunumunda dijitalleşmeyi sağlamaya yönelik olarak, farklı kurumlar altında ayrı ayrı sürdürülen dijital dönüşüm (e-Devlet), siber güvenlik, milli teknolojiler, büyük veri ve yapay zekâ ile ilgili çalışmaların tek çatı altında toplanması amacıyla, 10 Temmuz 2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamında, Cumhurbaşkanlığı’na bağlı Dijital Dönüşüm Ofisi kurulmuştur. Ofis tarafından, Dijital Türkiye Projesi Kapsamında, 2008 yılında 22 kamu hizmetinin sunulduğu sınırlı bir portal olarak kurulan e-Devlet portalında sunulan hizmetlerin kapsamı geliştirilerek ve kullanımı kolaylaştırılarak Dijital Türkiye Portalı yaratılmaya çalışılmaktadır.

<sup>16</sup> R.G. 7.4.2016/29677.

### III. COVID-19 SALGINININ DİJİTAL KAMU HİZMETLERİNE ETKİSİ

#### A. Covid-19 Salgını ile Hayatımıza Giren Yeni Dijital Kamu Hizmetleri

Kamu hizmetlerinde dijitalleşme eğiliminin Covid-19 salgını ile çok daha hızlanarak sürdüğü görülmektedir. Sadece Türkiye’de değil tüm dünyada devletler, mevcut sağlık acil durumlarına yanıt olarak, özel Covid-19 bilgi portalları, tıbbi ürünlerin tedariki için e-hizmetler, sanal tıbbi randevular, kendi kendine teşhis uygulamaları ve sokağa çıkma yasakları için e-izinler gibi yeni araçları uygulamaya geçirmiştir. Birçok ülke, filyasyon uygulamalarını, evden çalışma ve öğrenmeye yönelik uygulamaları hızlıca devreye sokmuştur. Bu anlamda Covid-19 salgını, geleneksel kamu hizmetlerinin sunulmasında dijital Devletin önemini yeniden gündeme getirmekle kalmamış, aynı zamanda temas takibi, e-sağlık, çevrimiçi eğitim ve uzaktan çalışma gibi krizi yönetmenin yenilikçi yollarını da beraberinde getirmiştir<sup>17</sup>. Örneğin bu süreçte ülkemizde, e-Devlet üzerinden sunulan hizmetlerin yanı sıra, Hayat Eve Sığar (HES), Filyasyon Takip Sistemi (FİTAS)<sup>18</sup> gibi dijital uygulamalar salgın ile mücadele sürecinde kullanıma geçirilmiştir.

#### B. Covid-19 Salgını Sebebiyle Mevcut Dijital Kamu Hizmetlerinin Kullanım Yaygınlığının Artması

Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi resmi sitesinde yer alan istatistiklere göre, e-Devlet portalı üzerinden günümüzde 5 binin üzerinde hizmet verilmekte ve 53 milyonun üzerinde kullanıcı tarafından bu hizmetlerden istifade edilmektedir. Covid-19 salgınının etkisiyle ise e-Devlet portalı üzerinden alınan hizmetlerin yoğunluğu oldukça artmıştır. Bu kapsamda, pandemi sosyal destek ön başvurusu, HES kodu işlemleri, üniversite e-kayıt hizmetleri, ÖSYM fotoğraf güncelleme işlemleri, yüksek öğretim kurumlarına kayıtlı öğrenciler için e-transkript, afetzedede hak sahipliği başvurusu, riskli yapı tespiti ve hasarlı bina kredi yardım başvuruları gibi pek çok yeni hizmet e-Devlet Portalı’na entegre edilmiştir. Dijital dönüşüm hedefleri ara-

<sup>17</sup> 12.07.2020 tarihli Birleşmiş Milletler Basın Bülteni, <https://publicadministration.un.org/Portals/1/E-Government%20Survey%202020%20Press%20Releases.pdf>, E.T. 29.03.2021.

<sup>18</sup> Filyasyon uygulamalarının idari kolluk yetkisi kapsamında değerlendirilmesi hakkında bkz. **Başar**, Cemal: “İdari Kolluk Kapsamında Filyasyon Uygulaması”, Covid-19 Salgınının Hukuktaki Yansımaları, (Edt. Prof. Dr. Kemal Şenocak), Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 979-1000.

sında yer alan, avukatların buldukları yerlerden online olarak taraf oldukları hukuk mahkemesi duruşmalarına katılmalarını sağlamak için tasarlanmış olan “e-duruşma”<sup>19</sup> uygulaması ise 2020 yılı Eylül ayı itibarıyla Adalet Bakanlığı tarafından uygulamaya konulmuştur.

2020 yılı BM e-Devlet Gelişmişlik Endeksi Raporu’na<sup>20</sup> göre Türkiye, çevrim içi hizmet endeksinde 193 ülke arasında 53. sırada yer almaktadır. Rapora göre, az gelişmiş ülkelerde dahi 2020 yılında salgının baskısıyla dijital kamu hizmetleri bakımından ilerleme kaydedilmiştir.

Kamu hizmetinin özel bir görünümü olan kolluk faaliyeti ise artık dijital kamu hizmetlerinin sunumunda kamu düzenini korumak, yani siber güvenliği sağlamak yönünde yoğunlaşmaktadır. Bu kapsamda, milli güvenliği tehdit edebilecek veya kamu düzeninin bozulmasına yol açabilecek kritik türdeki verilerin güvenliğinin sağlanması amacıyla, kamu kurumları ve kritik altyapı hizmeti veren işletmelerce uyulması gereken bilgi ve iletişim güvenliği tedbirlerini içeren, 06.07.2019 tarih ve 30823 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 2019/12 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi önemli bir adım niteliğindedir. Söz konusu Genelge kapsamında, Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi tarafından “Bilgi ve İletişim Güvenliği Rehberi” hazırlanarak 10.07.2020 tarihinde yayınlanmıştır. Arkasından da 29 Aralık 2020 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 2020/15 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile, “Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve Eylem Planı”nın Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı’nın resmi sitesinde yayınlanacağı ve bu konuda tüm kamu kurumlarının iş birliği içinde olmaları gerektiği bildirilmiştir.

### **C. Kamu Hizmeti İlkelerinin Covid-19 Salgını Sebebiyle Yaygınlığı Hızla Artan Dijital Kamu Hizmetleri Bakımından Yeniden Yorumlanması Gerekliği**

Kamu hizmetlerinin dijitalleşmesi ile birlikte, kamu hizmetlerine hâkim olan eşitlik, süreklilik ve değişkenlik gibi temel ilkelerin yeniden yorumlan-

<sup>19</sup> Özellikle Covid-19 salgını sürecinde kullanımı zorunlu ve faydalı görülse de doktrinde “e-duruşma” uygulamasının istisnai bir yöntem olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler mevcuttur. **Toraman**, Barış: “Covid-19 Pandemisinin Etkisi Altında Hukuk Yargısında Elektronik (Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla) Duruşma (E-Duruşma)”, Covid-19 Salgınının Hukuktaki Yansımaları, (Edt. Prof. Dr. Kemal Şenocak), Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 517.

<sup>20</sup> <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Data/Compare-Countries>, E.T. 29.03.2021.

ması gerekmektedir<sup>21</sup>. Zira bu ilkelerin uygulanma tarzları da bir ölçüde değişim geçirmektedir. Bu başlık altında, dijitalleşen kamu hizmetleri bakımından eşitlik, süreklilik ve değişkenlik ilkeleri konu ile sınırlandırılmış olarak alt başlıklar halinde incelenecektir.

### **1. Kamu Hizmetlerinden Yararlanmada Eşitlik İlkesi**

Kamu hizmetlerinin dijitalleşmesi, söz konusu hizmetlerden tüm vatandaşların eşit bir şekilde yararlanabilmesi halinde anlamlı olacaktır. Kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik ilkesi, özellikle fırsat eşitliği bakımından dijital kamu hizmetlerinin tüm vatandaşlara adil bir şekilde sunulabilmesinin temelini oluşturmaktadır.

Dijital kamu hizmetlerine erişimde fırsat eşitliği değerlendirilirken özellikle üzerinde durulması gereken husus, sadece dijital ortamda sunulabilen kamu hizmetleri bakımından vatandaşların eşit erişim imkânı olup olmadığıdır. Örneğin, Covid-19 salgınının etkisiyle yalnızca dijital ortamda sunulan eğitim hizmetleri, bu hizmete erişim imkânı bakımından eşitlik ilkesinin önemini ortaya çıkarmaktadır. Bu kapsamda, salgın sürecinde zorunlu olarak uzaktan eğitime geçilmesiyle birlikte, ilköğretim düzeyindeki öğrenciler bakımından Millî Eğitim Bakanlığı'na bağlı Yenilik ve Eğitim Teknolojileri Genel Müdürlüğü tarafından tasarlanan ve işletilen Eğitim Bilişim Ağı ya da kısaca EBA'ya erişimde ciddi fırsat eşitsizliklerinin gündeme geldiği gözlemlenmiştir. Her ne kadar sosyal devlet ilkesi kapsamında, ihtiyaçlı öğrencilere tablet dağıtımı gibi bir takım kampanyalar başlatılmış ise de, uygulamada halen bu imkânı edinememiş öğrencilerin varlığı, dijital kamu hizmetlerinin sunumunda eşitlik ilkesinin sağlanamadığını göstermektedir. Elbette bunda zorunlu ve ani bir geçiş yaşanmasının etkisi de olmuştur. Ancak salgının kontrol altına alınma sürecinin uzaması durumunda, zorunlu temel eğitim hizmetine erişim adaletsizliğinin giderilmesi Devletin temel görevi olmalıdır.

### **2. Kamu Hizmetlerinin Sürekliliği İlkesi**

Kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi, hizmetin kesintiye uğramadan, düzenli bir şekilde sunulması anlamına gelmektedir. Hizmetin sunumu kronolojik süreklilik yanında, aynı zamanda istikrarlı olmalı ve nitelik bakımından

---

<sup>21</sup> Kamu hizmetleri ilkelerinden günümüzde geçerliliğini kısmen koruyan bedelsizlik ilkesi ayrı bir başlık altında incelenmeyecektir. Ancak dijital kamu hizmetleri bakımından hizmetlerin sunumunda maliyetin azalmasının bedelsizlik ilkesine olumlu yönde katkı sağlayacağı düşünülmektedir.



da yeterli olmalıdır<sup>22</sup>. Süreklilik ilkesi, hizmetin gece/gündüz günün her saatinde, her an sunulması anlamına gelmemekle birlikte<sup>23</sup>, kimi hizmetlerin nitelikleri gereği haftanın yedi günü ve günün yirmi dört saati sunulması gerekir. Dijital kamu hizmetleri işte bu noktada nitelik, personel, mekân vs. gibi sebeplerle kesintisiz sunulması mümkün olmayan pek çok hizmetin sürekli olarak sunulmasına imkân sağlaması yönüyle önem arz etmektedir. Kamu hizmetinden yararlananlar, gün içinde mesai saatleri ve çalışma günleri ile kısıtlı olmaksızın dijital kamu hizmetlerinden çevrimiçi olarak yararlanabilmektedir<sup>24</sup>. Örneğin, günün her saati vergi ödemeleri yapılabilmekte, not takibi gibi öğrencilik işleri gerçekleştirilebilmekte, e-nabız uygulaması ile sağlık durumuna ilişkin test ve tahlil sonuçlarına ulaşılabilmektedir.

Dijital kamu hizmetlerinin sürekliliği sağlama imkânı, özellikle Covid-19 salgını ile mücadele kapsamında uygulanan sokağa çıkma kısıtlamaları sürecinde oldukça önemli hale gelmiştir. Salgın sürecinde, dijital hizmetlerden yararlanmak, pek çok durumda sadece bir kolaylık olarak değil, aynı zamanda zorunluluk halinde kendini göstermiştir. Söz konusu sürekliliğin kesintiye uğraması durumunda ise dijital kamu hizmetinin aksaması nedeni ile bir zarar doğmuş ise idarenin sorumluluğuna gidilmesi gündeme gelecektir. Örneğin, salgın sürecinde PCR (Polymerase Chain Reaction-Polimeraz Zincir Reaksiyonu) testi yaptıran bir kişi, e-nabız uygulaması üzerinden test sonucunu en geç sekiz saat içerisinde öğrenebilecekken, bu hizmetin aksaması sebebiyle test sonucunu geç öğrenmiş ve bu sebeple sağlık durumunda zarar meydana gelmiş ise idarenin sorumluluğu belirlenirken dijital hizmet standartları göz önünde tutulacaktır.

### 3. Kamu Hizmetlerinin Değişkenliği İlkesi

Kamu hizmetlerinin temel amacı, o konudaki kamusal gereksinimlerin en iyi ve en uygun şekilde karşılanmasını sağlamak olduğundan, kamu hizmetleri değişken olmak, yani değişen ve gelişen koşullara ve teknik verilere uyarlanmak zorundadır. Bu sebeple, kamu hizmetlerinin örgütlenmesinde ve işleyişinde yeni yöntemlere, araç-gereç ve düzenlemelere zaman kaybetmeden yer verilmelidir<sup>25</sup>.

Örneğin 2006 yılında, Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin “Atama şartları” başlıklı 6. maddenin (e)

<sup>22</sup> Özay, İl Han: *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul, 2004, s. 235.

<sup>23</sup> Karahanoğulları, Onur: *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Ankara, 2004, s. 191.

<sup>24</sup> Oğurlu, *Dijitalleşen Kamu Hizmeti*, s. 162.

<sup>25</sup> Günday, s. 335.

bindinde yer alan; “Bakanlık kadrolarına ilk defa öğretmen olarak atanarlardan öğrenimleri süresince en az üç kredilik bilgisayar eğitimi almış olmak veya Bakanlık onaylı bilgisayar kullanım belgesine sahip olmak” biçimindeki düzenlemeye karşı açılan iptal davasında Danıştay, “Günümüzde toplum tanımı yapılırken kullanılan en önemli kavram, “bilgi toplumu” kavramıdır. Bilgi toplumunun temel özelliği bilgiye ulaşımın, bilginin paylaşımının ve bilginin kullanımının süratli, kolay ve ucuz olmasıdır. Dolayısıyla belli süreçlerden geçiş ile ulaşılabilen ve her zaman değişim içinde olmayı gerektiren bu gelişkin toplum biçimini hedefleyen ülkemizde de, bu toplumsal özelliği yakalamaya yönelik oldukça kapsamlı çalışmalar yürütülmektedir. Söz konusu çalışmaların en kapsamlısını, bir bakış açısıyla da çatısını oluşturan ve “E-Devlet” olarak adlandırılan uygulama ağırlıklı çalışmanın bir alt başlığı durumundaki eğitim-öğretim hizmetlerinin yürütümünde bilişim teknolojisinin aktif ve ağırlıklı biçimde kullanımını sağlama amaçlı programın başarısında en önemli unsurlardan birisi de, bu hizmetlerin yürütümünü sağlayan insan kaynağı durumundaki öğretmenleri” bilişim teknolojisi olarak adlandırılan teknolojiyi kullanabilme niteliğine sahip kılınmalarıdır. Bu nedenle, gerçekleştirilme yolundaki söz konusu dönüşümün hukuki ve teknik alt yapısını oluşturmaya dönük çalışma ve çabaların desteklenmesi ve tartışmasız kabulü, modern toplumun ender uzlaşma alanlarından birisidir.

Dolayısıyla eğitim ve öğretim hizmetlerinin daha etkin ve verimli yürütümünü sağlamaya yönelik olarak gerçekleştirilmeye çalışıldığı açık olan programın hedeflerinden biri durumundaki, öğretmenlere bilişim teknolojisini asgari düzeyde kullanabilme becerisine sahip personel olma özelliği kazandırmaya yönelik amacın hukuki alt yapılarından biri durumundaki anılan Yönetmeliğini 6. maddesinin (e) bendi. üst hukuk normlarına uygunluğu ve kamu yararını amaçladığı tartışmasız olan bir düzenleme niteliğindedir.”<sup>26</sup> ifadelerine yer vermiştir. Danıştay’ın hükümde yer verdiği ifade-

<sup>26</sup> Dan.2. D., E.2006/505, T.18.07.2006, (kazanci.com.tr). Bununla birlikte anılan düzenleme bu şartı sağlamak için makul bir geçiş süreci öngörülmemesi nedeniyle iptal edilmiştir. Danıştay kararında, “...anılan bent hükmünün içeriğine ilişkin hukuksal değerlendirmeye yapıldığında; Milli Eğitim Bakanlığı kadrolarına ilk defa öğretmen olarak atanacaklardan yüksek öğrenimleri süresince en az üç kredilik bilgisayar eğitimi almış Olanlara, Bakanlık onaylı bilgisayar kullanım belgesine sahip olunması biçiminde zorunluluk getiren düzenlemenin, gördüğü yüksek öğrenim programının içeriğinden kaynaklanan nedenlerle bu koşulu taşıma olanağı bulunmayanlar yönünden eşitsizliğe yol açmayacak bir biçimde oluşturulmadığı; bir başka ifadeyle bu koşulu taşımayanlara, bu niteliği kazanabilmeleri amacıyla tanınması gerekli olan makul bir süreyi içermediği, dolayısıyla dava konusu düzenlemenin, bu niteliği taşıyanlarla taşımayanlar arasında

lerin haklılığı günümüzde Covid-19 salgını nedeniyle tüm öğretmenlerin uzaktan eğitim sistemlerini aktif şekilde kullanmak durumunda kalmalarıyla birlikte bir kez daha kendini kanıtlamıştır.

Kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesi, hizmetin çağa uygun usullerle sunulmasını ifade eder. Dijital kamu hizmetlerinin geliştirilmesi ve yaygınlığının artması da aslında bizatihi, kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesinin bir sonucudur<sup>27</sup>. Covid-19 salgınının etkisiyle hızlı bir dönüşüm yaşanması, kamu hizmetlerinde değişkenlik ilkesinin çok daha bariz olarak gözlemlenmesine neden olmuştur. Örneğin, iki hafta gibi kısa bir süre içerisinde yıllardır uygulanagelen klasik eğitim sistemi, “uzaktan eğitim sistemine” evrilmiştir. Elbette ki bu kadar kısa sürede yaşanan değişime ayak uydurmak, gerekli alt yapıyı sunmak konusunda bazı aksaklıklar yaşanmıştır<sup>28</sup>. Ancak salgın sürecinin uzunluğu dikkate alındığında, artık yeni dijital eğitim hizmetinin sunumunda alt yapı kaynaklı sorunlarının giderilmiş olması gerekmektedir. Bu noktada sistemsel nedenlerle, zorunlu eğitim sürecinde yeterli eğitim hizmeti verilememiş olması, kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesinin yanı sıra kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesinin de ihlali anlamına gelmektedir. Belirtmek gerekir ki her ne kadar salgın sebebiyle zorunlu bir değişim yaşanmış olsa da, artık pek çok kamu hizmetinin dijital olarak sürdürülmesi ya da en azından dijital olarak desteklenmesi beklenmektedir.

#### IV. İDARENİN DİJİTAL KAMU HİZMETLERİNİN SUNUMUNDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

Türk idare hukukunda idarenin mali sorumluluğunun anayasal dayanağı, Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” hükmüdür. Bununla birlikte idarenin sorumluluğu konusu, içtihatlarla dayalı olarak gelişmektedir. Bu sebeple de idarenin sorumluluğunun ayrıca yasal düzenlemelerde yer almasının zorunlu olmadığı, hatta idarenin sorumluluğunun dinamik yapısının

---

fırsat ve imkan eşitsizliği olarak adlandırılabilir bir sonuç yarattığı açık olduğundan söz konusu düzenleme: belirtilen durumu itibariyle hakkaniyete aykırılık oluşturmaktadır.” İfadelerine yer verilmiştir.

<sup>27</sup> Oğurlu, Dijitalleşen Kamu Hizmeti, s. 164.

<sup>28</sup> Kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesini “adaptasyon ilkesi” başlığı altında inceleyen Ulusoy, kamu hizmetlerinin günün değişen koşullarına göre modernleştirilmesinde idarenin ekonomik kaynaklarının yeterliliği hususuna dikkat çekerek, Anayasa'nın 65. maddesi uyarınca söz konusu adaptasyonun mali kaynaklar ölçüsünde yapılmasının doğal olduğunu vurgulamaktadır. Ulusoy, Ali: Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 498.

yasa kuralları ile sınırlandırılmayıp içtihatlarla geliştirilmesinin yararlı ve gerekli olduğu idare hukukçuları arasında genel olarak kabul gören bir düşüncedir<sup>29</sup>. Görece yeni olan dijital kamu hizmetlerinin sunumundan doğan idari sorumluluk konusunda da henüz içtihadi kriterler oluşturulmamış ve yerleşmemiştir. Bu sebeple mevcut ilkelerin dijital kamu hizmetleri bakımından yorumlanması terminolojik açıdan faydalı olacaktır. Bu başlık altında idare hukuku alanında bilinen sorumluluk sebepleri, dijital hizmetlerin sunumu ile sınırlı olarak incelenecektir.

Dijital kamu hizmetlerinin kullanımının yaygınlaşması, hizmetlerin sunumunda katılımcılık ve şeffaflık gibi iyi yönetim<sup>30</sup> ilkelerinin uygulanmasını kolaylaştıracaktır. Böylelikle, idarenin etkin yöntem ve süreçlerle incelenmesi ve denetlenmesi de daha kolay olacaktır. Öte yandan her zaman ulaşılabilir bir idare olmak, bir yönüyle idarenin sorumluluğunu da artıracaktır. Kamu hizmetlerinin dijitalleşmesi, hizmet sunumunda zaman kaybını engellemektedir. Böylelikle günler sürebilecek bir hizmet sunumundan dakikalar içinde faydalanabilmek mümkün olabilmektedir. Bu durum ise hizmetten yararlananların hizmet kalitesinden beklentisini artırmakta ve idare hukuku bağlamında da hizmet standartlarına etki ederek idari sorumluluk konusunda bazı sonuçlar doğurmaktadır.

İdarenin sorumluluğu, hizmetin gereği gibi işlememesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi gibi hizmet kusuru<sup>31</sup> sayılan hallerde ortaya çıkabileceği gibi, zamanla içtihatlarla yerleşen ilkeler doğrultusunda kimi durumlarda kusursuz sorumluluğun<sup>32</sup> da söz konusu olduğu bilinmektedir.

<sup>29</sup> **Duran**, Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 9-10; **Özay**, s.801 vd.; **Özgüldür**, Serdar: “İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları”, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 812; **Kutlu Gürsel**, Meltem: “Deprem ve İdarenin Sorumluluğu”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 32, 1999, Sayı 4, s. 16.

<sup>30</sup> İdarenin karar alma sürecine yurttaşların katılımının sağlanması ve bunun kolaylaştırılması, yönetimde demokrasinin sağlanmasının da bir gereğidir. **Kutlu Gürsel**, Meltem: “İdare Hukuku Bağlamında Yönetime Katılma ve İdare Hukukunun Sijelerinden Biri Olarak Bireyin Niteliğindeki Gelişim”, Prof. Dr. Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, No:4, İstanbul, 2003, s. 317.

<sup>31</sup> **Günday**, s. 369; **Tan**, Turgut: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 4. Bası, Ankara, 2015, s. 452; **Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan**, s. 811; **Sancakdar**, Oğuz: İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, sorubankasi.net Yayınları, İzmir, 2020, s. 197; **Ulusoy**, Yeni Türk İdare Hukuku, s. 558; **Kaplan**, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020, s. 295

<sup>32</sup> **Günday**, s. 378; **Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan**, s. 825; **Sancakdar**, s. 203; **Ulusoy**, Yeni Türk İdare Hukuku, s. 561; **Kaplan**, s. 307.

Dijital kamu hizmetlerinin sunumundan doğan zararların, bilgi ve teknolojinin eksik kullanılması veya hiç kullanılmaması sebebiyle meydana gelmesi durumunda, idarenin hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi sebebiyle hizmet kusurundan doğan sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Kamu hizmetlerinin tam gerektiği anda, yani zamanında sunulması, hizmetten yararlananlar için bir lüks değil, kamu hizmetinin kalitesi ve idari sorumlulukla ilgili önemli bir konudur. İdare hukuku alanında hizmetin geç işlemesi, idarenin sorumluluk sebepleri arasında yer alan klasik sorumluluk sebeplerinden birisidir<sup>33</sup>. Bu kapsamda örneğin, dijital ortamda dakikalar içinde sunulabilecek bir hizmetin, saatler içinde veya günler içinde sunulması halinde bir zarar söz konusu olmuş ise hizmetin geç işlemesinden kaynaklı olarak idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Uygulamada, yeni idari sorumluluk örneklerinin dijital kamu hizmetlerinin sunumu sırasında program hatalarından, veri kaybından ve dosyaların karışmasından kaynaklanabildiği gibi, kamu personelinin hatasından kaynaklanan ihmal, dalgınlık ve işlem sırasında verilen talimatların karıştırılmasından kaynaklandığı görülmektedir. Kamu görevlisinin herhangi bir hatası olmasa dahi, teknik olarak veri işleminin kaçınılmaz bir şekilde risk taşınması sebebiyle zarar meydana gelmesi ihtimali her zaman söz konusu olabilmektedir. Bilgi ve iletişim teknolojilerinin kamu sektöründe kullanılmasından doğan zararlardan dolayı idarenin mali sorumluluğunun tehlike (risk) ilkesi başlığı altında incelenen klasik kusursuz sorumluluk ilkelerinden hiç biri ile tam olarak örtüşmediği görülmektedir. Bununla birlikte idarenin elektronik ortamda sunduğu hizmetler bakımından kusursuz sorumluluğunun ortadan kalktığı söylenemez.

Dijital kamu hizmetlerinin sunumunda verilerin işlenmesinde öngörülemez ancak kaçınılmaz olarak ortaya çıkabilen “elektronik risk”, kusursuz sorumluluk teorisinin uygulanmasını haklı çıkarmaktadır. Elektronik risk olarak da adlandırılan bu yeni kusursuz sorumluluk sebebi, veri işlemeden (data processing) doğan risk sorumluluğu olarak nitelendirilebilir<sup>34</sup>. Bu

<sup>33</sup> **Oğurlu**, Yücel: “İdare Hukuku Çerçevesinde e-Devlet”, XI. Türkiye’de İnternet Konferansı, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Ankara, 2006, <http://inettr.org.tr/inetconf11/bildiri/70.doc>, (E.T. 19.05.2021).

<sup>34</sup> **Chatillon**, Georges: “Liability and e Government: A Concept Revisited”, Conseil D’Etat-Universite Paris I, Colloque International L’administration Electronique au Service Des Citoyens, 21-22 Janvier 2002, Senat, [http://droit-internet-2002.univ-paris1.fr/pdf/orig/FR\\_Chatillon.rtf](http://droit-internet-2002.univ-paris1.fr/pdf/orig/FR_Chatillon.rtf), E.T. 20.05.2021.

sebeple, “elektronik risk ilkesi”nin, tehlike (risk) ilkesi kapsamında yer alan, sosyal risk ve mesleki risk ilkeleri gibi ayrı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki gerek tüm dünyada gerekse ülkemizde yaşanan dijital dönüşümün hukuk alanında sonuçlar yaratması kaçınılmazdır. Ancak idarenin sorumluluğunu belirlerken, uygulamada ortaya çıkan sonuçlardan yola çıkarak mevzuat düzenlemesi yapmak yerine, değişim ve dönüşüm hızına uygun olarak mevzuat düzenlemesi yapmak daha doğru olacaktır. Dijital kamu hizmetlerinin sunumunda idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde, her ne kadar terminolojik belirlemeler yapılmaya çalışılsa da bu konuda özel kanuni düzenlemeler ve yargı içtihadları yol gösterici olacaktır.

### **SONUÇ**

Kamu hizmetlerinin dijitalleşmesi ile birlikte, sunulan hizmetlerin tabiki ve başarı ölçümü kolaylaşacak, böylece kamu hizmetlerinin etkinliği ve verimliliği de artacaktır. Ayrıca iyi yönetim ilkelerinin uygulanabilirliği de gerek şeffaflık ilkesinin gerekse hizmetten yararlananların karar alma süreçlerine katılımının daha kolay sağlanabilmesi yönüyle artacaktır.

Kamu hizmetlerinin dijitalizasyonunun başarılı olabilmesi için, bu hizmetlerin sunulduğu dijital ortamların, herkesin rahatça kullanabileceği şekilde sadeleştirilmesi ve basitleştirilmesi gerekmektedir. Bunun için ise, söz konusu dijital platformların bütünleştirilmesi ve işletme usulünün yeknesaklaştırılması önem arz etmektedir. Ayrıca dijital kamu hizmetlerinin yasal alt yapı ile de desteklenmesi ve uyumlulaştırılması gerekmektedir. Bu kapsamda, bir elektronik aktarımın hukuki niteliği, elektronik belgenin geçerliliği hukuken tanınmadıkça o alanda hukuki güvenlik anlamında bir karmaşanın ve hak kayıplarının doğması kaçınılmazdır. Ayrıca idarenin sorumluluğunun belirlenmesi açısından, mevzuat düzenlemelerinin dijitalleşen kamu hizmetlerinin hızına uygun ve paralel bir şekilde yapılması yerinde ve faydalı olacaktır.

**KAYNAKLAR**

- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil:** Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.
- Başar, Cemal:** “İdari Kolluk Kapsamında Filyasyon Uygulaması”, Covid-19 Salgınının Hukuktaki Yansımaları, (Edt. Prof. Dr. Kemal Şenocak), Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021, ss. 979-1000.
- Chatillon, Georges:** “Liability and e Government: A Concept Revisited”, Conseil D’Etat-Universite Paris I, Colloque International L’administration Electronique au Servive Des Citoyens, 21-22 Janvier 2002, Senat, [http://droit-internet-2002.univ-paris1.fr/pdf/orig/FR\\_Chaitillon.rtf](http://droit-internet-2002.univ-paris1.fr/pdf/orig/FR_Chaitillon.rtf), E.T. 20.05.2021.
- Duran, Lûtfi:** Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.
- Duran, Lûtfi:** İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Gülan, Aydın:** “Kamu Hizmeti Kavramı” İHİD, Prof. Dr. Lûtfi Duran’a Armağan Özel Sayısı, Y. 9, 1988, S. 1-3, ss. 147-159.
- Günday, Metin:** İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- Kaplan, Gürsel:** İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.
- Karahanogulları, Onur:** Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Ankara, 2004.
- Kutlu Gürsel, Meltem:** “Deprem ve İdarenin Sorumluluğu”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 32, 1999, Sayı 4, ss. 15-27.
- Kutlu Gürsel, Meltem:** “İdare Hukuku Bağlamında Yönetime Katılma ve İdare Hukukunun Søjelerinden Biri Olarak Bireyin Niteliğindeki Gelişim”, Prof. Dr. Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, No:4, İstanbul, 2003, ss. 317-326.
- Oğurlu, Yücel:** İdare Hukukunda “E-Devlet” Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010. (Dijitalleşen Kamu Hizmeti)
- Oğurlu, Yücel:** “İdare Hukuku Çerçevesinde e-Devlet”, XI. Türkiye’de İnternet Konferansı, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Ankara, 2006, <http://inettr.org.tr/inetconf11/bildiri/70.doc>, (E.T. 19.05.2021).
- Özay, İl Han:** Günışığında Yönetim, İstanbul, 2004.

- Özgüldür**, Serdar: “İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları”, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, ss. 809-890.
- Sancakdar**, Oğuz/**Önüt**, Lale Burcu/**Us Doğan**, Eser/**Kasapoğlu Turhan**, Mine/**Seyhan**, Serkan: İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Sancakdar**, Oğuz: İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, sorubankasi.net Yayınları, İzmir, 2018.
- Toraman**, Barış: “Covid-19 Pandemisinin Etkisi Altında Hukuk Yargısında Elektronik (Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla) Duruşma (E-Duruşma)”, Covid-19 Salgınının Hukuktaki Yansımaları, (Edt. Prof. Dr. Kemal Şenocak), Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021, ss. 459-523.
- Tan**, Turgut: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 4. Bası, Ankara, 2015.
- Uler**, Yıldırım: “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 15, 1998, ss. 252-256.
- Ulusoy**, Ali: Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, Ankara, 2004.
- Ulusoy**, Ali: Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.





## ANTİK YUNAN'DA CİNSİYET ROLLERİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998236>

**Arş. Gör. Dr. Cansu KOÇ BAŞAR\***

### Öz

Kadın ve erkek eşitliği konusunda günümüzde ilerleme kaydedildiği ve hatta yasal olarak tam bir eşitliğin sağlanabildiği görülmektedir. Buna rağmen fiili anlamda cinsiyet eşitliğinin sağlanamadığı ise açıktır. Kadınlar ev içerisindeki rolleri ile sınırlandırılmakta ve kamusal alanda yeterince varlık gösterememektedir. Kadınların insan haklarının eşit ve gerçek anlamda kullanılmasının önüne geçen bu anlayışın günümüzde dahi devam etmesinin başlıca nedenlerinden birinin gelenekselleşmiş cinsiyet rolleri olduğu söylenebilmektedir. Buna karşın gelenekselleştğini söylediğimiz cinsiyet rollerindeki tarihsel mirasa bakıldığında aslında siyasal sistemlerin kadın ve erkeklere "kendi düzenlerine uygun" roller sunduğunu henüz Antik Yunan site devletlerinde ve Antik Yunan siyasal düşüncesinde görmek mümkün olmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Cinsiyet rolleri, Eşitlik, Atina demokrasisi, Sparta, Platon, Aristoteles

## GENDER ROLES IN THE ANCIENT GREEK

(Research Article)

### Abstract

Nowadays it is seen that the equality of women and men is progressing and even legal full equality can be achieved. However it is clear that de facto gender equality could not be achieved. Women are restricted to their roles in the home and can not be sufficiently presence in the public sphere. Even today this understanding that prevents women's human rights from being used equally and in real terms continues and it can be said that one of the main reasons for this is

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İzmir (cansu.koc@deu.edu.tr), ORCID: 0000-0002-3597-971X (Geliş Tarihi: 24.05.2021-Kabul Tarihi: 26.07.2021)

*traditional gender roles. In spite of that when we look at the historical heritage of gender roles that we say become traditional, it is possible to see that the political systems offered roles to women and men “according to their order” as early as in the Ancient Greek city states and Ancient Greek political thought.*

**Keywords**

*Gender roles, Equality, Athenian democracy, Sparta, Plato, Aristotle*

## GİRİŞ

Siyasal sistemler, cinsiyet rollerinin belirlenmesinde etkili olmaktadır. Kadınlara düşen görevler ve erkeklere düşen görevler henüz Antik Yunan'da kamusal alan-özel alan ayrımının oluşması ile belirginleşmiştir. Söz konusu cinsiyet rolleri dönemin siyasal düşüncesine de yansımaktadır.

Bu çalışmada Antik Yunan'da cinsiyet rolleri incelenirken sık sık kamusal alan-özel alan ayrımına değinilmiştir. Nitekim cinsiyet rollerinin bu ayrımla doğrudan doğruya ilişkili olduğu söylenebilir. Günümüzdekine benzer bir biçimde Antik Yunan site devletlerinde de kadınların rolleri özel alanla sınırlandırılmakta, erkekler ise daha geniş ve kapsamlı olan kamusal ve siyasal alana dâhil olabilmektedir. Dolayısıyla bu dönemde yurttaşlık haklarını kullanabilenler erkeklerdir.

Antik Yunan dönemi incelenirken bir siyasal teşkilat olan *polis* ilk inceleme konusu olmakta yine benzeri şekilde Antik Yunan'da görülen sınıf ayrımı köle, yabancı ve yurttaşlar olarak değerlendirilmektedir. Bununla beraber *poliste* ya da sözü edilen sınıf ayrımının içerisinde görünmeyen bir kesim olarak kadınlar vardır. Bu çalışma da Antik Yunan'da görünmez kılınan ve bu dönem incelenirken çoğu kez unutulmuş kadınların özellikle siyasal ve hukuksal statülerinin nasıl konumlandırıldığını ortaya koymak ve bunun nedenlerini analiz edebilmek adına kaleme alınmıştır.

Söz konusu amaçla çalışmada öncelikle Atina demokrasisinde cinsiyet rolleri üzerinde durulmuş ve ardından Atina demokrasisi ile farkları ön planda tutularak Antik Yunan site devletlerinden biri olan Sparta'nın kadın ve erkeklere biçtiği roller ele alınmıştır. Bu aşamadan sonra ise Antik Yunan siyasal düşüncesinin etkili isimleri olan Platon ve Aristoteles'in konuya ilişkin görüşleri değerlendirilmiştir. Son aşamada ise *polis*in çöküşü ve Helenistik dönemin başlamasıyla kadınların statülerinde yaşanan değişim ele alınmıştır. Bu yolla siyasal sistemlerin değişiminin cinsiyet rollerine etkisi ortaya konulmaya çalışılmış ve siyasal düşüncenin de dönem koşullarına bağlı olarak şekillendiği savı ortaya konulmuştur. Antik Yunan'dan gelen bu örneklendirme kadın ve erkek eşitliğinin fiili olarak hayata geçirilememesi sorununun tarihsel bir mirastan çok siyasal, ideolojik ve ekonomik iktidarların cinsiyet rollerini "gelenekselleştirme" eğilimini ortaya koymaktadır.

## I. ANTİK YUNAN SİTE DEVLETLERİNDE CİNSİYET ROLLERİ

Antik Yunan site devletleri coğrafi, siyasi ve hukuki birimler olarak ortaya çıkmıştır<sup>1</sup>. Antik Yunan site devletleri anayasa hukukuna ilişkin sorunların ilk kez sistematik bir biçimde ele alındığı yer olduğu gibi aynı zamanda siyaset bilimi ve hukuk alanlarında uygarlık tarihine öncü kabul edilen bir yapılanma olma özelliğini de taşımaktadır<sup>2</sup>. Farklı siyasi, ekonomik ve hukuki düzenlere sahip olan site devletleri, modern devlet teorisi bakımından önemli bir kaynak oluşturur. Antik Yunan’da gelişmiş bir demokrasi deneyimine sahip olan Atina ile katı bir askeri sisteme sahip olan Sparta site devletleri, bu konuda özellikle ön plana çıkmaktadır. Modern devlet teorisini kavramada önemli bir inceleme alanı olan Atina ve Sparta site devletlerinde görülen cinsiyet rolleri de ayrıca dikkate değerdir. Çalışmanın bu aşamasında sözü edilen nedenler doğrultusunda Atina demokrasisindeki ve Sparta’daki cinsiyet rolleri ele alınacaktır.

### A. Atina Demokrasisi’nde Cinsiyet Rollerini

Siyasal kuramlar tarihsel sürecinde incelenecek olursa, devletli toplumlar içerisinde demokratik unsurlara sahip olan ilk sistemin Antik Yunan’da ortaya çıktığını görürüz. *Demos* (halk) ve *kratos* (yönetim) sözcüklerini birleştiren “*demokratia*” da bu dönemde kullanılan bir kelime olmuştur. Antik Yunan site devletleri içerisinde en gelişmiş demokrasi örneği ise Atina’da yaşanmıştır<sup>3</sup>.

Atina demokrasisini şekillendiren unsurlar, yönetim faaliyetlerine doğrudan katılım imkânı sağlayan yollardır. Bu yollardan ilki yurttaşların katılma hakkına sahip olduğu *ecclesia*’da önemli kararların çoğunluk esasına göre alınması; diğeri ise yönetim kadrolarının kura ve sıra esasına göre belirlenmesidir<sup>4</sup>. Ancak yurttaşlara siyasal katılım imkânı veren Atina demok-

<sup>1</sup> Lyttkens, Carl Hampus: “Reflections on the Origins of the Polis: An Economic Perspective on Institutional Change in Ancient Greece”, *Constitutional Political Economy*, Vol.17, Iss.1, 2006, s. 31.

<sup>2</sup> Bkz. Zabunoğlu, Yahya Kâzım/Mumcuoğlu, Maksut/Saygılı, Abdurrahman/Zabunoğlu, Hamdi Gökçe: *Devletin Genel Kuramı Dersleri Cilt-1*, Yetkin Yay., Ankara, 2021, s. 216-219.

<sup>3</sup> Uygun, Oktay: *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2014, s. 71-72; Dahl, Robert A. (çev. Betül Kadioğlu): *Demokrasi Üzerine*, 5. Baskı, Phoenix Yay., Ankara, 2019, s. 19-20.

<sup>4</sup> Akad, Mehmet/Vural Dinçkol, Bihterin/Bulut, Nihat: *Genel Kamu Hukuku*, 13. Basım, Der Yay., İstanbul, 2017, s. 11.

rasisini ele alırken modern anlamda demokrasinin temel prensiplerinden olan eşitlik konusunu ayrıca değerlendirmek gerekir<sup>5</sup>. Burada söz konusu olan günümüzde tartışılan çoğulcu-çoğunlukçu demokrasi ayrımı değildir. Atina'da demokrasi bir azınlık demokrasisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Atina demokrasisinin bir azınlık demokrasisi olarak şekillenmesinin iki ana nedeni olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki sitenin sosyal yapısına göre yapılan ayırım, diğeri ise cinsiyet ayırımıdır.

Site içerisindeki sosyal sınıflar; hiçbir hakkı ve özgürlüğü olmayan *köleler*, özgür olmalarına rağmen hiçbir yurttaşlık hakkına sahip olmayan siteye yerleşmiş *metekler* ve bağımsız, özgür, siyasal yaşama dâhil olarak site yönetimini belirleyen gerçek Yunanlılar olarak görülen *yurttaşlardır*<sup>6</sup>. Dolayısıyla Atina demokrasisinde yönetimde olan halk, aslında sitede yaşayanlar içerisinde bir azınlık durumda olan yurttaşlardır. Siyasal sorunların tartışıldığı ve kararların alındığı *ecclasia*'ya katılma hakkına sahip olan da kamusal hizmetlerin yürütüldüğü yönetim kadrolarına sıra ve kura yöntemi ile gelen de sadece yurttaşlardır.

Siyasal katılım hakkını kullanacak yurttaşların sadece yurttaş olmaları da yeterli değildir. *Ecclesia*'ya ve kamu hizmetlerinin yürütülmesine katılma şeklinde beliren siyasal katılım hakkına sahip olmak için ayrıca "*erkek yurttaş*" olmak gerekir. Atina sitesinde kadınlar yurttaş olabilir<sup>7</sup>; ancak yine de siyasal haklara sahip olamazlar. Siyasal hakları olmayan kadınların siyasal katılım göstermesi söz konusu olamaz ve dolayısıyla siyasal katılım ile kendini belirleyen özgürlük de sadece "*erkek yurttaşlar*" için söz konusudur<sup>8</sup>. Bu durum kadının kamusal alandaki konumu incelendiğinde açıkça görülecektir.

### 1. Polis – Oikos Ayırımında Cinsiyet Rollerini: Poliste Kadınların Var Olamaması

Günümüzde de birçok hukuki, politik, ekonomik problemi belirlemede ve çözümede kullanılan kamusal alan-özel alan ayırımı, Batı tarihinde ilk kez

<sup>5</sup> Göze, Ayferi: Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 12. Bası, Beta Yay., İstanbul, 2009, s. 5.

<sup>6</sup> Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 9.

<sup>7</sup> Kadınların yurttaş olabilmesi Perikles döneminde mümkün olmuştur, bkz. Akalın, Ayşegül: "Eski Çağda Grek Kadının Toplumsal Yaşantısı", Tarih Araştırmaları Dergisi, C. 21, S. 33, 2003, s. 24.

<sup>8</sup> Bkz. Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 9; Tremblay, Manon: "Democracy, Representation, and Women: A Comparative Analysis", Democratization, Vol.14, No.4, 2007, s. 533.

Antik Yunan'da görülür. Atina demokrasisinde yönetme, karar verme ve yargılama gücü ve bunların kamusal işleyişi politikayı oluşturur ve politika, kamusal anlamı taşır. Bunun dışında kalan ve aile yaşamına ait olan pratikler ise özel sayılır<sup>9</sup>.

Atina'daki *polis* yapısı politik alanı ya da bireysel olanın aksine kolektif hareket edilen alanı ifade eder. Bizi modern anlamda kamusal alan-özel alan karşıtlığına götüren de budur. *Polis*, kamusal alanı karşılarken özel alan kavramı da Atina'daki *oikos* ile benzerlik gösterir. *Polis* ve *oikos* -aynı kamusal alan ve özel alan kavramlarında olduğu gibi- çoğunlukla karşıt kavramlar olarak ele alınır<sup>10</sup>.

Kadınlar bu iki alan arasında *oikos*'a yani eve, özel alana ait görülmüşlerdir. *Polis*, "maskülen" bir faaliyet alanıdır. Kadın ise *oikos*'a ait olandır ve hane, kadın ortamı olarak görülür<sup>11</sup>. Kadınlar, Atina kamusal alanı olan *polise* dâhil edilmemiş, zanaat alanından dışlanmış, sosyal iletişim içerisinde bulunmamış ve adeta *oikos*'a hapsolmuşlardır<sup>12</sup>.

*Polis* ve *oikos* ayrımı, kadının kamusal alandan dışlanan dolayısıyla tam anlamıyla yurttaş olması, eşit ve özgür olması mümkün olmayan bir konuda olmasının temelini oluşturur. Bu, günümüzde toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin nedenlerinden sayılan kamusal alan-özel alan ayrımının Antik Yunan'daki görünümüdür ve Atina'da görülen *polis* ve *oikos* ayrımı kamusal alan-özel alan ayrımının ilk örneği olarak kabul edilebilir<sup>13</sup>. Henüz tarihin bu aşamasında da kadınlar, kamusal alanın dışındadır.

Kadınların kamusal alan dışında kalışı, onların özellikle siyasal ve hukuki statülerinde somutlaşmaktadır. Kadınların siyasal statüleri incelendiğinde, öncelikle kadınların tüm siyasal haklara sahip yurttaş anlamına gelen *politai* olarak kabul edilmedikleri görülmektedir. Atina'da yalnızca erkekler

<sup>9</sup> Bkz. **Yükselbaba**, Ülker: "Kadın ve Kamusal Alan: Kadının, Kadın Olarak Var Olma Mücadelesi", Kadın, Kamusal Alan ve Hukuk, Ed. Ülker Yükselbaba, Tekin Yay., İstanbul, 2017, s. 4.

<sup>10</sup> **Nevett**, Lisa C.: House and Society in the Ancient Greek World, Cambridge University Press, 1999, s. 4-5.

<sup>11</sup> Bkz. **Nevett**, s. 4; **Phillips**, Anne (çev. Alev Türker): Demokrasinin Cinsiyeti, 3. Basım, Metis Yay., İstanbul, 2015, s. 44-45.

<sup>12</sup> Bkz. **Demir**, Nazlı Hilal: Feminist Perspektiften Düşünce Tarihinin Köşe Taşları ve İdeal Bir Hukuk Arayışı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2017, s. 8.

<sup>13</sup> **Demir**, s. 12; Mekânla özdeşleşen cinsiyet esasen cinsiyet rolleri kavramını da somutlaştırmaktadır. Kadınlar için seçilen mekânın özel alan olması onlara biçilen cinsiyet rollerinden kaynaklanmaktadır, bkz. **Akal**, Cemal Bâli: Siyasi İktidarın Cinsiyeti, İmge Kitabevi, Ankara, 1994, s. 21.

*politai* olabilmektedir. Kadınlar için ise medeni haklara sahip olan anlamına gelen *astai* kelimesi kullanılmaktadır. Günümüzde, Atina'daki "yurttaş kadınlar" için söylenen *astai* kelimesini kavramak güç olabilir; çünkü vatandaşlık bakımından artık böyle bir karşılık yoktur. Bu bağlamda Atinalı kadınların vatandaşlığını yani *astai* kelimesinin içeriğini dini, hukuki ve ekonomik düzenden pay almak olarak okumak yerinde olacaktır. Kadınlar yalnızca medeni haklara sahip yurttaşlar olabilmektelerdir ve dolayısıyla onların meclis toplantılarına katılmaları ya da oy kullanmaları söz konusu değildir. Bunun yanı sıra kadınların mahkemelerde jüri, konsey üyesi, magistra ya da asker olmaları da mümkün değildir<sup>14</sup>. Bu haliyle Atina demokrasisi, *Pritchard*'ın deyişiyle bir "erkek kulübüne" katılma hakkı görünümündedir<sup>15</sup>.

Politikadan ve kamusal alandan dışlanan kadınların kamusal işlemlerini nasıl yürüttüğü ve dolayısıyla hukuki statülerinin nasıl belirlendiği soruları akla gelmektedir. Bu bağlamda kadınların hukuksal statülerini ele almak gerekir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Atinalı kadınların hukuken bağımsız bir varlığı yoktur. Kadınlar, *oikos* içerisinde *kyrios* denilen bir nevi erkek vasi tarafından yönetilmektelerdir. Kadınlar, evlenene kadar babalarının ya da en yakın erkek akrabalarının koruyuculuğu altında yaşamaktadırlar ve evlendiklerinde de *kyrios* görevini kocaları devralmaktadır. Eğer kadın boşanır ya da dul kalırsa ve oğlu da yoksa orijinal koruyucusuna geri döner. Kadın dul kaldığında eğer henüz reşit olmamış oğlu varsa eski kocasının *oikos*'unda bulunan oğlunun *kyrios*'unu kendi *kyrios*'u olarak seçebilmektedir; ancak eğer oğlu reşitse onun koruması altına da girebilir. *Kyrios*'un görevi genel olarak kadını koruma şeklindedir. Koruma görevinin yanı sıra *kyrios*, kadının ekonomik ihtiyaçlarından ve genel refahından da sorumlu tutulur ve kadının dışlandığı kamusal alanla kadın arasındaki elçi gibi hareket eder. *Kyrios*'un kadın ve kamusal alan arasındaki bu elçilik görevi, sözleşme yapılması ya da evlilik gibi yasal öneme sahip ilişkilerde ön plana çıkmaktadır. Eğer bu yasal ilişkilerin mahkeme önüne gitmesi gereği ortaya çıkarsa bu işlemler de *kyrios* tarafından yürütülmektedir. Nitekim Atinalı kadınların kendi adlarına yasal işlem yürütmesi yasaktır ve hatta mahkemede tanık dahi olamayacakları kabul edilmektedir<sup>16</sup>. Ayrıca kadınların hukuki statüleri

<sup>14</sup> **Blundell**, Sue: *Women in Ancient Greece*, British Museum Press, 1999, s. 128.

<sup>15</sup> **Pritchard**, D. M.: "The Position of Attic Women in Democratic Athens", *Greece and Rome*, Vol.61, No.2, 2014, s. 2.

<sup>16</sup> **Blundell**, s. 114.



gereği ekonomik haklardan doğrudan faydalanmaları da mümkün olmamaktadır. Bu durumun özellikle mirasa ilişkin düzenlemelerde açıkça görüldüğü söylenebilir.

Atina’da kadınlar, eşit derecede yakın bir erkek akrabaya sahip olmaları halinde babalarının mirasından pay alamamaktadır. Kadının mirası evlendiğinde aldığı çeyizden ibarettir. Çeyiz, genellikle para, mobilya ya da taşınır eşya olsa da bazen arazi de olabilmektedir; ancak her durumda çeyizi yani söz konusu malvarlığını, kadının kendisinin yönetmesi mümkün değildir. Çeyizin idaresi tamamen ve hiçbir kayıt olmadan kadının kocasına aittir. Eğer boşanma olursa erkek, eski karısının evlilik öncesindeki *kyrios’una* çeyizi geri vermek zorundadır. Atina’nın bu cinsiyetçi mülkiyet ve miras anlayışını ortaya koyan en ilginç kurumlarından biri de *epiklerostur*. Bu terim genellikle mirasçı olarak yanlış tercüme edilse de aslında *epiklerostur*, mirası aktaran kadındır. Kadının babası ölmüşse ve babanın erkek varisi yoksa kadın, *epiklerostur* olarak en yakın erkek akrabası ile evlenir ve mirası ona devreder<sup>17</sup>. Eğer kadın evli ve erkek çocuk sahibi değilse kocasından boşanması, en yakın erkek akraba da evliyse onun da karısından boşanması gerekmektedir<sup>18</sup>.

Son olarak, Atina’da erkeklerin kamusal alanda tek hâkim güç olmalarının yanında *oikos* içinde de üstün olduğuna dikkat çekmek gerekir<sup>19</sup>. Nitekim her ne kadar Atina demokrasisindeki cinsiyet rollerini kavramak adına, kadının siyasal ve hukuksal konumunu ele almak ve kamusal alandaki etkinliğine bakmak, sistematik olarak konunun temel dayanak noktasını oluşturuyor olsa da cinsiyete dayalı ayrımcılık bakımından kamusal ve özel alanın paralellik gösterdiğini ve bu konuda özel olanın da aslında kamusal yaşamı doğrudan etkilediğini söylemek mümkündür<sup>20</sup>. Bu tespiti doğrular şekilde Atina’da da kamusal alanda üstün olan erkekler, kadınlarla özdeşleştirilen özel alan içinde de egemen güç konumunda olmuşlardır.

<sup>17</sup> Bkz. **Cantarella**, Eva: “Gender, Sexuality and Law”, The Cambridge Companion to Ancient Greek Law, Ed. Michael Gagarin/David Cohen, Cambridge University Press, 2005, s. 247-249; **Bendason**, Ney (çev. Şirin Tekeli): Başlangıcından Günümüze Kadın Hakları, İletişim Yay., t.y., s. 24.

<sup>18</sup> **Akalın**, s. 28.

<sup>19</sup> Bkz. **Nevett**, s. 4.

<sup>20</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Hanisch**, Carol (çev. A. Nazar Erişkin/Halil Duranay): Kişisel Olan Politiktir: “Radikal Feminizm Üzerine”, Kult Yay., 2013, s. 39-60.

## 2. Kadınların Poliste Var Olamamasının Neden ve Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme

Atina'da kadının statüsüne dair sorunların nedenleri üzerinde durmaya çalışırken öncelikle bu sorunların farklı boyutlardaki benzerlerinin özellikle sivil toplum, özgürlük ve birey kavramları bağlamında yüzyıllar boyu devam ettiğini ve günümüze de yansıdığını hatırlatmakta fayda vardır<sup>21</sup>. Atina'da ortaya çıkan erkek egemenliğinin, bazı ataerkil geleneklerden beslendiği veya çeşitli efsanelerle desteklendiği söylenebilir; fakat bu sebepler bir noktaya kadar açıklayıcı olsa da temelde kadının baskılanmasının tek sebebi olamaz. Modern döneme kadar uzanan kadın-erkek eşitsizliğinin Atina demokrasisindeki tezahüründe ekonomik ve sosyal nedenlerin olduğu söylenebilir.

*Şenel'in* belirttiği üzere, Atina'da kadının statüsünün önemli ölçüde düşüşü, deniz ticaretinin gelişmesi ve bu şekilde orta sınıfın ortaya çıkması ile başlamıştır. Bu dönem aynı zamanda aristokrasinin yerini demokrasiye bıraktığı dönemdir. Yani Atina'da kadının statüsünün belirgin şekilde düşüşü *polis*in kurulduğu, orta sınıfın belirlediği ve demokrasinin hâkim olduğu döneme denk gelir. *Şenel*, bu tespitlerin her demokraside kadının itibarının düşeceği yönünde yanlış bir sonuca varılmasına neden olmaması gerektiği uyarısında da bulunmaktadır. Atina demokrasisindeki sorun, bu demokrasi modelinin alt sınıfı kapsamaması ve bir orta sınıf (yurttaş sınıfı) demokrasisi olmasıdır. Özellikle fazla sayıda köle sahibi olmayan erkeğin, karısının zamanını dokuma tezgâhının başında, ev içinde kalarak aile ekonomisi üretimine katılmasında ve böylece sosyal hayatta var olmamasında çıkarı vardır. Kadınlar, aile ekonomisinde çalıştıklarından ürettiklerinin değişim değeri yoktur ve bir bakıma kocaları tarafından sömürülmektedirler. Bunun dışında, çok köle sahibi olunması halinde, kadının hiçbir biçimde üretime katılmayıp yine ekonomik güçten yoksun kaldığı ve erkekten aşağı olan statüsünün perçinlendiği örnekler de vardır<sup>22</sup>. *Michel* de servetin belirli bir kesimde toplanmasının yalnızca köleliğe dayalı bir toplum düzeninin ortaya çıkmasına ve sınıf ayırımına neden olmadığını aynı zamanda kadınların statülerinin bozulması sonucunu da doğurduğunu dile getirmektedir<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Bkz. **Katz**, Marilyn: "Ideology and the "Status of Women" in Ancient Greece", *History and Theory*, Vol.31, No.4, Willey for Wesleyan University, 1992, s. 95-96.

<sup>22</sup> Bkz. **Şenel**, Alâeddin: *Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üstüne*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., No.307, Ankara, 1970, s. 280-284.

<sup>23</sup> Bkz. **Michel**, Andree (çev. Şirin Tekeli): *Feminizm, İletişim Yay.*, t.y., s. 17.

Atina demokrasisinde cinsiyet rollerinin belirlenişindeki ayrımcı tutumun nedenleri üzerinde durulurken ekonomik yapıdaki değişimin kadınların statüsüne olan etkisinin temel bir faktör olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır; ancak bununla beraber Yunan düşüncesinin ve toplumunun cinsiyet ayrımcılığına yatkın bir yapısının olduğu da yadsınmamalıdır. Örneğin bazı Yunan şiirlerinde cinsiyet vurgusundan öte “*kadın ırkından*” bahsedilmektedir<sup>24</sup>.

Başka bir taraftan Atinalı kadınların bağımsız varlıklarının kabul edilmeyişi, *polis* içerisinde kendilerine yer bulamayışı ve sadece ev ile sınırlı bir yaşam sürmelerinin sonuçlarına bakıldığında ise ilk göze çarpan sonucun eğitimsizlik olduğu söylenebilir.

Nitekim Atina’da kadınların okuma-yazma öğrendikleri, erkekler gibi eğitim alabildikleri kurumlar yoktur<sup>25</sup>. Kız çocuklarına okuma-yazma öğretilmediği gibi onların çok soru sormalarından, zorunlu olanlar dışında fazla bir şey bilmelerinden de hoşlanılmamaktadır<sup>26</sup>. Kamusal alanda hiçbir varlık gösteremeyecek olan kadının, eğitim görmesinin pratik bir faydasının zaten olmayacağı yönünde bir sav ileri sürülebilir; ancak eğitimsizlik kadın ve erkek arasındaki eşitsizliğin bir sonucu olarak ortaya çıksa da aynı zamanda bu eşitsizliği derinleştirmektedir. Nitekim Atina’da kadınlar, erken yaşta evlenip çocuk bakmak, yemek yapmak, dikiş dikmek, örgü örmek gibi işlerle ilgilenir ve hiçbir eğitim görmezken erkekler aynı yaşlarda kamusal alanda varlık kazanabilmek için retorik sanatıyla ilgilenmiş, iyi askerler olabilmek için ise fiziksel olarak eğitim görmüşlerdir<sup>27</sup>. Bu koşullar altındaki kadınların kamusal alanda varlık gösterebilmek adına gerekli olan bilgi ve kabiliyetlerinin erkeklere göre zayıf kalacağı açıktır ve bu durumdaki kadınların kamusal alana dâhil olma çabalarının dahi olamayacağı da ortadadır.

Kadınların kamusal alanın ve sosyal hayatın bu kadar dışına itilmesi, kültürsüz ve eğitimsiz bırakılması *hetairai* adı verilen ayrı bir grup kadının ortaya çıkmasına sebep olmuştur<sup>28</sup>. *Hetairai* sözlük anlamı olarak cariye, hayat arkadaşı anlamına gelmektedir. Atina’da yaşayan *hetairai*’ler, erkek-

<sup>24</sup> Bkz. **Katz**, s. 86.

<sup>25</sup> **Akkaya Kia**, Rukiye: “Atina’daki Demokrasiden Orta Çağ’a Kadının Dünyası ve Kadın Filozoflar”, İÜHFİM, C. LXXIII, S. 1, 2015, s. 9.

<sup>26</sup> **Şenel**, s. 285.

<sup>27</sup> **Demir**, s. 9-10.

<sup>28</sup> Bkz. **Şenel**, s. 288; Ayrıca bu dönemde *hetairai*’lerin dışında genelevlerde, sokaklarda, evlerde çalışan ve bazılarının köle olarak çalışmaya zorlandığı *pornai* adı verilen bir grup da mevcuttu, ayrıntılı bilgi için bkz. **Cantarella**, s. 251; **Whiteley**, Rebekah: *Courtesans and Kings: Ancient Greek Perspectives on the Hetairai*, (Unpublished master’s thesis), University of Calgary, Calgary, 2000, s. 9.

lerin eşlerinin, kızlarının ya da kız kardeşlerinin giremediği sosyal alanlara girebilmektedir ve buralarda kadın varlığına duyulan sosyal ve psikolojik ihtiyacı karşılamaktadırlar. Bunu sağlamaları için kültürlü olmaları ve dolaşısıyla eğitim almaları gerekmektedir. *Hetairai'ler* şarkı söylemek, müzik aleti çalmak, dans etmek dâhil olmak üzere çeşitli eğitimler almışlar ve erkeklerin sohbetlerine katılmalarını sağlayan temel sosyal bilgiye sahip olmuşlardır<sup>29</sup>. Bu halde, *oikos'a* sıkıştırılan, sadece ev işleri ile ilgilenen eşler, erken yaşta evlendirilen ve hiçbir eğitim alamayan kız çocukları düşünüldüğünde *hetairai'ler*, Atina'nın en özgür ve bağımsız kadınları olmuşlardır<sup>30</sup>.

*Hetairai'lerin* daha kibar ve eğitilmiş olanlarına ise *kortezan* adı verilmiştir. *Kortezan'lar* sosyal yaşam hakkında fikir sahibi olan, politikadan, edebiyattan, felsefeden, sanattan anlayan kadınlardır. Bu yüzden genellikle Atina'nın politika, sanat, edebiyat ya da felsefe alanında ünlenmiş erkeklerinin karılarının yanı sıra bir de kendileriyle sohbet etme imkânı buldukları *kortezan'ları* vardır. *Kortezan'ların* en tanınmış olanı ise *Aspasia'dır*. *Aspasia*, Atina'da kadınların kurtuluşu için büyük çaba göstermiş ve özellikle de kız çocuklarının da erkeler gibi eğitim alabilecekleri okulların açılması için çalışmış bir kadındır<sup>31</sup>.

Atina'da büyük bir baskı altında olan kadınlar, bir bakıma *hetairai* olarak baskıdan kurtulma fırsatı bulmuşlardır. Böylece “*yurttaşların eşleri olan kadınlar*” ve “*hetairai'ler*” olmak üzere iki farklı sınıf kadın ortaya çıkmıştır<sup>32</sup>.

Tüm bu bilgiler neticesinde, Atina demokrasisi incelenirken genellikle görülen yurttaş, metek ve köle ayrımının temelinde erkekler için geçerli olduğu söylenebilir; çünkü Atinalı kadınlar aslında tam olarak yabancı, köle ya da yurttaş olarak görülmemiştir. Kadınların toplumdaki asıl rolü, üreme ve çocuk yetiştirmekten ibaret olarak algılanmıştır<sup>33</sup>. Bununla beraber yine de yabancı ve köle kadınların hem kendi sosyal sınıflarının hem de cinsiyetle-

<sup>29</sup> Cantarella, s. 250-251.

<sup>30</sup> Bkz. Akkaya Kia, s. 9; Lewinshon, Richard (çev. Ender Gürol): Cinsi Adetler Tarihi, Varlık Yay., İstanbul, 1996, s. 48.

<sup>31</sup> Şenel, s. 288-289; Akkaya Kia, s. 11; Whiteley, s. 36-41.

<sup>32</sup> Şenel, s. 288.

<sup>33</sup> O'Pry, Kay: “Social and Political Roles of Women in Athens and Sparta”, Saber and Scroll, Vol.1, Iss.2, Art.3, 2012, s. 9; Bu konuda etimolojik bir açıklamaya gitmek de mümkündür. Kadınlar için kullanılan “gyne” sözcüğü “çocuk taşıyan” anlamına gelmektedir, bkz. Yılmazcan, Defne: Antik Yunan'da Toplumsal Cinsiyetin İnşası, Akademisyen Kitabevi, Çankırı, 2020, s. 93.

rinin yükümlülüğü altında olduğu da unutulmamalıdır<sup>34</sup>. Köle ve metek kadınlar bakımından bileşik bir ayrımcılıktan söz etmek mümkün olmaktadır.

### B. Sparta'da Cinsiyet Rollerini

Atina demokrasisinde kadının konumuna ilişkin yapılan açıklamaların, tümüyle Yunan dünyasını yansıttığı söylenemez. Yunan şehirleri geniş bir coğrafyaya yayılmıştır ve bu şehirlerin yaşam şekilleri ve yönetim anlayışları farklı biçimlerde gelişmiştir<sup>35</sup>.

Kadınların yaşamı ve kamusal alandaki varlıkları da dolayısıyla şehirlere göre farklılık göstermiştir. Askeri ve oligarşik bir düzene sahip olan Sparta'da<sup>36</sup> kadının toplumdaki yeri ve kamusal alandaki konumu Atina demokrasisinden farklı bir örnek oluşturur; ancak bu farklılık, doğrudan kadının siyasal statüsüne ilişkin değildir. Nitekim Spartalı kadınların politik rolleri diğer Yunan şehir devletlerindekiyle benzerdir. Kadınların politik konularda aktif rol alması mümkün değildir ve kamu meclislerinde konuşmaları yasaklanmıştır. Dolayısıyla kadınlar çoğunlukla erkeklerden ayrı tutulmuş ve ancak erkekler aracılığıyla topluma katılıp, görüşlerini açıklayabilmiştir<sup>37</sup>. Siyasal statüleri bakımından Atinalı kadınlardan çok farklı durumda olmasalar da görüşüme göre, Spartalı kadınların kendilerini geliştirme olanakları ve kamusal alandaki varlıkları bakımından en önemli farkları eğitim, evlilik ve mülkiyet konularında ortaya çıkmaktadır.

Bu farklılıklar incelenecek olursa öncelikle Spartalı kadınların diğer Yunan şehir devletlerindekiyle nazaran daha özgür oldukları görülecektir. Bu durum, henüz doğumla başlamaktadır. Nitekim Sparta'da erkek ve kız bebeklere eşit muamele edilmektedir. Sparta için her iki cinsiyetten çocuk da önemlidir, Atina için ise erkek çocuklar daha önemlidir. Dolayısıyla Sparta'da kız bebeklerin ölüme terk edilme ihtimalleri, Atina'ya oranla çok daha azdır<sup>38</sup>. Bu anlayış özellikle eğitim konusuna da yansımıştır. Atina'nın aksine Sparta'da kız çocuklarının eğitimi belirli bir dereceye kadar erkek çocuklarının eğitimi ile paralel ilerlemiştir. Fiziksel güç, erkekler için olduğu gibi kadınlar için de önemli görülmüştür. Dolayısıyla kadınlar, spora teşvik edilmiş ve yarışlara katılıp güç denemeleri yapmışlardır<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> Akkaya Kia, s. 7.

<sup>35</sup> Nevett, s. 4; Petraki, Anastasia: "Reflections of Antiquity in the Greek Education of the 20th Century", Social Change Review, Vol.8, No.1, 2017, s. 69.

<sup>36</sup> Uygun, s. 70-71.

<sup>37</sup> O'Pry, s. 11.

<sup>38</sup> O'Pry, s. 10-11.

<sup>39</sup> Bkz. Blundell, s. 151; O'Pry, s. 10; Yılmazcan, s. 196-197.

Başka bir taraftan Spartalı kadınlar Yunan standartlarına göre geç evlenmekteledir. Evlendiklerinde kadınlar ortalama on sekiz, erkeklerse ortalama yirmi beş yaşındadır<sup>40</sup>. Yine Atina'dan farklı olarak Spartalı kadınlar, kendi mülkiyetlerine sahip olabilmişlerdir ve mülkleri üzerinde istedikleri şekilde düzenleme hakkına sahip olmuşlardır. Ayrıca kadınlar babalarının mirasından eşit pay almışlardır<sup>41</sup>.

Sparta'nın Atina ve diğer Yunan polislerine nazaran eşitlikçi yapısı daha çok askeri amaçlara dayanmaktadır. Evde kapalı kalan kadınların askeri anlamda mükemmel nesillerin devamını sağlayamayacağı düşünüldüğünden ve erkeklerin yokluğunda şehri korumaları amaçlandığından kadınlar, çocuk yaşta spora teşvik edilmiş ve onların daha özgür, güçlü, sağlıklı yetişmeleri amaçlanmıştır<sup>42</sup>. *Plutarkhos*, yaptığı birçok reformla bilinen ve Sparta kralı olduğu düşünülen *Lykurgos*'un hayatını anlattığı eserinde, onun kadınların eğitimi konusu üzerinde ne kadar mümkünse o kadar durduğunu söylemektedir. *Plutarkos*'un aktardığı üzere *Lykurgos*'un buyruğu ile Sparta'da genç kızlar koşu, disk ve ok atma idmanları yapmışlardır. Bu durum eserde şu ifadelerle açıklanmaktadır:

*"...erkeğin tohumu sağlam bedenlere kök salıp filizlensin ve kadınlar doğum sancularına katlanacak, onları rahatlıkla yenecek kadar güçlü olsunlar. Ev içinde kapalı ve fazlaca kadınca bir eğitimin yumuşaklığından kaçarak, genç kızları da delikanlılar gibi geçit törenlerine çıplak olarak katılmaya ve bazı din törenlerinde erkeklerin gözü önünde dans edip türkü söylemeye alıştıırıyordu. (...). Çıplaklık onları sadeliğe alıştıırıyor, güçlü bir beden göstermeye zorluyor, değer ve şereften yana erkeklerden aşağı kalmadıkları soylu bir dişilik gururu duyuruyordu onlara. (...)."*<sup>43</sup>

Görüldüğü üzere Sparta'nın endişesi kadınların taşıyacağı çocuk sayısı değildir. Buradaki endişe, Sparta ordusu için sağlıklı erkek çocuklarının, üreme içinse sağlıklı kız çocuklarının doğumudur. Erkeklerin rolü orduya hizmetken kadınlarınki anneliktir; fakat her ikisi de Sparta'ya hizmet olarak görülmektedir. Her ne kadar Atina'dakilere nazaran daha özgür olsa da hâlâ Sparta kadını devlet için üreme aracı olarak görülmektedir. Bahsedilen her iki şehir devletinde de kadınların değeri temelde üremeye ilişkindir ve onlar

<sup>40</sup> **Blundell**, s. 153.

<sup>41</sup> **O'Pry**, s. 11.

<sup>42</sup> **Şenel**, s. 186; **Petraki**, s. 73.

<sup>43</sup> **Plutarkhos** (çev. S. Eyüboğlu/V. Günel): *Lykurgos'un Hayatı*, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul, 2002, s. 34-35.

aslında zekâları ya da sanatsal kabiliyetleri ile değer bulamamaktadırlar<sup>44</sup>. Buna rağmen görüşüme göre, Spartalı kadınları Atinalı kadınlardan ayıran en önemli nokta, Atinalı kadınların kamusal yaşamda ya da ekonomik ilişkilerde hiçbir şekilde varlıkları yokken onların ekonomik ilişkilerde var olabilmesi ve eğitim alarak yalnızca eve hapsolmayıp kamusal alanda kısmen varlık gösterebilmeleridir.

*Blundell* de Spartalı kadınların nedeni ne olursa olsun, ev içi meselelerde güçlü pozisyonlarının kurumsallaştığını ve hatta kamusal işlerde tahtın arkasında rollerinin olabileceğini belirtmektedir. Bu sıra dışı durumun birbirine bağlı bir takım faktörlere bağlanabileceğini söyleyen *Blundell*, muhtemel gördüğü faktörleri şöyle sıralar:

*“Kadınlara uygulanan eğitim sistemi, erkeklerin askeri yaşam biçimi, eşler arasında yaş farkının fazla olmayışı, ailenin erkekler için hem sadakat nesnesi haline getirilmesi hem de vatandaş sınıfının devamlılığı için gerekli görülmesi<sup>45</sup> ve kadınlarının toprak mülkiyetine sahip ola-bilmesi.”<sup>46</sup>*

Son olarak belirtmek gerekir ki Sparta'nın kendine has özellikler taşıyan askeri ve siyasal düzeni, Yunan düşünürlerini etkilemiştir. Kadınların konumuna ilişkin olarak ise bu etkiyi, özellikle aşağıda incelenecek olan Platon'un siyasal düşüncesinde açıkça görmek mümkün olmaktadır.

## II. ANTİK YUNAN SİYASAL DÜŞÜNCESİNDE CİNSİYET ROLLERİ

Antik Yunan siyasal düşüncesinde, kadının ve erkeğin statüsü bağlamında kuramsal olarak farklı yaklaşımların olduğu görülmektedir. Öncelikle M.Ö. 5. yüzyıl ortalarında etkinliğini artıran sofizmin, kadının statüsünü ve kadın sorunlarını tartışmaya açtığı görülmektedir. Nitekim sofistler, esasen doğayı değil insanı merkez noktası kabul eden ilgi alanlarında, doğadaki değişimi gözlemleyerek insanların da eğitimle değişebileceğini, ruhun ve bedeninin eğitimle erdemli olabileceğini savunmuşlardır<sup>47</sup>. Bu yönüyle sofistlerin cinsiyet temelinde ayrıma gitmediği görülmektedir; ancak kadınların hukuksal ve siyasal statüleri konusunda sofistler, net bir tutum sergilemiş de de-

<sup>44</sup> O'Pry, s. 11-12.

<sup>45</sup> Spartalılar yabancılarla evlenemez ve ancak Spartalı anne ve babadan doğan çocuk Sparta vatandaşı olabilirdi, bkz. *Akaln*, s. 25.

<sup>46</sup> *Blundell*, s. 155.

<sup>47</sup> Bkz. *Akad/Vural Dinçkol/Bulut*, s. 14; *Von Aster*, Ernst (çev. Vural Okur): *İlkçağ ve Ortaçağ Felsefe Tarihi*, 3. Baskı, İm Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 144-148; Ayrıca bkz. *Okandan*, Recai G: “İlk Çağda Demokratik ve Antidemokratik Görüşler”, *İÜHFİM*, C. 14, S. 3-4, 1948, s. 507.

ğillerdir. *Lewinshon*, sofistlerin kadının statüsüne ilişkin bu belirsiz tutumlarının, geçimlerini mahkemelerden kazanmalarından kaynaklandığını söylemekte ve sofistlerin “erkek müşterilerini gücendirmek istemeyeceklerini” düşünmektedir<sup>48</sup>. Belirsiz bir tutum dahi olsa sofistlerin kadın sorunlarını tartışabilmeleri ve böylece kadının statüsünün en azından tartışılabilir olduğunu göstermeleri dönemin koşulları ve siyasal düşüncesi göz önüne alındığında dikkate değerdir.

Bunun yanı sıra, Antik Çağ'ın tiyatro eserlerinde de kadının yaşamına ve iç dünyasına ilişkin önemli veriler bulunmaktadır. Örneğin, *Euripides'in "Persai"* adlı oyununda, kadınların vatanseverliği vurgulanmaktadır. *Sophokles'in "Antigone"* adlı eserinde ise başkahraman *Antigone*, kardeş sevgisiyle dolu, fedakâr; ancak böyle olduğu için ailenin erkekleri tarafından cezalandırılan ve zor bir yaşam süren bir kadın olarak tasvir edilmektedir<sup>49</sup>. Bunlarla beraber Antik Yunan siyasal düşüncesinde kadının statüsünü ve cinsiyet rollerini görece ayrıntılı olarak inceleyen ve bu konudaki görüşleri hem kendi dönemlerinde hem de ilerleyen dönemlerde etkili olan düşünürler, Platon ve Aristoteles olmuştur. Bu sebeple çalışmada, bu iki düşünürün kadınların statüsüne ve cinsiyet rollerine ilişkin görüşleri daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

#### A. Platon (M.Ö. 427-347)

Platon, Atina'da demokrasinin gelişmeye başladığı dönemde aristokrasiyi savunmuş ve bu yönde bir siyasal düzen tasarlamıştır<sup>50</sup>. İdeal *polis* yapısını anlattığı “Devlet” adlı eserinde oligarşiye dayanan bir siyasal düzen ve katı sınıf ayrımına dayanan bir toplumsal düzen öngörmektedir<sup>51</sup>. Bu bilgiler çerçevesinde Platon'un kadının siyasal ve toplumsal konumuna ilişkin görüşlerini incelerken öncelikle, onun toplumdaki insanların eşitsiz olduğu düşüncesinden yola çıktığını ve kadınlara yaklaşımında da bu fikrinin etkilerinin olduğunu söylemek gerekir.

İnsanların eşitsizliğine inanan ve buna göre işbölümü<sup>52</sup> yapılması gerektiğini düşünen Platon, bu düşüncesini onlara inandırmak için bir Fenike

<sup>48</sup> **Lewinshon**, s. 46.

<sup>49</sup> **Akalm**, s. 31; Antigone için ayrıca bkz. **Gemalmaz**, Mehmet Semih: Devlet, Birey ve Özgürlük, 3. Baskı, Legal Yay., İstanbul, 2016, s. 48-53.

<sup>50</sup> **Okandan**, s. 509; **Göze**, s. 20.

<sup>51</sup> **Uygun**, s. 116.

<sup>52</sup> Platon'a göre toplumun varlık sebebi de bu iş bölümüdür, bkz. **Platon** (çev. Sabahattin Eyüboğlu/M. Ali Cimcoz): Devlet, XXXIV. Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul, 2017, s. 54-55.



masalı anlatacaklarını söylemektedir. Bu masala göre, toplumun parçası olan insanlar kardeştir; ancak Tanrı önderlerin mayasına altın, yardımcılarının mayasına gümüş, çiftçi ve işçilerin mayasına ise tunç ya da demir katmıştır. Bazen gümüşten altın, altından da gümüş mayalı bir çocuk doğabilir<sup>53</sup>. Bu eşitsizlik içerisinde Platon, *polis*in sınıfsal yapısını *çalışanlar*, *savaşçılar* ve *yöneticiler* olarak belirler<sup>54</sup>. Özellikle savaşçılar ve yöneticiler için eğitimi çok önemseyen, fizik için beden eğitimi, ruh için müzik eğitimi gerektiğini, yöneticilerin ise ancak filozof kişiler içerisinde belirlenebileceğini söyleyen Platon<sup>55</sup>, tam da tasarladığı bu eşitsizlik üzerine kurulu düzen içerisinde, kadın ve erkek eşitliği fikrine yaklaşmaktadır.

### 1. Savaşçı ve Yönetici Olabilecek Kadınlar

Platon, kadınların sadece ev işleri ile ilgilenmek zorunda olmadıklarını eğer erkeklerle aynı yaradılıştalarsa ve aynı eğitimi alırlarsa onlarla aynı işleri yapabileceklerini kabul eder. Erkekler için nasıl ki iyi birer savaşçı olmak için müzik ve jimnastik eğitimi gerekiyorsa kadınların da bu iki sanatı öğrenmeleri halinde savaşçı olmalarını ve erkeklerle aynı şartlar altında yaşamalarını mümkün görür. Platon, bu görüşünü çoban köpeklerinden örnek verilen bir diyalogla desteklemektedir:

*“... -Çoban köpeklerinin dişileri sürüyü erkekler gibi kollayacak mı, avlanacak mı, her işi ortaklaşa yapacak mı, yoksa yalnız eve mi bakacak? Çocuk bakıp büyütmeden başka bir işe yaramazlarmış gibi, yalnız ev işleriyle uğraşacaklar da sürüyü kollamak yalnız erkelere mi düşecek? -Her şeyi birlikte yapmalarını isteyeceğiz. Ama kadınların hangi işte zayıf hangi işte kuvvetli olduklarına bakacağız. -Peki ama, aynı şekilde büyütülmemiş ve yetiştirilmemiş iki hayvan aynı işe koşulabilir mi? -Koşulamaz. -Kadınların da erkeklerle aynı işleri yapmalarını istersek, onları da erkekler gibi yetiştirmemiz gerek.(...)”<sup>56</sup>*

Bu bağlamda Platon, kadınların savaşta da barışta da devleti koruyabileceklerini, her şeyi elden geldiği kadar bölüşeceklerini söyler ve dişi köpeklerin erkeklerle birlikte ava gittiğini tekrarlayarak bunun tabiatın cinsel kanunlarına uygun olduğunu belirtir<sup>57</sup>. Savaşlarda başarı gösterilmesi halinde bunun ödüllendirilmesi gerektiğini açıklarken de “*erkek ve kadın yiğitlerin*” el

<sup>53</sup> Platon: Devlet, s. 110-11.

<sup>54</sup> Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 17.

<sup>55</sup> Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 19.

<sup>56</sup> Platon: Devlet, s. 152-153.

<sup>57</sup> Platon: Devlet, s. 172

üstünde tutulacağını ve iyi besleneceğini söyleyerek her iki cinsiyete de eşit ödüllendirmeyi uygun görür<sup>58</sup>. Ayrıca Platon, kadınların savaşta ön saflarda yer almadıkları durumlarda dahi sadece varlıklarıyla savaşçıların gücünü arttıracaklarını düşünmektedir<sup>59</sup>.

Daha önce bahsedildiği üzere Platon, farklı yaradılıştaki kişilerin farklı işler yapacaklarını söylemiş ve bunu topluma inandırmak için bir Fenike masalı anlatmıştır. Şimdi geldiğimiz noktada Platon, kadın ve erkeğin aynı işi yapabileceğini söylerken ilk fikri ile çelişkili kalmamak adına, “toplumsal işbölümüne katılmada cinsiyet farkı bir yaradılış farkı mıdır?” sorusuna cevap vermektedir.

Platon'a göre erkek ve kadın cinsi arasında bir işe ya da sanata yatkınlık bağlamında bir fark görülürse o zaman bir yaradılış farkından bahsedilebilecek ve yatkın olan cinse o işi ya da sanatı yapması söylenecektir. Buna karşın kendi ifadeleri ile “aralarındaki ayrılık sadece kadının doğurması, erkeğinse tohum salmasından başka bir şey değilse” o zaman kadın ve erkeğin ayrılığında bahsedilmeyecek, savaşçıların karılarıyla beraber aynı işleri yapmaları beklenecektir<sup>60</sup>.

Platon'un filozofluğa ve dolayısıyla yöneticiliğe ilişkin görüşleri de benzeri yöndedir. Platon, filozofluğu doğruyu görmeyi sevmek olarak tanımlar ve en iyi yönetim şekli olarak gördüğü krallıkta, kralın filozof olması gerektiğini belirtir<sup>61</sup>. Bu noktada Platon, kadınların da devlet işlerinde görev alabileceği açıklamasını bir diyalogla ortaya koymaktadır:

“... -Şan, şeref için değil, yalnız halkın iyiliği için, kaçınılmaz bir ödevi yerine getirmek için devletin bekçiliğinde yerlerine geçecek, kendilerine benzer yurttaşlar yetiştirdikten sonra mutlular ülkesine göç edecekler. (...). -Bundan daha güzel devlet adamları can sağlığı, Sokrates! Bir heykeltıraş bile daha güzelini yapamaz. - Devlet kadınlarını da unutma Glaukon, dediklerimi yalnız erkekler için dedim sanma. Dilediğimiz yaratılıştaki kadınları da onlara katıyorum. -Erkekle kadın arasında eşitlik ve ortaklığı kabul ettiğimize göre doğru. (...)”<sup>62</sup>

Filozofların ne zaman devletin başına geçeceklerine ilişkin bir soruyla başlayan bu diyalogdan, kadınların da filozof olabileceği, dolayısıyla devlet

<sup>58</sup> **Platon:** Devlet, s. 175-176.

<sup>59</sup> **Platon:** Devlet, s. 179.

<sup>60</sup> **Platon:** Devlet, s. 156.

<sup>61</sup> Bkz. **Platon:** Devlet, s. 182-185, 311.

<sup>62</sup> **Platon:** Devlet, s. 264.

işlerinde görev alabilecekleri ve kanaatime göre, filozof kralın bir kadın olabileceği sonucu çıkmaktadır.

Platon'un *Devlet* adlı eserinde yer alan kadına ilişkin görüşlerinin, daha sonra kaleme aldığı *Yasalar* adlı eserinde değişiklik gösterdiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Nitekim Platon *Yasalar*'da, eğitime ilişkin olarak yaptığı açıklamada, erkekler için öngörülen şeylerin aynen kadınlar için de geçerli olduğunu, kadınların erkeklerle aynı şekilde eğitilmesi gerektiğini söylemektedir. Dahası Platon *Yasalar*'da, kadınların da erkekler kadar tüm güçleriyle eşit şekilde aynı çalışmalarını yapmamasını aptalca olarak nitelendirir. Bu konuda Platon, ekonomik bir dayanak da ortaya koyar:

*“Çünkü hemen hemen her kent aynı harcama ve aynı çabayla iki katı yerine yarım varlık gösteriyor; ve kuşkusuz bunun yasa koyucunun hatası olması şaşırtıcı.”*<sup>63</sup>

## 2. Kadın ve Çocuk Ortaklığı

Platon'un kadınlara ilişkin görüşlerini açıklarken değinilmesi gereken bir konu da savaşçılar arasında kadın ve çocukların ortak olması fikridir. Buna göre kadınların hiçbiri hiçbir erkekle ayrı oturmayacak, çocukların babalarını babaların da çocuklarını bilmeleri mümkün olmayacaktır. Çocuklar, özel bir kurula bırakılacak ve orada yetiştirilecektir. Burada Platon, kadın ve erkeğin devlet işlerinde ortak olduğu görüşünü tekrarlayarak bahsi geçen kurulda hem kadınların hem de erkeklerin olacağını ayrıca belirtir<sup>64</sup>. Platon, böylece savaşçıların hem kimseyi yabancı gözüyle görmeyeceğini ve çıkar çatışmasına girişmeyeceğini hem de mülk edinme kuralına<sup>65</sup> riayet edilebileceğini düşünür<sup>66</sup>.

Kadınların ortak olması fikri, kadınların metalaştırılması şeklinde değil, onların kendi kimliklerini bulması ve toplumda eşit statüye sahip olarak erkek hâkimiyetinden kurtulması olarak yorumlanabilir. Doktrinde Platon'un tarihin ilk feministi olduğu yönünde de görüşler vardır<sup>67</sup>. Buna karşın

<sup>63</sup> Bkz. **Platon** (çev. Candan Şentuna/Saffet Babü): *Yasalar* (I-XII. Kitaplar), 2. Basım, Kabalcı Yay., İstanbul, 1994, s. 268-269.

<sup>64</sup> **Platon**: *Devlet*, s. 160, 164.

<sup>65</sup> Platon, *Devlet*'te savaşçılar ve yöneticilerin mülk edinme haklarının olmaması gerektiğini savunur, bkz. **Akad/Vural Dinçkol/Bulut**, s. 19.

<sup>66</sup> Bkz. **Platon**: *Devlet*, s. 168-169.

<sup>67</sup> Bkz. **Akad/Vural Dinçkol/Bulut**, s. 20; **Caccia**, Lewis, Jr.: “The Status of Women among the Guardian Class: Feminism in Relation to Plato's Republic”, *Atenea*, Vol.32, No.1-2, 2012, s. 19.

Platon'un bu fikrindeki amaç -neticede kadının özgürleşmesine katkı sağlayacak olsa da- çıkar çatışmalarını ve kişisel kaygıları önleyerek devletin daha güçlü olmasını sağlamaktır<sup>68</sup>.

Başka bir taraftan Platon'un kadın ve çocuk ortaklığına yönelik görüşlerinin *Yasalar* adlı eserinde değiştiği görülmektedir. *Yasalar'da* Platon, herkesin otuz beş yaşına kadar kendisine yakışan ve uygun biriyle evlenmesi gerektiğini söyler. Platon, otuz beş yaşına kadar evlenme gereğine bile uymayanlar için "yabancı gibi evlilik birliğine yanaşmayanlar" ifadesini kullanır ve onlar için her yıl ödenmek üzere bir para cezası öngörür<sup>69</sup>. Platon *Yasalar'da* evliliği, çocuk sahibi olmayı ve aileyi önemsemektedir. Buna karşın çocukların bir kurul tarafından yetiştirilmesi gerektiği görüşünü terk etse de yine de aile ve çocuklara ilişkin devlet kontrolü olması gerektiğini savunmaktadır<sup>70</sup>.

Platon'un evlilik ve aileye ilişkin yaklaşımındaki değişimi, *Devlet* adlı eserindeki totaliter ideal devlet anlayışından yaşlılık dönemi eseri olan *Yasalar'da* uzaklaşarak daha demokratik ve katılımcı bir sistem öngörmeye başlamasının bir yansıması olarak görmek mümkündür<sup>71</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki Platon, kadın ve erkek beraberliklerinin siteye yararlı olması gerektiği fikrini hem *Devlet* hem de *Yasalar* adlı eserlerinde dile getirmekte ve üreme konusuna önem verdiğini ortaya koymaktadır<sup>72</sup>. Nitekim Platon'un ortaya koyduğu ideal devlet düzeninde -gençlik ve yaşlılık dönemi arasında bazı değişiklikler olsa da- her zaman sitenin yararının ön planda tutulması idealinin vurgulandığı görülmektedir.

### 3. Kadının Erkekten Aşağı Görülmesi

Platon'un bahsedilen düşünceleri bağlamında onun modern anlamda kadın-erkek eşitliği fikrine sahip olduğunu söylemek tam olarak doğru bir sonuç olmayacaktır. Platon öncelikle, diğer kişiler için de yaptığı gibi, kadınları da eğitilmiş olanlar ve olmayanlar olarak ayırır. Eğitim alan kadınları değerli olarak nitelendirir ve ideal devlette mümkün olduğu kadar, değerli kadın ve erkek bulunmasının öneminden bahseder<sup>73</sup>. Bu arada işçi olacak

<sup>68</sup> Aynı yönde bkz. Çolakoğlu, Hilal: "Antik Yunan ve Platon'da Cinsiyet Sorunu", Atatürk İletişim Dergisi, S. 9, Temmuz 2015, s. 228.

<sup>69</sup> Bkz. Platon: *Yasalar*, s. 229-230.

<sup>70</sup> Bkz. Platon: *Yasalar*, s. 242-243; Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 22.

<sup>71</sup> Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 23-24.

<sup>72</sup> Bkz. Platon: *Devlet*, s. 162, 165; Platon: *Yasalar*, s. 242.

<sup>73</sup> Bkz. Platon: *Devlet*, s. 159.

kadınların yaşamlarına ilişkin ve onların konumlarını iyileştirme yönünde herhangi bir açıklama da yapmaz<sup>74</sup>. Dahası Platon zaten bahsettiği bu ideal yapıyı ve sınıfları Atina yurttaşları için tasarlamıştır. Platon, kölelerden ya da meteklerden söz etmemektedir ve köleliği doğal ve meşru görmektedir<sup>75</sup>. Dolayısıyla burada öncelikle; çalışanlar, savaşçılar ve yöneticiler olarak yapılan sınıflandırmanın sadece yurttaşlar içerisinde yapılması ve köle ya da meteklerden bahsedilmemesi nedeniyle başlangıçta bir eşitsizliğin olduğu, sınıflandırma içerisinde ise çalışan kadınlardan bahsedilmemesi nedeniyle de başka bir eşitsizliğin daha söz konusu olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bunların yanı sıra Platon, kadınların erkeklerle aynı işleri yapabileceğini söylemesine karşın kadının erkek kadar olamayacağını diyaloglarının kimi noktalarında belirtir ve bazı açıklamalarında da kadını zayıf ve güçsüz görür<sup>76</sup>. Söz konusu diyaloglara şu örnekler verilebilir:

*“... -Demek ki devlet yönetiminde kadının kadın olduğu için, erkeğin de erkek olduğu için daha iyi yapacağı iş yoktur. Yaradılıştan her iki cinste de aynı güçler vardır. Kadın da erkek gibi bütün işleri görebilir. Ne var ki, kadın hiçbir işte erkek kadar olamaz. (...). -Demek ki kadının yaradılışı erkeğinki gibi devlet bekçiliğine elverişlidir. Yalnız bu yaradılış kadında zayıf erkekte kuvvetlidir.”<sup>77</sup>*

*“... -Ağlayıp sızlamaları ünlü kahramanlara değil, hem bayağı kadınlara ve aşağılık erkeklere bırakmalıyız.”<sup>78</sup>*

*“... -Ama kendi başımıza bir felaket gelince bunun tam tersini yaparız, onu da bilirsin. Bağrımıza taş basar susarız; erkek adama böyle yaraşırız deriz; şiirde beğendiğimiz ağlaşmaları kadınlara bırakırız.”<sup>79</sup>*

Platon'un kadınlara yönelik yaklaşımında dikkat çekici bir fikir de demokrasi eleştirisi içerisinde yer almaktadır. Platon, demokrasinin zorbalığı doğuracağı yönündeki fikrini açıklarken öncelikle demokrasinin değişmesinin ve zorbalığa dönüşmesinin nedeninin başka değerlerin küçümsenerek

<sup>74</sup> **Boyacı**, Nihal Petek: “Platon'da Kadın Sorunu Üzerine Bir Tartışma”, Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 18, 2014 Güz, s. 209.

<sup>75</sup> **Uygun**, s. 122.

<sup>76</sup> Platon'un kadınların eğitime önem verilmesini istemesindeki nedenlerden biri de esasen budur. Kadının aşağı olan durumunu iyileştirmek için onu eğitmek gerekir, bkz. **Mckeen**, Catherine: “Why Women Must Guard and Rule in Plato's Kallipolis”, Pacific Philosophical Quarterly, Vol.87, 2006, s. 529-537.

<sup>77</sup> **Platon**: Devlet, s. 157-158.

<sup>78</sup> **Platon**: Devlet, s. 77.

<sup>79</sup> **Platon**: Devlet, s. 350.

özgürlük isteğinin ön plana alınması olduğunu söyler. Özgürlük düzenini içerisindeki en aşırı tarafı ise satın alınmış erkek ve kadın kölelerin, kendilerini satın alanlar kadar özgür olması olarak görür ve ardından bu düzende, kadınlarla erkekler arasındaki eşitliğin de bir hayli ileri gideceği uyarısında bulunur.<sup>80</sup>

Platon'un yaşadığı dönemin koşullarına göre toplumsal ve siyasal hayatta daha fazla var olan ve erkeklerle eşit işler yapabilen kadınların olduğu bir devlet düzenini tasarlamışken bu açıklamayı yapması şaşırtıcı olabilir; ancak Platon aristokrasiyi savunmaktadır ve demokrasi muhalifidir. Dolayısıyla Platon bu amaç doğrultusunda, dönemin kadına yaklaşımına uygun bir uyarıda bulunarak kendi ideal devlet düzeninin kabul görmesini hedeflemiş olabilir. Ayrıca daha önce bahsedildiği üzere, zaten Platon'un kadın ve erkek eşitliği konusundaki görüşleri dönemine göre ileri olsa da modern anlamda bir eşitlik fikri olarak kabul edilecek düzeyde değildir.

Platon, kadınların erkeklerden daha aşağı olduğu yönündeki görüşlerini *Yasalar* adlı eserinde de değiştirmemekte ve hatta tekrarlamaktadır. Kadınlar için toplu yemeklerden bahsettiği ve aslında kadınlar için de toplu yemeklerin olması gerektiğini savunduğu diyalogunda şöyle söylemektedir:

*"...erkeklerin toplu yemek töresi, dediğim gibi Tanrısal bir zorunlulukla güzel ve alışmadık biçimde konmuş; buna karşılık kadınlara ilişkin töre hiç de doğru olmayan bir biçimde yasa dışında bırakılmış ve onlar için toplu yemek töresi söz konusu olmamış; ama biz insanların bu öteki cinsi, zayıf oldukları için yaratılıştan gizemliliğe eğilimli, çok daha içten pazarlıklı olan kadınlar, çekidüzen verilmesi zor diye yasa koyucunun bir yana bırakması sonucunda savsanmıştır. (...) Nitekim kadınlarla ilgili yasal düzenlemeyi savsamak, görüldüğü gibi, toplumun yarısını savsamak değildir, kadın ruhu erdem bakımından erkeklerden ne kadar aşağı ise, o kadar önemlidir, hatta iki kat önemlidir.(...)"*<sup>81</sup>

### B. Aristoteles (M.Ö. 384-322)

Aristoteles, Platon'un *Akademia'sına* katılmış ve onun öğrencisi olmuştur. Devlet düzenine ilişkin temel siyasal görüşlerini, *Politika* adlı eserinde açıklayan Aristoteles, hocası Platon'dan etkilenmiş olsa da yaşadığı dönem gereği daha çok *polis*in çöküşünü önleme ve ideal düzen olarak gördüğü bu yapıyı kurtarma amacını edinmiştir. Nitekim Aristoteles'in yaşadığı dönemde *polis* düzeni, Makedonya Krallığı'nın saldırıları karşısında çöküş

<sup>80</sup> Platon: Devlet, s. 292-293.

<sup>81</sup> Platon: Yasalar, s. 239.

dönemine girmiştir<sup>82</sup>. Aristoteles, gözlem, deney ve araştırmaya dayanan yöntemi ile gerçek yönetim biçimleri üzerinde durmuş ve bu yönetim biçimlerinin devam etmesine ya da yıkılmasına neden olabilecek unsurları ortaya koymaya çalışmıştır. Bunun yanı sıra kendisine göre, ideal bir devlet modeli olabilecek yönetim şeklini de ortaya koymuştur<sup>83</sup>. *Polisin* çöküşü karşısında çözüm yolları ortaya koymaya çalışan Aristoteles'in, *polis*in var olan yapısını koruma çabasının, kadınların statüsüne ilişkin görüşlerine de yansıdığı ve dolayısıyla açıkça etkilendiği hocası Platon'la -bir takım başka konularda olduğu gibi- bu konuda fikir ayrılığına düştüğü görülmektedir.

### 1. Kadın ve Erkek Eşitsizliği Savunusu

Aristoteles toplumun ailelerden meydana geldiğini, tüm devletlerin ailelerden oluştuğunu söylemektedir<sup>84</sup>. Aristoteles, aile içerisinde ataerkilliğin doğal olduğu yönündeki savını ise bunun geçmişte de var olduğunu söyleyip *Homeros'a* atıf yaparak açıklamaktadır. Bununla beraber Aristoteles, erkek zekâsının kadınsı orana üstün olduğunu savunmakta ve ardından kadın ile köle arasında bir karşılaştırmaya gitmektedir. Buna göre, kişiler arasında eşitsizlik doğaldır ve erkek, kadından ve köleden üstündür. Nitekim ilk aile de erkeklerin kendilerinden daha aşağı seviyede olan kadın ve kölelerle birleştirilmesinden meydana gelmiştir. Köle ve kadın arasındaki ayrım da doğal olarak gelişmiştir<sup>85</sup>.

Kadınlar, kölelerden farklı olarak sadece bir araç değillerdir. Kadınlar, erkeklerin tamamlayıcısıdır<sup>86</sup>. Bu konuda ayrıca açıklık getirmek gerekir ki Aristoteles, köle kadın ve köle erkek arasında bir ayrıma gitmemektedir. Yalnız özgür kadın ve köle kadın arasında farklılık bulunmaktadır. Bu fark ise kamusal alana ilişkin değildir, zira kadının özgür olması durumunda dahi kamusal alanda yeri yoktur; ancak özgür kadın, özel alanda köle kadına göre farklı bir konuma sahiptir. Buna göre özgür kadın, *poliste* yurttaş olacak çocukları dünyaya getirir, ev hayatının devamlılığını sağlar ve kocasına karılık görevlerini yerine getirir. Köle kadın ise yalnızca efendisine hizmet eder ve basit beden gücü gerektiren işleri yerine getirir. Zaten Aristoteles köle ve

<sup>82</sup> Bkz. Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 24; Göze, s. 41.

<sup>83</sup> Ağaoğulları, Mehmet Ali: Kent Devletinden İmparatorluğa, 3. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002, s. 311-313.

<sup>84</sup> Aristoteles (çev. Mete Tunçay): Politika, 19. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 103,137.

<sup>85</sup> Aristoteles, s. 10-11.

<sup>86</sup> Tannenbaum, Donald G/Schultz, David (çev. Fatih Demirci): Siyasi Düşünce Tarihi Filozoflar ve Fikirleri, 9. Baskı, Adres Yay., Ankara, 2010, s. 79.

kadını baştan ayırmakla köleye bir cinsiyet atfetmediğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla kadından bahsettiği konularda özgür kadınlardan söz ettiği anlaşılmaktadır<sup>87</sup>. Bu tespit doğrultusunda, Aristoteles'in köle ve kadın ayrımına ilişkin düşünceleri daha rahat anlaşılabilir.

Aristoteles'e göre, ruhun düşünme yetisi kölede hiç yokken kadında vardır ama işlemez. Kadın ve köle eşit görülmesi de erkek doğası gereği kadını da yönetmelidir. Nitekim erkek zihin olarak kadından üstün kabul edilir. Erkeğin kadını yönetmesi doğal ve olması gerektir. Aristoteles bunu, kadın için de yararlı görmektedir; çünkü kadın zihin olarak aşağıdır ve yönetilmek onun için doğru olanıdır. Başka bir taraftan erkek, erdem bakımından da kadından farklı ve üstündür. Aristoteles, kocanın karısı üzerindeki yönetimini, bir devlet adamının gibi siyasal bir yönetim olarak niteler. Erkeğin yönetmeye kadından daha yetenekli olduğunu söyler ve erkek ile kadın arasındaki üstünlük-aşağılık ilişkisinin sürekliliğini vurgular<sup>88</sup>. Sözü edilen düşünceleriyle paralel olarak Aristoteles, *Politika'da* yer yer kadın ve çocuk denetçiliğinden bahsetmekte ve kendi ifadesi ile “*en aşırı demokraside*” kadınların denetimsiz kalacağı tespitinde bulunmaktadır<sup>89</sup>.

Aristoteles, *Politika'da* evlilik ve eğitim konusunu etraflıca ele almaktadır. Aristoteles, evliliklerde çocuk yapma yaşının önemini vurgular, erkeklerde üst sınırı yetmiş, kadınlarda ise elli olarak görür. Evlenmek için ise kadınlar için en uygun yaşı on sekiz, erkekler de ise otuz yedi civarı olarak belirtir. Aristoteles'e göre bu konunun yasa koyucu tarafından ele alınması gerekir<sup>90</sup>. Aristoteles, evlilik ve doğum yaşını, özellikle gençlerin eğitimi için önemli bulmakta ve evliliğe ilişkin yaptığı açıklamaların ardından eğitime ilişkin görüşlerini açıklamaktadır. Bu değerlendirmeleri sırasında Aristoteles, sık sık “*oğulların eğitimi*” vurgusu yapmakta ve anlaşıldığı üzere kadınları “*ulusal bir mesele*” olarak gördüğü eğitim konusunun dışında tutmaktadır<sup>91</sup>. Aristoteles, kadına devlet işlerinde hiçbir rol vermediğinden zaten kadınların eğitim almasının pratik bir faydası da olmayacaktır<sup>92</sup>. Bu bağlamda düşünüldüğünde eğitimsizlik ve kamusal, siyasal alanda yer alamama tamlamasında Aristoteles kendi içinde tutarlı düşünceler ortaya koymaktadır.

<sup>87</sup> Bkz. Demir, s. 48-49.

<sup>88</sup> Aristoteles, s. 17, 32-35, 97.

<sup>89</sup> Aristoteles, s. 165-166, 227, 237.

<sup>90</sup> Aristoteles, s. 278-279.

<sup>91</sup> Aristoteles, s. 284-302.

<sup>92</sup> Modrak, Deborah K.: “Philosophy and Women in Antiquity”, Rice Institute Pamphlet – Rice University Studies, Vol.64, No.1, Rice University, 1978, s. 8.



## 2. Platon'dan Farkı Üzerine Bir Değerlendirme

Aristoteles'in Platon'un kadınların statüsüne ilişkin görüşleri konusundaki farklı yaklaşımını ve bu yaklaşımın gerekçelerini ortaya koymadan önce belirtmek gerekir ki Aristoteles, Platon'un yaptığı gibi kadınların devletteki rolünü etraflıca ele almamaktadır. *Politika'da*, bu konu ancak yer yer açıklama bulur. Aristoteles'in kadının devletteki rolünü derinlemesine incelememesi olağandır, nitekim vardığı sonuçta kadınlar, zekâ ve ahlak bakımından aşağı, babalarının ya da kocalarının denetimi altında olması gereken ve dolayısıyla iyi yönetilen bir devlette yeri olmaması gereken varlıklardır<sup>93</sup>. Aristoteles'in bu anlayışı onu, hocası Platon'un kadınların kamusal hayata katılmasına ilişkin görüşlerine cevap vermeye ve aynı zamanda Platon'un etkilendiği Sparta yönetimini de aynı doğrultuda eleştirmeye yönlendirmiştir.

Aristoteles, *Politika'da* öncelikle, Platon'un hayvanlara benzetme yaparak kadın ve erkeğin aynı işleri yapabileceği fikrine, açıkça karşı çıkar ve erkeklerin ev işi yapmayacağını söyler. Ona göre erkek ve kadının evdeki ödevleri farklıdır. Erkeğin ödevi kazanmak, kadının ödevi ise tutmaktır<sup>94</sup>. Bunun yanı sıra Aristoteles, Platon'un kadın ve çocuk ortaklığı fikrine de karşı çıkmakta ve hepsi aynı türden olan insanlarla bir devlet kurulamayacağını söylemektedir<sup>95</sup>. Aristoteles, aileyi doğal bir kurum olarak görür ve ona göre kadın ve çocukların ortak olması, çocuklara önem verilmemesine, akrabalık ilişkilerinin yok olmasına ve neticede, devletin varlığının devamı için özellikle gerekli gördüğü yöneticiler arasındaki dostluk bağının ve dayanışma duygusunun zayıflamasına yol açar<sup>96</sup>. Başka bir taraftan Platon'un kadın ve çocuk ortaklığı fikri, *Yasalar'da* değişime uğramış olsa da yine de Aristoteles, Platon'un buradaki fikirlerini de gerçekçi bulmamaktadır. Aristoteles, kadınların ortak sofralarda oturması düşüncesini de eleştirir ve ayrıca silah taşıyanların sayısının artacağını, bunun doğru olmadığını öne sürer<sup>97</sup>.

Aristoteles, Platon'u eleştirdiği gibi onun iyi bir yönetim olarak gördüğü Sparta'yı da aynı yönde eleştirmektedir. Kendi ifadesi ile "*Sparta'da kadınlara tanınan başıboşluk*" hem anayasaya hem de şehrin mutluluğuna zarar verecektir. Aristoteles'e göre kadınların Sparta'daki konumu yanlıştır

<sup>93</sup> Modrak, s. 5.

<sup>94</sup> Aristoteles, s. 50.

<sup>95</sup> Aristoteles, s. 40.

<sup>96</sup> Ağaoğulları, s. 349.

<sup>97</sup> Aristoteles, s. 52.

ve söz konusu durum, para düşkünlüğüne sebep olur. Bunun nedeni ise Sparta'da kadınların "başıboşluğu" sebebiyle her türlü lüksü tatması ve erkeklerin kadınların buyruğu altına girerek zenginliğe büyük önem vermesidir. Ayrıca Aristoteles, bu konuda çeyizlere ilişkin yeterli düzenleme yapılmamış olmasını da eleştirir<sup>98</sup>.

Görüldüğü üzere Aristoteles, kadının statüsüne ilişkin görüşlerinde, hocası Platon'un örnek gösterdiği Sparta'yı genellikle eleştirmekte ve Platon'un kadınlara ilişkin görüşleri ile açıkça ters düşmektedir. Bu noktada, söz konusu farklılığın nedenleri üzerinde düşünmek gerekecektir.

Platon ve Aristoteles'in kadının statüsüne ilişkin görüş farklılıklarının, doğrudan cinsiyet anlayışlarındaki farklılıktan kaynaklandığını söylemek pek de gerçekçi görünmemektedir. Nitekim Platon da Aristoteles de kadının, erkekten aşağı olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla bu farklılığın temel kaynağının, Platon ve Aristoteles'in kadın cinsine ilişkin görüşlerinin farklılığı değil; devlet yapısına ilişkin görüşlerinin farklılığı olduğu söylenebilir. Platon, kişilerin iyiliğinin ancak tüm devletin iyiliğinin sağlanması ile mümkün olacağını söylerken Aristoteles aksine kişisel iyiliğin sağlanması ile tüm devletin iyi olabileceğini savunmaktadır. Aristoteles'in sorusu, cinsiyet ayırımına gidilmemesinin bireysel fayda sağlayıp sağlayamayacağıdır. Bu soruyla yola çıkan Aristoteles, kadınların siyasal katılımının onlara hiçbir fayda sağlayamayacağı sonucuna varır; çünkü onun kadında gördüğü erdem bu tür faaliyetlerle geliştirilebilecek düzeyde değildir. Böylece Aristoteles, daha yüksek bir erdem ve mutluluk kapasitesine sahip olarak nitelendirdiği erkeklerin devlet işlerinde tekel olmalarını meşrulaştırmaktadır. Platon'un ideal devletinde ise devlet üyelerinin cinsiyetlerinden de bağımsız olarak, yeteneklerine göre devlet işlerinde yer alması esastır. Böylece, devletin erdemli ve mutlu olması sağlanır. Devletin erdemli ve mutlu olması, bireyin mutluluğunun da garantisidir. Bu yolla Platon, aslında kendisinde de var olan kadına karşı önyargılı fikirleri aşan bir sonuca ulaşmıştır<sup>99</sup>. Aristoteles ise polisin devamını ve mutluluğunu sağlama amacıyla ve kadının kamusal alana dâhil olmasında hiçbir yarar görmemekte, dolayısıyla fikirlerinde bu yönde bir gelişime yer vermemektedir.

Platon, *polis*in devamının tehlikede olduğunun farkında ise de henüz güçlü bir *polis* idealinden vazgeçmek gerekmemektedir. Bu sebeple Platon'un ideal *polis* için radikal çözümler getirdiği ve bunun gerçekleşmesini beklediği söylenebilir. Ancak Aristoteles'in yaşadığı dönemde *polis*,

<sup>98</sup> Aristoteles, s. 67-68.

<sup>99</sup> Modrak, s. 8-9.

çöküntü içerisinde. Dolayısıyla Aristoteles, *polis*i ayakta tutmaya yarayacak ılımlı reformlar önermiştir<sup>100</sup>. Bu sebeple kadının siyasal statüsüne ilişkin olarak Platon'un fikirlerinde dönemin koşullarına nazaran radikal çözümlenmeler görülürken Aristoteles'in olanı meşrulaştırmaya çalışması, onların *polis*in siyasal düzenine olan genel yaklaşımları ile örtüşmektedir.

### III. SONUÇ YERİNE

Platon ve Aristoteles'in *polis* için önerdikleri ideal yönetim şekli ve siyaset felsefeleri, *polis*in çöküşünün önüne geçememiştir. M.Ö. 5. yüzyılda başlayan Makedon istilaları, bu çöküş sürecini hazırlamış ve yeni yönetim modelleri ortaya çıkmaya başlamıştır. Makedon hâkimiyetinin kurulduğu bu dönem, Yunanistan'ın klasik çağını sonlandırmış ve Helenistik dönem başlamıştır<sup>101</sup>.

Değişen yönetim şeklinde ve buna bağlı olarak ortaya çıkan yeni siyasal düşüncelerde, kadının statüsünün klasik çağdan farklılaşarak ele alındığı görülmektedir. Nitekim yönetim anlayışı ile beraber toplumsal yapı, bireyi algılama şekli ve kamusal meselelere olan ilgi de farklılaşmıştır ve bu da dolayısıyla kadının kamusal yaşamını ve kadına olan yaklaşımı değişikliğe uğratmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki henüz *polis*in çöküşü sürecinde kadının statüsüne ilişkin olarak görece bir düzelme vardır. Yoğunlaşan savaşlar neticesinde erkeklerin uzun süre cephelerde bulunması, kadınların serbest kalmasını kolaylaştırmıştır. Savaşlar sonunda bu durum tepki çekmiş olsa da *polis*in çöküş sürecinde kadınların statüsünün iyileştiği kabul edilmektedir<sup>102</sup>. Bunun yanı sıra, *polis*in çöküş döneminin, onun eşitsizlikçi düzeninden kaçış fikrinin gelişmesine zemin hazırladığı söylenebilir. Kadının statüsüne ilişkin olarak bu durum öncelikle, *kynik* felsefe anlayışında kendisini göstermektedir.

*Kynik* felsefe okulunun kurucusu *Antisthenes*, Aristoteles'e cevap niteliğinde bir fikirle erdem, kadın ve erkek için aynı olduğu görüşünü savunmaktadır. Efendi-köle, zengin-fakir ayrımına karşı oluşu ile bilinen *kynik* felsefeci *Diogenes*'in de kadın ve erkek eşitsizliğinin karşısında olduğu anlaşılmaktadır. *Diogenes*, kadın ve çocukların ortaklığını savunmakta, evlilik kurumuna karşı çıkmakta ve ayrıca insanların evrensel eşitliğini savunmak-

<sup>100</sup> Ağaoğulları, s. 387.

<sup>101</sup> Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 31.

<sup>102</sup> Şenel, s. 492.

tadır<sup>103</sup>. Bunun yanı sıra bazı kadınların, *kynik* felsefe okullarına dâhil oldukları da görülmektedir<sup>104</sup>.

Kadının statüsündeki iyileşmenin özellikle ivme kazanması ise Helenistik dönemde gerçekleşmiştir. Bu dönemde kadınlar, resmi okullara gidebilmiş, ayrıca felsefe okullarına katılıp entelektüel hayata dâhil olabilmışlerdir; ancak bu düzelme tam anlamıyla genele yayılmış şekilde olmayıp üst sınıflara mensup kadınlar için geçerli olacak düzeyde kalmıştır<sup>105</sup>.

Üst sınıftan kadınların statülerine ilişkin olarak düzelmenin olduğu ise özellikle Makedon Krallığı içerisinde görünür hâle gelmiştir. Kraliyette yer alan kadınların güçlü oldukları ve maddi kaynaklara sahip olabildikleri, kraliyet mensubu olmayan üst sınıf kadınlar için de ayrıcalıklar oluşturulduğu ve yine bu kadınların da maddi güç elde edebildikleri yönünde veriler vardır. Ayrıca bu dönemde kadınların eğitim almaya başlaması ile beraber kadın şairlere, mimarlara, ressamalara rastlamak mümkün hâle gelmiştir. Aynı zamanda üst sınıflara mensup olmayan kadınların da sözü edilen süreç içerisinde daha serbest hareket ettikleri söylenmektedir. Bu durum, özellikle evlilik kurumuna ilişkin olarak kadınların daha dikkate değer hâle gelmesi ile desteklenmektedir<sup>106</sup>.

Başka bir taraftan *polisin* bağımsızlığını yitirmesi, *polise* özgülenmiş olan kurumların, değer yargılarının ve hayat felsefelerinin anlamsızlaşmasına neden olmuştur. Yunan toplumu bir kimlik kaybı yaşamıştır. Bunun neticesinde ise daha önce son derece önemli olan siyaset ve kamusal hayat önemini yitirmiştir. Yurttaşlık bağlarından yoksun kalan Yunanlar için artık birey olarak hayata dâhil olma gereği ortaya çıkmış ve bu yönde yeni felsefe anlayışları ile ahlaksal dayanaklar geliştirilmiştir<sup>107</sup>.

Kadının statüsüne ilişkin olarak bu dönemde gelişen değişimin, söz konusu bilgiler doğrultusunda okunması gerekir. Zira burada görülen klasik çağda var olan kadın ve erkek arasındaki derin ayrımın silikleştiği; ancak çalışma kapsamında özellikle incelenen kamusal alandaki varlığın kadın ya da erkek, herkes için önemsizleştirildiğidir. Buna karşın yine de Helenistik

<sup>103</sup> Şenel, s. 499, 501.

<sup>104</sup> Doran, Timothy: "Women in the Hellenistic World: Issues, Evidence and Conclusions", <https://www.bxscience.edu/ourpages/auto/2011/11/18/55036014/Doran-HellenisticWomen.pdf>, Erişim Tarihi: 21.5.2021, s. 4.

<sup>105</sup> Şenel, s. 492.

<sup>106</sup> Doran, s. 1-3.

<sup>107</sup> Ağaoğulları, s. 389.

dönem felsefe okullarında kadının statüsüne ilişkin olarak *polistekine* nazaran ilerleme kaydetmiş fikirlere rastlandığını söylemek mümkündür ve kadının “görünür” hâle gelmesi bakımından bu durum dikkate değerdir.

Helenistik dönemde ortaya çıkan ve etkin olan iki felsefe okulu, *Epikuroşçu Okul* ve *Stoa Okulu*'dur. Bu iki okulun da ana amacı aynıdır: “bireyin mutluluğu”. Hem *Epikuroşçular* hem de *Stoacılar*, bireyin mutluluğunun toplumsal koşullardan ve siyasal yaşamdan bağımsız olduğunu ve hatta bireyin mutluluğunun sağlanabilmesi için toplumsal olaylardan uzak kalınması gerektiğini savunmuşlar, felsefeye bilgece yaşamayı sağlamaya yönelik pratik bir nitelik yüklemişlerdir. Aynı amaca yönelen bu iki okulun, amaçlarına ulaşmak için ise farklı yollar önerdikleri görülmektedir. *Epikuroşçular*, bilgece bir yaşamın sağlanmasını bireycilikle temellendirirken *Stoacılar*, evrenselci bir yaklaşımı kabul etmiştir<sup>108</sup>. Neticede bireyi ve bireyin mutluluğunu önemseyen Helenistik dönemin bu iki önemli düşünce okulu, klasik çağın *polise* bağlı yurttaş anlayışından farklı bir yol çizmiştir ve bu da cinsiyet ayrımı ve kadının statüsü konusunda farklı fikirlerin gelişmesine neden olmuştur.

*Epikuroşçulara* göre bilge olan kişiler, birbirlerine eşittir. Kişiler arasında servet, asalet, özgürlük ya da vatandaşlık durumuna bakılmayacağı gibi cinsiyet ayrımına da gidilmemelidir. *Epikuroşçu Okul*'un kurucusu olan *Epikuros*, cinsiyet eşitliği yanlısıdır. *Epikuros*'un kadınların da içerisinde yer aldığı sofralarda yemek yediği bilinmektedir<sup>109</sup>. Yine de burada tam bir eşitlik anlayışından bahsetmek mümkün değildir. Nitekim en derin ayırım, bilge ve bilge olmayanlar arasında yapılmakta ve bir eşitsizlik fikri tekrar ortaya çıkmaktadır; fakat bu eşitsizlik anlayışı içerisinde dönemin diğer eşitsizlik unsurlarına karşı gelinmektedir. Kabul edilmeyen eşitsizlik hâllerine kadın ve erkek arasında görülen ayırım da dâhildir<sup>110</sup>.

Helenistik dönem felsefesinde *Stoacılar* ise *kosmopolis* fikrini savunarak dünya devletinden ve dünya devleti yurttaşlığından bahsetmişlerdir. *Stoacılar*, evrensel aklın kurallarını kavramış bilgelerin eşitliğini ve dostluğunu savunmuşlardır. Bu dostluğun hayata dair her şeyi ortak kullanma fikrini kapsadığı söylenmektedir. Sözü edilen dostluk anlayışı ile paralel olacak şekilde *Stoa Okulu*'nun kurucusu olan *Zenon*, çocuklara aynı anne ve baba şefkati gösterileceği ve zina ile kıskançlığın son bulacağı düşüncesiyle özel-

<sup>108</sup> Ağaoğulları, s. 390.

<sup>109</sup> Şenel, s. 516; Doran, s. 3.

<sup>110</sup> Şenel, s. 516, 518.

likle bilgiler arasında kadın ve çocuk ortaklığı fikrini savunmuştur. *Zenon'a* göre gerçek yurttaş olacak olan bilgiler topluluğunda kadınlar da vardır<sup>111</sup>.

*Stoacıların*, kadın ve erkek arasındaki eşitsizliğe bakışları noktasında, öncelikle belirtilmesi gereken husus ise onların özgürlük ve eşitlik anlayışlarının soyut kalışıdır. *Stoacılara* göre, örneğin kölelik kurumu bakımından önemli olan özgür ya da köle olarak nitelendirilmiş olmak değildir. Onlar, özgür ya da köle olmanın dış değil, iç koşullara bağlı olduğunu, kendisini duygularından kurtarıp akla uygun davranabilenin özgür, akla uygun davranamayanların ise köle olduğunu söylerler. Bu bakımdan *stoacıların* eşitlik ideali soyut kalmaktadır<sup>112</sup>. Bununla beraber zaten *stoa* düşüncesi içerisinde her ne kadar kadınların da bilge ve yurttaş olabileceği düşüncesi olsa da doğrudan kadın ve erkek eşitliğine dair fikirlere rastlandığını söylemek de mümkün değildir<sup>113</sup>.

*Polisin* çöküş sürecinde başlayan ve Helenistik dönemde daha belirgin hâle gelen kadının statüsündeki iyileşmenin siyasal alanı kapsadığı ise söylenemez. Kadın ve erkek arasında henüz siyasal eşitlik sağlanması söz konusu değildir. Kadınların özgürleşmesi, daha serbest hareket etmesi bahsedilen iyileşmenin temel dayanaklarıdır. Yoksa kadınların erkeklerle eşit biçimde kamusal görevlerde yer alması ya da oy kullanma hakkına sahip olması gündemde değildir. Günümüzde cinsiyet rolleri daha çok kültürel temellere dayandırılmakta ve söz konusu kültürel yapı nedeniyle gelenekselleşen cinsiyet rollerinin varlığından bahsedilmekteyse de kamusal alanı tüm yönleri ile kapsayan gerçek anlamda bir eşitlik, Helenistik dönemde olduğu gibi sanayileşmemiş olan herhangi bir toplum için de zaten mümkün olamamaktadır<sup>114</sup>. Buna karşın yine de bireyciliğin ön plana çıkması, kadın ve erkek arasındaki eşitsizliğe karşı fikirlerin doğması ve kadının daha serbest hareket etmeye başlaması bakımından Helenistik dönem, kadının kamusal alandaki kısmi de olsa varlığının yadsınmadığı ve dolayısıyla kadının statüsünün iyileşme gösterdiği bir süreç olarak değerlendirilebilir.

*Polisin* çöküş sürecinde kadının statüsündeki değişim ve aynı dönemin siyasal düşüncesinde kadına bakış tarihsel dayanak noktaları ile bir gerçek-

<sup>111</sup> Şenel, s. 523; Ağaoğulları, s. 432; Obbink, Dirk/Waerdt, Paul A. Vander: "Diogenes of Babylon: The Stoic Sage in the City of Fools", *Greek, Roman and Byzantine Studies*, Cambridge, Vol.32, Iss.4, 1991, s. 361.

<sup>112</sup> Bkz. Şenel, s. 524.

<sup>113</sup> Doran, s. 4.

<sup>114</sup> Bkz. Doran, s. 4-7; Millett, Kate (çev. Seçkin Selvi): *Cinsel Politika*, Payel Yay., İstanbul, t.y., s. 55.

liği ortaya koymaktadır. Cinsiyet rolleri siyasal sistemlerin kendi dinamiklerinden etkilenmekte ve dönemin siyasal düşünceleri de -her ne kadar farklı görüşler barındırabilseler de- belirli sınırlar dâhilinde gelişim göstermektedir.

Gelenekselleşmiş cinsiyet rolleri günümüzde kadınların insan haklarının tam ve eşit kullanılmasının önündeki önemli engellerden biri olarak görülmektedir. Toplumsal cinsiyet eşitliği perspektifinin bir bakış açısı sorunu olduğunu kabul etmek ve geleneksel cinsiyet rollerine bağlı kalma sorununu yadsımamakla beraber yönetim şekillerinin, söz konusu bakış açısına etkisinin olduğu henüz Antik Yunan siyasal düzeni ve siyasal düşüncesi incelenirken ortaya çıkmaktadır. Cinsiyet rollerinin ayrımcı tutumlarla şekillenmesi ve kadınların daha çok özel alana ait görülmesi sorunlarının çözümünde siyasal düzenin, ekonomik yapının ve bunları destekleyen ideolojik tutumların etkisinin olduğu ortadadır ve kadınlar için temel bir engel olan “gelenekselleşmiş” cinsiyet rolleri yalnızca tarihsel bir miras olarak değerlendirilmemelidir.

### KAYNAKÇA

- Ağaoğulları**, Mehmet Ali: Kent Devletinden İmparatorluğa, 3. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002.
- Akad**, Mehmet/**Vural Dinçkol**, Bihterin/**Bulut**, Nihat: Genel Kamu Hukuku, 13. Basım, Der Yay., İstanbul, 2017.
- Akal**, Cemal Bâli: Siyasi İktidarın Cinsiyeti, İmge Kitabevi, Ankara, 1994.
- Akalın**, Ayşegül: “Eski Çağda Grek Kadının Toplumsal Yaşantısı”, Tarih Araştırmaları Dergisi, C. 21, S. 33, 2003, ss. 17-47.
- Akkaya Kia**, Rukiye: “Atina’daki Demokrasiden Orta Çağ’a Kadının Dünyası ve Kadın Filozoflar”, İÜHFİM, C. LXXIII, S. 1, 2015, ss. 7-20.
- Aristoteles** (çev. Mete Tunçay): Politika, 19. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Bendason**, Ney (çev. Şirin Tekeli): Başlangıcından Günümüze Kadın Hakları, İletişim Yay., t.y.
- Blundell**, Sue: Women in Ancient Greece, British Museum Press, 1999.
- Boyacı**, Nihal Petek: “Platon’da Kadın Sorunu Üzerine Bir Tartışma”, Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 18, 2014 Güz, ss. 205-230.
- Caccia**, Lewis, Jr.: “The Status of Women among the Guardian Class: Feminism in Relation to Plato’s Republic”, Atenea, Vol.32, No.1-2, 2012, ss. 19-31.
- Cantarella**, Eva: “Gender, Sexuality and Law”, The Cambridge Companion to Ancient Greek Law, Ed. Michael Gagarin/David Cohen, Cambridge University Press, 2005, ss. 236-253.
- Çolakoğlu**, Hilal: “Antik Yunan ve Platon’da Cinsiyet Sorunu”, Atatürk İletişim Dergisi, S. 9, Temmuz 2015, ss. 223-229.
- Dahl**, Robert A. (çev. Betül Kadioğlu): Demokrasi Üzerine, 5. Baskı, Phoenix Yay., Ankara, 2019.
- Demir**, Nazlı Hilal: Feminist Perspektiften Düşünce Tarihinin Köşe Taşları ve İdeal Bir Hukuk Arayışı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2017.
- Doran**, Timothy: “Women in the Hellenistic World: Issues, Evidence and Conclusions”, <https://www.bxscience.edu/ourpages/auto/2011/11/18/55036014/Doran-HellenisticWomen.pdf>, Erişim Tarihi: 21.5.2021, ss. 1-7.
- Gemalmaz**, Mehmet Semih: Devlet, Birey ve Özgürlük, 3. Baskı, Legal Yay., İstanbul, 2016.



- Göze**, Ayferi: Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 12. Bası, Beta Yay., İstanbul, 2009.
- Hanisch**, Carol (çev. A. Nazar Erişkin/Halil Duranay): Kişisel Olan Politikadır: “Radikal Feminizm Üzerine”, Kult Yay., 2013.
- Katz**, Marilyn: “Ideology and the “Status of Women” in Ancient Greece”, History and Theory, Vol.31, No.4, Wiley for Wesleyan University, 1992, ss. 70-97.
- Lewinshon**, Richard (çev. Ender Gürol): Cinsi Adetler Tarihi, Varlık Yay., İstanbul, 1996.
- Lyttkens**, Carl Hampus: “Reflections on the Origins of the Polis: An Economic Perspective on Institutional Change in Ancient Greece”, Constitutional Political Economy, Vol.17, Iss.1, 2006, ss. 31-48.
- Mckeen**, Catherine: “Why Women Must Guard and Rule in Plato’s Kallipolis”, Pacific Philosophical Quarterly, Vol.87, 2006, ss. 527-548.
- Michel**, Andree (çev. Şirin Tekeli): Feminizm, İletişim Yay., t.y.
- Millett**, Kate (çev. Seçkin Selvi): Cinsel Politika, Payel Yay., İstanbul, t.y.
- Modrak**, Deborah K.: “Philosophy and Women in Antiquity”, Rice Institute Pamphlet – Rice University Studies, Vol.64, No.1, Rice University, 1978, ss. 1-11.
- Nevett**, Lisa C.: House and Society in the Ancient Greek World, Cambridge University Press, 1999.
- Obbink**, Dirk/Waerdt, Paul A. Vander: “Diogenes of Babylon: The Stoic Sage in the City of Fools”, Greek, Roman and Byzantine Studies, Cambridge, Vol.32, Iss.4, 1991, ss. 355-396.
- Okandan**, Recai G: “İlk Çağda Demokratik ve Antidemokratik Görüşler”, İÜHFİM, C. 14, S. 3-4, 1948, ss. 501-520.
- O’Pry**, Kay: “Social and Political Roles of Women in Athens and Sparta”, Saber and Scroll, Vol.1, Iss.2, Art.3, 2012, ss. 7-14.
- Petraki**, Anastasia: “Reflections of Antiquity in the Greek Education of the 20th Century”, Social Change Review, Vol.8, No.1, 2017, ss. 69-82.
- Phillips**, Anne (çev. Alev Türker): Demokrasinin Cinsiyeti, 3. Basım, Metis Yay., İstanbul, 2015.
- Platon** (çev. Sabahattin Eyüboğlu/M. Ali Cimcoz): Devlet, XXXIV. Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul, 2017.
- Platon** (çev. Candan Şentuna/Saffet Babü): Yasalar (I-XII. Kitaplar), 2. Basım, Kabcacı Yay., İstanbul, 1994.

- Plutarkhos** (çev. S. Eyüboğlu/V. Günal): Lykurgos'un Hayatı, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul, 2002.
- Pritchard, D. M.:** "The Position of Attic Women in Democratic Athens", Greece and Rome, Vol.61, No.2, 2014, ss. 1-18.
- Şenel, Alâeddin:** Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üstüne, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., No.307, Ankara, 1970.
- Tannenbaum, Donald G./Schultz, David** (çev. Fatih Demirci): Siyasal Düşünce Tarihi Filozoflar ve Fikirleri, 9. Baskı, Adres Yay., Ankara, 2010.
- Tremblay, Manon:** "Democracy, Representation, and Women: A Comparative Analysis", Democratization, Vol.14, No.4, 2007, ss. 533-553.
- Uygun, Oktay:** Devlet Teorisi, On İki Levha Yay., İstanbul, Eylül 2014.
- Von Aster, Ernst** (çev. Vural Okur): İlkçağ ve Ortaçağ Felsefe Tarihi, 3. Baskı, İm Yayınevi, İstanbul, 2005.
- Whiteley, Rebekah:** Courtesans and Kings: Ancient Greek Perspectives on the Hetairai, (Unpublished master's thesis), University of Calgary, Calgary, 2000.
- Yılmazcan, Defne:** Antik Yunan'da Toplumsal Cinsiyetin İnşası, Akademisyen Kitabevi, Çankırı, 2020.
- Yükselbaba, Ülker:** "Kadın ve Kamusal Alan: Kadının, Kadın Olarak Var Olma Mücadelesi", Kadın, Kamusal Alan ve Hukuk, Ed. Ülker Yükselbaba, Tekin Yay., İstanbul, 2017, ss. 1-46.
- Zabunoğlu, Yahya Kâzım/Mumcuoğlu, Maksut/Saygılı, Abdurrahman/Zabunoğlu, Hamdi Gökçe:** Devletin Genel Kuramı Dersleri Cilt-1, Yetkin Yay., Ankara, 2021.



## YARGI KARARLARI IŞIĞINDA İDARİ YARGILAMA USULÜNDE TANIK

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998237>

Arş. Gör. Dr. Sezin ÖZTOPRAK\*

### Öz

*İdari yargılama usulünde tanık delilinin iki farklı boyutu bulunmaktadır. Öncelikle, idari yargılama usulünde, Danıştay kararları doğrultusunda, yargılama aşamasında tanık dinlenmemektedir. Bununla birlikte, idari usul sürecinde ya da adli yargı yerlerince dinlenmiş olan tanıkların ifadeleri idari yargı yerlerince delil olarak kullanılmaktadır. Tanık delilinin iki boyutu da adil yargılanma hakkı ve vicdani kanaat ilkesi ile yakından ilişkili olup bu husus Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarında da vurgulanmaktadır. Bu çalışmada, öncelikle Danıştay kararları doğrultusunda, idari yargılama aşamasında tanık dinlenmemesinin gerekçeleri değerlendirilmiş, ardından dolaylı olarak idari yargılama sürecine etki eden tanık ifadelerine ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Son olarak adil yargılanma hakkı ve vicdani kanaat ilkesi açısından idari yargılama usulünde tanık dinlenmesinin gerekliliği vurgulanmaya çalışılmıştır.*

### Anahtar Kelimeler

*Tanık, Adil yargılanma hakkı, Vicdani kanaat ilkesi, Yazılı yargılama usulü, Sözlü yargılama usulü, İdari usul*

## WITNESS IN ADMINISTRATIVE JUDICIAL PROCEDURE IN THE LIGHT OF JUDICIAL DECISIONS

(Research Article)

### Abstract

*There are two different legal dimensions of the evidence of witness in administrative judicial procedure. Primarily, in administrative judicial*

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Konya (avsezin@hotmail.com), ORCID: 0000-0002-9460-9583 (Geliş Tarihi: 04.04.2021-Kabul Tarihi: 09.07.2021)

*procedure, in the direction of the decisions of Council of State, the witness is not heard in jurisdiction period. However, the statements of the witnesses who were heard in the period of administrative procedure or by ordinary justice places are used as evidences by administrative justice places. The two legal dimensions of the evidence of witness are hand in and glove with the right to fair trial and the principle of personal conviction and this matter is also emphasized in the decisions of European Court of Human Rights and Constitutional Court. In this study, firstly judicial opinions why witness has not been heard in administrative judicial procedure has been evaluated in the direction of the decisions of Council of State, after the witness statements, which have impact to administrative jurisdiction period edgeways, has been explained. Finally, the necessity of hearing witness in administrative jurisdiction procedure has been tried to emphasise in terms of right to fair trial and the principle of personal conviction.*

**Keywords**

*Witness, Right to fair trial, The principle of personal conviction, Written proceeding, Oral proceeding, Administrative procedure.*

## GİRİŞ

Tanık delili, ceza yargılaması açısından CMK<sup>1</sup>'de, hukuk yargılaması açısından HMK<sup>2</sup>'de ayrıca ve açıkça düzenlenmiş olup, ceza ve hukuk yargılamaları sırasında sıklıkla bu delile başvurulmaktadır. İdari yargılama usulünde ise, İYUK<sup>3</sup>'ta tanık delili de dâhil olmak üzere hiçbir delil ayrıca düzenlenmemiş, sadece bilirkişi ve keşif delilleri ile ilgili olarak İYUK-md. 31'de HMK'ye atıf yapılmıştır. Buna ek olarak, İYUK-md.31'de, kanunda hüküm bulunmayan ve HMK'ye atıf yapılmayan hallerde vergi uyuşmazlıklarının çözümünde VUK<sup>4</sup>'un uygulanacağı belirtilmiş olsa da; VUK-md. 3'te düzenlenmiş olan tanık ifadesi Danıştay tarafından vergilendirme süreci açısından kabul edilmiş, VUK-mükerrer md. 378'de duruşma sırasında dinleneceği belirtilen kişiler ise madde hükmünde sayılan kişilerle sınırlandırılmıştır.

Böylelikle, hukuk ve ceza yargılamalarının aksine, idari yargılama aşamasında sözlü olarak tanık dinlenememektedir. Bununla birlikte, idare hukukunda disiplin cezaları başta olmak üzere çok sayıda idari işlemin hazırlık aşamasında tanık ifadeleri önemli bir yer teşkil etmekte ve Danıştay yargılama sırasında bu ifadeleri delil olarak kullanabilmektedir. Benzer şekilde, adli yargı yerlerince dinlenmiş olan tanıkların ifadeleri bazı idari uyuşmazlıkların çözümünde delil olarak kabul edilmektedir.

İdari yargılama usulünde tanık dinlenmesinin önemi ile ilgili olarak, uzun zamandır doktrinde çok sayıda çalışma yapılmış olmasına rağmen, ne yazık ki bu hususta bir ilerleme kaydedilmemiştir. Bununla birlikte, adil yargılanma hakkı ve vicdani kanaat ilkesi ile yakın ilişki içinde bulunan tanık dinleme hakkının önemi son yıllarda bireysel başvuru sonucu verilen Anayasa Mahkemesi kararlarına yansımıştır. Bazı noktalarda tekrara düşme kaygısı taşıyan bu çalışmanın yapılmasının temel sebepleri, tanık delilinin idari yargılama usulündeki iki boyutunu ortaya koyabilmek ve idari yargılama aşamasında tanık dinlenmesinin önemini vurgulayabilmektir.

Bu amaçla yapılmış olan çalışmada, Danıştay'ın tanık delili ile ilgili kararları incelenmiş ve çalışmanın ilk iki bölümü bu çerçevede oluşturulmuştur. Buna göre, çalışmanın ilk bölümünde, Danıştay'ın idari yargılama aşamasında tanık dinlememesine ilişkin gerekçeleri değerlendirilecek; ikinci

<sup>1</sup> 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu; RGT. 17.12.2004, RGS. 25673.

<sup>2</sup> 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu; RGT. 04.02.2011, RGS. 27836.

<sup>3</sup> 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu; RGT. 20.01.1982, RGS. 17580.

<sup>4</sup> 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu; RGT. 10.01.1961, RGS. 10703.

bölümde ise Danıştay'ın, idari usul sürecinde ve adli yargı aşamasında dinlenmiş olan tanık ifadelerini delil olarak kullandığı çok sayıda karara ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır. Çalışmanın üçüncü bölümünde ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin kararları doğrultusunda, idari yargılama usulünde tanık delilinin adil yargılanma hakkı ve vicdani kanaat ilkesi ile ilişkisi açıklanmaya çalışılacaktır.

Bu şekilde sonlandırılacak olan çalışmada, idari yargılama usulünde tanık dinlenmesine yönelik mevzuat ya da içtihat değişikliği gerekliliğinin, daha önceden çok sayıda yazar tarafından vurgulanmış olduğu gibi, bir kez daha altının çizilmesi ve Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı'nda belirtilmiş olduğu gibi, tanık deliline ilişkin düzenlemelerin yapılması umulmaktadır.

## I. İDARİ YARGILAMA AŞAMASINDA TANIK DİNLENMEMESİ

### A. İdari Yargılama Aşamasında Tanık Dinlenmemesinin Gerekçeleri

İYUK'ta tanık deliline ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamakta olup, idari yargılama aşamasında sözlü olarak tanık dinlenemeyeceğine ilişkin kabul, Danıştay içtihatları ile söz konusu olmuştur. Danıştay'ın bu husustaki içtihadına temel teşkil eden eski tarihli iki kararı, vergi uyumsuzluklarına ilişkindir. Danıştay 3. Dairesi'nin söz konusu kararlarında, idari yargılama usulünde yazılı yargılama usulünün geçerli olduğu ve İYUK-md.31'de tanık delili ile ilgili olarak HMK'ye atıf yapılmamış olduğu için, tanık delilinin idari yargılama usulünde kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Danıştay aynı gerekçelere dayanarak duruşma sırasında tanık dinlenmesini kabul etmediği gibi<sup>5</sup>; keşiften sonra davacı tarafından getirilen ve ifadeleri tutanağa geçirilen tanık ifadesini de kabul etmemiştir<sup>6</sup>. Bu durumda, söz konusu tanıklar keşif sırasında dinlenmiş olsaydı Danıştay'ın tanık ifadesini kabul edeceğini söylemek mümkün<sup>7</sup> olabilse de bireysel başvuruya konu olmuş bir idare mahkemesi kararında açıkça "...idari yargılama usulünde keşif sırasında ya da yargılamanın herhangi bir aşamasında tanık dinlenil-

<sup>5</sup> D3D, E.1986/1201, K.1986/2706, KT.24.12.1986; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021.

<sup>6</sup> D3D, E.1989/3460, K.1990/3569, KT.25.12.1990; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021.

<sup>7</sup> Bununla birlikte, söz konusu karar, doktrinde, Danıştay'ın keşif sırasında tanık beyanını kabul etmediği şeklinde yorumlanmıştır. Bkz. **Akyılmaz**, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 638.

mesi usulünün olmadığı...”<sup>8</sup> belirtilmiş ve Danıştay’ın yargılama sırasında yapılan keşifte tanık dinlenebileceğine ilişkin bir kararına bu çalışma kapsamında ulaşılammış olduğundan<sup>9</sup>, bu kez idari yargılama aşamasında keşif sırasında da tanık dinlenmeyeceğinin kabul edilmiş olduğunu söylemek mümkün hale gelmektedir.

Oysa keşifle ilgili olarak İYUK-md. 31’in HMK’ye yaptığı atıf gereği keşif sırasında tanık dinlenmesi mümkündür<sup>10</sup>. Benzer şekilde, VUK-md.3<sup>11</sup>,te, tanık ifadesi delil olarak kabul edilmekte<sup>12</sup> olduğundan, vergi uyuşmazlıklarında da tanık dinlenmesi kabul edilebilmelidir. Bununla birlikte, Danıştay kararlarında “vergiyi doğuran olayla ilişkisi doğal ve açık bulunan tanık ifadesi”nin gerçek mahiyetin ortaya çıkarılmasında başvurulacak bir delil olduğu vurgulanmakta<sup>13</sup> ise de Danıştay bu hususu sadece

<sup>8</sup> AYM, BN. 2013/6615, KT.20.04.2016; www.hukukturk.com; e.t. 25.03.2021.

<sup>9</sup> Danıştay’ın idari usul sürecinde yapılan keşif sırasında dinlenen tanıklarla ilgili değerlendirmelere yer vermiş olduğu kararları ise bulunmaktadır. Örnek için bkz. “Dava, ... ili, ... ilçesine bağlı .... köyüne ait bulunan yaylaya davacılar tarafından sahip çıkılmak ve yaylayı kiralayan yaylacıları taciz etmek suretiyle tecavüzde bulduklarından bahisle yapılan tecavüzün men’ine dair... Kaymakamlığı’nın kararının iptali istemiyle açılmıştır....İdare Mahkemesince, uyuşmazlık konusu yere davacıların tecavüzde bulunduğu mahallinde yapılan keşif ve düzenlenen tanık beyanlarıyla sabit bulunduğuundan, 3091 sayılı Yasaya göre verilen kararda mevzuata aykırılık görülmediği gerekçeyle davanın reddine karar verilmiştir...Bu durumda, adliye mahkemesinde açılmış bulunan elatmanın önlenmesi davası Kaymakamlığın, 3091 sayılı Yasa ve uygulama yönetmeliği hükümleri uyarınca soruşturma yapmasına ve karar vermesine engel oluşturduğundan, bu durum dikkate alınmaksızın davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır...”; D10D, E.1999/4852, K.2001/3433, KT.08.10.2001; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021.

<sup>10</sup> HMK-md. 290/2: “Mahkeme keşif sırasında tanık ve bilirkişi dinleyebilir...”. Bu hususta ayrıca bkz. **Akılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 638; **Çınarlı**, Serkan/**Azak**, Kerim: “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Disiplin Cezalarının İptali Davalarında Tanık Delili Sorunu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 29, Sayı 1, 2021, s. 524; **Çebi Buğdaycı**, Melike Özge: “İdari Yargılama Usulünde Keşif Delili”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 29, Sayı 1, 2021, s. 33.

<sup>11</sup> VUK-md. 3: “...Vergiye doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz...”

<sup>12</sup> **Uzun**, Mine: “Bir Adil Yargılanma Hakkı Olarak Tanığı Sorgulama ve Tanık Dinletme Hakkının Türk Vergi Yargılamasındaki Yeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 63, Sayı 1, 2014, s. 230; **Ceylan**, Mahmut: “İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları”, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 8, Sayı 16, Aralık 2018, s. 330.

<sup>13</sup> D9D, E.2017/1234, K.2020/696, KT.12.02.2020; D9D, E.2018/61, K.2020/1084, KT.24.02.2020; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021.



vergileendirme sürecine ilişkin görmekte, yargılama aşamasında ayrıca tanık ifadesi alınmasını ise, idari yargıda tanık dinlenemeyeceğine ilişkin kararlardaki gerekçeleri kullanarak bozma sebebi olarak kabul etmektedir<sup>14</sup>. Danıştay eski tarihli bir kararında, vergi hukukunda bazen tanık ifadelerinden yararlanmanın zorunlu olduğuna ve bu beyanların maddi delil olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiş olsa da bu kararda mahkeme huzurunda alınan bir tanık ifadesi değil, uyuşmazlığa konu komisyon kararının alınması sırasındaki tanık ifadesinden bahsedilmektedir<sup>15</sup>. Sonuç olarak, Danıştay VUK-md. 3'te yer alan tanık ifadesini vergileendirme sürecine ilişkin olarak kabul etmektedir. Böylece, vergileendirme sürecinde alınan tanık ifadeleri de yazılı delil haline dönüşmüş olmaktadır. VUK'ta tanıkla ilgili diğer hüküm ise, duruşma sırasında belli kişilerin de dinlenebilmesini hüküm altına alan mükerrer 378. maddedir<sup>16</sup>. Bu madde ile, vergi davalarında sınırlı da olsa, tanık dinlenebilmesi kanunen hüküm altına alınmıştır. Doktrinde, vergi davalarında bu şekilde dinlenebilecek olan kişiler, "kısıtlı şahit" olarak adlandırılmıştır<sup>17</sup>.

Böylelikle, idari yargılama usulünde VUK- mükerrer md. 378 doğrultusunda sadece bu madde hükmünde belirtilen kişiler tanık olarak dinlenebilmekte, VUK- md. 3'te açık düzenleme bulunmasına rağmen, vergi uyuşmazlıklarında bu madde doğrultusunda tanık dinlenmesini Danıştay kabul etmemektedir. Aslında, idari yargılama usulünde, vergi uyuşmazlıkları dışındaki uyuşmazlıkları da kapsayacak şekilde tanık dinlenmemesinin gerekçeleri, vergi uyuşmazlıklarına ilişkin söz konusu içtihattan temellenmiştir.

Danıştay, yazılı yargılama usulünün benimsenmiş olması ve HMK'ye atf yapılmamış olmasına ilişkin gerekçeleri, vergi uyuşmazlıkları dışında az sayıdaki başka idari uyuşmazlıkta da kullanmış<sup>18</sup>, bazılarında ise gerekçeye yer vermeksizin tanık dinlenmesi talebini kabul etmemiştir. Örneğin, idareye karşı açmış olduğu tam yargı davasında davacı ilk derece aşamasında tanık dinletmek istemiş, ilk derece mahkemesince bu talebi reddedilmiş ve dava konusu zarara kişisel kusurunun sebep olduğu gerekçesi ile davanın reddine

<sup>14</sup> Uzun, s. 232.

<sup>15</sup> D4D, E.1978/1623, K.1978/3550, KT.23.11.1978; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021.

<sup>16</sup> VUK-Mükerrer md. 378: "Danıştay ve vergi mahkemelerinde yapılacak duruşmalarda, iddia ve savunmanın gerekli kıldığı hallerde, mahkeme vergi davasına konu olan tarihyatın dayanağı incelemeyi yapmış bulunan inceleme elemanları ile, mükellefin duruşmada hazır bulundurduğu mali müşaviri veya muhasebecisini de dinler."

<sup>17</sup> Hondu, Selçuk: "İdari Yargılama Usulünde Deliller ve "Şahit"", Özay İl Han, Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 264.

<sup>18</sup> D8D, E.2003/3369, K.2004/917, KT.25.02.2004; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021.

karar verilmiştir. Davacı, bu kez Danıştay'a yapmış olduğu temyiz başvurusunda, tanık dinletme talebinin reddedildiğini ve ilk derece mahkemesi kararının salt idarenin görevlilerinin beyanlarına dayanılarak verilmiş olduğunu belirtmiş olsa da Danıştay ilk derece mahkemesi kararını onamıştır<sup>19</sup>.

Doktrinde, idari yargılama hukukunda benimsenmiş olan tanık dinlenmemesine ilişkin kabulün, yazılılık ilkesinin ispat sürecindeki yansıması olduğu<sup>20</sup>, böylece hem idari yargılama usulünde yazılı yargılama usulünün benimsenmiş olması hem de İYUK-md. 31'de tanık delili ile ilgili olarak HMK'ye atıf yapılmamış olması sebepleriyle mevzuat hükümleri çerçevesinde idari davalarda tanık dinlenmesinin mümkün olmadığı<sup>21</sup>, belirtilmektedir. Bununla birlikte, idare ve vergi mahkemelerinde görülen bazı uyuşmazlıkların<sup>22</sup> “sağlıklı ve adaletli” şekilde çözümlenebilmesi için tanık deliline ihtiyaç duyulduğu da kabul edilmektedir<sup>23</sup>. Bu yöndeki görüş doğrultusunda, idari yargılama usulünde mahkeme huzurunda tanık dinlenebilmesi ancak İYUK'a bu konuda bir düzenleme eklenmesi ile mümkün olabilecektir. Bu husustaki diğer görüş ise, İYUK'un mevcut durumuyla dahi idari yargılama aşamasında tanık dinlenebileceği<sup>24</sup> ve bu hususta içtihat değişikliğine gidilmesinin yerinde olacağı<sup>25</sup> yönündedir.

Danıştay'ın tanık delili ile ilgili içtihadı uzun zamandır doktrinde eleştirilmiş olmakla birlikte, bu doğrultuda ne mevzuat değişikliği yapılmış ne de Danıştay içtihadında değişiklik olmuştur. Aşağıdaki başlıklarda, Danıştay ve doktrinde bazı yazarlar tarafından kabul edilen gerekçelerin idari yargı-

<sup>19</sup> D10D, E.1992/3677, K.1993/4203, KT.02.11.1993; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021

<sup>20</sup> **Yasin**, Melikşah: İdari Yargılama Usulünde İspat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 36.

<sup>21</sup> **Hondu**, s. 259; **Işıklar**, Celal: “İdarî Yargıda Duruşma”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 2, Yıl 2, Sayı 4, 2011, s. 81. Hukuk yargılamasına ilişkin kanunların idari yargılama usulünde uygulanabilmesi için mutlaka açık bir kanun hükmü gerektiği hususunda ayrıca bkz. **Onar**, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1939.

<sup>22</sup> Uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak mahkemeden tanık dinlenilmesi talep edilmiş olan bazı dava örnekleri için bkz.; **Hondu**, s. 260-261.

<sup>23</sup> **Hondu**, s. 259.

<sup>24</sup> Bkz. **Yılmaz**, Dilşat: “Usul Ekonomisi İlkesi” Çerçevesinde Türk İdari Yargılama Usulünde Sözlülük İlkesine İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXIII, Sayı 2, Yıl 2019, s. 302-313'deki açıklamalar.

<sup>25</sup> Örneğin bkz. **Ocak**, Memduh: “İdari Yargıda Duruşmanın Adil Yargılanma Hakkı Açısından İncelenmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 145, 2019, s. 363.

lama usulünde tanık dinlenmesine engel teşkil edip etmeyeceği belirlenmeye çalışılacaktır.

### **B. Yazılı Yargılama Usulünün Tanık Dinlenmesine Engel Teşkil Edip Etmemesi**

İdari yargılama aşamasında tanık dinlenmemesinin gerekçesi olarak kabul edilen yazılı yargılama usulü, idari yargılama usulünde eskiden beri uygulanan bir usul olup, İYUK-md.1/2’de yer alan kural ile yazılı yargılama usulü idari yargılama usulü açısından kanuni dayanak kazanmıştır<sup>26</sup>. Bundan önce, 521 sayılı Kanun<sup>27</sup>-md. 78’de yer alan ve idari yargılama usulünde incelemenin evrak üzerinden yapılacağına ilişkin hükmün de yazılı yargılama usulünün benimsenmiş olduğuna ilişkin bir hüküm olduğu doktrinde belirtilmiştir<sup>28</sup>. Doktrinde, ayrıca idari yargılama usulünde yazılılık ilkesinin kabul edilmiş olmasının sebebini, Danıştay’ın ilk derece mahkemesi ve yüksek mahkeme olarak görev yaptığı dönemlerde eğer sözlülük ilkesi de kabul edilmiş olsa idi, iş yükünün daha da artacağı ve yargılama sürecinin daha da uzayacağına ilişkin kaygıların oluşturduğu ve fakat idare mahkemelerinin kurulması ile birlikte Danıştay’ın iş yükünün azalmış olduğu ve yazılılık ilkesinin “*yeni baştan gözden geçirilmesi*” gerektiği<sup>29</sup>, belirtilmiştir. Yazılılık ilkesinin yeniden ele alınması gerekliliğine ilişkin bu görüşün haklılığı, günümüzde Bölge İdare Mahkemeleri’nin faaliyete geçmiş olması ve Danıştay’ın artık büyük ölçüde içtihat mahkemesi haline dönüşmüş olması gerçeği göz önüne alındığında, daha da artarak idare mahkemeleri, vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da görülecek uyuşmazlıklarda tanık dinlenmemesinin pratik bir faydası kalmadığı görülebilmektedir.

Bununla birlikte, Danıştay’ın içtihadının günümüzde de değişmemesinin sebebini İYUK’ta tanık dinlenmesi lehine bir mevzuat değişikliği yapılmamış olması olduğu söylenebilir. Zira, Danıştay’ın günümüzde geçerliğini koruyan içtihadında idari yargılama usulünde tanık delilini kabul etmemesinin temel gerekçesini, İYUK-md.1/2’de açıkça belirtildiği üzere yazılı yargılama usulünün benimsenmiş olması ve sözlü yargılama usulünün bir örneği olan duruşmaya ilişkin İYUK-md.17 ve md. 18’de duruşmada sadece

<sup>26</sup> Hondu, s. 254-255.

<sup>27</sup> Danıştay Kanunu (RGT. 31.12.1964, RGS. 11896)

<sup>28</sup> Çağlayan, Ramazan: “İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilini Yeri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 3-4, Yıl 2003, s. 198.

<sup>29</sup> Hondu, s. 255.

tarafların dinleneceğinin hüküm altına alınmış olması oluşturmaktadır<sup>30</sup>. Bununla birlikte, yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi, keşifle ilgili HMK'ye atıf yapılmış ve HMK'de keşif sırasında tanık dinlenebileceği açıkça belirtilmiş olduğundan, idari yargılama usulünde sözlü yargılama usulünün uygulanabileceği tek durum duruşma olmayıp, keşif sırasında tanık dinlenmesi de aynı kapsamda değerlendirilmelidir. Kaldı ki, kanunen yazılı yargılama usulünün benimsenmiş olması, tek başına tanık dinlenmesine engel teşkil etmemektedir. Zira, sözlü yargılama usulü ile yazılı yargılama usulü arasındaki fark; davacının ve davalının iddia ve savunmalarını mahkemeye sunuş şekillerinden ibaret olup; sözlü yargılama usulünde taraflar iddialarını sözlü olarak mahkemeye sunmaktayken, yazılı yargılama usulünde dilekçelerle sunmakta, yine sözlü yargılama usulü duruşmalarla devam etmekte iken, yazılı yargılama usulünde duruşma bulunmamaktadır<sup>31</sup>. Bu doğrultuda, hukuk yargılamasında da genel yargılama usulü-HMK-md.316/1-g ve 322/1'in yorumuyla-yazılı yargılama usulüdür ve sözlü yargılama aşaması, yazılı yargılama usulünün aşamalarından birini oluşturmaktadır<sup>32</sup>. Ceza yargılamasında ise, soruşturma aşamasında yazılılık, kovuşturma aşamasında sözlülük ilkesi benimsenmiştir<sup>33</sup>. Bununla birlikte, her iki yargılama usulünde de tanık, uyuşmazlık konusu olayı aydınlatmak için başvuru deliller arasında kabul edilmekte ve sıklıkla bu delile başvurulmaktadır. İdari yargılama usulünde, İYUK-md. 17 ila md. 19 arasında bir sözlü yargılama yöntemi olan duruşmaya yer verilmiş, böylece karma bir sistem benimsenmiş<sup>34</sup> olup, doktrinde sözlülük usulünün gerçek anlamda işlevsel olabilmesinin yolunun, duruşma sırasında tanık dinlenmesinden geçtiği<sup>35</sup>, haklılıkla belirtilmektedir.

Gerçekten, yargılama sırasında usul işlemleri, yazılılık ya da sözlülük şekillerinden biri benimsenerek yapılabilecek olsa da günümüzde bunlardan sadece biri tercih edilmemekte, yargılamanın bazı aşamalarında yazılılık, bazı aşamalarında ise sözlülük usulü benimsenmektedir<sup>36</sup>. Yazılılık ilkesi,

<sup>30</sup> D3D, E.1986/1201, K.1986/2706, KT.24.12.1986; D3D, E.1989/3460, K.1990/3569, KT. 25.12.1990; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021.

<sup>31</sup> **Onar**, s. 1935-1936.

<sup>32</sup> Bu hususta bkz. **Kuru**, Baki: Medenî Usul Hukuku, Legal Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2015, s. 151-152; **Türkoğlu Üstün**, Kâmile: İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 332-334.

<sup>33</sup> **Türkoğlu Üstün**, s. 334.

<sup>34</sup> **Onar**, s. 1937; **Kaplan**, Gürsel: "İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 1, Yıl 13, s. 36.

<sup>35</sup> **Kaplan**, s. 38.

<sup>36</sup> **Türkoğlu Üstün**, s. 326.

sözlülük ilkesine nazaran her ne kadar mahkemenin dava malzemesini tespit etmesi ve koruması ile davanın daha kısa sürede sonuçlanması ihtimali açısından daha avantajlı olsa da maddi olayın tam olarak ispatlanabilmesi açısından dezavantajlı olmaktadır<sup>37</sup>.

Bu sebeplerle ve tanık delilini açıkça yasaklayan bir hüküm bulunmaması sebebiyle, idari yargılama usulünde kural olarak yazılı yargılama usulünün benimsenmiş olmasının, tek başına tanık dinlenmesine engel teşkil ettiğini söylemek mümkün gözükmemektedir<sup>38</sup>.

### C. HMK'ye Atıf Yapılmamış Olmasının Yargılama Sırasında Tanık Dinlenmesine Engel Teşkil Edip Etmediği

Danıştay'ın, idari yargılama usulünde tanık dinlenmesini kabul etmemesine ilişkin diğer gerekçesi, İYUK-md. 31'de tanık delili ile ilgili olarak HMK'ye atıf yapılmamış olmasıdır.

#### 1. Yargılama Usullerinin Kanuniliği İlkesi Karşısında

Danıştay'ın idari yargılama usulünü düzenleyen kanunlarda hukuk usulünü düzenleyen kanunlara atıf yapılmadığı durumlara ilişkin kararlarının, öncelikle yargılama usullerinin kanuniliği ilkesi karşısındaki durumuna bakılmalıdır.

Bilindiği gibi, eski Danıştay Kanunları'nda da tanık delili ile ilgili olarak HUMK<sup>39</sup>'a atıf yapılmamıştır<sup>40</sup> ve 1924 Anayasası'nda mahkemelerin yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği açıkça belirtilmiş olmasa da 1961 ve 1982 Anayasalarında, bu hususla ilgili olarak açıkça düzenleme bulunmaktadır<sup>41</sup>. Bununla birlikte, 1924 Anayasası döneminde Danıştay, eski tarihli bir kararı<sup>42</sup> ile Danıştay Kanunu'nda boşluk olan durumlarda HUMK hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmişken, daha sonra almış olduğu

<sup>37</sup> Türkoğlu Üstün, s. 327-328.

<sup>38</sup> Kaplan, s. 39-40; Türkoğlu Üstün, s. 345.

<sup>39</sup> 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, RGT. 2, 3, 4.07.1927, RGS. 622, 623, 624.

<sup>40</sup> Bkz. 3546 Sayılı Devlet Şûrası Kanunu (RGT. 30.12.1938, RGS.4098)- md. 44; 521 Sayılı Danıştay Kanunu - md. 88.

<sup>41</sup> Bkz. 1924 AY- md. 53: "Mahkemelerin teşkilâtı, vazife ve salâhiyetleri kanunla muayyendir."; 1961 AY-md. 136: "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usûlleri kanunla düzenlenir."; 1982-AY-md. 142/1: "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir."

<sup>42</sup> "...idari kazada hâkimin adli esaslardan ilham alması umumen kabul edilmiş hukuk kaidelerindedir..."; DUH, E. 1937/238, Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı 1, s.60.

içtihadı birleştirme kararı ile ise sadece atıfta bulunulmuş olan hallerde HUMK hükümlerinin uygulanabileceğine karar vermiştir<sup>43</sup>. Danıştay, yargılama usullerinin kanunla düzenlenmesi gerekliliğini açıkça öngören 1961 Anayasası döneminde de bu içtihat doğrultusunda başka kararlar vermiştir<sup>44</sup>. Danıştay'ın, henüz yargılama usullerinin kanunla düzenlenmesi gerekliliğini açıkça öngörmemiş olan 1924 Anayasası döneminde oluşturulmuş olan bu içtihadı, 1961 ve 1982 Anayasaları'nın ilgili maddeleri dikkate alınarak değerlendirildiğinde; İYUK-md. 31'de tanık delili ile ilgili olarak HMK'ye atıf yapılmamış olmasının, idari yargılama aşamasında tanık dinlenememesi için haklı bir gerekçe oluşturduğu ilk bakışta düşünülebilir.

Bununla birlikte, Danıştay'ın idari yargıya ilişkin kanunlarda düzenleme olmadığı ya da atıf yapılmadığı halde hukuk yargılamasına ilişkin usul hükümlerini uyguladığı uyuşmazlıklar göz önüne alındığında; bu gerekçelerin haklı bir sebebi kalmamaktadır. Zira, idari yargılama usulünde tanık dinlenmesi ile ilgili olarak kanunda boşluk bulunmaktadır ve fakat kanunda boşluk bulunan hallerde söz konusu boşluğun içtihatla doldurulup doldurulamayacağı yönündeki Danıştay kararlarının tümü aynı yönde değildir. Danıştay 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası döneminde, kanunda hukuk yargılamasını düzenleyen kanunlara açık bir atıf bulunmayan durumlarda söz konusu kanun hükümlerini uygulamıştır. Örneğin, 1961 Anayasası döneminde 521 sayılı Kanun'da atıf yapılmamış olmasına rağmen, dava açma süresinin hesabında, davaların ayrılması ve birleştirilmesinde, derdestlik durumunda hukuk yargılamasına ilişkin kanun hükümlerinden yararlanılmıştır<sup>45</sup>. Günümüzde de örneğin, derdestlik hususunda bir düzenleme bulunmaması ve derdestlik ile ilgili olarak Danıştay çok sayıdaki kararında, HMK hükümlerinden yararlanmaya devam etmektedir<sup>46</sup>. Danıştay bu tutumunu,

<sup>43</sup> Devlet Şûrası Dava Daireleri Umumi Heyeti, E. 1952/154, K. 1954/33, KT.05.02.1954; Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı 64-65, s. 63.

<sup>44</sup> Örneğin bkz. "...Danıştay yasaının 88 inci maddesi hangi hallerde hukuk usulü muhakemeleri kanununun uygulanabileceğini açıkça belirtmiş olup bu müesseseler dışında uygulama yapılamayacağı açıktır..."; D12D, E. 1977/2349, K. 1977/2097, KT. 19.10.1977, Danıştay Dergisi, Sayı 30-31, s. 497. Bu hususta başka bazı karar örnekleri için bkz. **Yavuzdoğan**, Seçkin: İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. Maddesi Çerçevesinde Medeni Yargılama Hukuku-İdari Yargılama Hukuku İlişkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2007, s. 19, dipnot 41.

<sup>45</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Eroğlu**, Yaşar: "Danıştay Kanunıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na Atıf Yapılmayan Hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun Danıştayda Uygulanışı", Danıştay Dergisi, Sayı 8, Yıl 3, 1973, s. 28-31.

<sup>46</sup> D10D, E.2011/4625, K.2015/754, KT.25.02.11.2015. Aynı yönde karar için bkz. D14D, E.2016/1259, K.2019/1588, KT.05.03.2019; D8D, E.2016/11196, K.2020/1562, KT. 05. 03. 2020; www.hukukturk.com; e.t.18.03.2021.

İYUK'ta düzenlenmemiş ve HMK'ya atıf yapılmamış olmasına rağmen kesin hüküm<sup>47</sup> ve bekletici mesele<sup>48</sup> ile ilgili olarak da sürdürmektedir. Oysa, derdestlik<sup>49</sup>, kesin hüküm<sup>50</sup> ve bekletici mesele<sup>51</sup> de birer yargılama usulü kuralıdır ve İYUK-md. 31'de HMK'ye atıf yapılmamasına rağmen mahkemece bu kurallara başvurulmaktadır. Buna ek olarak Danıştay, yakın tarihli bazı kararlarında 4721 sayılı Kanun<sup>52</sup>'un başlangıç hükümlerinden yararlanabileceğini kabul etmekte<sup>53</sup>, bazı uyuşmazlıklarda ise maddi hukukla ilgili olarak 4721 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olan hâkimin hukuk yaratma yetkisinden yararlanmaktadır<sup>54</sup>.

Görüldüğü gibi, Danıştay'ın kanunda boşluk bulunması durumundaki yaklaşımı, bütün yargılama usulü kuralları için aynı yönde olmamaktadır. Bu sebeple, idari yargılama usulünde tanık dinlenmemesine gerekçe olarak kabul edilen İYUK-md. 31'de HMK'ye atıf yapılmamış olması durumu da aslında haklı bir gerekçe olmaktan uzaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin de bu husustaki kararları aynı yönde değildir. Örneğin, anayasa yargısını düzenleyen usul kanununda yer almamasına rağmen yürürlüğün durdurulması kurumunu uygulayan Anayasa Mahkemesi, kanunlarda açık hüküm bulunmayan durumlarda hâkimin hukuk yaratabileceğini, bunun çağdaş hukuk sistemlerinde benimsenen bir görüş olduğunu, AY-md. 138 ve 4721 sayılı Kanun-md.1/2<sup>55</sup>'de yer alan hükümlerden ve vicdani kanaat ilkesinden yola çıkarak açıklamış, AY-md. 138'de yer alan "hukuk" kavramının "yargıcın genel ilkeler çerçevesinde yasal boşluğu doldurmak üzere oluşturacağı hükmü" de içerdiğini belirtmiştir<sup>56</sup>. Bu karara benzer nitelik taşıyan bir başka kararında da Anayasa Mahkemesi, "idari davalarda yargı yerinin yönlendirdiği kendine özgü yargılama yöntemi söz

<sup>47</sup> D5D, E.2018/4681, K.2018/17806, KT. 29.11.2018; www.hukukturk.com; e.t.18.03.2021.

<sup>48</sup> D6D, E.2005/6044, K.2005/5472, KT.15.11.2005; D10D, E.2010/814, K.2010/409, KT. 30. 04.11.2010;www.hukukturk.com; e.t.17.03.2021.

<sup>49</sup> Bkz. HMK-md. 114.

<sup>50</sup> Bkz. HMK-md. 303.

<sup>51</sup> Bkz. HMK-md. 165, CMK-md. 218.

<sup>52</sup> Medeni Kanun, RGT. 08.12.2001, RGS. 24607.

<sup>53</sup> D12D, E.2013/725, K.2013/8623, KT.26.11.2013; www.hukukturk.com; e.t.21.03.2021.

<sup>54</sup> DİDDK, E.2010/2108, K.2013/4577, KT.16.12.2013; www.hukukturk.com; e.t.21.03.2021.

<sup>55</sup> 4721 Sayılı Kanun -md.1/2: "Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir."

<sup>56</sup> AYM, E.1993/33, K.1993/0, KT. 21.10.1993; www.hukukturk.com; e.t.18.03.2021.

*konusu*” olduğunu ve AY-md. 138’de yer alan kuralın, “*hâkimin hükmünü verebilmesi için ne gibi önlemler almak gerekli ise, bunların tümünü içerdiği*” ni belirtmiştir<sup>57</sup>.

Bununla birlikte, İYUK-md. 31’de ıslah kurumuna atıf yapılmamış olması sebebiyle söz konusu madde hükmünün anayasaya aykırılığı hususunda yapılan itirazda bu kez Anayasa Mahkemesi, İYUK-md 31’e atıf yapılmaması sebebiyle ıslah kurumunun idari yargılama usulünde uygulama alanı olmadığını belirtmiş ve yine kararına gerekçe olarak idari yargının kendine özgü kuralları ve yargılama yöntemleri olduğunu ve bu husustaki düzenlemenin ise yasa koyucunun takdirinde olduğunu belirterek, bu kararda aynı zamanda idari yargılama usulünde yer verilmemiş kurumlara örnek olarak tanık kurumunu da göstermiştir<sup>58</sup>. Görüldüğü gibi, üst paragraftaki kararın aksine Anayasa Mahkemesi, İYUK-md. 31’de yer almayan hususlarda HMK hükümlerinden yararlanılamayacağı şeklinde hüküm kurmuştur. Bu kararın verilmesinin ardından, İYUK-md. 16/4’e eklenen cümle<sup>59</sup> ile idari yargılama usulünde davacının dava dilekçesinde belirtmiş olduğu miktarı artırabilmesine yönelik hüküm eklenmiş ve böylelikle, davacının örneğin bilirkişi raporu doğrultusunda davasını ıslah edememesi gibi hakkaniyete aykırı uygulamalara yol açabilme potansiyelinde olan hukuksal boşluk doldurulmuştur. Davanın taraflarının sözlü beyanına ihtiyaç duydukları tanıklarının mahkeme huzurunda dinletememesi durumu açısından da bu yönde bir kanun değişikliğine gidilmesi şüphesiz çok olumlu olacaktır. Bununla birlikte, kanun değişikliği olmasa da aşağıda açıklanacağı üzere idari yargılama usulünde gerekli olan hallerde tanık dinlenmesi mümkündür.

## 2. İYUK’ta Yer Alan Delillere İlişkin Diğer Hükümler Karşısında

Yargılama sırasında başvurulacak deliller ile ilgili olarak CMK ve HMK’nin aksine, İYUK’ta çok sınırlı hükümlere yer verilmiştir. İYUK-md. 31’de sadece bilirkişi ve keşif delilleri ile delillerin tespiti hususunda HMK’ye atıf yapılmış, İYUK-md. 58’de delillerin tespiti ayrıca düzenlenmiştir. Bunlar dışında, İYUK-md. 3/b’de dava dilekçesinde bulunması gere-

<sup>57</sup> AYM, E.1990/40, K.1991/33, KT. 01.10.1991; www.hukukturk.com; e.t.18.03.2021.

<sup>58</sup> AYM, E.2004/103, K.2008/121, KT.12.06.2008; www.hukukturk.com; e.t.17.03.2021.

<sup>59</sup> İYUK-md. 16/4: “...*(Ek Cümle: 11/4/2013-6459/4 md.) ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veyadiğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir.*”



ken hususlar arasında “*Davanın konu ve sebepleri ile dayandığı deliller*” sayılmış ve davacının dava dilekçesi ekinde sunacağı delillerle ilgili olarak herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir. İYUK-md. 16/5’te ise, dava konusu işlem dosyalarının aslının ya da onaylı örneğinin idarenin savunması ile birlikte verilmesi gerektiği belirtilmiştir; böylece hem davacı açısından hem de davalı açısından delil sunulması gerekliliği kanunen benimsenmiştir. Bunun dışında dava konusu maddi olayı ispata yarayan delillerin hangi deliller olacağına ve bu delillerin tabi olacağı hukuki rejime ilişkin ayrıca ve açıkça düzenleme yapılmamıştır. Bu doğrultuda, İYUK’ta delillerin açıkça belirtilmemiş olmasının<sup>60</sup> ve İYUK-md. 20/1’de yer alan resen araştırma ilkesinin, idari yargılama usulünde delil serbestliğinin geçerli olduğu anlamına geldiği kabul edilmektedir<sup>61</sup>.

Böylelikle, her ne kadar İYUK-md. 31’de tanık delili ile ilgili olarak HMK’ye atıf yapılmamış olsa da İYUK-md.3/b’de davacının sunacağı delillerle, İYUK-md. 16 başta olmak üzere İYUK’un diğer hükümlerinde davalı idarenin sunacağı delillerle ilgili olarak sınırlama yapılmamış olması, idari yargılama aşamasında tanık dinlenmemesinin haklılığını ortadan kaldırmaktadır. Davanın taraflarının dava ya da cevap dilekçelerinde duruşma talep etmesi ve tanıklarının ismini belirtmeleri durumunda ya da keşif sırasında tanıklarının dinletmeyi talep etmeleri durumunda, İYUK’ta tanık delili ile ilgili bir yasak bulunmaması ve keşif sırasında tanık dinlenmesi ile ilgili olarak ise İYUK-md. 31’de HMK’ye atıf yapılmış olmasına dayanarak, idari yargılama aşamasında tanık dinlenmesi mümkün olabilir. Yine, yargılama aşamasında ihtiyaç duyulması halinde, aşağıda açıklanacağı üzere resen araştırma ilkesi doğrultusunda ve gerektiğinde CMK hükümlerinden yararlanmak suretiyle idari hâkimin resen tanık dinlenmesine karar vermesinin de mümkün olduğu söylenebilir. Doktrinde, hukuk yargılamasında başvuru delillerden, idari yargılama usulünde davanın niteliğine göre faydalanılabilecek deliller arasında tanık delili de gösterilmiştir<sup>62</sup>. Kaldı ki, idari yargılama usulünde ikrar, kesin hüküm ve yazılı belge kesin deliller, bilirkişi ve keşif ise takdiri deliller arasında kabul edilmektedir<sup>63</sup>. Bununla birlikte, örneğin ikrarla ilgili olarak ne İYUK’ta düzenleme bulunmakta ne de HMK’ye atıf yapılmaktadır.

<sup>60</sup> Ceylan, s. 326.

<sup>61</sup> Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut: İdare Hukuku Cilt II, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 948.

<sup>62</sup> Onar, s. 1980.

<sup>63</sup> Yasin, s. 100.

Görüldüğü gibi, gerek Danıştay'ın gerek Anayasa Mahkemesi'nin boşluk durumunda diğer usul kanunlarındaki hükümlerden yararlanılıp yararlanılamayacağı hususundaki çelişkili kararları gerek İYUK'ta delillere ilişkin düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, idari yargılama aşamasında tanık dinlenmemesine gerekçe olarak gösterilen İYUK-md. 31 hükmü hukuki bir gerekçe olmaktan uzaklaşmaktadır. Böylelikle, İYUK-md. 31'de tanık delili ile ilgili olarak HMK'ye atıf yapılmamış olması, idari yargılama aşamasında gerekli durumlarda tanık dinlenebilmesine engel bir hüküm değildir.

#### D. Resen Araştırma İlkesinin Tanık Dinlenmesi Açısından Uygulanabilirliği

Doktrinde, idari yargılama usulünde diğer delillerle tam bir sonuca ulaşılamayan uyuşmazlıklarda tanık dinlenmesinin bir gereklilik olduğu ve İYUK-md. 20/1'de düzenlenmiş olan resen araştırma ilkesinin tanık delili açısından başvurulabilecek bir ilke olduğu belirtilmektedir<sup>64</sup>. Doktrinde ayrıca, idari yargılamada, hukuk yargılamasından farklı olarak, yargılamanın amacının sadece taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek olmayıp aynı zamanda idarenin hukuka bağlı kalmasını sağlamak ve böylece hukuk devletini gerçekleştirmek işlevleri de bulunmasının, idari yargılama usulünde ispat sürecini kendine özgü hale getirdiği ve mahkemenin ispat sürecine resen araştırma ilkesi doğrultusunda katılmakta olduğu belirtilmektedir<sup>65</sup>. Bununla birlikte Danıştay, resen araştırma ilkesinin tanık dinlenmesini ya da ifade alınmasını içermediğini belirtmektedir<sup>66</sup>.

Görüldüğü gibi, Danıştay İYUK-md. 20/1'de yer alan resen araştırma ilkesini de tanık dinlemek için başvurulabilecek bir hüküm olarak kabul etmemektedir. Hukuk ve ceza yargılamalarında ise tanık deliline sıklıkla başvurulmakta ve bu delil, takdiri bir delil olmasına rağmen hukuk yargılamasında vazgeçilmez deliller arasında<sup>67</sup>, ceza yargılamasında da yargılamanın en önemli ispat araçlarından biri olarak<sup>68</sup>, kabul edilmektedir. Böylelikle hem hukuk yargılamasında hem de ceza yargılamasında başvuru ve

<sup>64</sup> Çağlayan (Tanık), s. 202; Çağlayan, Ramazan: İdarî Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 393. Aynı yönde görüş için bkz.; Çınarlı /Azak, s. 511.

<sup>65</sup> Yasin, s. 7-12.

<sup>66</sup> D8D, E.2003/3369, K.2004/917, KT.25.02.2004; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021.

<sup>67</sup> Karamercan, Fatih: "Medenî Usûl Hukukunda Tanık ve Tanıklık", Ankara Barosu Dergisi, Sayı 3, 2018, s. 154.

<sup>68</sup> Badem, Semiyet: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 45, Yıl 12, 2021, s. 289.

hukuk yargılamasında takdiri deliller<sup>69</sup>, ceza yargılamasında ise beyan delilleri<sup>70</sup> arasında kabul edilen tanık deliline, ceza ve hukuk yargılamasının karışımı<sup>71</sup> niteliğinde olan idari yargılama usulünde yer verilmiyor olması önemli bir eksikliktir. Oysa, İYUK-md. 20/1'de resen araştırma ilkesinin benimsenmiş olması ile İYUK'ta tanık delilini yasaklayan bir hüküm bulunmuyor olması ve Danıştay'ın boşluk durumunda HMK hükümlerinden yararlandığı kararları, Türkiye'de idari yargılama aşamasında tanık dinlenebilmesinin hukuki nedenleri olarak kabul edilebilir.

Danıştay'ın her ne kadar yargılama sırasında boşluk durumunda CMK hükümlerini uygulamış olduğu bir kararına ulaşılammış olsa da idari yargılama usulünde geçerli resen araştırma ilkesinin, idari yargı hâkiminin ihtiyaç duyulan uyuşmazlıklarda CMK'nin tanığa ilişkin hükümlerinden yararlanmasının da hukuki dayanağını oluşturduğu söylenebilir. CMK'nin tanığa ilişkin hükümlerine başvurulması durumunda HMK'deki uygulamanın aksine, davanın taraflarınca talep edilmese de hâkim tarafından resen tanık dinlenilmesine karar verilmesi mümkün olabilecektir. Zira, hukuk yargılamasında tanıklar davanın taraflarınca gösterilmekte ve tarafların tanık olarak göstermedikleri kişileri, mahkeme resen tanık olarak dinleme olanağına sahip bulunmamaktadır<sup>72</sup>. Gerçi, doktrinde HMK-md. 31'de düzenlenmiş olan hâkimin davayı aydınlatma ödevi doğrultusunda, hâkimin "... *dava dosyasına usulüne uygun biçimde girmiş olan belgelerde isimleri yazılı olan kişileri kendiliğinden tanık olarak...*" dinleyebileceği belirtilmiştir<sup>73</sup>. İdari yargılama usulünde de idarenin işlem dosyasında adı geçen kişiler açısından, hukuk yargılamasındaki bu yaklaşımın benimsenebileceği söylenebilir. Bununla birlikte, hukuk yargılamasında kural olarak tasarruf ilkesi ve bu ilkenin tamamlayıcısı niteliğinde olan taraflarca getirilme (hazırlama) ilkesi benimsenmiş, resen araştırma ilkesine ise HMK- md. 385/2 gereği çekişmesiz yargı işlerinde ve çekişmeli yargıda ise babalık davası ya da evlenmenin

<sup>69</sup> **Kuru**, s. 242.

<sup>70</sup> **Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 518.

<sup>71</sup> **Özay**, İl Han: Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 40.

<sup>72</sup> **Kuru**, s. 301; HMK-md. 240/2: "*Tanık gösteren taraf, tanık dinletmek istediği vakıayı ve dinlenilmesi istenen tanıkların adı ve soyadı ile tebliğe elverişli adreslerini içeren listeyi mahkemeye sunar. Bu listede gösterilmemiş olan kimseler tanık olarak dinlenemez ve ikinci bir liste verilemez.*"

<sup>73</sup> **Kuru**, s. 301; HMK-md. 31: "*Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir.*"

butlanı davası örneklerinde olduğu gibi sınırlı sayıdaki dava türlerinde istisnai olarak yer verilmiştir<sup>74</sup>. Hukuk yargılamasında kural olarak benimsenmiş olan taraflarca getirilme (hazırlama) ilkesi, delilleri de kapsamakta ve kural olarak delillerin davanın taraflarınca sunulmasını ve hâkimin kendiliğinden delil toplayamamasını ifade etmektedir<sup>75</sup>. Ceza yargılamasında ise amaç maddi gerçeğin araştırılması olduğundan, hâkimin tarafların sunmuş olduğu delillerle bağlı tutulamayacağı, CMK-md. 163 doğrultusunda soruşturma aşamasında hâkimin delil araştırma ödevi olduğu, bununla birlikte mülga CMUK<sup>76</sup>-md. 237/son'da kovuşturma aşamasında mahkemenin resen delil toplaması hakkında düzenleme bulunmasına rağmen CMK-md. 206 gereği kovuşturma aşamasında hâkimin resen delil toplama hakkı olmadığı<sup>77</sup> belirtilmektedir. Bununla birlikte, doktrinde CMK ile mülga CMUK arasındaki bu düzenleme farkına rağmen hâkimin resen araştırma ve delil toplama yetkisinin devam ettiği<sup>78</sup> ve uygulamanın<sup>79</sup> da bu yönde olduğu<sup>80</sup>, belirtilmektedir. Bu durumda, hukuk ve ceza yargılamasının karışımı niteliğinde olan idari yargılama usulünde HMK'nin hâkimin aydınlatma ödevi doğrultusundaki hükümleri ile ceza yargılamasında geçerli resen araştırma ilkesinin sentezi yapılarak, özellikle, çalışmanın ikinci bölümünde tekrar belirtileceği gibi, idari usul sürecinde dinlenmiş olan tanıkların yargılama sırasında sözlü olarak dinlenmesi ihtiyacı doğduğunda, davanın taraflarınca tanık dinlenmesi talep edilmiş olmasa da mahkemece resen tanık dinlenmesine karar verilebileceği söylenebilir.

### E. İdari Yargılama Usulünde Tanık Deliline Duyulan İhtiyaç

İdari yargılama sırasında tanık dinlenmesi Danıştay tarafından kabul edilmemekte olsa da uygulamada tanık deliline duyulan ihtiyaç ortaya kon-

<sup>74</sup> **Kuru**, s. 211, 213.

<sup>75</sup> **Kuru**, s. 212.

<sup>76</sup> Ceza Muhakameleri Usulü Kanunu, RGT. 20.04.1929, RGS. 1172.

<sup>77</sup> **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 512.

<sup>78</sup> **Gedik**, Doğan: "Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m. 217)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s. 940-941.

<sup>79</sup> Örnek için bkz. "...Resen araştırma ilkesi uyarınca mahkemeler, Cumhuriyet savcısının ortaya koyduğu delillerle bağlı olmadıkları gibi, savcı olmasa bile kendiliklerinden, hüküm için gerekli tüm araştırmaları yapmak ve tarafların haklarını korumak zorundadırlar..." ; AYM, E. 2011/43, K. 2012/10, KT. 19.01.2012; "...kovuşturma evresinde mahkemenin delil toplamasına yasal bir engel de yoktur..." ; Y18CD, E. 2015/23541, K. /1980, KT.28.05.2015; **Gedik**, s. 941, dipnot 113.

<sup>80</sup> **Gedik**, s. 941.

maktadır. Türkiye’de tanık dinleme gerekliliği ile ilgili olarak, avukatlar, hâkimler, Danıştay ve (Kaldırılan) Askeri Yüksek İdare Mahkemesi mensupları arasında yapılan bir anket sonucuna göre tanık dinleme gerekliliğinin ortaya konmuş olduğu ve bu sebeple en kısa zamanda gerekli değişikliklerin yapılması gerektiği<sup>81</sup>, belirtilmiştir. Söz konusu anket çalışmasında idari yargıda tanık ifadesinin ne derece gerekli olduğuna ilişkin soruya, avukatların orta derecede, hâkimlerin ve Danıştay üyelerinin ise az derecede gerekli olduğu yönünde cevap vermiş olmaları sebebiyle, tanık deliline olan ihtiyacın uygulamada doktrindeki gibi değerlendirilmediği belirtilmiştir<sup>82</sup>. Bununla birlikte, tanık dinlenmesi ile ilgili olarak içtihadından dönüş yapmamış olan Danıştay üyelerinin, sorulan soruya “az” şekilde bile cevap vermiş olması, bazı uyuşmazlıklarda tanık dinlenmesine ihtiyaç duyulduğunu ortaya koymaktadır.

Doktrinde ayrıca, gerek sınır uyuşmazlıkları ile ilgili olarak<sup>83</sup> keşif sırasında mahalli bilirkişi adı ile de olsa tanık dinlenmesi gerek duruşmalı davalarda idari yargı yerleri tarafından genellikle idare vekilinin yanında, dava konusu hakkında bilgi sahibi olan teknik elemanların da dinlenerek bu kişilerin açıklamalarının kararlarda dikkate alındığı belirtilmiş ve bu uygulama idari yargı yerlerinin, idari yargılama usulünde tanık dinlenmesine engel olan pozitif hukuk hükümleri ve fakat tanık dinleme ihtiyacının giderilmesine yönelik uygulamalarına örnek olarak gösterilmiş<sup>84</sup>; vergi uyuşmazlıkları ile ilgili olarak kanun koyucunun da bu ihtiyacı duyduğu ve VUK’a mükerrer 378. madde hükmünün eklenmiş olduğu belirtilerek, İYUK’a idari yargılama aşamasında tanık dinlenebilmesi imkânı tanıyan hükümlerin eklenmesinin “*adaletin tecellisine yardımcı olacağı*” na dikkat çekilmiştir<sup>85</sup>. Yine, bazı idari yargı kararlarında, her ne kadar yargılama aşamasında tanık dinlenmemiş olsa da dava ile ilgili bilgisi bulunan kişilerin dosyaya sunulan yazılı beyanlarına dayanılarak karar verilmiştir<sup>86</sup>.

<sup>81</sup> Akıncı, Müslüm: İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 260.

<sup>82</sup> Yılmaz (Sözlülük), s. 309-310.

<sup>83</sup> Sınır uyuşmazlıklarına ilişkin bazı idari yargı kararlarında, her ne kadar tanık değil mahalli bilirkişi ifadesi kullanılmış olsa da, keşif sırasında tanık dinlenmesinin önemi ortaya konmuştur. Örnek için bkz. D9D, E.1992/193, K.1992/2430, KT.11.11.1992; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021.

<sup>84</sup> Hondu, s. 263-264.

<sup>85</sup> Hondu, s. 264-265.

<sup>86</sup> Örnek olarak, Konya İdare Mahkemesi’nin, E.1988/592, K.1988/964, KT.14.12.1988 tarihli kararı gösterilmiştir; Hondu, s. 263.

Tüm bu açıklamalar, Danıştay'ın idari yargıda tanık dinlenmemesine yönelik yerleşik içtihadına rağmen, idari yargılama usulünde tanık dinlenmesine yönelik ihtiyacı gözler önüne sermekte olup; mevzuat değişikliği yapılmasa dahi aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere adil yargılanma hakkı ve vicdani kanaat ilkesi ile yukarıda açıklanmış olduğu gibi İYUK-md. 20/1 hükmü, idari yargılama sürecinde tanık dinlenebilmesinin hukuki nedenleri olarak gösterilebilir. Kaldı ki, Danıştay'ın tanık dinlenmeyeceğine ilişkin buraya kadar açıklanmaya çalışılan içtihadı sınırlı sayıdaki bazı kararlarından oluşmaktadır. Bununla birlikte, idari yargılama sürecine dolaylı olarak, hatta bazen doğrudan etki eden ve fakat idari işlemin yapılış sürecinde ya da adli yargı yerlerince dinlenmiş olan tanık ifadeleri ise, Danıştay'ın çok sayıdaki kararına konu olmuştur. Bu sebeple, mahkemece dinlenmeye de tanık delilinin idari yargılama aşamasında önemli bir delil olduğunun altı çizilmelidir.

## II. İDARİ USUL SÜRECİNDE VE ADLİ YARGI YERLERİNCE ALINMIŞ TANIK İFADELERİNİN İDARİ YARGILAMA SÜRECİNE DOLAYLI (DOĞRUDAN?) ETKİSİ

### A. İdari Usul Sürecinde Alınmış Olan Tanık İfadelerinin İdari Yargılama Sürecine Dolaylı (Doğrudan?) Etkisi

İdari usul, doktrinde idari işlem yapılmadan önce uygulanan, ilgililerin çağrılması ve dinlenmesi ile yargılama usulü benzeri bazı usulleri içeren ve idarenin işlemini yapmadan önce kendini denetlemesi imkânını da sağlayan bir süreç olarak tarif edilmiş<sup>87</sup>, bu sürecin soruşturma sürecini ifade ettiği ve taraflara iddia ve savunmada bulunma imkânı verdiği belirtilmiştir<sup>88</sup>.

Danıştay da tanık delilini idari işlemin yapılış sürecinde yer verilmesi gereken bir usul işlemi olarak kabul etmekte, idari işlemin yapılış sürecinde alınan tanık beyanlarını birçok kararında gerekçe olarak kullanmakta ve bazı idari yaptırım kararlarının alınış sürecinde, tanık ifadesi alınması gerekliliğini vurgulamaktadır. Örneğin; çay ocağı ruhsatlı olarak işletilen işyerinin işyeri açma ve çalışma ruhsatının, kolluk güçleri tarafından gözleme dayalı olarak ve işyerinin ruhsat harici faaliyet gösterdiği tespitine dayalı olarak iptal edilmesine ilişkin idari işlem ile ilgili olarak Danıştay, ilgili kişilerin ve

<sup>87</sup> **Azrak**, Ali Ülkü: Umumi İdari Usulün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi, Doktora Tezi, İstanbul, 1964, s. 5-6'dan aktaran **Akyılmaz**, Bahtiyar: İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara, 2000, s. 70.

<sup>88</sup> **Akyılmaz**, s. 70-71.

tanıkların ifadeleri alınmadığı için, somut bilgi ve belgeye dayanmayan söz konusu idari işlemin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>89</sup>.

İdari usul sürecinde alınan tanık ifadeleri doğrultusunda verilen Danıştay kararları en çok disiplin cezalarına ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin olmakla birlikte kanunlarında idari işlem yapılmadan önce soruşturma usulü getirilmiş olan başka bazı uyuşmazlık örnekleri de bulunmaktadır. Böylece, idari yargı yerleri her ne kadar yargılama sırasında tanık dinlememe yönünde içtihat oluşturmuş olsa da idari usul sürecinde idare tarafından dinlenmiş olan tanık ifadelerini, bazı uyuşmazlıklarda delil olarak kullanmaktadır. Yazılı tanık ifadelerinin yargılama aşamasında önemli bir yer teşkil etmesi açısından, idari yargılamanın ceza yargılaması ile benzerlik taşıdığı söylenebilir. Zira, ceza yargılamasında beyan delilleri arasında kabul edilen tanık beyanı, mahkemeye yapılan tanıklığı ifade etmekte, bunun dışındakiler ifade adını alarak, ifadeler tutanağa geçirildiğinde ise belge delili niteliğini haiz olmaktadır<sup>90</sup>. Belge delilinin sağlamlık değerinin, söz konusu belgeyi düzenleyen kişinin güvenilirlik düzeyine göre değişeceği, bununla birlikte genellikle olay anında hazırlanmış olduğu için içerik bakımından sağlamlığının beyan delilinden çok daha fazla olduğu ceza yargılamasında kabul edilmektedir<sup>91</sup>. Bununla birlikte, iki yargılama düzeni arasındaki temel fark, idari yargılama usulünde, yargılama aşamasında önceden ifadesi alınmış olan tanıklar dâhil hiç kimse tanık olarak dinlenemezken, ceza yargılamasında önceden ifadesi alınmış kişiler de dâhil olmak üzere tanıkların sözlü ifadelerinin oldukça önemli bir delil olarak kabul edilmesidir. CMK-md. 212'de<sup>92</sup> yer alan ve tanığın duruşmadan önceki ifadesinin duruşma sırasında okunmasına ilişkin hükmün de mahkeme sırasında tanığın bir kez daha dinlenmesinin önemini ortaya koymakta olduğu söylenebilir.

### 1. Disiplin Soruşturması Sırasında ve Soruşturma İzni Sürecinde Alınan Tanık İfadeleri

Danıştay kararları incelendiğinde, Danıştay'ın dolaylı olarak yararlandığı tanık ifadelerinin en çok disiplin soruşturmalarına ilişkin uyuşmazlıklarda söz konusu olduğu görülmüştür. Bu durumun, disiplin soruşturmalara

<sup>89</sup> D8D, E.2002/5326, K.2003/2258, KT.14.05.2003; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021

<sup>90</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 519.

<sup>91</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 544.

<sup>92</sup> CMK-md. 212: “ (1) Tanık, bir hususu hatırlayamadığını söylerse önceki ifadesini içeren tutanağın ilgili kısmı okunarak hatırlamasına yardım edilir. (2) Tanığın duruşmadaki ifadesiyle önceki ifadesi arasında çelişki bulunduğu anda, evvelce alınmış ifadesi okunarak çelişkinin giderilmesine çalışılır.”

rında tanık dinleme yetkisinin mevzuatta açıkça soruşturmacıya verilmiş olmasından kaynaklanmakta olduğu düşünülebilse de doktrinde, idari karar alma sürecinde mevzuatta usul kuralı olarak tanık dinlenmesi yer almasa dahi idarenin tanık dinleyebileceği<sup>93</sup> ve soruşturmacının gerek görmesi halinde tanık dinleyebileceği belirtilmektedir<sup>94</sup>. Kamu görevlileri ile ilgili olarak Danıştay, disiplin soruşturmaları dışında, soruşturma izni sürecinde de yapılması gerekenler arasında varsa tanık ifadelerinin alınmasına yer vermekte<sup>95</sup>; soruşturma konusu ile ilgili kişilerin tanık sıfatıyla ifadelerine başvurulmadan ve böylece eksik incelemeyle alınan rapora dayanılarak verilmiş olan lüzum-u muhakeme kararının verilmesine ilişkin kararları bozmaktadır<sup>96</sup>.

Disiplin hukukunda, tanık ifadesi ispat araçlarından biri olarak kabul edilmekte ve tanık, “*soruşturulan memur ve soruşturmayı yürüten idare dışında kalan üçüncü kişi*” olarak tanımlanmaktadır<sup>97</sup>. Ceza yargılamasında tanıklık, “*yargılanan uyumsuzluğun objesi olan fiili doğrudan doğruya beş duyusu ile algılamış olan kişinin hafızasında kalan hususları kovuşturma evresinde mahkemeye anlatması*” ve tanık beyanı davanın tarafları dışında ve fakat olaya tanık olmuş kişinin mahkeme huzurunda vermiş olduğu sözlü beyanı<sup>98</sup> olarak tanımlanmaktadır. Hukuk yargılamasında tanık, davanın tarafları dışında olan ve dava konusu olayla ilgili olarak dava dışında elde etmiş olduğu bilgiyi mahkemeye bildiren kişi<sup>99</sup>, olarak tanımlanmaktadır. Görüldüğü gibi bu tanım, ceza ve hukuk yargılamasındaki tanık tanımına oldukça benzemektedir. Bununla birlikte, disiplin soruşturmalarında tanık dinlenmesi hususunda genel bir düzenleme bulunmamakta; bazı kanunlarda disiplin soruşturması sırasında soruşturmacının tanık deliline<sup>100</sup> başvur-

<sup>93</sup> **Yasin**, s. 45.

<sup>94</sup> **Sancakdar, Oğuz/Altınok Çalışkan, Elif/Dursun, Gizem/Seyhan, Serkan/Yağcı, Pınar**: Disiplin Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 185.

<sup>95</sup> “...soruşturmacının, ...varsa tanıkların ifadelerini alması... gerekmektedir...”; D1D, E.2017/2375, K.2018/252, KT.01.03.2018; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021.

<sup>96</sup> D1D, E.2010/199, K.2010/415, KT.10.03.2010; www.hukukturk.com; e.t. 03.03.2021

<sup>97</sup> **Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun/Seyhan/Yağcı**, s. 184-185.

<sup>98</sup> **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 518-519.

<sup>99</sup> **Kuru**, s. 299.

<sup>100</sup> Örneğin, DMK-md. 129/1: “*Yüksek disiplin kurulları kendilerine intikal eden dosyaların incelenmesinde, gerekli gördükleri takdirde, ilgilinin özlük dosyasını ve her nevi evrakı incelemeye, ilgili kurumlardan bilgi almaya, yeminli tanık ve bilirkişi dinlemeye veya niyabeten dinletmeye, mahallen keşif yapmaya veya yaptırmaya yetkilidirler.*”; 2547 Sayılı Kanun-md. 53/A-g: “*Soruşturmacı, disiplin soruşturmasıyla ilgili bilgi ve belgeleri toplama, ifade alma, tanık dinleme, bilirkişiye başvurma, keşif yapma, inceleme yapma ve ilgili makamlarla yazışma yetkisini haizdir.*”.



bileceği belirtilmektedir<sup>101</sup>. Böylelikle, disiplin hukukunda tanığın dinlenme usul ve esaslarına ilişkin ortaya çıkan boşlukla ilgili olarak, HMK hükümlerinin değil CMK hükümlerinin kıyasen uygulanmasının daha uygun olabileceği doktrinde belirtilmektedir<sup>102</sup>. AİHM kararlarında<sup>103</sup> da, ceza yargılamasındaki tanık dinletme hakkının disiplin hukukuna da kıyasen uygulanması gerektiği belirtilerek, tanık delilinin disiplin soruşturmalarındaki önemi vurgulanmıştır<sup>104</sup>.

Doktrinde, idari usul sürecinde bu kadar önemli bir yeri bulunan tanık delilinin, idari yargı yerlerince dolaylı olarak kullanılmasının doğrudanlık ilkesi ile çelişkili yönüne vurgu yapılmış, hâkimin delillere doğrudan temas etmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>105</sup>. Aslında Danıştay da disiplin hukukunda soruşturma sırasında alınan tanık ifadelerinin önemini ortaya koymuş ve soruşturma raporlarının idari yargı yerleri için en önemli yargısal malzemeler arasında yer aldığını ve *“fakat bu yargısal malzemelerin yargılama sürecinde dikkate alınabilmesi ve yargılamayı yapan yargı yerlerinin soruşturma raporuyla saptanan hususları kararına dayanak yapabilmelerinin temel koşulu ise, bu raporların tarafsız olarak hazırlanmış olmasına bağlıdır.”*<sup>106</sup> şeklinde hüküm kurarak, idarece dinlenen tanıkların beyanlarının tutanağa geçirilmesi sırasında bazı sorunlar olabileceğini kabul etmiştir. Söz konusu tutanakların ya da soruşturma raporunun tarafsız şekilde hazırlanıp hazırlanmadığının anlaşılabilmesinin en kesin yolu ise, kuşkusuz idari hâkim tarafından şüpheye düşülen ya da taraflarca bu hususta talepte bulunulan hallerde, soruşturma sırasında idarece dinlenmiş olan tanıkların yargılama sırasında da dinlenebilmesidir.

Danıştay bazı uyuşmazlıkların çözümünde, disiplin soruşturmalarında dinlenen tanık ifadelerini kararında delil olarak kullanmaktadır<sup>107</sup>. Bununla birlikte, disiplin soruşturmasında alınan tanık ifadelerinin çelişkili olduğuna<sup>108</sup> ya da tanık ifadelerinin olayı açıklığa kavuşturamadığına<sup>109</sup> karar

<sup>101</sup> Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun/Seyhan/Yağcı, s. 185.

<sup>102</sup> Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun/Seyhan/Yağcı, s. 187.

<sup>103</sup> Örnek için bkz. Cihan Yeşil/Türkiye, BN. 2013/8635, KT. 06.05.2015'ten aktaran: Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun/Seyhan/Yağcı, s. 236.

<sup>104</sup> Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun/Seyhan/Yağcı, s. 237.

<sup>105</sup> Türkoğlu Üstün, s. 347.

<sup>106</sup> D8D, E.2004/3334, K.2005/5118, KT.12.12.2005; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021.

<sup>107</sup> D12D, E.2015/3879, K.2019/1581, KT.05.03.2019; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021.

<sup>108</sup> D5D, E.2016/17798, K.2018/13132, KT.05.04.2018; D12D, E.2015/2468, K.2019/3436, KT. 08.05.2019; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021.

verdiği uyumsuzluklar ile tanık ifadelerinden sadece aleyhe olanların dikkate alınmış olması durumunda<sup>110</sup>, disiplin cezasına konu eylemlerin işlendiğinin “her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı ya da somut, yeterli ve inandırıcı delillerle ortaya konulmadığı” sonucuna ulaşmakta ve söz konusu tanık ifadelerine dayalı olarak verilen disiplin cezalarını hukuka aykırı bulmaktadır. Yine Danıştay, disiplin cezasına konu teşkil eden birden fazla fiil söz konusu olduğunda, bu fiillerin tümüne tanıklık edebilecek kişilerin ifadelerine başvurulmadan verilen disiplin cezasının hukuka aykırı olacağına karar vermiştir<sup>111</sup>. Hatta Danıştay, soruşturma dosyasında yer alan tanık ifadelerine dayanılarak verilmiş olan disiplin cezalarının hukuka aykırı olmadığına dair mahkeme kararlarının kesinleşmesinin ardından, söz konusu tanık ifadelerinin gerçekliği hususunda şüphe ortaya çıktığı takdirde davacı hakkında yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması gerektiğine de karar vermiştir. Söz konusu kararlardan birinde; meslekten çıkarma disiplin cezasının biri okur-yazar olmayan, diğeri ise yeterince Türkçe bilmeyen tanık ifadelerine dayalı olarak verilmiş olmasıyla<sup>112</sup>, bir başka kararda ise meslekten çıkarma disiplin cezasına gerekçe teşkil eden tanık ifadelerinin, daha sonradan tanıkların adli yargıda alınan ifadelerinde eski ifadelerini baskı altında vermiş olduklarını belirtmiş olmalarıyla<sup>113</sup> şüphe doğduğu kabul edilmiş ve her iki kararda şu gerekçelere yer verilmiştir: “Bu hususlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, hukuki menfaati etkilenen davacı hakkında, adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyetli bir sonuca ulaşılabildiği noktasında şüphe doğduğu ve bu kararın yukarıda hukuki değerlendirme başlığı altında irdelenen; delillerin büsbütün dayanaksız kalmasını sağlayan ve kanunda sayılmış olan hallerin ortaya çıkması davanın esasının incelendiği zamanda mevcut olan hukuki delillerin ışığında bulunmuş olan hukuk gerçeğinin, yargılamanın yenilenmesi yoluyla yeni delillere göre yeniden aranmasını gerekli kılmaktadır.” Bu karar, adil yargılanma hakkı açısından oldukça önemli bir karar olmakla birlikte, idari yargıda yeniden yapılacak olan yargılamada hâkimin şüpheye sebep olan tanıkları bizzat dinleyerek karar vermesinin usul ekonomisi ilkesine daha uygun olacağı

<sup>109</sup> D12D, E.2017/2677, K.2018/722, KT.15.02.2018; D5D, E.2016/17534, K.2018/12871, KT. 29. 03. 2018; www.hukukturk.com; e.t.13.03.2021.

<sup>110</sup> D5D, E.2016/18802, K.2018/13819, KT.03.05.2018; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021.

<sup>111</sup> D12D, E.2012/2030, K.2015/6218, KT.26.11.2015; www.hukukturk.com; e.t.13.03.2021.

<sup>112</sup> D5D, E.2018/2124, K.2019/1061, KT.13.02.2019; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021.

<sup>113</sup> D5D, E.2018/2602, K.2019/929, KT.11.02.2019; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021.

kuşkusuzdur<sup>114</sup>. Avrupa Konseyi'ne üye olan bazı ülkelerde, idari yargılama aşamasında mahkemenin yazılı delilleri incelemeyen önce hemen duruşmada tarafları, tanıkları ve bilirkişileri dinleyebilmelerine ilişkin “ivedilik prensibi” nin bir usul kuralı olarak kanunda yer aldığı ve sözlü duruşmada delillerin incelenmesinin bu ilkenin bir sonucu olduğu<sup>115</sup>, belirtilmektedir.

Görüldüğü gibi, Danıştay disiplin soruşturmaları sırasında alınan tanık ifadeleri ile ilgili olarak oldukça özenli bir yaklaşım sergilenmektedir. Bununla birlikte, davacının telefonla yaptığı görüşmede söyledikleri hakkında ifade veren tek bir tanık ifadesine dayalı olarak verilmiş olan disiplin cezasını hukuka uygun bulması gibi, yukarıdaki paragrafta açıklanmış olan tutumu ile çelişen bazı kararları da bulunmaktadır. Örneğin, Danıştay yakın tarihli bir kararında, sadece tek bir tanık ifadesine dayanılarak verilmiş olan disiplin cezasının hukuka uygun olduğunu belirtmiştir. Bu kararda ilk derece mahkemesi ise, disiplin cezasına teşkil eden fiil konusunda okul müdürünün ifadesi dışında herhangi bir delil bulunmaması sebebiyle disiplin cezasının iptaline karar vermiştir<sup>116</sup>. Bu kararının aksine başka bir kararında ise Danıştay, telefondaki görüşmeye dayalı tanık ifadelerinin objektif olmadığına karar vermiştir<sup>117</sup>. Görüldüğü gibi, her iki uyuşmazlık oldukça benzer nitelikte olduğu halde ve hatta ikinci uyuşmazlıkta bir değil birden fazla tanık olduğu halde, ilk uyuşmazlıkta verilen disiplin cezası hukuka uygun kabul edilmişken, ikinci uyuşmazlıkta verilen disiplin cezası hukuka aykırı kabul edilmiştir. Oysa, her iki uyuşmazlık örneğinde, idari yargı sürecinde de disiplin soruşturması sürecinde dinlenmiş olan tanıklar tekrar dinlenmiş olsaydı, idari hâkim tarafından karşılaştırma yapma imkânı doğarak, hakka-niyete daha uygun karar verilmesi mümkün olabilecekti.

## 2. Diğer Bazı İdari İşlemlerden Önce Yapılan Soruşturmalarda Alınan Tanık İfadeleri

İdari usulde soruşturma yapılması ve söz konusu soruşturma sürecinde tanık ifadelerinin alınması usulü sadece disiplin işlemlerine ilişkin olmayıp,

<sup>114</sup> Bu hususta bkz. **Yılmaz** (Sözlülük), s. 289; **Çınarlı/Azak**, s. 532.

<sup>115</sup> **Zrvandyan**, Arman: İdari Yargıda Avrupa Adil Yargılanma Standartlarına İlişkin Emsal Kararlar, 2021, s. 78; <https://rm.coe.int/emsalkararlarakitabioption-2/1680a1cdb6;e.t.01.04.2021>, (Kitap, Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından ortaklaşa finanse edilmekte ve Avrupa Konseyi tarafından yürütülmekte olan “İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi” kapsamında basılmıştır.)

<sup>116</sup> D12D, E.2015/5615, K.2019/987, KT.13.02.2019; [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com); e.t.03.03.2021.

<sup>117</sup> D5D, E.2016/19592, K.2018/13359, KT.11.04.2018; [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com); e.t.03.03.2021.

başka bazı idari işlemlerde de bu süreç uygulanmaktadır. Bu örneklerden Danıştay kararlarına en çok konu olanlar; 3091 sayılı Kanun<sup>118</sup>, da ve Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik)<sup>119</sup>, te belirtilmiş usule ilişkin olanlardır.

3091 sayılı Kanun-md.2 ve md.5 hükümleri gereğince, taşınmaz mallara tecavüz veya müdahale edilmesi halinde; ilgili kişinin yetkili idareye başvurusu üzerine, öncelikle yerinde soruşturma yapılarak, tecavüzün veya müdahalenin önlenmesine karar verilmesi ve taşınmaz malın yerinde zilyedine teslim edilmesi gerekmektedir. Soruşturma aşamasında, tanık ifadesinin oldukça önemli bir yeri bulunmakta olup, 3091 sayılı Kanun'un 6. maddesinde soruşturma sırasında tarafların tanıklarının dinlenmesi hususu açıkça belirtilmiştir. 3091 sayılı Kanun'da öngörülmüş olan usul, Danıştay kararlarında da vurgulanmaktadır. Danıştay, tanık dinlenmeden yapılan soruşturmanın usule aykırı olduğuna ve böyle bir soruşturma sonucuna dayanarak verilen kararın hukuka aykırı olduğuna karar vermektedir<sup>120</sup>. 3091 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte olan 5917 sayılı Kanun<sup>121</sup> çerçevesinde alınmış olan men kararına ilişkin uyuşmazlıkta da Danıştay-5917 sayılı Kanun-md.5'te her ne kadar soruşturma yapılması öngörülmüşse de tanık dinlenmesine ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen men kararının usulüne uygun olarak tanık dinlenmek suretiyle yapılan soruşturma sonucu verilmiş, hukuka uygun bir karar olduğuna karar vermiştir<sup>122</sup>.

Bu hususta Danıştay kararlarına yansıyan diğer örnek ise, terör zararlarının karşılanmasına ilişkin idari işlemler yapılmadan önceki usuldür. Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Yönetmelik-md. 11'de, zarar tespit komisyonun gerek görmesi halinde keşif yapabileceği ve yine başvuru sahibinin varsa tanıklarının da keşif mahallinde hazır bulunacağı belirtilmiştir. Bu hüküm her ne kadar, zarar tespit komisyonuna takdir yetkisi tanımış olsa da Danıştay zarar tespit komisyonunun keşif yapmadan ve tanık dinlemeden vermiş olduğu kararları, eksik inceleme sonucu verilmiş, hukuka aykırı kararlar olarak kabul etmektedir<sup>123</sup>.

<sup>118</sup> Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun, RGT. 15.12.1984, RGS. 18606.

<sup>119</sup> RGT. 20.10.2004, RGS.25619.

<sup>120</sup> D10D, E.1996/5002, K.1998/4770, KT.12.10.1998; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021.

<sup>121</sup> Gayrimenkule Tecavüzün Def'i Hakkında Kanun, RGT. 24.04.1952, RGS.8093.

<sup>122</sup> D10D, E.1982/3982, K.1983/383, KT.24.02.1983; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021.

<sup>123</sup> D15D, E.2014/6389, K.2018/6498, KT.27.09.2018; www.hukukturk.com; e.t.03.03.2021.

Böylelikle, Danıştay sadece kanunda açıkça düzenlenmiş olan durumlarda değil, kanunda açıkça düzenleme bulunmayan hallerde de idari işlemin yapılış aşamasında tanık ifadesi alınması gerekliliğini kabul etmektedir.

### B. Adli Yargıda Alınan Tanık Beyanlarının İdari Yargılama Sürecine Dolaylı (Doğrudan?) Etkisi

Adli yargıda alınan tanık ifadeleri, idari usul sürecinde alınan tanık ifadelerinden, tanıkların idare tarafından değil, yargı makamı tarafından dinlenmiş olması sebebiyle farklılaşsa da söz konusu ifadeler idari yargılama konusu uyumsuzluğa ilişkin dava dosyasında bulunan yazılı ifadeler olduğundan, idari usul sürecinde alınan tanık ifadeleri ile benzer nitelik taşımaktadır.

Danıştay, bazı uyumsuzluklarda ceza yargılaması sırasında alınan tanık ifadelerini delil olarak kullanmaktadır. Bu uyumsuzluklardan birinde Danıştay, ceza yargılamasında dinlenmiş olan tanık ifadeleri doğrultusunda dava konusu idari işlemin hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir<sup>124</sup>. Başka bir uyumsuzlukta Danıştay, ceza yargılamasında dinlenmiş olan tanıkların ifadelerinin vergi mahkemesince incelenmeksizin karar verilmiş olmasını hukuka aykırı bulmuştur<sup>125</sup>. Bir başka uyumsuzlukta ise Danıştay, aynı fiille ilgili olarak disiplin soruşturmasında alınan tanık ifadeleri ile ceza yargılaması aşamasında dinlenen tanıkların ifadelerinin birbirinden farklı olması sonucu ortaya çıkan şüphe sebebiyle ve disiplin hukukuna hâkim olan “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi gereğince, davacı hakkında verilmiş olan disiplin cezasının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>126</sup>. Bölge İdare Mahkemeleri de ceza mahkemelerince alınmış olan tanık ifadelerini istinaf başvurusuna konu incelemeyi yaparken delil olarak kullanmaktadır<sup>127</sup>. Bununla birlikte Danıştay’ın, disiplin soruşturması sürecinde isnat edilen fiille ilgili tanık ifadesi alınmadan ve sadece adli soruşturma aşamasında alınan tanık ifadelerine dayalı olarak verilen disiplin cezasının hukuka aykırı olduğuna dair<sup>128</sup> kararları da bulunmaktadır. Aslında, Danıştay’ın bu yöndeki kararlarının dahi, idari yargılama aşamasında tanık dinlenmesinin gereklili-

<sup>124</sup> D10D, E.2014/2874, K.2019/167, KT.10.01.2019; www.hukukturk.com; e.t. 03.03.2021

<sup>125</sup> D7D, E.1989/2023, K.1990/1523, KT.28.05.1990; www.hukukturk.com.03.03.2021.

<sup>126</sup> D12D, E.2016/7260, K.2017/2823, KT.30.05.2017; www.hukukturk.com.03.03.2021.

<sup>127</sup> Ankara BIM, 2.İDD, E.2018/2694, K. 2019/849, KT.26.04.2019; www.lexpera.com; e.t. 22. 03. 2021.

<sup>128</sup> D5D, E.2016/10141, K.2016/4886, KT.24.10.2016; www.hukukturk.com; e.t. 03.03.2021.

ğini ortaya koyduğu söylenebilir. Zira, bu kararları ile Danıştay tanık ifadelerinin değişebileceğini de kabul etmektedir. Bu durumda, gerekli olan durumlarda tarafların tanıklarının, uyuşmazlık hakkında karar verecek olan hâkim tarafından bizzat dinlenmesi, tanık ifadelerindeki çelişkilerin bizzat hâkim tarafından fark edilebilmesi açısından oldukça önemlidir.

Görüldüğü gibi, Danıştay'ın idari yargılama usulünde tanık dinlenemeyeceğine ilişkin kabulü, aslında İYUK'ta mahkeme huzurunda tanık dinlenebileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, kanunda belirtilmiş olsa da olmasa da başta disiplin soruşturmaları olmak üzere birçok idari işlemin yapılaş usulü aşamasında ve adli yargı yerlerince dinlenen tanık ifadelerini, Danıştay uyuşmazlıkların çözümünde çok defa delil olarak kullanmakta; böylelikle tanık ifadeleri mahkeme huzurunda alınmamış olsa da dolaylı olarak idari yargı yerinin vereceği kararı etkilemektedir.

Kaldı ki, Danıştay kararlarında tanık kavramına ilişkin yapılan araştırmada, Danıştay ya da idari yargı yerlerince tanık dinlenmesinin kabul edilmemesine ilişkin sınırlı sayıda karar dışında karara ulaşmak mümkün olamamıştır. Bu durumda, davanın taraflarının tanık deliline ihtiyaç duymadıkları belki söylenebilse de davanın taraflarınca tanık dinlenmesinin talep edilmesi sonucu, Danıştay'ın tanık delili hususundaki içtihadında değişim belki gerçekleşebilecektir. Bu açıklamayla ilgili olarak yakın tarihli bir uyuşmazlıkta, Bölge İdare Mahkemesi'nden istinaf aşamasında duruşma ve tanık dinlenmesi talebinde bulunulmuş, Bölge İdare Mahkemesi ise tanık dinlenip dinlenemeyeceğine ilişkin herhangi bir açıklama yapmadan duruşma talebini reddetmiştir<sup>129</sup>. Böylelikle, her ne kadar son tahlilde tanık dinlenmemiş ve dosyaya sunulmuş olan tanık ifadeleri doğrultusunda karar verilmiş olsa da idari yargılama sürecinde tanık dinlenemeyeceğine ilişkin bir açıklama yapılmamış olması bile aslında, idari yargılama usulünde tanık dinlenebilmesi noktasında olumlu bir gelişme olarak yorumlanabilir.

### III. TANIK DELİLİNİN ADİL YARGILANMA HAKKI VE VİCDANİ KANAAT İLKESİ İLE İLİŞKİSİ

İdari yargılama aşamasında tanık dinlenmesinin kabul edilmemesi, adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine yol açabileceği gibi bazı durumlarda anayasal vicdani kanaat ilkesine de aykırı düşecektir. Bu durum, özellikle idari bir eylemin ya da yazılı olmayan bir idari işlemin ispatlanması örnek-

<sup>129</sup> Ankara BİM, 13.İDD, E.2020/3757, K. 2020/1687, KT.10.07.2020; www.lexpera.com; e.t. 22.03.2021.

lerinde olduğu gibi, bazı uyuşmazlıklar açısından hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabilmektedir. Bu yaklaşım, adil yargılanma hakkına ve özellikle silahların eşitliği ilkesine aykırı bir uygulama olmakla birlikte, idari yargılama aşamasında tanık dinlenmezken, idari usul sürecinde alınan tanık ifadelerinin idari yargılama sırasında oldukça önemli deliller olarak kabul edilmesi çelişkili bir durum ortaya çıkarmaktadır. Diğer yandan, Danıştay özellikle disiplin soruşturmalarında alınan tanık ifadelerini vicdani kanaat ilkesi ile ilişkilendirerek hüküm kurmaktadır.

### A. Adil Yargılanma Hakkı İle İlişkisi

Türk hukukunda herkes, hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)-md. 6/1<sup>130</sup> gereği, hem de 1982 AY-md.36/1<sup>131</sup> gereği adil yargılanma hakkına sahiptir. AİHS-md. 6/1’de medeni hak ve yükümlülükler ile suç isnadından bahsedilmiş olması, sadece hukuk ve ceza davalarına ilişkin uyuşmazlıklarda adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde dikkate alınacakmış gibi gözükse de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), birçok idari uyuşmazlıkta medeni hak ve yükümlülüğün ihlal edilip edilmediğini değerlendirmiş<sup>132</sup> ya da bazı idari davalar ve disiplin işlemleri ile ilgili olarak *ceza hukuku niteliği* değerlendirmesi<sup>133</sup> yapmıştır. Vergi uyuşmazlıkları açısından, AİHM vergi yükümlülüğünü medeni hak olarak değil kamusal yükümlülük olarak kabul etmekle birlikte, vergi cezalarını suç isnadı kapsamında değerlendirmekte ve vergi aslı ile vergi cezalarına karşı birlikte dava açılması durumunda, bu davaları adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmektedir<sup>134</sup>. Böylelikle, vergi uyuşmazlıkları da dâhil olmak üzere tüm idari uyuşmazlıklarda bireylerin adil yargılanma haklarının korunması hukuken zorunludur.

İdari yargılama usulünde tanık dinlenmesinin gerekliliği, en çok adil yargılanma hakkının önemli bir kısmını teşkil eden hakkaniyete uygun yar-

<sup>130</sup> AİHS-md. 6/1: “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir...”

<sup>131</sup> 1982 AY-md. 36/1: “...Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

<sup>132</sup> Uzun, s. 222; AİHM’in idari dava örneklerinde medeni hak ve yükümlülük değerlendirilmesi yapıldığı dair karar örnekleri için bkz., Zrvandyan, s. 17-23.

<sup>133</sup> Bu yöndeki karar örnekleri için bkz. Zrvandyan, s. 23-27.

<sup>134</sup> Uzun, s. 222, 223, 224.

gılanma hakkı<sup>135</sup> ve özellikle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının gereklerinden<sup>136</sup> olan silahların eşitliği ilkesi ile ilişkilendirilebilir. Usuli eşitlik anlamındaki silahların eşitliği ilkesi, uyumsuzluğun taraflarının yargılamanın her aşamasında hak ve yükümlülükler açısından eşit olması ve böylece dengeyi yargılamanın sonuna kadar korunması gerekliliğini içermektedir<sup>137</sup>. Silahların eşitliği ilkesi, ceza yargılamasında, özellikle tanık delili ile ilgili olarak, özel bir öneme sahip olmakla birlikte, ceza ve hukuk yargılamalarında geçerli bir ilke olarak kabul edilmekte<sup>138</sup> ve bu ilkenin idari yargılama usulünü de kapsamına almakta olduğu belirtilmektedir<sup>139</sup>. Bununla birlikte, silahların eşitliği kapsamında bulunan tanık dinlenmesinde hak eşitliği ise AİHM içtihatlarında genellikle ceza ve hukuk mahkemesi kararları açısından ele alınmıştır<sup>140</sup>. Yine, delillerin değerlendirilmesi ve delillerinin dava ile ilgisini belirleme yetkisinin “*esas olarak milli mahkemelerde*” olduğu, AİHM içtihatlarında kabul edilen diğer bir husustur<sup>141</sup>. Doktrinde, AİHM’in hakkaniyete uygun yargılamanın mutlaka belirli delillerle yargılama yapılması gerekmediğine ve devletlerin bu hususta serbest olduğuna ilişkin içtihadından hareketle, uyumsuzluk konusu maddi olay başka delillerle de ispatlanabildiği takdirde, salt tanık dinlenmeden yargılama yapılmış olmasının adil yargılama hakkını ihlal etmeyeceği; salt tanıkla ispatın mümkün olduğu olaylarda ise adil yargılama hakkının ihlal edilmiş sayılabileceği belirtilmektedir<sup>142</sup>.

Bununla birlikte, doktrinde idari yargılama usulünde tanıklık kurumuna yer verilmemesinin, “*maddi olayın açıklığa kavuşması ve adaletin gerçekleşmesine izin*” vermediği ve bu durumun, “*Sözleşmenin 6. Maddesi açısından ihlal kararları verilmesine aday*”<sup>143</sup> olduğu; zira, idare hukuku alanında ortaya çıkan uyumsuzlukların büyük bir kısmının AİHS-md. 6’nın kapsamına

<sup>135</sup> **İnceoğlu**, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Tıpkı 4. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2013, s. 217.

<sup>136</sup> **İnceoğlu**, s. 220.

<sup>137</sup> **İnceoğlu**, s. 220.

<sup>138</sup> **Clayton, Richard/Tomlinson, Hugh**: Fair Trial Rights, 2. Baskı, Oxford University Press, 2010, s. 158, 159.

<sup>139</sup> **İnceoğlu**, s. 220; **Dinç**, Güney: Adil Yargılanma Hakkı, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006, s. 168.

<sup>140</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **İnceoğlu**, s. 223-228.

<sup>141</sup> **İnceoğlu**, s. 316.

<sup>142</sup> **Yasin**, s. 59-60.

<sup>143</sup> **İnceoğlu**, s. 52.



girdiği ve bu uyuşmazlıkların çözümü sırasında yine AİHS-md.6'nın sağlanmış olduğu güvencelerin sağlanması gerektiği<sup>144</sup>, belirtilmektedir.

AİHM kararlarında tanık dinletme hakkı, adil yargılama hakkının gerekleri arasında sayılmakta ve mahkemece dava konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak gerekli olduğu halde tanık dinlemenin reddedilmesi durumunda adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir<sup>145</sup>. Aslında, AİHS-md. 6/3<sup>146</sup>, sadece sanığa ilişkin güvenceleri kapsamakta ve bu hüküm sadece ceza davalarına ilişkin bir hüküm olarak gözükmektedir. Bununla birlikte, AİHM 1993 yılında vermiş olduğu kararı<sup>147</sup> ile, silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde değerlendirme yaparak, hukuk davalarında da tanık dinlenmesi gerekliliğini hüküm altına almıştır<sup>148</sup>. Doktrinde, AİHM'in 1983 yılında iki doktor hakkında verilmiş olan disiplin cezasına ilişkin başvuruda<sup>149</sup> olduğu gibi, idari dava türlerinde de tanığa ilişkin uyuşmazlıkları değerlendirdiği belirtilmiştir<sup>150</sup>. Özellikle, dosyada bulunan tanık ifadelerinin karara dayanak teşkil ettiği hallerde, davacı tarafından tanık dinletme talebinin reddedilmesinin silahların eşitliği ilkesine aykırı olacağı belirtilmektedir<sup>151</sup>. İdari rejimi benimsemiş diğer ülkelere bakıldığında, günümüzde bu ülkelerde idari yargılama usulünde duruşmada ya da keşif sırasında mahkemece tanık dinlenmekte olduğu görülmektedir. Örneğin, eskiden yazılı yargılama usulüne sıkı sıkıya bağlı olan Fransa'da bu tutumdan vazgeçilerek sözlülük ilkesi daha önemli bir hale gelmeye başlamış<sup>152</sup> ve idari davalarda tanık deliline yer verilmeye başlanmıştır<sup>153</sup>. Fransa'da her ne kadar yazılılık ilkesi geçerli olmaya devam etse de sözlülük ilkesinin önemi gittikçe yaygınlaşmakta olup, duruşmada tarafların tanıklarını dinletme hakkı bulunmakta ve tanıklar yemin edip dinlendikten sonra beyanları tuta-

<sup>144</sup> **İnceoğlu**, s. 56.

<sup>145</sup> **Akıncı**, s. 256.

<sup>146</sup> AİHS-md.6/3-d: "...iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek..."

<sup>147</sup> Bkz. Dombo Beheer B.V/Hollanda, BN. 14448/88, KT. 27.10.1993; hudoc.echr.coe.int; e.t. 21.03.2021.

<sup>148</sup> **Dinç**, s. 179.

<sup>149</sup> Bkz. Albert ve Le Compte/Belçika, BN. 7299/75; 7496/76, KT. 10.02.1983; hudoc.echr.coe.int; e.t. 21.03.2021.

<sup>150</sup> **Dinç**, s. 179.

<sup>151</sup> **Dinç**, s. 180.

<sup>152</sup> **Kaplan**, s. 41.

<sup>153</sup> **Dinç**, s. 180; **Türkoğlu Üstün**, s. 360-361.

nağa geçirilerek dava dosyasına dâhil edilmektedir<sup>154</sup>. Fransa’da, normal yargılama sürecinde sözlülük ilkesine tamamlayıcı olarak başvurulduğu, yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin davalarda sözlülük ilkesinin öneminin daha da arttığı ve seri yargılama usulüne tabi davalarda ise yazıllık ilkesine göre daha önemli bir hale gelmiş olduğu belirtilmiştir<sup>155</sup>. Almanya’da da, idari yargılama usulünde temel olarak sözlülük ilkesi benimsenmiş olup, yargılama sırasında tanık dinlenmesi mümkündür<sup>156</sup>.

Türkiye’de ise, yazıllık ilkesi ve pozitif hukukta tanık dinlenmesi hususunda bir hüküm bulunmaması gerekçe gösterilerek tanık dinlenmemesi ispat hakkını sınırlandırmaktadır<sup>157</sup>. Özellikle idari ceza niteliği taşıyan disiplin cezası, idari yaptırım ya da vergi cezası gibi idari işlemlere ilişkin uyuşmazlıklarda, bu işlemlerin yapılmasına dayanak teşkil eden tanıkların yargılama sırasında da dinlenmesi bir gereklilik olduğundan, bu idari işlemlerin idari yargı yerlerince yargılanması yapılırken AİHS-md. 6’daki esasların sağlanması gerektiği belirtilmektedir<sup>158</sup>. Aslında, idari yargılama aşamasında tekrar dinlenmese dahi, idari usul aşamasında ya da adli yargı yerleri tarafından dinlenmiş ve idari yargı yerleri tarafından verilecek olan karara dayalı olarak etki eden tanık ifadelerinin, davanın taraflarınca dava ve cevap dilekçesi ile ikinci dilekçeler yolu ile ya da duruşma yapılması durumunda sözlü olarak tartışılması da mümkündür. Ancak, örneğin, dosyada bulunan yazılı tanık ifadeleri arasında çelişki ortaya çıkan durumlarda, idari yargı hâkiminin resen söz konusu tanığı ya da tanıkları dinlemesi, adil yargılanma hakkına ek olarak hukuk devleti ilkesi ve usul ekonomisi ilkesi<sup>159</sup> ile daha uyumlu bir yaklaşım olacaktır. AİHM’e göre sözlü duruşmanın ve söz konusu duruşmada tanıkların dinlenmesinin adil yargılanma hakkı ile oldukça yakın bir ilişkisi bulunmaktadır. AİHM, adil yargılanma hakkının bir parçası olan aleni duruşma hakkının sözlü duruşmayı da içerdiğini kabul etmekte olup, bu kabulün sebebinin ancak sözlü duruşmanın, davanın taraflarının,

<sup>154</sup> **Türkoğlu Üstün**, s. 364; Fransa’da taraflara tanık dinletme imkânı kanunen tanınmıştır. Bu hususta bkz. Code De Justice Administrative (Cja) –Article R623-3.

<sup>155</sup> **Kaplan**, s. 41-42.

<sup>156</sup> **Türkoğlu Üstün**, s. 361; Almanya’da da, idari yargılama aşamasında kanunen tanık dinlenmesi kabul edilmiş olup, bu yönde ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu hususta bkz. Verwaltungsgerichtsordnung (Vwgo)- Abschnitt-87, 93a, 95, 96, 97, 102a, 180.

<sup>157</sup> **Türkoğlu Üstün**, s. 359.

<sup>158</sup> **Türkoğlu Üstün**, s. 360.

<sup>159</sup> Bu hususta usul ekonomisi ilkesi açısından değerlendirme için bkz. **Çınarlı/Azak**, s. 532.

tanıkların ve bilirkişilerin dinlenmesini sağlayacağı ve sadece evrak üzerinden yapılan incelemenin duruşmanın aleniliğini zedeleyeceği yönündeki düşünce olduğu belirtilmektedir<sup>160</sup>. AİHM, bu doğrultuda salt teknik nitelik taşımayan ve adil bir karar verilebilmesi için sözlü duruşma yapılmasının ve tanıkların dinlenmesinin önemli olduğuna kanaat getirdiği idari yargı uyuşmazlıklarında adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermişken<sup>161</sup>; idari yargılama aşamasında silahların eşitliği şartları sağlanarak, davacıya yazılı belgeleri sunma ve karşı tarafın sunduğu belgelere de cevap verme hakkı tanındığı ve söz konusu belgelere dayanarak adil bir karar verilebileceğine kanaat getirdiği durumlarda, salt duruşma ve tanık dinletme talebinin kabul edilmemiş olmasını, adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmemiştir<sup>162</sup>.

Doktrinde ayrıca, 5326 sayılı Kanun<sup>163</sup>-md. 28/5<sup>164</sup>,te yer alan ve CMK'nin tanıklığa ilişkin hükümlerinin, bu kanun kapsamındaki idari yaptırımlardan doğan uyuşmazlıklarda da uygulanacağını belirten hükmün, idari yargılama usulünde de tanık dinlenmesi imkânını sağlamasının hukuk devleti ilkesinin ve adil yargılanma hakkının gereği olduğu belirtilmiştir. Zira, söz konusu kanun, 3. maddesinin başlığında açıkça ifade edildiği üzere, idari yaptırımlar açısından genel nitelikte bir kanundur ve kanunen adli yargının görev alanına alınmış olan idari yaptırımlara karşı açılacak davalarda tanık deliline başvurabilme imkânının idari yaptırımlara karşı idari yargıda açılacak olan davalar açısından da kabul edilmesi gerekmekte olup, idari para cezaları ve vergi cezalarına karşı idari yargıda açılan davalarda tanık dinlenmemesi AİHS-md. 6/1'e aykırı olacaktır<sup>165 166</sup>.

Bu görüş adil yargılanma hakkı açısından oldukça önemli bir konunun altını çizmiş olmakla birlikte, bu durumun aslında 5326 sayılı Kanun'un

<sup>160</sup> Zrvandyan, s. 77.

<sup>161</sup> Zrvandyan, s. 86.

<sup>162</sup> Zrvandyan, s. 88.

<sup>163</sup> Kabahatler Kanunu, RGT. 31.03.2005, RGS. 25772 (Mükerrer).

<sup>164</sup> 5326 sayılı Kanun-md. 28/5: "Ceza Muhakemesi Kanununun tanıklığa, bilirkişi incelemesine ve keşfe ilişkin hükümleri, bu başvuru ile ilgili olarak da uygulanır."

<sup>165</sup> Ardıçoğlu, Artuk: "İdari Yargıda Tanık", Yaklaşım, Sayı 215, 2010; www.adaletbiz.com/idari-yargida-tanik-makale, 65.html; e.t. 10.03.2021.; benzer yönde görüş için bkz. Yılmaz (Sözlülük), s. 310-311.

<sup>166</sup> Sulh Ceza Mahkemesi'nde açılmış olan idari para cezasına ilişkin uyuşmazlıkta duruşma yapılmadan karar verilmiş olduğu için AİHS-md. 6/1'in ihlal edilmiş olduğuna dair karar örneği için bkz. Hüseyin Turan/Türkiye BN. 11529/02 K.T. 4.03.2008; www.hukukturk.com; e.t.21.03.2021.

yürürlüğe girmesiyle birlikte değil, daha önce de, başka bir ifadeyle idari bir işlem ya da sözleşme olmasına rağmen kanunen adli yargının görev alanına sokulmuş olan tüm uyuşmazlıklar açısından geçerli olduğu söylenebilir. Zira, bu durumda da kanunen adli yargıda görülecek olan uyuşmazlıklarda taraflar HMK hükümleri doğrultusunda yargılama sırasında tanık dinletebilmekteyken, idari yargıda görülecek olan davalarda tanık dinletememektedir.

Tanık dinletme hakkı ile ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular sonucu verdiği kararlar da oldukça önemlidir. Öncelikle, Anayasa Mahkemesi, idari yargı kararları sonucu yapılan bireysel başvurularda, tanık dinletme hakkının adil yargılanma hakkı ile ilişkisini açıkça ortaya koymaktadır<sup>167</sup>. Bunun dışında, idari yargılama aşamasında tanık dinletme taleplerinin reddedilmiş olduğu bazı uyuşmazlık örneklerinde Anayasa Mahkemesi, idari yargıda tanık dinlenemeyeceği gibi bir gerekçeye kararlarında yer vermemektedir. Örneğin; idari yargılama aşamasında yeniden keşif yapılarak keşif sırasında tanık dinletme talebinin mahkemece “*idari yargılamada keşif sırasında ya da yargılamanın diğer aşamalarında tanık dinlenemeyeceği*” belirtilerek reddedilmesi üzerine yapılan bireysel başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesi adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiş, bununla birlikte kararındaki gerekçesi ilk derece mahkemesinin belirtmiş olduğu gibi idari yargıda tanık dinlenemeyeceği yönündeki kabul olmamıştır. Aksine, Anayasa Mahkemesi'nin kararını, açıkça olmasa da, idari yargılama hukukunda tanık dinlenmesinin bir gereklilik olduğu ve davanın niteliği gereği tanık delilinin tek başına belirleyici olduğu durumlarda tanık dinletme talebinin kabul edilmemesinin adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği şeklinde yorumlamak mümkündür<sup>168</sup>. Bir başka başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu olayda her ne kadar “*idari yargıdaki yerleşik uygulamada tanık dinleme yoluna gidilmediği anlaşılmıştır*” şeklinde bir ifade kullanmış olsa da başvuran idari yargılama sırasında tanık dinlenmesi talebinde bulunmadığı için, adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. Bu kararda Anayasa Mahkemesi, aynı zamanda, mahkemelerin “... *maddi gerçeği açığa çıkarma amacı gütmeyen tanık beyanı, keşif icrası ve bilirkişi incelemesi gibi delilleri toplamama veya incelememe konusunda takdir yetkisine sahip olduğu*” nu belirterek<sup>169</sup>, idari yargılama usulünde tanık dinlenmesinin mahkemenin takdirinde olduğu gibi

<sup>167</sup> Örnek için bkz. AYM, BN. 2013/9025, KT. 06.01.2016; AYM, BN. 2013/1989, KT. 10.03.2016; www.hukukturk.com; e.t.25.03.2021.

<sup>168</sup> AYM, BN. 2013/6615, KT.20.04.2016; www.hukukturk.com; e.t.25.03.2021.

<sup>169</sup> AYM, BN. 2013/2624, KT.31.03.2016; www.hukukturk.com; e.t.25.03.2021.

bir izlenim uyandırmıştır. Benzer bir başka başvuruda, başvuran idari yargılama aşamasında keşif ve tanık dinletme taleplerinin reddedildiğini belirtmiş, Anayasa Mahkemesi ise tanık dinletme talebinin reddini gerekçe olarak kullanmamakla birlikte, keşif talebinin reddedilmiş olmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmiştir<sup>170</sup>.

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi idari yargılama aşamasından kaynaklanan bireysel başvurularda tanık dinletme hakkının adil yargılanma hakkı açısından önemini vurgulamakta, idari yargılama aşamasında tanık dinlenmeyeceğine ilişkin bir belirleme yapmamakta, bununla birlikte somut olayın çözümünde tanık dinletme talebinin reddedilmiş olmasını, adil yargılanma hakkının ihlali açısından gerekçe olarak kullanmaktan kaçınmaktadır. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin idari yargılama aşamasından doğan başvurular sonucu verdiği kararlarda, tanık delilinin adil yargılanma hakkı ve özellikle hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkesi ile ilişkisine yer vermesi oldukça önemlidir.

### B. Vicdani Kanaat İlkesi İle İlişkisi

Günümüzde yargılamanın amacının “*adaletli karar vermek olduğu*” ve adaletli bir kararın ise, dava konusu uyuşmazlığı davanın her iki tarafını da tatmin edecek şekilde ortadan kaldıran hatta toplumsal barışı sağlayan karar olduğu kabul edilmektedir<sup>171</sup>. İdari yargılama usulünde adil karar vermek, bireysel yarar yanında kamu yararını da oldukça yakından ilgilendirmekte olduğundan, kararı verecek hâkimin dava konusu olayla ilgili olarak her türlü bilgiye ulaşması daha önemli hale gelmektedir ve aslında idari yargılama usulünde resen araştırma ilkesinin benimsenmiş olmasının temel sebebi budur<sup>172</sup>.

Adil karar verebilmenin en önemli basamaklarından birini, kuşkusuz vicdani kanaat ilkesi oluşturmakta olup, “*yargılamanın temel taşı*”<sup>173</sup> olarak nitelenen bu ilke, Türk hukukunda 1982 AY-md. 138/1<sup>174</sup> hükmü ile güvence altına alınmıştır. Yargılama sırasında hâkimin vicdani kanaatinin

<sup>170</sup> AYM, BN. 2013/6133, KT.13.04.2016; www.hukukturk.com; e.t.25.03.2021.

<sup>171</sup> **Yılmaz** (Sözlülük), s. 273; **Yılmaz**, Ejder: “Usul Ekonomisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 1, Yıl 2008, s. 248.

<sup>172</sup> **Türkoğlu Üstün**, s. 344.

<sup>173</sup> **İşıklar**, s. 50; **Yeter**, Olga Nihal: Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Duruşma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 23.

<sup>174</sup> 1982 AY-md. 138/1: “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.*”

oluştugu yerin duruşma olduğu ve her ne kadar idari yargılama usulünde duruşmaya sınırlı olarak yer verilse de idari yargılama usulünde duruşmanın vicdani kanaatin oluşmasının yolu olduğu belirtilmektedir<sup>175</sup>.

Duruşmanın vicdani kanaat ilkesi ile ilişkisi bu kadar yakınken, idari yargılama usulünde duruşma sırasında tanık dinlenmemesinin ispat hakkı ve hâkimin vicdani kanaatinin oluşması açılarından eksiklik olduğu<sup>176</sup> kuşkusuzdur. Ayrıca, davanın taraflarınca sunulan delillerin yeterli olmadığı ya da bu delillerin birbirine eşit olduğu ve hâkimin resen araştırma yapmasına rağmen uyumsuzluğu çözmeye yetecek delile ulaşamadığı durumlarda, hâkimin tam olarak vicdani kanaatinin oluşabilmesi için tanık dinlenmesine zorunlu olarak ihtiyaç duyulacaktır<sup>177</sup>. Bu durumlarda tanık dinlenerek bir çözüme ulaşılması, verilecek kararda hâkimin vicdani kanaatinin oluşmasını daha kolay hale getirecektir<sup>178</sup>. Kaldı ki, idari yargıda görülmekte olan mobbing davaları örneğinde olduğu gibi, bazı uyumsuzluklarda davacının tanık delilinden başka bir delili bulunmamaktadır<sup>179</sup>. Bu durumun davalı idare açısından da geçerli olduğu kuşkusuzdur, aleyhine mobbing davası açılmış olan idarenin de bu iddianın aksini ispatlamak hususunda tanık delilinden başka delili bulunmayabilir.

Bu sebeplerle, doktrinde idari yargılama usulünde tanık delilinin çok önemli bir ihtiyaç olduğu<sup>180</sup>, idari hâkimin bazı uyumsuzluklarda istediği usulü benimseyebilmesi gerektiği ve delilleri toplayıp değerlendirmek aşamasında, idari hâkime bazı serbest alanlar tanınması gerektiği belirtilmiştir<sup>181</sup>. Yine doktrinde, her ne kadar mutlak bir benzerlik söz konusu olmasa da idari yargılama usulünde iptal davalarının ceza davalarına benzediği ve bu davalarda ceza yargılama usullerinin daha üstün olduğu, tam yargı davalarının ise hukuk davalarına benzediği ve bu davalarda hukuk yargılaması usullerinin üstün olduğu belirtilmiştir<sup>182</sup>. Bu noktada, idari yargılama usulünde, ceza yargılamasında kabul edilmiş olan ve delil serbestliğini ve delillerin değerlendirilmesi serbestliğini içermekte olan “*vicdani delil sistemi*”nin<sup>183</sup> kanunen ya da içtihatla kabul edilmesi gerektiğini söylemek

<sup>175</sup> Işıklar, s. 50.

<sup>176</sup> Yasin, s. 46.

<sup>177</sup> Çağlayan (Tanık), s. 198-199. Benzer yönde görüş için bkz., Yılmaz (Sözlülük), s. 304.

<sup>178</sup> Hondu, s. 261-262; Türkoğlu Üstün, s. 344.

<sup>179</sup> Ceylan, s. 329.

<sup>180</sup> Hondu, s. 264.

<sup>181</sup> Özay, s. 40.

<sup>182</sup> Onar, s. 1938.

<sup>183</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 508. Vicdani delil sistemi hususunda ayrıca bkz., Badem, s. 299-300.

mümkün olup, 1982 AY-md. 138/1'de yer alan vicdani kanaat ilkesinin tüm kamu hukuku alanında geçerli olduğuna ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı bu düşüncüyü desteklemektedir<sup>184</sup>.

Danıştay ise, vicdani kanaat ilkesine genellikle disiplin cezalarına karşı açılan davalarda vurgu yapmakta ve disiplin cezası verilebilmesi için isnat konusu fiilin “*tam bir vicdani kanaat oluşturacak şekilde*” ortaya konması gerekliliğini hüküm altına almaktadır<sup>185</sup>. Böylelikle Danıştay, idari ceza alanında idarenin disiplin cezası verirken vicdani kanaatinin tam olarak oluşması gerektiğini kabul etmekte olup, bu içtihadının aslında idari yargıda tanık dinlenmesi hususu açısından da geliştirilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Her ne kadar disiplin soruşturmasında vicdani kanaat ilkesinin gerekliliği oldukça önemli olsa da idari yargı yerince verilecek kararlar açısından da bu ilke öncelikle önemli olmaktadır. Zira, disiplin cezası son tahlilde idari bir işlemdir ve bu işleme karşı yargı yolu açıktır. Bu sebeple, idari yargılama aşamasında davanın taraflarının tanık dinletmemesi sonucu, idari hâkimin vicdani kanaati tam olarak oluşmadıysa, tanık dinlenmemesi anayasal vicdani kanaat ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Sonuç olarak; gerek adil yargılanma hakkı ve vicdani kanaat ilkesi, gerek İYUK-md. 20/1'de yer alan hükmün yorumu ile idari yargılama aşamasında tanık dinlenmesinin mümkün ve gerekli olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır. Kaldı ki, tanık delili için yasal dayanak olmadığı kabul edildiğinde dahi, idare hukuku gibi idari yargılama usulünün de genç bir hukuk dalı olmasının sonucu olan içtihadi niteliği<sup>186</sup> göz önüne alındığında, idari yargı yerlerince tanık deliline başvurma hususunda içtihat değişikliğine gidilebileceği<sup>187</sup> vurgulanmalıdır. Zira, her ne kadar tanık delilinin İYUK'ta ayrıca ve açıkça kabul edilerek düzenlenmesi, söz konusu delilin idari yargılama usulünde uygulanabilmesine kesin olarak olanak sağlayacak olsa da doktrinde belirtilmiş olduğu gibi idari yargılama usulündeki düzenlemelerin hukuk yargılama usulündeki düzenlemeler gibi ayrıntılı şekilde düzenlenmemiş olması, aslında “*idari yargıda usul hükümlerinin esnek kalma zorun-*

<sup>184</sup> “...*Bu kuralın ceza hukuku dışında kamu hukukunun öbür alanlarda da geçerli olduğu görüşünü Anayasa'nın 138. maddesi de desteklemektedir...*”; AYM, E.1993/33, K.1993/0, KT. 21.10.1993; www.hukukturk.com; e.t.18.03.2021.

<sup>185</sup> D12D, E.2012/9082, K.2016/408, KT.02.02.2016; D12D, E.2014/29, K.2018/4956, KT.07.11.2018; www.hukukturk.com; e.t.13.03.2021.

<sup>186</sup> **Yavuzdoğan**, s. 13-15. Bu hususta ayrıca bkz. **Eroğlu**, s. 24. Bu içtihadi nitelik, kanunda açıkça düzenleme olmayan ve HUMK'ye atıf yapılmayan hallerde içtihatlarla yer verilmesi, şeklinde açıklanmıştır; **Onar**, s. 1941, 1942.

<sup>187</sup> **Kaplan**, s. 44; **Ceylan**, s. 331; **Yılmaz** (Sözlülük), s. 308.

*luluğu*”ndan kaynaklanmaktadır<sup>188</sup>. Doktrinde, “*yasa koyucunun hareketsizliği*”nin, “*içtihadî çözüm*”e engel teşkil etmediği<sup>189</sup> ve içtihat mahkemesi olarak Danıştay’ın hukukun genel ilkelerinden ve hukuk yargılamasındaki kurallardan yararlanarak bir çözüme ulaşmasının mümkün olduğu<sup>190</sup>, haklılıkla belirtilmektedir. Buna ek olarak, idari yargılama sırasında ihtiyaç duyulması halinde CMK’nin tanık deliline ilişkin hükümlerinden de yararlanılabileceğinin altı çizilmelidir.

Son olarak, Adalet Bakanlığı tarafından 2020’de yayımlanmış olan Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı’nda 2021 yılında mevzuat değişikliği ile bazı uyuşmazlıklarda tanık dinlenebilmesinin sağlanacağı belirtilmiştir<sup>191</sup>. 20 Aralık 2018-20 Aralık 2021 tarihleri arasında kapsayan “İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi” projesi ile ilgili olarak da bu proje faaliyetleri arasında beklenen sonuçlar arasında ilk sırada, “*Mevcut idari yargı sisteminin derinlemesine incelenmesi ve uygulanan reformların etkilerinin değerlendirilmesi*” ve proje aracılığıyla ulaşılması öngörülen sonuçlar arasında, “*idari yargının etkililiğinin iyileştirilmesi yönünde yaklaşım ve politikaların (kanıt esaslı) belirlenerek, bunların uygulanmasının desteklenmesi*”, gösterilmiştir<sup>192</sup>. Gerek söz konusu projenin amaçları, gerek yargı reformu stratejisi birlikte değerlendirildiğinde, idari yargılama usulünde tanık dinlenmesine olanak sağlayacak düzenlemelerin yapılması beklenen bir gelişme olmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu mevzuat değişikliğinin, bu çalışmada açıklanmaya çalışılan ve idari yargılama usulünde adil yargılanma hakkının ve vicdani kanaat ilkesinin tam olarak hayat bulmasına yönelik içeriğe sahip olması ve tüm idari uyuşmazlıklarda tanık dinlenmesi imkânını sağlaması umulmaktadır.

<sup>188</sup> Eroğlu, s. 24.

<sup>189</sup> Kaplan, s. 41.

<sup>190</sup> Eroğlu, s. 32; Gözübüyük/Tan, s. 728. Bu hususta ayrıca bkz. Çağlayan (İdari Yargılama), s. 391-392.

<sup>191</sup> Adalet Bakanlığı: Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı, 2020, s. 108; <https://yargireformu.adalet.gov.tr/Resimler/eylemplani.pdf>; e.t.02.04.2020.

<sup>192</sup> Bu hususta bkz.; Türkiye Avrupa Konseyi Program Ofisi Ankara: “Proje Hakkında”; <https://www.coe.int/tr/web/ankara/improving-the-effectiveness-of-the-administrative-judiciary-and-strengthening-the-institutional-capacity-of-council-of-state>; e.t.02.04.2020.



## SONUÇ

Danıştay, idari yargılama aşamasında tanık dinlenmesini kabul etmemekle birlikte, idari usul sürecinde ve adli yargı yerlerince dinlenmiş olan tanıkların ifadelerini bazı kararlarında delil olarak kullanmaktadır.

Danıştay'ın idari yargılama usulünde tanık dinlenemeyeceğine ilişkin içtihadı vergi uyuşmazlıklarından temellenmiş ve az sayıdaki başka tür idari uyuşmazlıkta da söz konusu içtihadında yer alan gerekçelere başvurulmuştur. Bununla birlikte, bu yöndeki kararları oldukça az sayıdadır. Söz konusu gerekçeler, İYUK-md.1/2'de yazılı yargılama usulünün benimsenmiş olması ile İYUK-md. 31'de tanık delili ile ilgili olarak HMK'ye atıf yapılmamış olmasıdır. Bununla birlikte, yazılı yargılama usulünün benimsenmiş olması tek başına tanık dinlenmesine engel olmadığı gibi; Danıştay'ın tanık delilinden başka usul kuralları ile ilgili olarak HMK'ye atıf yapılmadığı halde HMK hükümlerini uyguladığı çok sayıda kararı bulunmaktadır. Danıştay'ın yargılama sırasında başvurulacak usul kuralları ile ilgili olarak CMK hükümlerini uygulamış olduğu bir kararına bu çalışma kapsamında ulaşmak mümkün olmamıştır. Ancak, resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu ceza yargılamasının tanığa ilişkin hükümlerinin de özellikle davanın taraflarınca tanık dinletilmesi talep edilmediği halde, idari hâkimin uyuşmazlığın çözümü açısından ihtiyaç duyması halinde resen tanık dinlenmesine karar vermesi açısından uygulanabileceğini söylemek mümkündür. Bu sebeplerle, Danıştay'ın bu husustaki içtihadının yeniden kurgulanması gerekmektedir.

Danıştay idari usul sürecinde tanık dinlemenin önemini ise, çok sayıdaki kararında vurgulamakta ve özellikle disiplin soruşturması sırasında dinlenmiş olan tanıkların ifadelerini çok sayıdaki kararında gerekçe olarak kullanmaktadır. Bu sebeple, her ne kadar yargılama aşamasında sözlü olarak tanık dinlenmese de yazılı bir niteliğe kavuşmuş olan tanık ifadeleri idari yargılama aşamasında önemli bir delil olmaktadır.

İdari yargılama aşamasında tanık dinlenmemesi, adil yargılanma hakkı ve vicdani kanaat ilkesi açısından bazı olumsuzlukları beraberinde getirmektedir. Bu husus Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ve bireysel başvuru sonucu Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlarda vurgulanmaktadır. İdari rejimi benimsemiş diğer ülke örneklerine bakıldığında, idari yargılama aşamasında tanık dinlenmekte olduğu görülmektedir. Böylelikle, idare hukuku doktrininde uzun zamandır önemi vurgulanmış olan sözlü tanık ifadesinin, idari yargılama usulünde hâlen kanunen ya da içtihatla kabul edilmemiş olması önemli bir eksikliklerdir.

Bunun dışında, özellikle disiplin soruşturmaları sırasında alınan tanık ifadeleri ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin adil yargılanma hakkı güvencelerinin sağlanmasına ilişkin içtihadı ve Danıştay'ın disiplin soruşturmalarında, soruşturmacıda tam bir vicdani kanaat oluşması gerektiğine ilişkin içtihadı değerlendirildiğinde; idari yargılama sürecine dolaylı olarak etki eden tanık delili açısından da adil yargılanma hakkının ve vicdani kanaat ilkesinin önemi ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, idari usul sürecinde aranan adil yargılanma hakkı ve vicdani kanaat koşullarının, yargılama aşamasında öncelikle önemli olduğu söylenebilir.

Böylelikle, idari yargılama usulünde tanık dinlenebilmesine imkân tanıyan mevzuat değişikliğinin yapılması, idari yargının geliştirilmesine yönelik çalışmaların yapıldığı günümüz açısından öncelikli beklenti olsa da mevzuat değişikliği olmaması durumunda dahi, Danıştay'ın resen araştırma ilkesi, adil yargılanma hakkı ve vicdani kanaat ilkesi doğrultusunda tanık dinlenmesine yönelik içtihat değişikliğine gitmesi, hakkaniyete ve çağın koşullarına uygun bir yaklaşım olacaktır.

**KAYNAKLAR**

- Adalet Bakanlığı:** Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı, 2020, s. 108; <https://yargireformu.adalet.gov.tr/Resimler/eylemplani.pdf>; e.t.01.04.2020.
- Akıncı,** Müslüm: İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Akılmaz,** Bahtiyar: İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000.
- Akılmaz,** Bahtiyar/**Sezginer,** Murat/**Kaya,** Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- Ardıçoğlu,** Artuk: “İdari Yargıda Tanık”, Yaklaşım, Sayı 215, 2010; [www.adaletbiz.com/idari-yargida-tanik-makale,65.html](http://www.adaletbiz.com/idari-yargida-tanik-makale,65.html); e.t. 10.03.2021.
- Azrak,** Ali Ülkü: Umumi İdari Usulün- Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi, Doktora Tezi, İstanbul, 1964.
- Badem,** Semiyet: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 45, Yıl 12, 2021, ss. 289-326.
- Ceylan,** Mahmut: “İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları”, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 8, Sayı 16, Aralık 2018, ss. 325-341.
- Clayton,** Richard/**Tomlinson,** Hugh: Fair Trial Rights, 2. Baskı, Oxford University Press, 2010.
- Çağlayan,** Ramazan: “İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilini Yeri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 3-4, Yıl 2003, ss.195-206. (Tanık)
- Çağlayan,** Ramazan: İdarî Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017. (İdarî Yargılama)
- Çebi Buğdaycı,** Melike Özge: “İdari Yargılama Usulünde Keşif Delili”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 29, Sayı 1, 2021, ss. 1-45.
- Çınarlı,** Serkan/**Azak,** Kerim: “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Disiplin Cezalarının İptali Davalarında Tanık Delili Sorunu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 29, Sayı 1, 2021, ss. 509-535.
- Dinç,** Güney: Adil Yargılanma Hakkı, İzmir Barosu Yayınları, İzmir 2006.

- Eroğlu, Yaşar:** “Danıştay Kanunuyla hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na Atıf Yapılmayan Hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun Danıştayda Uygulanışı”, *Danıştay Dergisi*, Sayı 8, Yıl 3, 1973, ss. 24-32.
- Gedik, Doğan:** “Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m. 217)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, ss. 913-963.
- Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut:** *İdare Hukuku Cilt II, Güncelleştirilmiş 7. Baskı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Hondu, Selçuk:** “İdari Yargılama Usulünde Deliller ve “Şahit””, *Özay İl Han, Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, ss. 253-265.
- Işıklar, Celal:** “İdarî Yargıda Duruşma”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 2, Yıl 2, Sayı 4, 2011, ss. 45-100.
- İnceoğlu, Sibel:** *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Tıpkı 4. Baskı, Beta Basım yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2013.
- Kaplan, Gürsel:** “İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1, Yıl 13, ss. 33-46.
- Karamercan, Fatih:** “Medenî Usûl Hukukunda Tanık ve Tanıklık”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 3, 2018, ss. 151-191.
- Kuru, Baki:** *Medenî Usul Hukuku*, Legal Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2015.
- Ocak, Memduh:** “İdari Yargıda Duruşmanın Adil Yargılanma Hakkı Açısından İncelenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 145, 2019, ss.349-367.
- Onar, Sıddık Sami:** *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, Cilt III, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- Özay, İl Han:** *Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- Sancakdar, Oğuz/Altınok Çalışkan, Elif/Dursun, Gizem/Seyhan, Serkan/Yağcı, Pınar:** *Disiplin Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Türkiye Avrupa Konseyi Program Ofisi Ankara:** “Proje Hakkında”; [https:// www. coe. int/tr/web/ankara/improving-the-effectiveness-of-the](https://www.coe.int/tr/web/ankara/improving-the-effectiveness-of-the)

administrative- judiciary-and-strengthening-the-institutional-capacity-of-council-of-state; e.t. 01. 04. 2020.

**Türkoğlu Üstün**, Kâmile: İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

**Uzun**, Mine: “Bir Adil Yargılanma Hakkı Olarak Tanığı Sorgulama Ve Tanık Dinletme Hakkının Türk Vergi Yargılamasındaki Yeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 63, Sayı 1, 2014, ss. 219-245.

**Yasin**, Melikşah: İdari Yargılama Usulünde İspat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

**Yavuzdoğan**, Seçkin: İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. Maddesi Çerçevesinde Medeni Yargılama Hukuku-İdari Yargılama Hukuku İlişkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.

**Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

**Yeter**, Olga Nihal: Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Duruşma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.

**Yılmaz**, Ejder: “Usul Ekonomisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 1, Yıl 2008, ss. 243-274.

**Yılmaz**, Dilşat: “ “Usul Ekonomisi İlkesi” Çerçevesinde Türk İdari Yargılama Usulünde Sözlülük İlkesine İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXIII, Sayı 2, Yıl 2019, ss. 267-320.(Sözlülük)

**Zrvandyan**, Arman: İdari Yargıda Avrupa Adil Yargılanma Standartlarına İlişkin Emsal Kararlar, 2021; <https://rm.coe.int/emsalkararlarlarkitabioption-2/1680a1cdb6>; e.t.01.04.2021. (Kitap, Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından ortaklaşa finanse edilmekte ve Avrupa Konseyi tarafından yürütülmekte olan “İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştayın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi” projesi kapsamında basılmıştır.)

**SİNGAPUR MİLLETLERARASI TİCARET MAHKEMESİ  
(SICC)****(Araştırma Makalesi)**DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998241>**Arş. Gör. Dr. Onur Can SAATCIOĞLU\*****Öz**

21. Yüzyıl ile birlikte, önceleri tahkim ve geleneksel devlet yargısı şeklinde yapılan ayırım farklı bir boyut kazanmıştır. Bazı devletler, sınıraşan ticarî uyuşmazlıkların çözümü bakımından kendi ülkelerini birer çekim noktası hâline getirmek istemişler ve bu tür uyuşmazlıkları inceleyen özel mahkemeler kurma fikrini geliştirmişlerdir. Tahkimin ve geleneksel devlet yargısının avantajlı yönlerini bir arada barındırma gayesiyle kurulan bu mahkemeler, milletlerarası ticaret mahkemeleri şeklinde adlandırılmaktadırlar. Bu çalışma, hâlihazırda kurulu bulunan örnekler arasında tercih edilebilirlik ve etkinlik yönünden avantajlı bir konumda olduğunu düşündüğümüz Singapur Milletlerarası Ticaret Mahkemesi'ni (SICC) ana hatlarıyla tanıtmak amacıyla kaleme alınmıştır. Aşağıda, öncelikle günümüzde faaliyet gösteren milletlerarası ticaret mahkemeleri hakkında genel bir bilgilendirme yapılacaktır. Ardından, SICC'nin temel yapısı ayrı başlıklar altında incelenecektir. Açıklamalar esnasında yeri geldikçe, özellik arz eden bazı hususlar açısından milletlerarası ticarî tahkim yolu ile karşılaştırmalar yapılacak ve SICC sisteminin güçlü ve zayıf yönlerine temas edilecektir. Sonuç kısmında ise, çalışmada yer verilen tüm açıklamalardan hareketle SICC'nin niçin diğer örneklere kıyasla daha güçlü bir alternatif teşkil edebileceği hususundaki kanaatimize yer verilecektir.

**Anahtar Kelimeler**

*Singapur, Milletlerarası ticaret mahkemesi, Taraf özerkliği, Yetki anlaşması, New York Sözleşmesi*

\* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara (ocstr@hacettepe.edu.tr), ORCID: 0000-0003-4894-3422 (Geliş Tarihi: 15.04.2021-Kabul Tarihi: 20.06.2021)

**SINGAPORE INTERNATIONAL COMMERCIAL COURT (SICC)***(Research Article)***Abstract**

*Starting from the second millenium, the longstanding division between arbitration and litigation has gained a different dimension. Some states, with an intention to become a hub for the business of resolving international commercial disputes, have started to establish special courts. By way of pursuing the goal of encompassing some attractive features of both arbitration and litigation, these courts have become to be known as international commercial courts. This paper intends to introduce the main framework of Singapore International Commercial Court (SICC), which we think is situated in a relatively advantageous position among other examples. In the below, first and foremost, a general introduction regarding the modern day examples of major international commercial courts will be provided. Then, the fundamental structure of SICC will be examined under seperate headings. While doing so, occasional and issue specific comparisons between the systems of SICC and arbitration in general will also be made. Finally, based on the explanations given, we will share our conclusions as to why SICC can be regarded as a better alternative compared to others.*

**Keywords**

*Singapore, International commercial court, Party autonomy, Choice of court agreement, New York Convention*

## I. GİRİŞ<sup>1</sup>

Günümüzde, büyük ve kapsamlı ticarî uyuşmazlıkların giderek artan şekilde birden fazla hukuk sistemini ilgilendirir hâle geldikleri gözlemlenmektedir<sup>2</sup>. Sınıraşan ticarî uyuşmazlıkların nerede çözüleceği sorusu, hukuk hizmetleri alanında yoğun bir rekabet yaşanmasına yol açmaktadır<sup>3</sup>. İlk bakışta, bu rekabetin geleneksel devlet yargısı ile tahkim arasında söz konusu olduğu düşünülebilir. Ancak tahkime başvuru sıklığı dikkate alındığında, bu rekabetin tahkim lehine zaten sonlanmış olduğu yorumunu yapmak da mümkündür<sup>4</sup>.

Devlet mahkemelerince sunulacak hukuk hizmetleri ve bu hizmetlerin diğer bağlantılı sektörler ile olan ilişkisi göz önüne alındığında, milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümü işinin bir ülkenin gayrisafî millî hasılasına ciddi katkı sağladığı bilinmektedir<sup>5</sup>. Kapsamlı milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümü, o ülkede faaliyet gösteren avukatların, muhasebecilerin, tercümanların, bilirkişilerin, otellerin ve diğer bağlantılı hizmet sağlayıcıla-

<sup>1</sup> Değerli zamanlarından fedakarlık göstererek bu çalışmayı büyük bir titizlikle değerlendiren sayın hakemlere ve yayına hazırlık sürecinde göstermiş oldukları özen için dergi editörlüğünün değerli üyelerine çok teşekkür ediyorum.

<sup>2</sup> **Denjakin**, Viktor: “The SICC: International Commercial Litigation: A New Major Development in the Field of International Commercial Dispute Resolution”, Keio Law Journal, 41, s. 237.

<sup>3</sup> **Requejo Isidro**, Marta: International Commercial Courts in the Litigation Market - Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series, 2, 2019, s. 21; **Biard**, Alexandre: “International Commercial Courts in France: Innovation without Revolution” Erasmus L. Rev., 12(1), 2019, s. 24.

<sup>4</sup> Günümüzde, milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde birinci sırada tercih edilen yol, milletlerarası ticarî tahkimdir. 2018 yılında yayımlanan ve geniş katılımı şekilde avukatlar ile yapılan bir anket çalışmasında, ankete katılanların %97’sinin devlet yargısı yerine milletlerarası ticarî tahkimi tercih ettikleri ortaya çıkmıştır. Bkz. Queen Mary University of London, 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>> Erişim Tarihi: 04.02.2021. Katılımcıların neredeyse tamamının tahkimden yana bir eğilim sergilemesi, hiç şüphesiz tahkimin taraflara sunduğu önemli bazı avantajlardan ileri gelmektedir. Bu kapsamda, hakem kararlarının 1958 Tarihli New York Sözleşmesi kapsamında yaygın ve görece hızlı bir şekilde tenfiz edilebilmesi, yargılamanın gizlilik içerisinde yapılması, tarafların kendilerini yargılayacak olan hakemleri seçebilmeleri vb. avantajlar örnek verilebilir. New York Sözleşmesi’nin, tahkimi tercih edilebilirlik yönünden geleneksel devlet yargısının önüne geçirdiği görüşü hakkında bkz. **Denjakin**, s. 238, 239.

<sup>5</sup> **Sorabji**, John/**Kramer**, Xandra: “Introduction-The International Business of Courts” in International Business Courts A European and Global Perspective (Kramer, Xandra/Sorabji, John (Eds.)), Eleven International Publishing, The Hague, 2019, s. 11.



rının bakış açılarından oldukça kârlı bir iştir<sup>6</sup>. Bu gerçek, 21. yüzyıl ile birlikte, daha önce tahkim ve geleneksel devlet yargısı şeklinde yapılan ayrımın farklı bir boyut kazanmasına yol açmıştır. Bazı devletler, kendi ülkelerini milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümü bakımından birer çekim noktası hâline getirmek istemişler<sup>7</sup> ve bu tür uyuşmazlıkları inceleyen özel mahkemeler kurma fikrini geliştirmişlerdir<sup>8</sup>.

Milletlerarası ticaret mahkemeleri kavramı, geçtiğimiz on beş yıl zarfında çeşitli devletlerde kurulmuş ve milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların kendine özgü bazı ihtiyaçlarını karşılamak suretiyle<sup>9</sup> tarafların güvenini kazanmak<sup>10</sup> amacına yönelmiş, tahkimin ve geleneksel devlet yargısının bir takım avantajlarını tek elde toplayacak<sup>11</sup> şekilde tasarlanmış yargı yerlerini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bu mahkemeler, bir taraftan esas güçlerini devlet mahkemesi olmalarından almaktadırlar (kararların yayınlanması, temyiz hakkı, üçüncü kişiler üzerinde kontrol vb.). Diğer taraftan, tahkimin tercih edilme gerekçelerinin bazılarını da sistemleri içerisinde yer vermektedirler (konunun uzmanları tarafından yargılanma, taraf özerkliği, ispat kurallarını seçme imkânı vs.)<sup>12</sup>. Bu açıdan, tahkimdeki esneklik ile geleneksel devlet yargısının hukukî icbar ve gözetim imkânı bu “melez”<sup>13</sup> mahkemelerde bir araya gelmiş gözükmektedir<sup>14</sup>.

<sup>6</sup> **Wilske**, Stephan: “International Commercial Courts and Arbitration - Alternatives, Substitutes or Trojan Horse”, *Contemp. Asia Arb. J.*, 11(2), 2018, s. 156; **Yip**, Man: “The Singapore International Commercial Court: The Future of Litigation?” in *International Business Courts A European and Global Perspective* (Kramer, Xandra/Sorabji, John (Eds.)), Eleven International Publishing, The Hague, 2019, s. 131.

<sup>7</sup> **Sorabji/Kramer**, s. 3.

<sup>8</sup> **Sorabji/Kramer**, s. 11.

<sup>9</sup> **Requejo Isidro**, s. 4.

<sup>10</sup> **Sorabji/Kramer**, s. 10.

<sup>11</sup> **Chong**, Adeline/**Yip**, Man: “Singapore as a Centre for International Commercial Litigation: Party Autonomy to the Fore”, *Journal of Private International Law*, 15(1), 2019, s. 100.

<sup>12</sup> **Godwin**, Andrew/**Ramsay**, Ian/**Webster**, Miranda: “International Commercial Courts: The Singapore Experience” *Melbourne J of Intl L*, 18(2), 2017, s. 223. **Mesci/Esen**’e göre, bazı devletler milletlerarası ticaret mahkemeleri kurmak suretiyle âdeta tahkimin tahtına göz dikmektedirler. Bkz. **Mesci**, Barış/**Esen**, Emre, “Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Yargısal Yolla Çözümünde Tahkime Rakip Olarak Milletlerarası Ticaret Mahkemeleri: Hollanda Ticaret Mahkemesi Üzerinden Bir Analiz”, *Public and Private International Law Bulletin*, 40(2), s. 1229.

<sup>13</sup> **Yip**, Future, s. 141; **Demeter**, Dalma R./**Smith**, Kayleigh M.: “The Implications of International Commercial Courts on Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, 33(5), 2016, s. 442.

<sup>14</sup> **Stamboulakis**, Drossos: Legal Transfer and ‘Hybrid’ International Commercial Dispute Resolution Procedures: Lessons from the Singapore International Commercial Court in

Önemle vurgulamak gerekir ki, bu mahkemeler milletlerarası bir girişim sonucunda ortaya çıkmış ve birden fazla devlet adına yargılama yapan yerler olmayıp, bütünüyle ilgili devletlerin yargı örgütleri içerisinde faaliyet göstermektedirler<sup>15</sup>. Mahkemelerin çoğunlukla milletlerarası nitelikte ticarî uyuşmazlıklar ile sınırlı bir yetkiye sahip olması, onlara özgün bir milletlerarası yön kazandırmaktadır. Ayrıca, devlet yargısına başvurmadan çekinen ama çeşitli gerekçelerle tahkime başvuru konusunda tereddüt yaşayan<sup>16</sup> tarafların cezbedilmesi de amaçlanmaktadır. Bu amacı gerçekleştirmek adına, yargılama sürecinin ağırlıklı şekilde yahut tamamen İngilizce dilinde yürütüldüğü, geleneksel devlet yargısına kıyasla taraflara oldukça geniş bir irade özerkliği tanındığı, usul kuralları ve özellikle ispat kuralları açısından taraf iradelerine öncelik verildiği ve yabancı avukatlar ile temsil imkânının getirildiği görülmektedir. Mahkemelerin ana ilham kaynağı olarak, yüz yılı aşkın süredir faaliyet gösteren ve aslında milletlerarası ticarî uyuşmazlıkları görmek amacıyla kurulmamış olmasına rağmen, günümüzde daha çok bu türde uyuşmazlıklar bakımından yaygın şekilde tercih edilen<sup>17</sup> Londra Ticaret Mahkemesi (*Commercial Court*) gösterilmektedir.<sup>18</sup>

---

Legal Transplants in East Asia and Oceania (BREDA Vito (Ed.)), Cambridge University Press, Cambridge, 2019, s. 183.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Günümüzde milletlerarası ticarî tahkim, bir kısmı daha önce devlet yargısı bakımından da dile getirilmiş bazı eleştirilere muhatap olmaktadır. Bkz. **Demeter/Smith**, s. 443. Tahkim sürecinin çok masraflı oluşu, uzun sürebilmesi ve hakem heyetinin ne taraf temsilcileri ne de üçüncü kişiler üzerinde etkili bir kontrole sahip olması bu kapsamda verilen başlıca örneklerdir. Bkz. **Saitou**, Akira: “Kokusai shouji chuusai to kokusai shouji saiban-kyousou to kyouryoku no tame no kankei riron ni mukete”, *Kokusai shoutorihiki gakkai nenpou*, 18, 2016, s. 87; **Bell**, Gary F.: “The New International Commercial Courts - Competing with Arbitration - The Example of the Singapore International Commercial Court”, *Contemp. Asia Arb. J.*, 11(2), 2018, s. 194; **Chong**, Steven: “Dispute Settlement in the Belt and Road Initiative: Lessons from the Singapore Experience”, *The Chinese Journal of Comparative Law*, 8(1), 2020, s. 33; **Requejo Isidro**, s. 25. Bu önemli eleştirilerin varlığına rağmen tahkimin hâlen yoğun talep görüyor olması, hakem kararlarının 1958 tarihli New York Sözleşmesi kapsamında nispeten kolay şekilde tenfiz edilebiliyor olmasına bağlanmaktadır. Bkz. **Reyes**, Anselmo: “Recognition and Enforcement of Interlocutory and Final Judgments of the Singapore International Commercial Court”, *J of Intl & Comparative L*, 2(2), 2015, s. 340.

<sup>17</sup> **Wilske**, s. 160. İngiliz hâkimlerine güvenilmesi ve çoğu hâlde zaten İngiliz hukukunun seçilmiş olması bu tercihin temel sebepleri arasında gösterilmektedir. Bkz. **Biard**, s. 24.

<sup>18</sup> **Sorabji/Kramer**, s. 2; **Yip**, Future, s. 130; **Landbrecht**, Johannes: “The Singapore International Commercial Court (SICC) – an Alternative to International Arbitration?”, *ASA Bulletin*, 34(1), 2016, s. 113; **Wilske**, s. 160.

Bu çalışma, hâlihazırda kurulu bulunan örnekler arasında tercih edilebilirlik ve etkinlik yönünden diğerlerine kıyasla daha avantajlı bir konumda olduğunu düşündüğümüz Singapur Milletlerarası Ticaret Mahkemesi'ni (*SICC*) ana hatlarıyla tanıtmak amacıyla kaleme alınmıştır. Aşağıda, öncelikle günümüzde faaliyet gösteren milletlerarası ticaret mahkemeleri hakkında genel bir bilgilendirme yapılacaktır. Ardından, *SICC*'nin temel yapısı ayrı başlıklar altında incelenecektir. Açıklamalar esnasında yeri geldikçe, özellik arz eden bazı hususlar açısından milletlerarası ticarî tahkim yolu ile karşılaştırmalar yapılacak ve *SICC* sisteminin güçlü ve zayıf yönlerine temas edilecektir. Sonuç kısmında ise, çalışmada yer verilen tüm açıklamalardan hareketle *SICC*'nin niçin diğer örneklerle kıyasla daha rekabetçi bir konumda görülebileceği hususundaki kanaatimize yer verilecektir.

## II. ÇEŞİTLİ HUKUK DÜZENLERİNDE MİLLETLERARASI TİCARET MAHKEMELERİ

Çalışmanın esas inceleme konusuna geçmeden önce günümüzde faaliyet gösteren başlıca milletlerarası ticaret mahkemelerini kısaca tanıtmakta fayda vardır. Bazı milletlerarası ticaret mahkemeleri, ilgili devlet yargı örgütünde hâlihazırda kurulu bulunan mahkemelerin birer “dairesi” şeklinde örgütlenmişlerdir. Buna karşılık bazı devletler, mevcut mahkeme teşkilatının içerisine yeni birer mahkeme eklemek yolunu izlemişlerdir. Avrupa’da yer alan örneklerin genellikle birer daire şeklinde, Orta Doğu ve Asya’da bulunan örneklerin ise ayrı birer mahkeme olarak örgütlendikleri görülmektedir. Bu başlık altında, kısaca söz konusu örneklerle değinilecektir.

Tarihsel açıdan temas edilebilecek ilk milletlerarası ticaret mahkemesi, 2004 yılında kurulan fakat 2006 yılında faaliyete geçen Dubai Milletlerarası Finans Merkezi Mahkemeleri’dir (*Dubai International Finance Center Courts (DIFC Courts)*)<sup>19</sup>. İlk yıllarında sadece bünyesinde yer aldığı finans merkezi<sup>20</sup> ile ilgili uyuşmazlıkları görme yetkisine sahip olan mahkemelerin bu yetkisi 2011 yılında genişletilmiştir. Bu tarihten sonra *DIFC* Mahkemeleri, taraflarca yetkilendirilmeleri hâlinde finans merkezi ile bağlantısı bulunmayan uyuşmazlıkları da görmeye başlamışlar, yani bu tarihten sonra gerçek anlamda bir milletlerarası ticaret mahkemesi hâline gelmişlerdir<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> **Yip**, Future, s. 129; **Sorabji/Kramer**, s. 2.

<sup>20</sup> *DIFC* adı verilen serbest ticaret bölgesi, Dubai’nin merkezinde yaklaşık 45 hektarlık bir alanda kurulu olup kendi idari yapısına, kendi hukuk sistemine ve kendi mahkemelerine sahiptir. Bkz. **Requejo Isidro**, s. 9.

<sup>21</sup> **Yip**, Man: “The Resolution of Disputes Before the Singapore International Commercial Court”, *International and Cooperative Law Quarterly*, 65, 2016, s. 446; **Bell**, s. 198;

Normalde İslam Hukuku ile karışık bir Kıta Avrupası Hukuku'nun benimsendiği Dubai'de, *DIFC* Mahkemeleri'nin kullanabilmesi amacıyla, sözleşmeler hukuku, şirketler hukuku, iş hukuku, iflas hukuku ve daha pek çok alanda geniş kapsamlı bir maddi hukuk külliyyatının sıfırdan oluşturulduğu belirtilmektedir<sup>22</sup>. Hukukî ve ticarî konulardaki geniş kapsamlı *Common Law* birikiminin Dubai hukukuna bu şekilde nakledilmiş olması, söz konusu finans merkezi için "Kıta Avrupası Hukuku okyanusundaki *Common Law* adası" benzetmesinin yapılmasına yol açmıştır<sup>23</sup>.

Adeta bir kurumsal tahkim merkezi görünümünde olmasına karşın *DIFC* Mahkemeleri ile tahkimi birbirinden ayırmak gerekmektedir. Zira mahkemelerin kurulmasından kısa bir süre sonra, 2008 yılında Finans Merkezi ile Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (*LCIA*) arasında bir anlaşma imzalanmış ve finans merkezi içerisinde faaliyet gösterecek bir tahkim merkezi (*DIFC-LCIA Arbitration Centre*) kurulmuştur. *DIFC* Mahkemeleri bu merkez bünyesinde yürütülen tahkim yargılamalarında mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işler bakımından görevli ve yetkili mahkeme konumundadır<sup>24</sup>.

*DIFC* Mahkemeleri'nde görev yapan hâkimlerin büyük çoğunluğu yabancı olup *Common Law* geleneğine sahip ülkelerden gelmektedir<sup>25</sup>. Benzer şekilde, yargılama esnasında *Common Law* usul kuralları işletilmekte<sup>26</sup> ve tüm süreç İngilizce dilinde yürütülmektedir<sup>27</sup>. 2021 Yılına kadar dünyanın önde gelen ticaret mahkemelerinden biri olma hedefine sahip bu mahkemelerin doğu ile batı arasındaki ekonomik faaliyeti desteklemek ve geliştirmek amacını güttüğünden bahsedilmektedir<sup>28</sup>.

---

**Requejo Isidro**, s. 10; **Ruckteschler**, Dorothee/**Stooss**, Tanja: "International Commercial Courts: A Superior Alternative to Arbitration?", *Journal of International Arbitration*, 36(4), 2019, s. 432; **Reyes**, s. 338.

<sup>22</sup> **Tiba**, Firew: "The Emergence of Hybrid International Commercial Courts and the Future of Cross Border Commercial Dispute Resolution in Asia", *Loyola U Chicago Intl L Rev*, 14(1), 2016, s. 44.

<sup>23</sup> **Hwang**, s. 201.

<sup>24</sup> Söz konusu tahkim merkezinin yapısı 2014 yılında güncellenmiştir. *DIFC* Mahkemeleri'nin bu merkez bünyesindeki tahkim yargılamaları bakımından üstlendiği rol hakkında bilgi için bkz. *DIFC/LCIA Arbitration Centre* <<http://www.difc-lcia.org/overview.aspx>> Erişim Tarihi: 04.02.2021.

<sup>25</sup> **Bell**, s. 198; **Ruckteschler/Stooss**, s. 440; **Tiba**, s. 43.

<sup>26</sup> **Tiba**, s. 44; **Ruckteschler/Stooss**, s. 439; **Wilske**, s. 161; **Hwang**, s. 202.

<sup>27</sup> **Ruckteschler/Stooss**, s. 436; **Sorabji/Kramer**, s. 6.

<sup>28</sup> **Wilske**, s. 163.

Dubai'nin hemen ardından Katar'da bir milletlerarası ticaret mahkemesi kurulmuştur. Katar Milletlerarası Mahkemesi (*Qatar International Court*) 2005 yılında kurulmuş ve ilk davasını 2009 yılında görmüştür<sup>29</sup>. Tıpkı Dubai örneğindeki gibi bu mahkeme de aslında daha geniş bir oluşumun parçası olup Katar Finans Merkezi (*Qatar Financial Centre*) bünyesinde faaliyet göstermektedir. Bir *Common Law* mahkemesi olarak, Kuveyt ve Katar'dan gelenlerin yanısıra, İngiltere ve Galler'den emekli hâkimler ile *Common Law* geleneğini takip eden diğer hukuk sistemlerinden gelen hâkimlerden müteşekkildir<sup>30</sup>. Dubai örneğine benzer şekilde, Katar Milletlerarası Mahkemesi de bir tahkim merkezi değildir. Tersine, taraflarca yetkilendirilmiş olması halinde, ilgili bir tahkim yargılamasında mahkeme tarafından yapılması gereken işler bakımından görevli ve yetkili hale gelebilmektedir<sup>31</sup>.

Bu çalışmanın konusu olan ve aşağıda detaylı şekilde ele alınacak Singapur Milletlerarası Ticaret Mahkemesi'nin 2015 yılındaki kuruluşu haricinde, en yakın tarihte kurulmuş milletlerarası ticaret mahkemesi 2018 yılı itibariyle faaliyete geçen Çin Milletlerarası Ticaret Mahkemesi'dir (*China International Commercial Court*). Tıpkı Dubai ve Katar gibi bu mahkeme de daha geniş kapsamlı bir ekonomik projenin parçası olarak kurulmuştur<sup>32</sup>. Dubai ve Katar açısından "finans merkezleri" ile bir bağlantı söz konusuysen, Çin açısından "Kuşak ve Yol Projesi" (*Belt and Road Initiative*) ile bir bağlantı mevcuttur<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Öte yandan, bu mahkemenin çok tercih edilmediği anlaşılmaktadır. 2009 ve 2017 yılları arasında mahkemenin yalnızca 38 karar verdiğiinden bahsedilmektedir. Bkz. **Gaillard**, Emmanuel/**Banifatemi**, Yas/**Vialard**, Chloe: "France: The International Chambers of the Paris Courts and Their Innovative Rules of Procedure", Mondaq Business Briefing, 25 April 2018, (LexisNexis), s. 4.

<sup>30</sup> **Sorabji/Kramer**, s. 6.

<sup>31</sup> Bkz. Qatar International Court and Dispute Resolution Center <<https://www.qicdrc.gov.qa/arbitration/overview>> Erişim Tarihi: 04.02.2021.

<sup>32</sup> **Ruckteschler/Stooss**, s. 432.

<sup>33</sup> **Sorabji/Kramer**, s. 10. İlk defa 2013 yılında duyurulan ve temel amacı Asya-Avrupa hattındaki önemli ekonomiler arasında bir ulaştırma altyapısı, ticaret ve yatırım bağlantısı kurmak olan bu girişimin, Türkiye de dahil olmak üzere 65'ten fazla ülkeyi kapsaması planlanmaktadır. Asya, Afrika ve Avrupa'yı birbirine bağlamayı hedefleyen proje; karayolları, tren yolları, limanlar ve enerji nakil hatlarını içeren kapsamlı altyapı yatırımlarını gerektirmektedir. Projenin kapsadığı bölgelerdeki ulaşım, telekomünikasyon, enerji ve diğer altyapı ağlarının inşası ve birbirine entegre edilmesi, yeni projeler için kredi ve sermaye imkanlarının bulunması, bölgeler arası gümrük ve vergi koordinasyonu ile birlikte ticaret ve yatırım fırsatlarının yeniden canlandırılması hedeflenmektedir. Proje hakkında detaylı bilgi için Bkz. **Kuo**, Lily/**Kommenda**, Niko: What is China's

Bu mahkemenin yargı yetkisi tamamen taraf rızasına dayanmakta olup sadece yabancı unsurlu ve belirli bir tutarın üzerindeki uyuşmazlıklar bakımından kabul edilmiştir. Bu iki koşulun yanısıra, uyuşmazlığın mutlaka Çin ile ilgili bulunması gerekmektedir<sup>34</sup>. Diğer milletlerarası ticaret mahkemelerinden farklı olarak İngilizce dilinde yargılama yapılmadığı gibi, farklı ülkelerden gelen hâkimlere de mahkeme bünyesinde yer verilmediği görülmektedir. Bunun yerine, Çin Halk Cumhuriyeti vatandaşı olan hâkimlerin gördüğü davalarda danışma fonksiyonunu üstlenmesi amacıyla bir uzmanlar komitesi oluşturulmuştur. Yabancı uygulamacılar, hâkimler ve akademisyenler esasen bu komite içerisinde faaliyet göstermektedirler<sup>35</sup>.

Orta Doğu ve Asya'daki örneklerin aksine, Avrupa devletlerinin, kendi milletlerarası ticaret mahkemelerini hâlihazırda kurulu mahkemelerin "milletlerarası daireleri" şeklinde örgütledikleri görülmektedir<sup>36</sup>. Bu kapsamda verilebilecek ilk örnek, Fransa açısından gündeme gelmiştir.

Londra'daki Ticaret Mahkemesi'nin milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde yaygın şekilde tercih edilmesi Fransız kanun koyucusunun dikkatini çekmiştir. Fransız hukuk sisteminin rekabet gücünü artırma ve Paris'i milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde bir cazibe merkezi hâline getirme fikri ortaya çıkmıştır<sup>37</sup>. Fransa'da, Paris Ticaret Mahkemesi altında 1995 yılında kurulmuş bir milletlerarası daire mevcut olmakla birlikte benimsediği usul kuralları itibariyle milletlerarası ticarî ilişkilerin ihtiyaçlarına cevap vermekten uzak olan bu dairenin, o dönemde uygulamacılardan talep görmediği belirtilmektedir<sup>38</sup>. Bu doğrultuda, 2018 yılında yapılan bir düzenlemeyle, ilgili daire bakımından birtakım yenilikler kabul edilmiş<sup>39</sup>, ayrıca bu daireden verilen kararların özel olarak temyiz edilebilmesi için Paris Temyiz Mahkemesi bünyesinde de bir milletlerarası daire

---

Belt and Road Initiative? (The Guardian) <<https://www.theguardian.com/cities/ng-interactive/2018/jul/30/what-china-belt-road-initiative-silk-road-explainer>> Erişim Tarihi: 04.02.2021.

<sup>34</sup> Yip, Future, s. 155.

<sup>35</sup> Sorabji/Kramer, s. 7.

<sup>36</sup> Sorabji/Kramer, s. 5.

<sup>37</sup> Deskovski/Dokovski/Kocev, s. 31; Gaillard/Banifatemi/Vialard, s. 1; Biard, s. 24. BREXIT olgusunun kesinlik kazanması ile birlikte, İngiliz mahkeme kararlarının bundan böyle AB ülkelerinde aynı kolaylıkta tanınıp tenfiz edilememesi ihtimalinin ortaya çıkmasının da, Fransız kanun koyucusunun bu girişimi üzerinde etkili olduğu düşünülmektedir. Bkz. Biard, s. 26.

<sup>38</sup> Deskovski/Dokovski/Kocev, s. 32.

<sup>39</sup> Gaillard/Banifatemi/Vialard, s. 1.

oluşturulmuştur. Bu oluşumlar, birlikte “milletlerarası daireler” şeklinde bilinmektedir<sup>40</sup>.

Milletlerarası daireler, genel olarak ticarî sözleşmelerden, taşıma sözleşmelerinden, haksız rekabetten, rekabeti sınırlandıran eylemlerden, finansal araçlardan ve diğer finansal sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından yetkilidirler<sup>41</sup>. Bu konulara ilişkin bir uyuşmazlık Paris Ticaret Mahkemesi önüne geldiğinde, mahkemenin dava dağıtım bürosu söz konusu uyuşmazlığı birkaç açıdan değerlendirmektedir. Uyuşmazlığın iktisadî, ticarî ve sınıraşan bir mahiyet taşıdığı, özellikle de yabancı bir hukukun uygulanma ihtimalinin var olduğu anlaşılan hallerde, dava milletlerarası daireye havale edilmektedir. Yine, tarafların anlaşarak milletlerarası daireyi yetkilendirmiş olmaları hâlinde de mahkeme yetkili hâle gelmektedir<sup>42</sup>. Davada mahkemeye sunulacak belgelerin Fransızca’ya çevrilmeksizin İngilizce dilinde sunulabilmesi mümkün olup<sup>43</sup>, görev yapan hâkimlerin hepsi İngilizce diline hâkimdir<sup>44</sup>. Öte yandan, tarafların, bilirkişilerin, tanıkların ve Fransız vatandaşı olmayan avukatların mahkeme önünde İngilizce dilini kullanmaları ancak mahkemenin izni ile mümkündür. Bununla birlikte, sözlü sunumlar bakımından tercüman kullanma imkânı bulunmaktadır<sup>45</sup>. Nihai karar Fransızca dilinde verilmekte ve fakat kararın yeminli İngilizce tercümesi de yanına eklenmektedir<sup>46</sup>. Yabancı avukatlar, yalnızca, kendilerine Paris barosuna kayıtlı bir avukat eşlik ettiği sürece milletlerarası dairede tarafları temsil edebilmektedirler<sup>47</sup>.

Benzer şekilde, 2019 yılında Hollanda’da, Amsterdam Bölge Mahkemesi altında “Hollanda Ticaret Mahkemesi” adıyla bir milletlerarası daire kurulmuştur<sup>48</sup>. Fransa örneğindeki gibi, bu mahkemeden verilecek kararların temyizi için de ayrıca Amsterdam Temyiz Mahkemesi bünyesinde “Hollanda Ticarî Temyiz Mahkemesi” kurulmuştur. Söz konusu mahkemelerde, duruşmaların bütünüyle İngilizce veya Hollandaca dillerinden birinde

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> **Deskovski/Dokovski/Kocev**, s. 32.

<sup>42</sup> **Gaillard/Banifatemi/Vialard**, s. 2.

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> **Deskovski/Dokovski/Kocev**, s. 32.

<sup>45</sup> **Gaillard/Banifatemi/Vialard**, s. 2.

<sup>46</sup> **Biard**, s. 29.

<sup>47</sup> **Deskovski/Dokovski/Kocev**, s. 36.

<sup>48</sup> Hollanda Ticaret Mahkemesi’nin genel yapısına ve milletlerarası ticari tahkim ile çeşitli yönlerden karşılaştırılmasına ilişkin oldukça detaylı bir inceleme için bkz. **Mesci/Esen**, s. 1236-1254.

yapılması<sup>49</sup> ve delillerin çeviri gerektirmeksizin Fransızca, Almanca, İngilizce veya Hollandaca dillerinden birinde sunulması mümkündür<sup>50</sup>. Yine, tarafların anlaşarak mahkemeyi yetkilendirmiş olması halinde hem yerel hem milletlerarası nitelikte davalar bakımından yetki söz konusudur. Üç hâkimli mahkeme heyetinin oluşumunda, hâkimlerin İngilizce diline hâkimiyetleri ve ticarî uyuşmazlıklardaki tecrübeleri dikkate alınmaktadır<sup>51</sup>. Yabancı avukatların mahkeme önünde temsil yetkisi bulunmamaktadır<sup>52</sup>.

Almanya’da ise, 2010 yılından bu yana Aachen, Bonn, Köln ve Düsseldorf bölge mahkemeleri ile Köln ve Düsseldorf Yüksek Bölge Mahkemeleri’nde yabancı unsurlu davalarda duruşmaların İngilizce dilinde yapılabilmesi mümkündür. Bununla birlikte, 2010 yılından 2019 yılına kadar biri Bonn diğeri Köln’de olmak üzere bu kapsamda yalnızca iki dava görülmüştür<sup>53</sup>. Yakın tarihlerde Frankfurt ve Hamburg mahkemeleri bakımından da milletlerarası daireler kurulmuş olmasına karşın, özellikle İngilizce’nin kullanımı konusunda hukukî çerçeve itibariyle henüz bir netlik sağlanmadığı belirtilmektedir<sup>54</sup>.

### III. SINGAPUR MİLLETLERARASI TİCARET MAHKEMESİ (SICC)

#### A. Genel Olarak

Singapur Milletlerarası Ticaret Mahkemesi (SICC), “Singapur’un ticarî uyuşmazlık çözümü ve hukuk hizmetleri bakımından sahip olduğu lider konumunu daha da güçlendirmek ve Asya ile bağlantılı milletlerarası uyuşmazlıklar bakımından bir Asya uyuşmazlık çözüm merkezi haline gelmek” amacıyla 2015 yılında kurulmuştur<sup>55</sup>. Bu doğrultuda, Singapur Milletlerarası

<sup>49</sup> **Deskovski/Dokovski/Kocev**, s. 38.

<sup>50</sup> **Bell**, s. 196.

<sup>51</sup> **Sorabji/Kramer**, s. 5.

<sup>52</sup> **Bell**, s. 196.

<sup>53</sup> **Lehmann**, Matthias: “Law Made in Germany-The Export Engine Stutters” in International Business Courts A European and Global Perspective (Kramer, Xandra/Sorabji, John (Eds.)), Eleven International Publishing, The Hague, 2019, s. 85, 86.

<sup>54</sup> Tartışmalar için bkz. **Lehmann**, s. 93-100.

<sup>55</sup> Singapore International Commercial Court (‘SICC’) Committee, “Report of the Singapore International Commercial Court Committee” (Report, SICC Committee, November 2013), s. 5. <[https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/news-and-article/-report-of-the-singapore-international-commercial-court-committee\\_90a41701-a5fc-4a2e-82db-cc33db8b6603-1.pdf](https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/news-and-article/-report-of-the-singapore-international-commercial-court-committee_90a41701-a5fc-4a2e-82db-cc33db8b6603-1.pdf)> Erişim Tarihi: 04.10.2020). SICC’nin kurulmasına ilişkin fikrin kamuoyu bilgisine 2013 yılının



Tahkim Merkezi (*SIAC*), Singapur Milletlerarası Arbuluculuk Merkezi (*SIMC*) ve nihayet Singapur Milletlerarası Ticaret Mahkemesi aracılığıyla, muhtemel kullanıcıların uyuşmazlık çözümü alanında farklı seçeneklere sahip olmaları arzulanmıştır<sup>56</sup>.

Bir üst başlıkta değinildiği üzere, Dubai, Katar ve Çin örneklerinde mahkemeler daha geniş kapsamlı ekonomik projelerin bir parçası olarak kurulmuşlardır. *SICC* ise, başından itibaren herhangi bir ekonomik proje kapsamında olmayıp, Singapur’la bağlantısı bulunsun veya bulunmasın milletlerarası ve ticarî nitelikte uyuşmazlıkları görebilmek amacıyla kurulmuştur<sup>57</sup>. *SICC*’yi benzeri diğer milletlerarası ticaret mahkemelerinden ayıran önemli bir yapısal farklılık, *SICC*’nin yatırımcı güvenini ülkeye çekebilmek için Singapur’un kendi hukuk sisteminden farklılaşan bir yargılama sunmak zorunda kalmamış olmasıdır. Bilâkis, yatırımcıların hâlihazırda güven duydukları, olgunlaşmış ve *Common Law*’ın köklü geleneğini takip eden Singapur Hukuku’nun temel alındığı görülmektedir<sup>58</sup>. Singapur’un kurumsal ve köklü hukukî yapılara zaten sahip bulunmasının ve genel olarak hukukun üstünlüğü ilkesinin yürürlükte olduğu bir ülke olarak telakki edilmesinin, tarafların güvenini kazanmakta önemli faktörler olduğu düşünülmektedir<sup>59</sup>.

*SICC*’nin temel yargılama sistemi, milletlerarası ticaretin<sup>60</sup> ve sınıraşan uyuşmazlıkların ihtiyaçları doğrultusunda tasarlanmıştır<sup>61</sup>. Hem devlet yargısı hem de tahkim yolunun avantajlı yönlerini barındırma özelliğine ithafen, *SICC* sistemi, “devlet yargısı ile tahkimin temkinli bir evliliği” olarak görülmektedir<sup>62</sup>. Çalışmanın devamında ele alınacağı üzere, Singapur’un uyuşmazlık çözümü alanındaki bu yenilikçi yaklaşımının ana dayanağı, taraf iradelerine sağlanan özerklidir<sup>63</sup>.

---

başlarında sunulduğu; hukukî çerçevenin 2014 yılı sonlarında hazırlandığı ve mahkemenin 2015 yılının başında açıldığı dikkate alındığında, tüm kuruluş sürecinin oldukça hızlı tamamlandığı düşünülmektedir. Bkz. **Stamboulakis**, s. 201; **Requejo Isidro**, s. 11; **Teh**, Lawrence: “The Singapore International Commercial Court”, *Dipute Resolution International*, 11(2), 2017, s. 144.

<sup>56</sup> **Yip**, *Future*, s. 131; **Landbrecht**, s. 112; **Sorabji/Kramer**, s. 6.

<sup>57</sup> **Tiba**, s. 48; **Ruckteschler/Stooss**, s. 433.

<sup>58</sup> **Yip**, *Future*, s. 129.

<sup>59</sup> **Stamboulakis**, s. 200.

<sup>60</sup> **Chong**, s. 34.

<sup>61</sup> **Landbrecht**, s. 113.

<sup>62</sup> **Yip**, *Future*, s. 141.

<sup>63</sup> **Chong/Yip**, s. 98.

SICC'nin kurulduğu tarihten bu yana doktrinde, SICC'nin tahkime rakip olmak için değil onu tamamlamak üzere kurulduğu, farklı taraf beklentilerine en iyi şekilde hizmet edebilmek için farklı seçenekler sunan bir ortam yaratmak amacıyla olduğu dile getirilmektedir<sup>64</sup>. Farklı uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının bir arada başarılı şekilde var olmaları hâline verilen başlıca örnek Londra'daki Ticaret Mahkemesi'dir<sup>65</sup>. Günümüzde Londra, milletlerarası ticarî tahkimin kalbi olarak görülmesine rağmen, Ticaret Mahkemesi de oldukça yoğun şekilde tercih edilmektedir<sup>66</sup>. Milletlerarası ticaretin aktörleri genellikle devlet yargısına ve bu kapsamda diğer tarafın ülkesindeki mahkemelere güvenmez iken, Londra'daki Ticaret Mahkemesi oldukça rağbet gören bir konumdadır<sup>67</sup>.

SICC'nin tahkime rakip olmadığı yönündeki sava karşılık, her iki yolda da aynı tür uyuşmazlıkların görüldüğü ve benzer hizmetleri sunma iddiasının var olduğuna dikkat çekilmekte ve bunların birbirlerine rakip oldukları yorumu da yapılmaktadır<sup>68</sup>. *Requejo Isidro*, bu iki uyuşmazlık çözüm yolu arasındaki ilişkinin “kullanıcılar açısından” ve “kurumlar açısından” olmak üzere iki eksende incelenmesi gerektiği görüşündedir. Yazara göre, kullanıcılar açısından bakıldığında bunlar hiç şüphesiz birbirlerine rakiptir. Öte yandan, kurumlar bakımından incelendiğinde birbirlerini tamamlayıcı bir fonksiyonun gündeme gelmesi mümkündür<sup>69</sup>. Biz de, bu iki çözüm yolunun hem birbirlerine rakip oldukları hem de birbirlerini tamamladıkları kanaatindeyiz. Bu kapsamda, SICC'nin temel hedef kitlesinin, hâlihazırda mevcut olan veya ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar için ilk etapta tahkime gitmeyi tercih etmeyen taraflar olduğu söylenebilir<sup>70</sup>.

Bu düşüncemizi daha iyi ortaya koyabilmek adına, çalışmanın devamında, SICC'nin temel örgütlenmesi; yargılama sürecinde kullanılan dil; mahkeme heyetinin oluşumu; mahkemenin yetkisi; mahkeme önünde yabancı avukatlar ile temsil imkânı; usulî kolaylıklar; açık yargılama ilkesi;

<sup>64</sup> **Denjakin**, s. 255; **Godwin/Ramsay/Webster**, s. 223; **Chong**, s. 35; **Yip**, Future, s. 142; **Landbrecht**, s. 124; **Chong/Yip**, s. 100.

<sup>65</sup> **Requejo Isidro**, s. 22.

<sup>66</sup> **Hwang**, s. 197.

<sup>67</sup> **Bell**, s. 194. Bu kapsamda tarafların tercihinde rol oynayan başlıca etmenler; mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı; hukukun üstünlüğü; *Common Law* sisteminin genel olarak ticaret yapmayı kolaylaştırıcı bir altyapı sağlaması ve Londra'daki mahkemenin ticaret hayatının ihtiyaçları anlıyor olması şeklinde sıralanmaktadır. Bkz. **Tiba**, s. 36, 37.

<sup>68</sup> **Requejo Isidro**, s. 22; **Deskovski/Dokovski/Kocev**, s. 38.

<sup>69</sup> **Requejo Isidro**, s. 23. Benzer yönde bkz. **Wilske**, s. 181.

<sup>70</sup> **Hwang**, s. 196; **Wilske**, s. 181.

taraf lar ve üçüncü kişiler üzerindeki kontrol; kanun yoluna başvuru imkânı ve kararların Singapur dışındaki etkisi konuları ana hatlarıyla ele alınacaktır. Ayrı başlıklar altında ele alınacak bu açıklamalar esnasında, yeri geldikçe milletlerarası ticari tahkim uygulaması ile kısa karşılaştırmalar yapılacaktır. Böylelikle, *SICC* sisteminin tahkim karşısında avantajlı ve dezavantajlı sayılabilecek yönleri hakkında genel bir fikir oluşturulması hedeflenmektedir.

## B. Mahkeme'nin Temel Yapısı

### 1. Örgütlenme

Singapur yargı teşkilatı, ilk derece, istinaf ve temyiz yollarını kapsayan Yüce Mahkeme (*Supreme Court*) ile; yalnızca ilk derece yargılaması yapan alt dereceli mahkemeler (*subordinate courts*) olmak üzere iki grup altında incelenebilir. Yüce Mahkeme, toplanıp uyuşmazlıkları gören tek bir yapı olmayıp, kendi içerisinde iki ayrı mahkeme barındırmaktadır. Uyuşmazlıkları esasen bu mahkemeler görmektedir. Bunlardan ilki, hem dava konusunun değerine göre yeri geldiğinde ilk derece mahkemesi olarak faaliyet gösteren, hem de alt dereceli mahkemelerin kararları bakımından istinaf mercii konumunda olan Yüksek Mahkeme'dir (*High Court*). Diğeri ise, yalnızca temyiz fonksiyonunu haiz Temyiz Mahkemesi'dir (*Court of Appeal*)<sup>71</sup>. Dolayısıyla, Singapur yargı örgütlenmesinde en üst dereceden aşağıya doğru; Temyiz Mahkemesi, Yüksek Mahkeme ve alt dereceli mahkemeler şeklinde bir sıralama yapmak mümkündür<sup>72</sup>. *SICC*, bu teşkilatlanma içerisinde Yüksek Mahkeme bünyesinde kurulmuş ve faaliyet göstermektedir<sup>73</sup>.

Yüksek Mahkeme çatısı altında bütünüyle yeni bir mahkeme kurulması yolunun tercihi nedenleri üzerinde durulabilir. İlk neden, yeni bir yargılama modelini hayata geçirebilmek için elzem olan yeniliklerin kolaylıkla yapılabilmesine olanak sağlamak, deyim yerindeyse "yeni bir sayfa" açmak arzudur. Bu şekilde bütünüyle yeni bir yargılama modeli benimsemek suretiyle Singapur'un uyuşmazlık çözümü sahasındaki önde gelen konumu vurgulanmak istenmiş ve bu çerçevede markalaşmak hedeflenmiştir<sup>74</sup>. İkinci olarak ise, hâlihazırdaki teşkilatlanma içerisine yeni bir mahkeme eklemek suretiyle, kullanıcıya bu mahkemelerden birisini seçebilme imkânı sunarak, taraf

<sup>71</sup> Bell, s. 199.

<sup>72</sup> Yip, Future, s. 135.

<sup>73</sup> Godwin/Ramsay/Webster, s. 220.

<sup>74</sup> Yip, Future, s. 131.

özerkliği ilkesinin Singapur hukukunda önemli bir değer olarak kabul edildiği mesajının verildiği düşünülmektedir<sup>75</sup>.

## 2. Hâkimler

Hollanda, Almanya ve Fransa'daki mahkemelerin milletlerarası daireleri ile Çin Milletlerarası Ticaret Mahkemesi, bütünüyle ilgili devletlerin vatandaşlığına sahip hâkimlerden oluşmakta iken<sup>76</sup>, SICC bünyesinde, Singapur vatandaşı hâkimlerin yanısıra<sup>77</sup>, yabancı hâkimler de görev yapmaktadır<sup>78</sup>. Çeşitli ülkelerden gelen, büyük bir kısmı daha önce hâkimlik yapmış hatta bu görevden emekli olmuş tecrübeli ve saygın hukukçulara mahkeme heyetinde yer verilmiş olması, SICC'yi yalnızca yerli hâkimlerin görev yaptığı Londra'daki Ticaret Mahkemesi'nden dahi farklılaştıran bir özelliktir<sup>79</sup>. Nitekim, yabancı hâkimlerin SICC'ye atanabilmelerini mümkün kılmak için Singapur Anayasası'nda değişikliğe gidilmesi gerekmiştir<sup>80</sup>.

Yabancı hâkimler, SICC uygulamasında "milletlerarası hâkimler" şeklinde adlandırılmakta olup Başbakan'ın önerisi üzerine Singapur Cumhurbaşkanı tarafından belirli bir süreliğine bu göreve atanmaktadır<sup>81</sup>. Kural olarak üç yıllık süre ile atanan bu hâkimlerin, yine üçer yıllık olmak üzere yeniden atanabilmeleri mümkündür. Milletlerarası hâkim olabilmek için öngörülmüş herhangi bir objektif kıstas bulunmayıp, bütünüyle Singapur hükümetinin ve bu kapsamda Yüce Mahkeme başkanının (*chief justice*) takdir<sup>82</sup> ile bu göreve layık olduğu düşünülen seçkin hukukçulara teklif götürülmektedir<sup>83</sup>. Kararlarının kalitesi ile bilinen ve yetenekli personel istihdam eden bağımsız ve etkili mahkemelerin varlığı, yatırımlar ve ticaret konusunda güven inşasının elzem unsurları olarak kabul edilmektedir<sup>84</sup>. Dolayısıyla

<sup>75</sup> Yip, Future, s. 131.

<sup>76</sup> Ruckteschler/Stooss, s. 440; Ramesh, Kannan: "International Commercial Courts: Unicorns on a Journey of a Thousand Miles" in Conference on the Rise of International Commercial Courts (Doha, 2018) s. 13<[https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/news-and-article/international-commercial-courts-unicorns\\_23108490-e290-422f-9da8-1e0d1e59ace5.pdf](https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/news-and-article/international-commercial-courts-unicorns_23108490-e290-422f-9da8-1e0d1e59ace5.pdf)> Erişim Tarihi: 04.10.2020.

<sup>77</sup> Yüce Mahkeme'nin bütün hâkimleri aynı zamanda SICC'nin hâkimleridir. Bkz. Bell, s. 200.

<sup>78</sup> Godwin/Ramsay/Webster, s. 224.

<sup>79</sup> Godwin/Ramsay/Webster, s. 223.

<sup>80</sup> Bell, s. 200; Teh, s. 145.

<sup>81</sup> Yip, Future, s. 149.

<sup>82</sup> Godwin/Ramsay/Webster, s. 215.

<sup>83</sup> Yip, Future, s. 149.

<sup>84</sup> Requejo Isidro, s. 27.

sıyla, hâkimlerin tecrübeli ve saygın isimlerden seçilmesine özel önem verildiği düşünülebilir. Süreç hükümetler arası bir nitelik taşımadığından, hâkimlerin eskiden görev yaptıkları ülkelerdeki resmi makamların bu görevlendirmelerde herhangi bir söz hakkı bulunmamaktadır<sup>85</sup>.

Her ne kadar, hâkimlerin arasında Fransa ve Japonya gibi Kıta Avrupası Hukuk geleneğini benimseyen ülkelerden gelenler bulunmakta ise de, niceliksel bir karşılaştırma yapıldığında, bu geleneğin mahkeme heyetindeki temsili oldukça sınırlı görünmektedir<sup>86</sup>. Doktrinde *Bell*, Kıta Avrupası Hukuku'nun uygulandığı yahut bir şekilde Kıta Avrupası Hukuku'nu ilgilendiren uyuşmazlıkların çözümü gerektiğinde, tarafların sırf bu yüzden *SICC*'yi tercih etmekte tereddüde düşebilecekleri görüşündedir. Bu sebeple yazara göre, Kıta Avrupası Hukuku geleneğinde yetişmiş hâkim sayısının artırılmasında fayda vardır<sup>87</sup>. Kanaatimizce, hakimlerin yetiştiği hukuk çevreleri bakımından gündeme gelen bu niceliksel fark dikkate değerdir. Bununla birlikte, uygulamada milletlerarası ticari nitelikte uyuşmazlıklar bakımından, özellikle de tahkim yolunda sıklıkla *Common Law* kurallarının (çoğu zaman hem usul ve esas yönünden) seçildiği göz önüne alındığında, bu kuralları en doğru şekilde tatbik edebilecek hakimlerin yine *Common Law* sistemlerinden tedarik edilebileceğine de şüphe olmasa gerekir. Dolayısıyla, temel amaç tahkim ile rekabet ise, tahkimde pratik önemi büyük olan bu hukuk çevresine verilen temsili değer hakim sayılarında kendisini göstermesi şaşırtıcı değildir. Ek olarak, *SICC*'nin halihazırda zaten *Common Law* geleneğini benimsemiş olan Singapur'da faaliyet gösterdiği de unutulmamalıdır.

*SICC*'de görülen davalar bakımından kural tek hâkim ile yargılama yapılmasıdır. Bununla birlikte her iki taraf, davanın üç hâkimle görülmesi yönünde anlaşır ise, yahut tarafların talebinden bağımsız olarak Yüce Mahkeme başkanı davanın üç hâkim ile görülmesi gerektiğine karar verirse, dava üç hâkimden oluşan bir mahkeme heyetince görülmektedir<sup>88</sup>. Bir başka deyişle, *SICC* uygulamasında tarafların hâkim sayısına ilişkin istekleri dikkate alınmakla birlikte, bu hususta karar verme yetkisi bütünüyle onlara

<sup>85</sup> **Tiba**, s. 47.

<sup>86</sup> **Denjakin**, s. 247.

<sup>87</sup> **Bell**, s. 200.

<sup>88</sup> **Takahashi**, Gen/Sze, Yao Tan/Sook, Zhen Ng/Maeda, Atsutoshi: "Shingapooru kokosai shouji saibansho (SICC) no zousetsu oyobi kanren suru shomondai (jou)", *Kokusai shouji houmu*, 43(1), 2015, s. 1473; **Landbrecht**, s. 122.

bırakılmamaktadır<sup>89</sup>. Üç hâkim ile görülen davalarda kararlar oy çokluğu ile alınmaktadır<sup>90</sup>. *SICC* tarafından verilen karar temyiz edilecek olursa, temyiz incelemesi kural olarak üç hâkimden, istisnai hâllerde ise beş hâkimden oluşan bir heyet tarafından yapılmaktadır<sup>91</sup>.

Milletlerarası hâkimlerin *SICC*'de açılan bir davada görevlendirilmesi, objektif bir kıstas üzerinden olmayıp *ad-hoc* temelde, davanın somut gereklilikleri göz önüne alınarak Yüce Mahkeme başkanı tarafından gerçekleştirilmektedir. Bir başka deyişle, tahkimde görülene benzer şekilde, tarafların hâkimleri seçebilmesi imkânı kabul edilmemiştir<sup>92</sup>. Davaya bakacak hâkimler, somut olayın şartları ışığında bireysel uzmanlıkları da dikkate alınarak belirlenmektedir. Hâkim tayininin somut dava bakımından yapılması, her davanın özel ihtiyaçlarına uygun bir *SICC* mahkeme heyeti kurulabilmesine imkân vermektedir<sup>93</sup>. Yine, Londra'daki Ticaret Mahkemesi'nin benimsediği istisnai modele uygun şekilde, *SICC* yargılamasında da jüri uygulamasına yer verilmemiştir<sup>94</sup>.

Tarafların kendi yargılayıcılarını seçebilme hakkına sahip oluşu, milletlerarası ticarî tahkim yolunun tercih sebeplerinin başında gelmektedir<sup>95</sup>. Bununla birlikte, yukarıda değinildiği üzere bu imkân *SICC* uygulamasında kabul edilmemiştir. Doktrinde, tahkimde hakemlerin taraflarca seçiliyor olmasının, bir tarafın seçtiği hakemin tekrar seçilebilmek için belirli bir yönde karar verme eğilimi gösterip göstermeyeceği tartışmalarını da beraberinde getirdiğine dikkat çekilmekte, bu imkâna yer verilmemiş olması sayesinde *SICC* uygulamasında söz konusu tartışmanın yaşanmayacağı belirtilmektedir<sup>96</sup>. *SICC*'de görev yapan hâkimlerin sayısı, ihtisas alanları ve özgeçmişleri<sup>97</sup> bilindiğinden, ayrıca somut uyuşmazlıktaki milletlerarası yön hâkimlerin tayininde dikkate alınan bir faktör olduğundan, davaya bakacak hâkimler bakımından kısmen de olsa bir öngörülebilirlik mevcuttur<sup>98</sup>.

<sup>89</sup> **Stamboulakis**, s. 198.

<sup>90</sup> **Yip**, Future, s. 147.

<sup>91</sup> **Bell**, s. 200.

<sup>92</sup> **Yip**, Future, s. 149; **Demeter/Smith**, s. 446; **Ruckteschler/Stooss**, s. 439; **Stamboulakis**, s. 198.

<sup>93</sup> **Landbrecht**, s. 122.

<sup>94</sup> **Yip**, Resolution, s. 445.

<sup>95</sup> **Denjakin**, s. 240; **Bell**, s. 212.

<sup>96</sup> **Ramesh**, s. 15.

<sup>97</sup> **Teh**, s. 147.

<sup>98</sup> **Chong/Yip**, s. 101.

### 3. Dil

Günümüzde farklı ülkelerde kurulan milletlerarası ticaret mahkemelerinin önemli bir ortak noktası, yargılamanın çeşitli aşamalarında İngilizce'nin kullanımını benimsemiş olmalarıdır<sup>99</sup>. Bununla birlikte, ilgili mahkemeye bağlı olarak söz konusu kullanım ağırlığının önemli ölçüde farklılaştığı de görülmektedir. Örneğin, Almanya'daki milletlerarası ticaret dairelerinde delil sunumunun Almanca'ya tercüme edilmeksizin İngilizce olarak yapılması ve tanıkların tercüman yardımı olmaksızın İngilizce ifade vermesi mümkün olmasına rağmen, duruşmaların Almanca yapılması ve mahkeme kararının Almanca verilmesi zorunluluğu bulunmaktadır<sup>100</sup>. Benzer bir durum Paris'teki ticaret mahkemesinin milletlerarası dairesinde gerçekleşen yargılamalar bakımından da söz konusudur<sup>101</sup>. Yine, Çin Milletlerarası Ticaret Mahkemesi açısından da, delillerin Çince'ye çevrilmeksizin İngilizce sunumu mümkün olmakla birlikte, tüm duruşmaların Çince yapıldığı görülmektedir<sup>102</sup>. Esasen, Dubai'deki *DIFC* Mahkemeleri ve Hollanda Ticaret Mahkemesi örnekleri haricinde hiçbir mahkemenin bütünüyle İngilizce dilinde bir yargılamaya izin vermediği söylenebilir.

*SICC* uygulamasını yukarıdaki örnekler karşısında avantajlı konuma getiren ana etmen, genel olarak Singapur mahkemelerinin zaten İngilizce dilinde faaliyet gösteriyor ve *Common Law* geleneğini takip ediyor olmasıdır<sup>103</sup>. Bu açıdan, *SICC*'nin başından sonuna İngilizce bir yargılamaya imkân vermesi şaşırtıcı değildir. Bu imkân, çoğunlukla İngilizce'yi ana dilleri olarak konuşan hâkimler tarafından yürütülen bir yargılama bakımından gündeme gelmektedir. Bu durum ise, hiç şüphesiz aralarındaki uyumsuzluğu tahkim yahut geleneksel devlet yargısı yerine milletlerarası bir ticaret mahkemesine götürmek isteyen taraflar açısından büyük bir avantaj olarak değerlendirilmeye elverişlidir. Neredeyse tüm *SICC* hâkimlerinin *Common Law* uygulamasının içinden gelmiş olmaları, hatta Singapur'daki pek çok uygulamacının eğitimlerinin bir kısmını İngiltere'de almış olmaları gibi hususlar düşünüldüğünde<sup>104</sup>, dilin doğru kullanımı bakımından da önemli bir avantaj söz konusudur<sup>105</sup>.

<sup>99</sup> Requejo Isidro, s. 5.

<sup>100</sup> Ruckteschler/Stooss, s. 437.

<sup>101</sup> Bell, s. 205; Ruckteschler/Stooss, s. 437.

<sup>102</sup> Ruckteschler/Stooss, s. 437.

<sup>103</sup> Bell, s. 205.

<sup>104</sup> Landbrecht, s. 124.

<sup>105</sup> Requejo Isidro, s. 29.

#### 4. Yetki

Bir davanın *SICC* tarafından görülebilmesi için, hem milletlerarası hem de ticarî nitelikte olması zorunluluğu bulunmaktadır<sup>106</sup>. Bir başka deyişle, *SICC*'nin sadece ticarî meseleleri görmek için genel bir yetkisi bulunmadığı gibi (bu açıdan Londra'daki Ticaret Mahkemesi'nden farklılaşmaktadır), sadece milletlerarası nitelikte tüm uyuşmazlıkları (örneğin aile hukukuna ilişkin sınıraşıcı uyuşmazlıklar) görme yetkisi de yoktur. Bu noktada, "milletlerarası" ve "ticarî" nitelik ile neyin kastedildiği sorusu gündeme gelmektedir.

Taraf işyerlerinin farklı ülkelerde bulunduğu; taraf işyerlerinin Singapur dışında bulunduğu; taraflardan birinin işyerinin, taraflar arasındaki ticarî ilişkiden doğan borcun ifa edileceği yerden yahut uyuşmazlığın konusunun en sıkı ilişkili olduğu yerden farklı bir ülkede bulunduğu, yahut dava konusunun birden fazla ülke ile ilişkili olduğunun taraflarca açıkça kararlaştırıldığı hâllerde, uyuşmazlık "milletlerarası" nitelikte sayılmaktadır<sup>107</sup>. Öte yandan, uyuşmazlığın taraflar arasındaki ticarî bir ilişkiden kaynaklandığı; bir fikrî mülkiyet hakkı üzerindeki şahsi hakka (*in personam intellectual property dispute*) ilişkin olduğu, yahut aralarındaki ilişkinin ticarî nitelikte olduğunun taraflarca açıkça kararlaştırıldığı hâllerde, uyuşmazlık "ticarî" nitelikte sayılmaktadır<sup>108</sup>. Yargı yetkisinin tesisinde aşırı teknik tanımlardan bilinçli olarak kaçınılmış, böylelikle hem mahkemelere kolaylık sağlanmış hem de taraf özerkliği ilkesine vurgu yapılmıştır<sup>109</sup>.

Yetkiye ilişkin değerlendirmede, Mahkeme önüne gelecek uyuşmazlığın Singapur ile ciddi bir bağlantısı bulunup bulunmadığı hususu dikkate alınmamaktadır. Singapur ile ciddi bir bağlantısı bulunmayan uyuşmazlıklar, *SICC* uygulamasında "offshore" uyuşmazlıklar olarak adlandırılmaktadırlar<sup>110</sup>. Bu noktada, "ciddi bağlantı" ile neyin kastedildiği sorusu akla gelebilir. 2016 yılında görülmüş bir davada, özel olarak sayılmış birtakım bağlantıların tek başlarına "ciddi bir bağlantı" teşkil etmeyecekleri belirtilmiştir. Bu bağlantılar, tanıklardan birinin Singapur'da bulunması; uyuşmazlığa

<sup>106</sup> Landbrecht, s. 114.

<sup>107</sup> Rules of Court (Chapter 322, Section 80), Order 110, Rule1, (2)(a) <<https://sso.agc.gov.sg/SL/SCJA1969-R5?ProvIds=PO110-#PO110->> Erişim Tarihi: 04.10.2020.

<sup>108</sup> Rules of Court (Chapter 322, Section 80), Order 110, Rule1, (2)(b).

<sup>109</sup> Yip, Future, s. 136

<sup>110</sup> Rules of Court (Chapter 322, Section 80), Order 110, Rule 34 <<https://sso.agc.gov.sg/SL/SCJA1969-R5?ProvIds=PO110-#PO110->> Erişim Tarihi: 04.10.2020.



ilişkin herhangi bir belgenin Singapur'da olması; uyuşmazlık ile ilgili finansal kaynakların Singapur'dan geçmesi; taraflardan birinin Singapur'da malvarlığı değerine sahip olması; taraflardan birinin Singapur tüzel kişisi olması; veya taraflardan birinin Singapur'lu bir pay sahibi olması, şeklinde sayılmışlardır<sup>111</sup>. Bu bağlantıların tek başlarına ciddi görülmemesinin, Singapur ile bağlantı değerlendirmesinde oldukça yüksek bir eşiğin benimsendiği anlamına geldiği kanısındayız.

Singapur ile bağlantılı olsun veya olmasın, *SICC*'nin bir davayı görebilmesi ancak iki farklı yoldan birinin gerçekleşmesi hâlinde mümkün olabilmektedir. Bunlardan ilki, tarafların yazılı bir anlaşma ile aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için *SICC*'yi yetkilendirmeleridir. İkincisi ise, Singapur Yüksek Mahkemesi'nin, hâlihazırda görmekte olduğu bir davayı, kendisi yerine görüp karara bağlamasının daha uygun olacağı gerekçesiyle *SICC*'ye havale etmesidir<sup>112</sup>.

Tarafların anlaşmasında aksi kararlaştırılmadığı sürece, *SICC* lehine yapılan yazılı yetki anlaşmasının münhasır nitelikte olacağı, bir başka deyişle davanın diğer mahkemeler yerine yalnızca *SICC*'de görülebileceği hususu açıkça hükme bağlanmıştır.<sup>113</sup> Benzer şekilde, anlaşmada belirtilen yabancı mahkemede dava açma hakkının taraflardan yalnızca birine verilip diğerine verilmediği "asimetrik" yetki anlaşmaları da<sup>114</sup> *SICC* uygulamasında münhasır yetki anlaşması olarak kabul edilmektedir<sup>115</sup>. Hem uyuşmazlık çıkmadan önce yapılmış anlaşmaların, hem de uyuşmazlığın doğumundan sonra yapılacak yetki anlaşmalarının bu bağlamda geçerli kabul edilecekleri ifade edilmektedir<sup>116</sup>.

Davanın *SICC*'de açıldığı hâller bakımından Mahkeme, yetkili olup olmadığını re'sen incelemekle yükümlüdür<sup>117</sup>. Mahkeme'nin kuruluş gayesi,

<sup>111</sup> **Stephenson, Andrew/Hogan, Lindsay/Smith, Jaelyn L.**: Australia: What Constitutes an Offshore Case?: An Analysis of the Singapore International Commercial Court's Second Decision, Monday Business Briefing, 27 July 2016, (LexisNexis), s. 2.

<sup>112</sup> **Yip, Future**, s. 137, 139; Yüksek Mahkeme'nin havale hususundaki değerlendirme kriterleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Teh**, s. 144.

<sup>113</sup> Supreme Court of Judicature Act (Chapter 322, Act 24 of 1969), 18F(2) (Singapore Statutes Online) <<https://sso.agc.gov.sg/Act/SCJA1969>> Erişim Tarihi: 04.10.2020; **Yip, Future**, s. 138; **Chong/Yip**, s. 124; **Godwin/Ramsay/Webster**, s. 230.

<sup>114</sup> **Çelikel, Aysel/Erdem, B. Bahadır**: Milletlerarası Özel Hukuk, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 642.

<sup>115</sup> **Chong/Yip**, s. 120.

<sup>116</sup> **Landbrecht**, s. 115; **Teh**, s. 144.

<sup>117</sup> **Godwin/Ramsay/Webster**, s. 230, 231.

Singapur’u tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm yeri hâline getirmek olduğu için, uyuşmazlık yukarıda temas edilen kriterleri sağladığı sürece Mahkeme’nin kendisini yetkisiz görebileceği hâller oldukça sınırlıdır<sup>118</sup>. *SICC*, yalnızca davaya bakmasının uygun olmadığına kanaat getirmesi hâlinde davayı görmeyi reddedebilmekte, ancak “salt davanın başka bir ülkedeki mahkeme ile bağlantılı olmasını” gerekçe göstererek böyle bir red kararı verememektedir<sup>119</sup>. Bir başka deyişle, *Common Law* geleneğinin önemli bir parçası olan “*forum non convenience*” doktrini *SICC* açısından uygulanamaz gözükmemektedir<sup>120</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere, tarafların yetkilendirmesi haricinde bir davanın *SICC* önüne gelebilmesinin tek yolu Singapur Yüksek Mahkemesi’nden kendisine dava havale edilmesidir. Nitekim, 2018 yılına kadar sadece Yüksek Mahkeme’den havale edilmiş davaları gören *SICC*, 2018 yılında ilk defa doğrudan kendisinde açılmış bir davaya bakmıştır<sup>121</sup>. Sadece tarafların yetkilendirmesi ile dava görmek yerine Yüksek Mahkeme’den havale yolunun da açık bırakılmış olması, *SICC*’nin kurulduğu gibi işlerlik kazanmasına ve dışarıdan bakıldığında da aktif şekilde çalıştığı görülebilmeye imkân vermiştir<sup>122</sup>. Mahkeme’nin internet sitesinde, bugüne kadar verilmiş 71 karar erişime açık hâlde bulunmaktadır<sup>123</sup>.

Son olarak, 1 Kasım 2018 tarihinden itibaren, *SICC*’nin daha önce Yüksek Mahkeme tarafından yerine getirilmekte olan tahkim ile ilgili başvuruları görebilme yetkisi ile donatıldığına da değinmek gerekir. Tahkim yerinin Singapur olduğu hâllerde, *SICC* tahkim yargılamasıyla ilgili birtakım kararları verebilecektir<sup>124</sup>. Bu kapsamda, geçici koruma tedbirleri, hakemlere itiraz, hakem kararlarına itiraz, hakem kararlarının tanınması ve tenfizi gibi başvurulara ilişkin kararlar örnek verilebilir<sup>125</sup>.

<sup>118</sup> **Chong/Yip**, s. 107.

<sup>119</sup> **Yip**, Future, s. 137.

<sup>120</sup> **Godwin/Ramsay/Webster**, s. 231; **Reyes**, s. 338; **Chong/Yip**, s. 106; **Landbrecht**, s. 117, 118. Bu doktrin, esasen, davanın diğer bir ülke mahkemesi ile daha yakın ilişki içinde olduğunun tespiti halinde, dava önüne gelmiş mahkemenin kendi yetkisinden feragat ederek davayı reddetmesi anlamına gelmektedir. Bkz. **Sökmen Güler**, Ekin: “Forum Non Conveniens Doktrini ve Uluslararası Paralel Davalar”, D. E. Ü Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof.Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan), 21(Özel Sayı), 2019, s. 2631.

<sup>121</sup> **Godwin/Ramsay/Webster**, s. 229; **Chong/Yip**, s. 126.

<sup>122</sup> **Hwang**, s. 197, 198.

<sup>123</sup> Singapore International Commercial Court, Judgements <<https://www.sicc.gov.sg/hearings-judgments/judgments>> Erişim Tarihi: 04.10.2020

<sup>124</sup> Supreme Court of Judicature Act (Chapter 322, Act 24 of 1969), 18D(2).

<sup>125</sup> **Yip**, Future, s. 140.

### 5. Usulî Kolaylıklar

*SICC*'nin benimsediği usul kuralları arasında, tahkimden esinlenilerek sevk edilmiş<sup>126</sup> ve bu yönüyle taraflar bakımından *SICC*'nin tercih edilebilirliğini artırdığı düşünülen<sup>127</sup> iki önemli imkân mevcuttur.

Taraflar, Singapur Hukuku'nda yer alan ispat kurallarının kendi davaları bakımından uygulanmaması yönünde yazılı bir anlaşmaya varacak olurlarsa, bu anlaşma ile *SICC*'e başvurup anılan kurallar yerine başka ispat kurallarının uygulanmasını isteyebilmektedir<sup>128</sup>. Daha da önemlisi, tarafların tercih edeceği ispat kurallarının mutlaka bir ülke hukukunda yer alması zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla, örneğin, "Milletlerarası Tahkimde Delil İkamesi Hakkında Milletlerarası Barolar Birliği Kuralları" (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (IBA Rules)*) gibi milletlerarası ticarî tahkimde yaygın şekilde kullanılan ispat kurallarının da tercih edilmesi mümkündür<sup>129</sup>. *Common Law* ispat kurallarının Kıta Avrupası Hukuku'nda yer alan kurallar ile önemli farklılıklar içerdiği dikkate alındığında, *SICC*'nin benimsediği bu esnek yaklaşımın, Kıta Avrupası Hukuku geleneğinden gelecek uygulamacılar açısından da faydalı olduğu düşünülebilir<sup>130</sup>.

Tarafların ispat kurallarına ilişkin başvurusunu alan Mahkeme, yapacağı değerlendirme neticesinde başvuruyu doğrudan kabul edebileceği gibi, uyuşmazlığın "adil, hızlı ve ekonomik şekilde hâlli" için uygun görmesi durumunda tarafların rızasını da almak suretiyle, varılan anlaşmayı değiştirebilme, yahut bu anlaşma ile tutarlı olmak kaydıyla uygun göreceği eklemeleri yapabilme yetkisi ile donatılmıştır<sup>131</sup>. Bununla birlikte, tarafların kurallar üzerinde anlaşamamaları hâlinde, *SICC*'in -genellikle tahkim yolunda hakem heyetinin yapabildiğine benzer şekilde- en uygun ispat kurallarını seçebilme yönünde bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, tarafların Singapur Hukuku'ndaki ispat kurallarını istemedikleri, fakat bunun yerine uygulanacak kurallar bakımından da bir türlü anlaşmaya varama-

<sup>126</sup> **Lye, KC/Chan**, Darius: "The Singapore International Commercial Court: A challenge to arbitration?", Norton Rose Fulbright Thought Leadership Publications (Research Collection School Of Law), 2015, s. 7 < [https://ink.library.smu.edu.sg/sol\\_research/3039](https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/3039) > Erişim Tarihi: 04.02.2021.

<sup>127</sup> **Chong/Yip**, s. 102.

<sup>128</sup> Rules of Court (Chapter 322, Section 80), Order 110, Rule 23.

<sup>129</sup> **Denjakin**, s. 246; **Ruckteschler/Stooss**, s. 438; **Yip**, Future, s. 143; **Bell**, s. 201.

<sup>130</sup> **Bell**, s. 201.

<sup>131</sup> **Yip**, Future, s. 142.

dıkları hâllerde, *SICC*, Singapur Hukuku'nun ispat kurallarını uygulamak ile yükümlüdür<sup>132</sup>.

*SICC* usul kuralları içerisinde özel önem arz eden ikinci imkân, yabancı hukukun bir vakıa olarak ispatı zorunluluğunun *SICC* bünyesinde görülen davalar bakımından kaldırılmış olmasıdır<sup>133</sup>. Bilindiği üzere, *Common Law* hukuk çevresine dâhil ülke hukuklarında yabancı hukuk, mahkeme tarafından re'sen araştırılması gereken "hukukî" bir mesele olarak değil, taraflarca içeriğinin ispatı gereken bir "vakıa" olarak kabul edilmektedir<sup>134</sup>. Yabancı hukukun ispatında genellikle uzman bilirkişilerin (*expert witness*) yardımından faydalanıldığı ve çapraz sorgu gibi yöntemlerin işletildiği düşünüldüğünde, yabancı hukukun bu şekilde ispatının kaçınılmaz şekilde masraflı olduğu ve uzun sürdüğü açıktır<sup>135</sup>. Esasen kendisi de *Common Law* geleneğini takip eden Singapur hukuku açısından da, yabancı hukuk bir "hukuk" değil "vakıa" olarak kabul edilmekte ve tarafların bu yönde ispatını gerektirmektedir. Tarafların ispat yükümlülüğünü yerine getirmemeleri hâlinde mahkemeler kural olarak yabancı hukukun Singapur Hukuku ile aynı olduğunu kabul edip bu hukuku uygulamak durumundadırlar (*presumption of similarity of laws*)<sup>136</sup>.

Bununla birlikte, *SICC* uygulaması açısından, tahkimde de genellikle izlenen bir yaklaşım benimsenmiş<sup>137</sup> ve yabancı hukukun içeriğinin ispatı zorunluluğundan vazgeçilerek taraf avukatlarının sunumları (*submissions*) üzerinden Mahkeme'nin yabancı hukuku dikkate alabileceği hükme bağlanmıştır<sup>138</sup>. Dolayısıyla, taraflar yabancı hukukun uygulanması gerektiğini öne sürdüklerinde, Mahkeme ilgili diğer bazı makamların ve tarafların sunumlarının desteği ile yabancı hukukun uygulanması gerekliliği hususunu kendisi değerlendirebilmektedir<sup>139</sup>.

Öte yandan, Mahkeme'nin yabancı hukuku tatbik etmeden önce, her iki tarafın da yabancı hukuka ilişkin meseleler ile uğraşabilecek yetkinlikte

<sup>132</sup> Bell, s. 201.

<sup>133</sup> Rules of Court (Chapter 322, Section 80), Order 110, Rule 25.

<sup>134</sup> Doğan, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Bası, Savaş, Ankara, 2020, s. 245; Çelikel/Erdem, s. 170, 171; Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Fıganmeşe, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 62.

<sup>135</sup> Tiba, s. 53.

<sup>136</sup> Yip, Future, s. 143, 144.

<sup>137</sup> Bell, s. 201.

<sup>138</sup> Rules of Court (Chapter 322, Section 80), Order 110, Rule 25.

<sup>139</sup> Chong/Yip, s. 100; Tiba, s. 49; Yip, Future, s. 143, 144; Godwin/Ramsay/Webster, s. 220.

avukatlar aracılığıyla temsil edildiğinden emin olması gerekmektedir. Söz konusu yetkinliğin tespitinde avukatın yabancı hukuk veya söz konusu mesele hakkındaki tecrübesi ve ilgili yabancı hukukun geçerli olduğu ülkenin diline hâkimiyeti gibi hususlar dikkate alınacaktır<sup>140</sup>. Böylelikle, yabancı hukukun sunumu bakımından getirilmiş bu kolaylığın uygulanmasında, avukatlardan kaynaklanabilecek yetersizlikler sebebiyle tarafların mağdur olması önlenmek istenmektedir.

Yabancı hukukun sunumuna ilişkin olarak *SICC* tarafından benimsenen bu stratejik yaklaşımın, *SICC* prosedürünü tahkim ile benzeştirdiği ve bu sebeple yabancı avukatların *SICC*'yi tercihlerini kolaylaştıracağı yorumu yapılmaktadır<sup>141</sup>.

## 6. Açık Yargılama

Tahkim yargılamasının ve bu yargılama sonucunda verilen hakem kararının kural olarak gizli olması, ticarî uyumsuzluklar bakımından gerçekleşen hukuk uygulamasının ve bu uygulamada yaşanan gelişim sürecinin de büyük oranda gizli kalmasına yol açtığından<sup>142</sup>, *SICC*'de görülen davalar bakımından ana kural "açık yargılama" olarak belirlenmiştir<sup>143</sup>. Bu bağlamda "şeffaflık", oluşturulmak istenen marka imajı bakımından önemli bir unsurdur<sup>144</sup>.

Öte yandan, açık yargılama ilkesini mutlak şekilde benimsemenin, somut olayın gerçeklikleri ile bağdaşmama ihtimali de dikkate alınmıştır. Buna göre, tarafların Mahkeme'ye başvurmaları ve gizlilik kararı aldırma talebinde bulunmaları mümkündür. Mahkeme'nin gizliliğe ilişkin değerlendirmesinde iki noktadan hareket edeceği hükme bağlanmıştır<sup>145</sup>: Bunlardan ilki, görülen davanın *offshore* nitelikte bir dava olup olmadığı, bir başka deyişle, Singapur ile ciddi bir bağlantısı bulunmayan bir dava olup olmadığıdır. İkincisi ise, tarafların gizlilik kararı verilmesi hususunda kendi aralarında bir anlaşmaya varmış olup olmadıklarıdır<sup>146</sup>. *Offshore* davalar bakımından gizlilik kararı verilmesi ihtimalinin daha yüksek olduğu vurgulanmaktadır<sup>147</sup>.

<sup>140</sup> Godwin/Ramsay/Webster, s. 238.

<sup>141</sup> Yip, Future, s. 143, 144.

<sup>142</sup> Saitou, s. 89; Ramesh, s. 4; Denjakin, s. 249.

<sup>143</sup> Teh, s. 145; Ruckteschler/Stooss, s. 442; Lye/Chan, s. 7.

<sup>144</sup> Yip, Future, s. 146.

<sup>145</sup> Rules of Court (Chapter 322, Section 80), Order 110, Rule 30.

<sup>146</sup> Yip, Future, s. 146; Godwin/Ramsay/Webster, s. 239, 240; Requejo Isidro, s. 12.

<sup>147</sup> Landbrecht, s. 121; Godwin/Ramsay/Webster, s. 220.

Davanın *offshore* olmasının yanında her iki tarafın da gizlilik hususunda anlaşmış olmaları hâlinde bu ihtimalin daha da artacağı düşünülebilir.

Duruşmaların açık yapılması kuralına benzer şekilde, yapılan yargılama sonucunda verilen kararların -bilinmelerinde hukukî bir menfaat bulunduğu sürece- yayınlanmaları hususu da bir ilke olarak benimsenmiştir<sup>148</sup>. Buna göre *SICC*, verdiği bir kararın bilinmesinde hukukî açıdan önemli bir menfaat bulunduğu kanaat getirirse, bu kararın yayınlanması talimatı verebilmektedir<sup>149</sup>. Nitekim, *SICC*'nin internet sayfasına bakıldığında, Mahkeme'nin kurulduğu 2015 yılından bugüne kadar alınmış tüm kararlara erişilebildiği görülmektedir<sup>150</sup>.

Açık yargılama ilkesinden yukarıda belirtildiği gibi istisnai şekilde vazgeçilebilmesi mümkün iken, kararların yayınlanması hususu *SICC* uygulaması açısından vazgeçilemeyecek derecede önemli görülmektedir. Öyle ki, davada bir gizlilik kararı verilmiş olsa dahi kararların yayınlanabildiği anlaşılmaktadır. Taraf bilgilerinin yayınlanan metin içerisinden çıkarılması istendiğinde, *SICC*'nin bu talebi değerlendireceği ve uygun görmesi hâlinde kabul edeceği, fakat neticede kararın her türlü yayınlanacağı belirtilmektedir<sup>151</sup>.

## 7. Yabancı Avukat İle Temsil

*SICC* bünyesinde görülen davalarda, belirli kayıt prosedürlerini tamamlamak koşuluyla yabancı avukatların tarafları temsil edebilmesi mümkündür<sup>152</sup>. Kendi ülkelerinde en az beş yıllık avukatlık tecrübesine sahip olan, herhangi bir disiplin cezası almamış ve İngilizce'ye bütünüyle hâkim hukukçular, kendilerini kaydettirmek suretiyle *SICC* yargılamalarında görev alabilmektedirler. Kayıt usulü, tam kayıt (*full registration*) ve sınırlı kayıt (*restricted registration*) olmak üzere iki türlüdür. Bunlardan ilkinde, kaydı yapılan avukatın tarafları mahkeme heyeti önünde temsil edebilmesi mümkün iken; ikincisinde, kaydı yapılan avukat temsil yetkisine sahip bulunmayıp yalnızca kendisine ihtiyaç duyulduğunda yabancı hukuk hakkında bilgi sağlama fonksiyonunu icra etmek ile sınırlı bir fonksiyon üstlenmektedir<sup>153</sup>.

<sup>148</sup> Rules of Court (Chapter 322, Section 80), Order 110, Rule 31.

<sup>149</sup> **Landbrecht**, s. 121.

<sup>150</sup> Singapore International Commercial Court, Judgements <<https://www.sicc.gov.sg/hearings-judgments/judgments>> Erişim Tarihi: 04.10.2020.

<sup>151</sup> **Godwin/Ramsay/Webster**, s. 240; **Landbrecht**, s. 121.

<sup>152</sup> **Teh**, s. 145; **Lye/Chan**, s. 7; **Denjakin**, s. 248.

<sup>153</sup> Legal Profession Act (Chapter 161), 36P (Singapore Statutes Online) <<https://sso.agc.gov.sg/Act/LPA1966#pr36P>> Erişim Tarihi: 04.10.2020.

## 8. Kanun Yolu

Milletlerarası ticarî tahkimde temyiz aşaması son derece nadir ve sınırlı kapsamda görülen bir uygulamadır<sup>154</sup>. Buna karşılık, esasen bir devlet mahkemesi olan *SICC*'nin uygulamasında tarafların temyize başvuru imkânı açık bırakılmıştır. Dolayısıyla, taraflardan birinin Mahkeme kararına karşı Singapur Temyiz Mahkemesi'ne başvurabilmesi mümkündür<sup>155</sup>. Öte yandan, her ne kadar temyiz yolu kural olarak açık olsa da, tarafların yazılı olarak bu haktan vazgeçmek, bu hakkı sınırlamak yahut hakkın içeriğini değiştirmek yönünde anlaşmaya varmaları hâlinde, Mahkeme'nin bu anlaşmaya riayet edeceği de hüküm altına alınmıştır<sup>156</sup>.

Bir başka deyişle, *SICC* uygulamasında, temyize başvuru hakkının mevcut olmadığı yahut sınırsız şekilde mevcut olduğu bir sistem benimsemek yerine, taraflara temyize başvuru hakkının varlığı veya yokluğu hususunda bir belirleme yapabilmek; eğer bu hakka yer verilecekse hakkın kapsamını belirleyebilmek yönünde bir imkân tanınmıştır. Öyle ki, tarafların söz konusu belirlemeyi uyuşmazlık çıkmadan önce yapmaları bile olanak dâhilindedir<sup>157</sup>. Tarafların temyize başvuru hakkından vazgeçebilmesi, tahkim modelinden alınan bir yöntem olup, *SICC*'de görülecek davalarda taraf iradelerine mümkün olduğunca geçerlilik tanımak ve bu bağlamda tahkimin genellikle taraflara sunduğu önemli bir avantajı aynı şekilde onlara sunabilmek amacıyla kabul edilmiş gözükmektedir.

<sup>154</sup> **Demeter/Smith**, s. 449; **Wilske**, s. 159. Örneğin Tahıl ve Yem Ticaret Birliği (*GAFTA*) ile Yağlı Tohumlar ve Yağ Birlikleri Federasyonu (*FOSFA*) bünyesinde yapılan tahkim yargılamalarında temyiz aşamasına yer verildiği görülmektedir. Bkz. *GAFTA Arbitration Rules No:125*, s. 9 (gafta.com) < [https://www.gafta.com/write/MediaUploads/Contracts/2020/Sept%202020/125\\_2020.pdf](https://www.gafta.com/write/MediaUploads/Contracts/2020/Sept%202020/125_2020.pdf) > Erişim Tarihi: 04.10.2021; *FOSFA International Arbitration Rules, Guide and Code of Practice* (fosfa.org) < <https://www.fosfa.org/arbitration/guide-and-rules/> > Erişim Tarihi: 04.02.2021. Buna karşılık, örneğin Türk Hukuku'nda, Milletlerarası Tahkim Kanunu kapsamında hakem kararlarına karşı başvurulabilecek tek kanun yolu iptal davası olup, Kanun içerisinde temyiz, karar düzeltme ve yargılamanın iadesi kavramlarına yer verilmemiştir. Bkz. **Akıncı, Ziya**: Milletlerarası Tahkim, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 251.

<sup>155</sup> Singapur Temyiz Mahkemesi, *SICC*'den verilmiş bir karar bakımından yaptığı ilk temyiz incelemesini 12 Mayıs 2017 tarihinde tamamlamıştır. Temyiz Mahkemesi'nin kararı hakkında bkz. **Yeo, Justin**: "On Appeal from Singapore International Commercial Court", *Singapore Academy of Law Journal*, 29(2), 2017, ss. 574-595

<sup>156</sup> *Singapore International Commercial Court Practice Directions*, Art.139. <<https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/default-document-library/rules/singapore-international-commercial-court-practice-directions-v2.pdf>> Erişim Tarihi: 04.10.2020

<sup>157</sup> **Yip, Future**, s. 146.

### C. Taraf Temsilcileri ve Üçüncü Kişiler Üzerindeki Kontrol

Yargılamanın düzenini sağlayabilmek adına çeşitli müeyyidelere başvurulabilme hususu, tahkim ile *SICC*'nin karşılaştırılması açısından doktrinde üzerinde önemle durulmuş bir konudur. Tahkimin ortak etik kurallara ve avukatlar açısından ortak baro nizamnamesi vb. düzenleyici enstrümanlara sahip olmaması, avukatların etik dışı davranışlarını engellemekte hakemlerin çok az yetkiye sahip olmaları sonucunu doğurmaktadır<sup>158</sup>. Uygulamacıların önemli bir kısmı, taraf avukatlarından birinin oyalayıcı taktiklere başvurusu durumunda, hakemlerin bu davranışı bir yaptırıma bağlamak hususunda ya isteksiz olduklarını, ya da yeterli ve etkili enstrümanlara sahip olmadıklarını belirtmektedir<sup>159</sup>. Hakemlerin genellikle verecekleri kararlarının iptal edilmesi ihtimalinden çekindikleri<sup>160</sup> ve bu sebeple taraf temsilcilerinin usul kurallarını “sabote” etmelerine izin verebildikleri görülmektedir<sup>161</sup>.

Her ne kadar bu durumun kendisi, tahkimden kaçınmak için tek başına bir sebep olmasa da, bir mahkemenin taraf temsilcilerinden kaynaklanabilecek böylesi davranışları kontrol etme noktasında daha donanımlı olduğunu söylemek mümkündür. Devlet yargısının tahkime kıyasla tarafların oyalayıcı taktiklerine çok daha kısıtlı şekilde izin veren bir usul çerçevesinde yürütüldüğü ifade edilmekte<sup>162</sup> ve bu açıdan kendisi de bir devlet mahkemesi olan *SICC*'nin tahkime kıyasla daha avantajlı olduğu belirtilmektedir<sup>163</sup>.

Hakemlerin avukatlar üzerindeki disipliner kontrolü meselesinden çok daha önemli görünen bir başka sorun, tahkim anlaşmasının tarafı olmayan üçüncü kişilerin yargılamaya dâhil edilmeleri gerektiğinde ortaya çıkmaktadır<sup>164</sup>. Hakemler, egemen devlet yargısından farklı olarak kendi yetkilerini bütünüyle tarafların bu yöndeki anlaşmalarından aldıkları için<sup>165</sup>, bu anlaşmanın üçüncü kişilere teşmili meselesi sorun arz etmektedir. Dolayısıyla, örneğin, ifade vermeleri, bazı belgeleri sunmaları, yahut mülklerine erişim izni vermeleri gibi hususlarda üçüncü kişilerin işbirliğine yanaşmadıkları

<sup>158</sup> Ruckteschler/Stooss, s. 446.

<sup>159</sup> Ruckteschler/Stooss, s. 445.

<sup>160</sup> Denjakin, s. 245.

<sup>161</sup> Ruckteschler/Stooss, s. 445.

<sup>162</sup> Ibid.

<sup>163</sup> Bell, s. 209.

<sup>164</sup> Queen Mary University of London, 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>> Erişim Tarihi: 04.10.2020.

<sup>165</sup> Denjakin, s. 241.



hâllerde, hakem heyetinin devlet yargısına başvurması ve onun zorlayıcı kuvvetinden faydalanması gerekliliği doğmaktadır. Fakat bu yolun her zaman için mümkün yahut işlevsel olduğunu söylemek zordur<sup>166</sup>.

İşveren, ana yüklenici ve/veya alt yüklenici içeren uyuşmazlıklar ile sigorta, reasürans veya retrosesyon sözleşmeleri açısından, üçüncü kişileri yargılamaya dâhil etme imkânının tahkimde bulunmayışı ciddi sıkıntılar doğurabilmektedir<sup>167</sup>. Bir sözleşmeler ağının bulunduğu hâllerde, taraflar uyuşmazlıklarının üçüncü kişiler üzerinde de yetki sahibi olan tek bir heyet tarafından çözülmesini isteyebilmektedirler<sup>168</sup>. Doktrinde, bu gibi durumlar açısından, *SICC'nin* -neticede bir devlet mahkemesi olmasından hareketle- davaya dâhil edilecek kişiler üzerinde yargı yetkisi bulunduğu sürece<sup>169</sup> işlevsel bir fonksiyon gösterebileceği öne sürülmüştür<sup>170</sup>. Zira, tahkim ile kıyaslandığında, bir devlet mahkemesinin üçüncü kişiler üzerindeki kontrol yönünden daha hızlı hareket etmeye elverişli hukukî ve teknik altyapıya sahip olduğu düşünülmektedir<sup>171</sup>.

Buna karşılık, *SICC'nin* çoğunlukla *offshore* nitelikte yani Singapur ile ciddi bir bağlantısı olmayan davalara bakmak üzere kurulmuş olduğu düşünüldüğünde, üzerinde kontrol sağlanması talep edilen üçüncü kişilerin Mahkeme'nin yargı yetkisi dışında kalmaları ihtimali oldukça yüksektir. Böyle hâllerde, *SICC'nin* istinabe yoluyla yabancı devlet mahkemelerinden yardım isteyeceği düşünülmektedir<sup>172</sup>.

Bilindiği üzere, tahkim anlaşmasının tarafı olmayanları tahkime zorla dâhil eden kararlara uygulamada genellikle etki tanınmamaktadır<sup>173</sup>. Bu sebeple, her ne kadar bir devlet mahkemesi olarak böyle bir kuvvete sahip olduğuna şüphe olmasa da, *SICC'yi* yetkilendiren anlaşmada imzası bulunmayan üçüncü kişiler aleyhine verilen kararların sınıraşıcı etkisi hususunda

<sup>166</sup> Ruckteschler/Stooss, s. 446.

<sup>167</sup> Demeter/Smith, s. 443; Benzer yönde, Ramesh, s. 15.

<sup>168</sup> Hwang, s. 195.

<sup>169</sup> Landbrecht, s. 118.

<sup>170</sup> Takahashi/Sze/Sook/Maeda, s. 1474; Saitou, s. 90; Ramesh, s. 15; Landbrecht, s. 118; Tiba, s. 50; Wilske, s. 159; Lye/Chan, s. 6.

<sup>171</sup> Requejo Isidro, s. 25.

<sup>172</sup> Öte yandan, Avrupa Birliği gibi istinabe uygulamasının görece iyi işlediği örnekler açısından bile, bu usulün tahkimde karşılaşılan zorluğa kıyasla daha etkin bir çözüm sunup sunmadığı hususunun tartışmaya açık olduğu belirtilmektedir. Bkz. Ruckteschler/Stooss, s. 446.

<sup>173</sup> Wilske, s. 167.

sıkıntı yaşanması mümkündür<sup>174</sup>. Dolayısıyla, özellikle üçüncü kişilerin Singapur ile bir bağlantısı olmadığı hâllerde (ki *offshore* davalar bakımından çoğunlukla böyle olacaktır), bu imkânının *SICC* tarafından üçüncü kişiler üzerinde işletilmesine pek de olası gözle bakılmamaktadır<sup>175</sup>.

Yukarıda değinilen tereddütlerden bağımsız olarak, üçüncü kişiler üzerindeki bu yetkinin çok taraflı ve çok sözleşmeli hâllerde örneğin kapsamlı inşaat sözleşmelerinde *SICC* bakımından kısmen de olsa bir tercih edilebilirlik sağlanması mümkün olmakla birlikte, aynı tercih avantajının yalnızca tek sözleşme ve iki tarafın bulunduğu uyuşmazlıklar bakımından gündeme gelmesi pek mümkün gözükmemektedir<sup>176</sup>.

#### D. Kararların Etkisi

Bir mahkeme kararının diğer ülkelerde tanınıp tenfiz edilebilirliği meselesi, geleneksel devlet yargısından çıkabilecek tüm mahkeme kararları açısından sorun doğurabilme ihtimaline sahiptir. Bununla birlikte, tanımatenziz meselesinin milletlerarası ticaret mahkemelerinden verilecek kararlar açısından daha büyük bir soruna yol açması mümkündür. Zira, bu mahkemelerin buldukları ülkelerde tarafların ya hiç malvarlığı değeri bulunmamaktadır, ya da çok sınırlı şekilde bulunmaktadır<sup>177</sup>.

Singapur, yukarıda temas edilen sorunun *SICC* tarafından verilen kararlar bakımından gündeme gelmesi ihtimalini azaltmak amacıyla<sup>178</sup>, 2016 yılında, Lahey Mahkeme Seçimi Sözleşmesi'ne (*Hague Convention on Choice of Court Agreements*) taraf olmuştur<sup>179</sup>. Bu sözleşme, temel olarak üç prensip barındırmaktadır: 1- Seçilen mahkeme davayı görmelidir. 2- Seçilmemiş olan mahkeme davayı görmeyi reddetmelidir. 3- Seçilen mahkemeden verilmiş kararlar diğer taraf devletlerde tanınmalı ve tenfiz edilme-

<sup>174</sup> **Landbrecht**, s. 118. Doktrinde *Reyes*, tereddütleri ortadan kaldırmak adına, yapılacak tüm sözleşme ve alt sözleşmelere *SICC* yetki anlaşmasının eklenmesi önerisinde bulunmaktadır. Bkz. **Reyes**, s. 357.

<sup>175</sup> **Bell**, s. 211; **Stamboulakis**, Drossos/**Crook**, Blake: "Joinder of Non-Consenting Parties: The Singapore International Commercial Court Approach Meets Transnational Recognition and Enforcement", *Erasmus Law Review*, 12(1), 2019, s. 109.

<sup>176</sup> **Wilske**, s. 182.

<sup>177</sup> *Reyes*, s. 338; **Godwin/Ramsay/Webster**, s. 233.

<sup>178</sup> **Yip**, *Future*, s. 157.

<sup>179</sup> Lahey Sözleşmesi, an itibarıyla tüm AB ülkelerinde, Danimarka, Meksika ve Singapur'da yürürlükte bulunmaktadır. Bkz. Status Table: Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements (HCCH) <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98>> Erişim Tarihi: 04.02.2021.

lidir<sup>180</sup>. Sözleşme, yalnızca münhasır yetki anlaşmaları bakımından uygulanmaktadır<sup>181</sup>. Bu sebeple, en azından münhasır yetki anlaşması ile *SICC*'nin seçilmiş olduğu hâller bakımından verilen kararların taraf devlet mahkemelerinde tanınıp tenfiz edilmelerinin kolaylaşacağı düşünülmekte, *SICC*'ye talebin artabileceği yorumları yapılmaktadır<sup>182</sup>.

Doktrinde, hakem kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından işletilen 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin, *SICC* karşısında tahkim lehine güçlü bir avantaj teşkil ettiği vurgulanmaktadır<sup>183</sup>. Gerçekten de, an itibariyle *SICC* kararlarının, Lahey Sözleşmesi ve Singapur'un diğer ikili ve çok taraflı anlaşmaları kanalıyla tanınıp tenfiz edilebildiği toplam ülke sayısı, New York Sözleşmesi'ne taraf devletlerin toplam sayısının üçte birinden de azına denk gelmektedir<sup>184</sup>.

Buna karşılık, sayısal yönden açıkça tahkim lehine duran bu görünümün *SICC* bakımından önemli bir dezavantaj teşkil etmemesi mümkündür. Bu noktada, hakem kararlarının büyük bir çoğunluğunun rızai olarak yerine getirildiğine ve *SICC*'nin de aynen tahkim gibi tarafların rızasına dayanan bir uyuşmazlık çözüm metodu olduğuna dikkat çekilmektedir<sup>185</sup>. Kararların rızai olarak yerine getirilmesi olgusunun *SICC* bakımından da

<sup>180</sup> **Chong/Yip**, s. 119.

<sup>181</sup> Taraf devletlerin Sözleşme'yi münhasır olmayan yetki anlaşmalarına teşmil etme imkânı da bulunmaktadır ancak Singapur bu imkânı kullanmamıştır. Bkz. **Chong/Yip**, s. 120.

<sup>182</sup> **Chong/Yip**, s. 102; **Godwin/Ramsay/Webster**, s. 234; **Requejo Isidro**, s. 30; **Tiba**, s. 51. Lahey Sözleşmesi haricinde Commonwealth ülkelerinin kendi aralarındaki karşılıklı anlaşmalar uyarınca; Avustralya, Brunei, Darüsselam, Hindistan (Jammu ve Keşmir hariç), Malezya, Yeni Zelanda, Pakistan, Papua Yeni Gine, Sri Lanka, Birleşik Krallık ve Windward adalarında ve Hong Kong'da *SICC* kararlarının kolaylıkla tenfiz edilebildikleri belirtilmektedir. Bkz. Reciprocal Enforcement of Commonwealth Judgements Act (Chapter 264, 1985 ve 2001 Rev. Ed) <<https://sso.agc.gov.sg/Act/RECJA1921>> Erişim Tarihi: 04.10.2020. Benzer şekilde, Singapur mahkeme kararlarının Japonya'da ve Çin'de de tenfiz edildikleri bilindiğinden *SICC* bakımından da bu ülkelerde kural olarak bir güçlük doğmayacağı düşünülmektedir. Bkz. **Bell**, s. 204, 205.

<sup>183</sup> **Godwin/Ramsay/Webster**, s. 233; **Bell**, s. 204; **Demeter/Smith**, s. 441; **Ruckteschler/Stooss**, s. 448; **Requejo Isidro**, s. 27; **Lye/Chan**, s. 7.

<sup>184</sup> Sözleşme'ye an itibariyle 166 devlet taraftır. Bkz. Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (UNCITRAL) <[https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign\\_arbitral\\_awards/status2](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2)> Erişim Tarihi: 04.02.2021. Öte yandan bu ülkelerin, dünyadaki başlıca ticaret merkezlerini kapsadığı, dolayısıyla *SICC*'yi tercih edecek çok uluslu şirketlerin bu ülkelerden en az biri veya daha fazlasında malvarlığı değerlerine sahip olacağı öngörülebileceği de ifade edilmektedir. Bkz. **Reyes**, s. 343.

<sup>185</sup> **Reyes**, s. 341.

gündeme gelmemesi için bir sebep olmadığından bahsedilmektedir<sup>186</sup>. Hatta, *SICC*'nin bir devlet mahkemesi olmasından hareketle, bu olguya tahkimden daha yüksek bir oranda rastlanabileceği dahi ileri sürülmektedir<sup>187</sup>.

#### IV. DEĞERLENDİRME

Sınıraşan ticarî uyuşmazlıkların nerede çözüleceği sorusu, hukuk hizmetleri alanında yoğun bir rekabet yaşanmasına yol açmaktadır. 21. Yüzyıl ile birlikte, daha önce tahkim ve geleneksel devlet yargısı şeklinde yapılan ayırım farklı bir boyut kazanmış, bazı devletler kendi ülkelerini milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların çözümü bakımından birer çekim noktası hâline getirmek istemişler ve bu tür uyuşmazlıkları inceleyen özel mahkemeler kurma fikrini geliştirmişlerdir.

Milletlerarası ticaret mahkemeleri, geçtiğimiz on beş yıl zarfında çeşitli devletlerde kurulmuş ve milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların kendine özgü bazı ihtiyaçlarını karşılayarak tarafların güvenini kazanmak amacıyla tahkimin ve geleneksel devlet yargısının birtakım avantajlarını tek elde toplamak üzere tasarlanmış yargı yerleridir.

Günümüzde faaliyet gösteren diğer örnekler arasında Singapur Milletlerarası Ticaret Mahkemesi'nin (*SICC*), tercih edilebilirlik ve etkinlik yönünden rekabet üstünlüğüne sahip olduğu söylenebilir. Bu çalışmada yer verilen diğer örnekler ile bir karşılaştırma yapıldığında, söz konusu üstünlük açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Herşeyden önce, Avrupa'da sıklıkla birer "milletlerarası daire" formunda kurulu olan bu mahkemeler bakımından, Hollanda Ticaret Mahkemesi haricinde İngilizce'nin yargılama sürecindeki kullanım imkânı sınırlıdır. Hatta Çin Milletlerarası Ticaret Mahkemesi söz konusu olduğunda, bu imkân yalnızca yazılı belgelerde çeviri mecburiyetinin olmayışı bakımından mevcut gözükmektedir. Bu hususta, *SICC*, *DIFC* Mahkemeleri ve Hollanda Ticaret Mahkemesi, İngilizce dilinin kullanımını bütünüyle serbest bırakmakla diğer mahkemelere kıyasla milletlerarası ticarî uyuşmazlıkların tarafları bakımından daha tercih edilir bir konumda yer almaktadırlar. Buna karşılık Hollanda Ticaret Mahkemesi'nde yabancı avukatların mahkeme önünde tarafları temsil etmesine izin verilmediği unutulmamalıdır. Dolayısıyla, İngilizce'nin rolü bakımından, mevcut örnekler arasında *SICC* ve *DIFC* Mahkemeleri belirgin şekilde öne çıkmaktadır.

<sup>186</sup> Ramesh, s. 16.

<sup>187</sup> Ramesh, s. 16.

Avrupa'daki örnekler ve Çin Milletlerarası Ticaret Mahkemesi bakımından yabancı hâkim çalıştırma imkânı bulunmamaktadır. Buna karşın *SICC* ve *DIFC* Mahkemeleri, çoğunlukla *Common Law* geleneğinden yetişmiş yabancı hâkimlerin mahkemede görev almasını temin etmek suretiyle, yabancı hukuk ve somut olay bakımından ihtiyaç duyulabilecek diğer uzmanlık alanları bakımından yetkin hukukçuların davayı görmesine imkân tanımaktadır.

Çin Milletlerarası Ticaret Mahkemesi açısından uyumsuzluğun belirli bir tutarın üstünde ve Çin ile ilgili bulunması sınırı mevcut iken, *SICC* ve diğer örneklerde bütünüyle *offshore* nitelikte ticarî uyumsuzlukların da görülebilmesi mümkündür.

*SICC*, benimsenecek ispat kuralları bakımından taraf iradesine öncelik tanımaktadır. Taraflar, Singapur Hukuku yerine başka bir hukuk sisteminde yer alan kuralları, hatta herhangi bir devlet hukukundan kaynaklanmayan kuralları dahi seçebilme imkânına sahiplerdir. Diğer milletlerarası ticaret mahkemeleri açısından böyle bir imkân getirilmemiştir.

*SICC*, yabancı hukukun bir vakıa olarak ispat edilmesi şeklinde vücut bulan ve *Common Law* geleneğinde yaygın şekilde kabul edilen uygulamayı kaldırmıştır. Bunun yerine yabancı hukuk alanında yetkin olduklarının temin edilmesi kaydıyla avukatların yabancı hukuku sunabilmeleri ve mahkemenin ispata gereksinim duymaksızın bu sunumu kabul etmesi sistemini getirmiştir. Dünyadaki diğer örnekler açısından rastlanmayan bu yeniliğin, süre ve masraflar yönünden taraflar için büyük bir kolaylık sağlayacağı öngörülebilir.

*DIFC* Mahkemeleri'nde temyize başvuru hakkı yasal bir zorunluluk iken<sup>188</sup>, *SICC* sisteminde tarafların yazılı olarak anlaşmak suretiyle bu haktan vazgeçmeleri, içeriğini değiştirmeleri yahut onu sınırlamaları mümkündür. Bu özellik, *SICC* uygulamasını temyiz yolunun genellikle gündeme gelmediği tahkim uygulamasına yaklaştırmaktadır.

## V. SONUÇ

*SICC*'nin milletlerarası ticarî uyumsuzluk çözümünde gerçekten de tercih edilen bir konuma gelip gelmeyeceğini hiç şüphesiz zaman gösterecektir. Yetki anlaşmalarında özel olarak *SICC*'nin yetkilendirildiğini görmeye başlamak şu an için biraz zaman alacak gibi durmaktadır<sup>189</sup>. Taraf özerkliğine saygı; gizlilik imkânı; kararların hızlı ve kolay kesinlik kazan-

<sup>188</sup> Demeter/Smith, s. 450.

<sup>189</sup> Bell, s. 212.

ması ve belki de en önemlisi 1958 tarihli New York Sözleşmesi kapsamında kararların tenfiz edilmesindeki kolaylık, şu an için milletlerarası ticarî tahkim yolunu oldukça avantajlı kılan faktörlerdir. Öte yandan, neredeyse tüm *SICC* hâkimlerinin *Common Law* geleneğinin içinde yetişmiş ve Singapur'daki pek çok uygulamacının İngiltere'de eğitim görmüş oldukları düşünüldüğünde, Singapur ve genel olarak Asya bölgesinde menfaati bulunan tarafların uyuşmazlıklarını Londra'daki Ticaret Mahkemesi yerine Singapur'da çözmek istemeleri de ihtimal dahilinde görülebilir<sup>190</sup>. Bu sebeple, yakın gelecekte, *SICC*'nin milletlerarası ticarî tahkimden ziyade Londra'daki Ticaret Mahkemesi'ne ve hâlihazırda kurulu bulunan diğer milletlerarası ticaret mahkemelerine rakip olarak algılanır hale gelmesinin daha gerçekçi bir ihtimâl olduğu kanısındayız.

---

<sup>190</sup> **Wilske**, s. 168; **Hwang**, s. 200.

**KAYNAKÇA**

- Akıncı**, Ziya: Milletlerarası Tahkim, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Bell**, Gary F.: “The New International Commercial Courts - Competing with Arbitration - The Example of the Singapore International Commercial Court”, *Contemp. Asia Arb. J.*, 11(2), 2018, ss. 193-216.
- Biard**, Alexandre: “International Commercial Courts in France: Innovation without Revolution” *Erasmus L. Rev.*, 12(1), 2019, ss. 24-32.
- Chong**, Adeline/**Yip**, Man: “Singapore as a Centre for International Commercial Litigation: Party Autonomy to the Fore”, *Journal of Private International Law*, 15(1), 2019, ss. 97-129.
- Chong**, Steven: “Dispute Settlement in the Belt and Road Initiative: Lessons from the Singapore Experience”, *The Chinese Journal of Comparative Law*, 8(1), 2020, ss. 30-39.
- Çelikel**, Aysel/**Erdem**, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2020.
- Demeter**, Dalma R./**Smith**, Kayleigh M.: “The Implications of International Commercial Courts on Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, 33(5), 2016, ss. 441-470.
- Denjakin**, Viktor: “The SICC: International Commercial Litigation: A New Major Development in the Field of International Commercial Dispute Resolution”, *Keio Law Journal*, 41, ss. 237-255.
- Deskovski**, Toni/**Dokovski**, Vangel/**Kocev**, Ljuben: “The Birth and Rise of the International Commercial Courts in Paris - Boosting Litigation Or Alternative to Arbitration,” *Iustinianus Primus Law Review*, 10(2), 2019, ss. 29-41.
- DIFC/LCIA Arbitration Centre <<http://www.difc-lcia.org/overview.aspx>>  
Erişim Tarihi: 04.02.2021
- Doğan**, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Bası, Savaş, Ankara, 2020.
- FOSFA International Arbitration Rules, Guide and Code of Practice (fosfa.org) <<https://www.fosfa.org/arbitration/guide-and-rules/>> Erişim Tarihi: 04.02.2021
- GAFTA Arbitration Rules No:125 (gafta.com) <[https://www.gafta.com/write/MediaUploads/Contracts/2020/Sept%202020/125\\_2020.pdf](https://www.gafta.com/write/MediaUploads/Contracts/2020/Sept%202020/125_2020.pdf)>  
Erişim Tarihi: 04.10.2021

- Gaillard, Emmanuel/Banifatemi, Yas/Vialard, Chloe:** “France: The International Chambers of the Paris Courts and Their Innovative Rules of Procedure”, Mondaq Business Briefing, 25<sup>th</sup> April 2018, (LexisNexis).
- Godwin, Andrew/Ramsay, Ian/Webster, Miranda:** “International Commercial Courts: The Singapore Experience” *Melbourne J of Intl L*, 18(2), 2017, ss. 219-259.
- Hwang, Michael:** “Commercial courts and international arbitration—competitors or partners?”, *Arbitration International*, 31, 2015, ss. 193-212.
- Kuo, Lily/Kommenda, Niko:** What is China’s Belt and Road Initiative? (The Guardian) <<https://www.theguardian.com/cities/ng-interactive/2018/jul/30/what-china-belt-road-initiative-silk-road-explainer>> Erişim Tarihi: 04.02.2021
- Landbrecht, Johannes:** “The Singapore International Commercial Court (SICC) – an Alternative to International Arbitration?”, *ASA Bulletin*, 34(1), 2016, ss. 112-125.
- Legal Profession Act (Chapter 161), 36P (Singapore Statutes Online) <<https://sso.agc.gov.sg/Act/LPA1966#pr36P->> Erişim Tarihi: 04.10.2020
- Lehmann, Matthias:** “Law Made in Germany-The Export Engine Stutters” in *International Business Courts A European and Global Perspective* (KRAMER Xandra/SORABJI John (Eds.)), Eleven International Publishing, The Hague, 2019.
- Lord Thomas of Cwmgiedd, “Developing Commercial Law Through the Courts: Rebalancing the Relationship Between the Courts and Arbitration”, (The Bailii Lecture 2016) <<https://www.bailii.org/bailii/lecture/04.pdf>> Erişim Tarihi: 04.10.2020
- Lye, KC/Chan, Darius:** “The Singapore International Commercial Court: A challenge to arbitration?”, *Norton Rose Fulbright Thought Leadership Publications (Research Collection School Of Law)*, 2015, ss. 6-7 <[https://ink.library.smu.edu.sg/sol\\_research/3039](https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/3039)> Erişim Tarihi: 04.02.2021
- Mesci, Barış/Esen, Emre:** “Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Yargısal Yolla Çözümünde Tahkime Rakip Olarak Milletlerarası Ticaret Mahkemeleri: Hollanda Ticaret Mahkemesi Üzerinden Bir Analiz”, *Public and Private International Law Bulletin*, 40(2), ss. 1223-1259.



- Menon**, Sundaresh: “International Commercial Courts: Towards a Transnational System of Dispute Resolution”, (Opening lecture for the DIFC Courts Lecture Series 2015) <<https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/default-document-library/media-room/opening-lecture---difc-lecture-series-2015.pdf>> Erişim Tarihi: 04.10.2020
- Qatar International Court and Dispute Resolution Center <<https://www.qicdrc.gov.qa/arbitration/overview>> Erişim Tarihi: 04.02.2021
- Queen Mary University of London, 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>> Erişim Tarihi: 04.10.2020
- Ramesh**, Kannan: “International Commercial Courts: Unicorns on a Journey of a Thousand Miles” in Conference on the Rise of International Commercial Courts (Doha, 2018) <[https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/news-and-article/international-commercial-courts-unicorns\\_23108490-e290-422f-9da8-1e0d1e59ace5.pdf](https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/news-and-article/international-commercial-courts-unicorns_23108490-e290-422f-9da8-1e0d1e59ace5.pdf)> Erişim Tarihi: 04.10.2020
- Requejo Isidro**, Marta: International Commercial Courts in the Litigation Market - Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series, 2, 2019.
- Reciprocal Enforcement of Commonwealth Judgements Act (Chapter 264, 1985 ve 2001 Rev. Ed) < <https://sso.agc.gov.sg/Act/RECJA1921>> Erişim Tarihi: 04.10.2020
- Reyes**, Anselmo: “Recognition and Enforcement of Interlocutory and Final Judgments of the Singapore International Commercial Court”, J of Intl & Comparative L, 2(2), 2015, ss. 337-358.
- Ruckteschler**, Dorothee/**Stooss**, Tanja: “International Commercial Courts: A Superior Alternative to Arbitration?”, Journal of International Arbitration, 36(4), 2019, ss.431-450.
- Rules of Court (Chapter 322, Section 80), Order 110 <<https://sso.agc.gov.sg/SL/SCJA1969-R5?ProvIds=PO110-#PO110->> Erişim Tarihi: 04.10.2020
- Saitou**, Akira: “Kokusai shouji chuusai to kokusai shouji saiban-kyousou to kyouryoku no tame no kankei riron ni mukete”, Kokusai shoutorihiki gakkai nenpou, 18, 2016, ss. 81-96 (齋藤彰, 国際商事仲裁と国際商事裁判競争と協力のための関係理論に向けて, 国際商取引学会年報, 18, 2016, 頁81-96).

Singapore International Arbitration Centre Rules 2016 (SIAC, 2020) <<https://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016>> Erişim Tarihi: 04.10.2020

Singapore International Commercial Court ('SICC') Committee, "Report of the Singapore International Commercial Court Committee" (Report, SICC Committee, November 2013) <[https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/news-and-article/-report-of-the-singapore-international-commercial-court-committee-\\_90a41701-a5fc-4a2e-82db-cc33db8b6603-1.pdf](https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/news-and-article/-report-of-the-singapore-international-commercial-court-committee-_90a41701-a5fc-4a2e-82db-cc33db8b6603-1.pdf)> Erişim Tarihi: 04.10.2020

Singapore International Commercial Court Practice Directions -Effective 20 July 2020-(SICC)<<https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/default-document-library/rules/singapore-international-commercial-court-practice-directions-v2.pdf>> Erişim Tarihi: 04.10.2020

**Sorabji, John/Kramer, Xandra:** "Introduction-The International Business of Courts" in International Business Courts A European and Global Perspective (KRAMER Xandra/SORABJI John (Eds.)), Eleven International Publishing, The Hague, 2019.

**Sökmen Güler,** Ekin: "Forum Non Conveniens Doktrini ve Uluslararası Paralel Davalar", D. E. Ü Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof.Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan), 21(Özel Sayı), 2019, ss. 2629- 2658.

**Stamboulakis,** Drossos: Legal Transfer and 'Hybrid' International Commercial Dispute Resolution Procedures: Lessons from the Singapore International Commercial Court in Legal Transplants in East Asia and Oceania (BREDA Vito (Ed.)), Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

**Stamboulakis,** Drossos/**Crook,** Blake: "Joinder of Non-Consenting Parties: The Singapore International Commercial Court Approach Meets Transnational Recognition and Enforcement", Erasmus Law Review, 12(1), 2019, ss. 98-110.

Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (UNCITRAL) <[https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign\\_arbitral\\_awards/status2](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2)> Erişim Tarihi: 04.02.2021.

Status Table: Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements (HCCH) <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98>> Erişim Tarihi: 04.02.2021

- Stephenson**, Andrew/**Hogan**, Lindsay/**Smith**, Jaclyn L.: Australia: What Constitutes an Offshore Case?: An Analysis of the Singapore International Commercial Court's Second Decision, Monday Business Briefing, 27<sup>th</sup> July 2016, (LexisNexis).
- Supreme Court of Judicature Act (Chapter 322, Act 24 of 1969) Revised Edition 2007 (Singapore Statutes Online) <<https://sso.agc.gov.sg/Act/SCJA1969>> Erişim Tarihi: 04.10.2020
- Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman Figanmeşe**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2020.
- Takahashi**, Gen/**Sze**, Yao Tan/**Sook**, Zhen Ng/**Maeda**, Atsutoshi: "Shingapooru kokosai shouji saibansho (SICC) no zousetsu oyobi kanren suru shomondai (jou)", Kokusai shouji houmu, 43(1), 2015, ss. 1471-1479 (高橋玄, 陳世耀, 黃淑臻, 前田敦利, シンガポール国際商事裁判所 (SICC)の創設及び関連する諸問題(下), 国際商事法務, 43(1), 2015, 頁1471-1479).
- Teh**, Lawrence: "The Singapore International Commercial Court", Dipute Resolution International, 11(2), 2017, ss. 143-150.
- Tiba**, Firew: "The Emergence of Hybrid International Commercial Courts and the Future of Cross Border Commercial Dispute Resolution in Asia", Loyola U Chicago Intl L Rev, 14(1), 2016, ss. 31-53.
- Wilske**, Stephan: "International Commercial Courts and Arbitration - Alternatives, Substitutes or Trojan Horse", Contemp. Asia Arb. J., 11(2), 2018, ss. 153-192.
- Yeo**, Justin: "On Appeal from Singapore International Commercial Court", Singapore Academy of Law Journal, 29(2), 2017, ss. 574-595.
- Yip**, Man: "The Resolution of Disputes Before the Singapore International Commercial Court", International and Cooperative Law Quarterly, 65, 2016, ss. 439-473.
- Yip**, Man: "The Singapore International Commercial Court: The Future of Litigation?" in International Business Courts A European and Global Perspective (KRAMER Xandra/SORABJI John (Eds.)), Eleven International Publishing, The Hague, 2019.

## KÜLTÜREL MİRASIN KORUNMASININ İNSAN HAKLARI HUKUKU İLE İLİŞKİSİ VE KÜLTÜREL MİRAS HAKKI\*

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998243>

Arş. Gör. Özge ÇELİKTAŞ TÜRKBAŞ\*\*

### Öz

*Kültürel mirasın korunması konusunda insan hakları temelli bir yaklaşım benimsenmesi gerektiğini savunan akademik çalışmaların sayısı her geçen gün artmaktadır. Bu çalışmalarda kültürel mirasın korunmasının bir insan hakları meselesi olduğu ve herkesin kültürel miras hakkına sahip olduğu savunulmaktadır. Bunun yanı sıra uluslararası insan hakları mekanizmalarının son yıllarda kültürel mirasın korunması konusunu irdeledikleri, kültürel miras hakkının varlığını ve kapsamını değerlendirdikleri, bu konulara ilişkin ilkeler öne sürdükleri gözlemlenmektedir.*

*Bu çalışmada kültürel mirasın korunması konusunun insan hakları hukukuyla ilişkisinin incelenmesi ve güncel bir tartışma konusu olan kültürel miras hakkının değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda öncelikle kültürel miras kavramının geçirdiği anlamsal evrim izlenerek kavramın insan haklarıyla ilişkisi incelenmiştir. Daha sonra kültürel miras hakkına ilişkin açıklamalarda bulunularak kültürel mirasın korunmasına dair sözleşmeler ve insan hakları belgeleri karşısında bu hakkın yer aldığı konum değerlendirilmiştir.*

### Anahtar Kelimeler

*Kültürel miras, İnsan hakları, Kültürel haklar, Kültürel miras hakkı, Kültür varlığı*

\* Bu makale Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı'nda Prof. Dr. Oğuz Sancakdar tarafından verilen "Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması" dersi kapsamında hazırlanmış bir çalışmanın geliştirilmiş halidir. Bu bağlamda Sn. Prof. Dr. Oğuz Sancakdar'a katkıları için teşekkür ederim.

\*\* Manisa Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Manisa (ozge\_celiktas@hotmail.com), ORCID: 0000-0001-5486-497X (Geliş Tarihi: 07.10.2020-Kabul Tarihi: 25.06.2021)

**THE RELATION OF THE CULTURAL HERITAGE  
PROTECTION WITH HUMAN RIGHTS LAW AND  
THE CULTURAL HERITAGE AS A RIGHT**

*(Research Article)*

**Abstract**

*The academic interest has been increasing day by day about advocating the need for a human rights-based approach to the protection of cultural heritage. The current literature about this approach discusses that the protection of cultural heritage is a human rights issue and that everyone has the right to cultural heritage. Furthermore, the recent agenda shows that international human rights mechanisms have scrutinized the protection of cultural heritage, evaluated the existence and scope of cultural heritage rights, and put forward principles regarding these issues.*

*The aim of this paper is to examine the relationship between the issue of protection of cultural heritage and human rights and to put a general assessment of the right to cultural heritage, which is a subject of the current debate. In regards to this aim, the paper firstly examines the relationship between cultural heritage and human rights by analyzing the semantic evolution of the concept of cultural heritage. Then, the research focuses on the position of cultural heritage right and its protection in international law by examining human rights documents and international conventions.*

**Keywords**

*Cultural heritage, Human rights, Cultural rights, Cultural heritage right, Cultural property*

## I. KÜLTÜREL MİRAS KAVRAMI

Devinim halinde bir alan olmasından ötürü kültürel miras (cultural heritage) kavramının kapsamı gelişmekte ve genişlemektedir. En yalın haliyle kültürel miras, insanlığın hafızasını oluşturan somut ve soyut değerlerin bütünü şeklinde ifade edilebilir<sup>1</sup>. Kültürel miras kavramının üzerinde uzlaşıya varılmış bir tanımı bulunmamaktadır. Bu kavram, kültürel mirasın kimler için ve neden önem önemli olduğu, hangi değerlerin kültürel miras içerisinde ele alınması gerektiği gibi unsurlar temel alınarak tanımlanmaya çalışılmaktadır<sup>2</sup>.

Bu kapsamda Smith, kültürel mirası geçmişten bugüne gelen soyut ya da somut değerleri anımsamak, yaşatmak ve bu değerleri anlamlandırmak için yöntemler üretmeye yarayan kültürel bir süreç olarak tanımlamıştır<sup>3</sup>. Bir başka tanıma göre kültürel miras, kültürel yapının içerisinde yer alan somut ve soyut olağanüstü değerli ve önemli öğelerdir<sup>4</sup>. Bir diğer tanıma göre ise kültürel miras, bir kişinin veya toplumun değer verilmeye, kataloglamaya, korunmaya, sergilenmeye, restore edilmeye, beğenilmeye değer olduğunu düşündüğü şeyler olarak tanımlanmıştır<sup>5</sup>. Kiper ise kültürel mirası geçmiş, bugün ve gelecek arasında bir köprü görevi gören, kuşaklararası iletişime olanak sağlayan, bir yer, bir ulus ve bir kültür açısından bireye aitlik duygusu kazandıran ve bireyin kimlik problemini çözen yenilenemez değerlerinin toplamı olarak tanımlamıştır<sup>6</sup>. Aşlıoğlu ve Memlük ise kültürel mirası, bir yörenin geçmiş ve/veya mevcut kültürüne ait bilgileri içeren sanat, mimari, tarih, arkeoloji, etnografya alanlarında öneme sahip olan taşınır ve taşınmaz tüm soyut ve somut varlıkları olarak tanımlamaktadır<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Ünal, Zeynep Gül: "Akademik Değerlendirme", Kültürel Mirasın Korunması, Beyaz Gemi Sosyal Proje Ajansı, İstanbul, 2014, s. 9.

<sup>2</sup> Blake, Janet: "On Defining the Cultural Heritage", The International and Comparative Law Quarterly, Cilt: 49, Sayı: 1, 2000, s. 62.

<sup>3</sup> Smith, Laurajane: Uses of Heritage, Routledge, New York, 2006, s. 44.

<sup>4</sup> Borowiecki, Karol Jan, Forbes, Neil ve Fresa, Antonella: Cultural Heritage in a Changing World, Springer International Publishing, 2016, s. xx.

<sup>5</sup> Kersel, Morag M. ve Luke, Christina: "Civil Societies? Heritage Diplomacy and Neo-Imperialism", Global Heritage: A Reader, (ed. Lynn Meskell), Wiley-Blackwell, Chichester, 2015, s. 71.

<sup>6</sup> Kiper, Perihan: "Küreselleşme Sürecinde Kentlerimize Giren Yeni Tüketim Mekanları ve Yitirilen Kent Kimlikleri", Planlama, Sayı: 4, 2004, s. 14.

<sup>7</sup> Aşlıoğlu, Fatma ve Memlük, Yalçın: "Frig Vadisi Kültür Mirası Alanlarının Belirlenmesi ve Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Çevre Bilimleri Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, s. 185.

Uluslararası metinler açısından ise kültürel miras kavramının çerçevesi genellikle korunmaya değer görülen öğeler belirtilerek çizilmiştir<sup>8</sup>. Bu kapsamda UNESCO bünyesinde kabul edilen Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme’de kültürel mirasın kapsamı anıtlar, yapı toplulukları ve sitlerle sınırlı olarak çizilmiştir<sup>9</sup>. Yine UNESCO bünyesinde 2003 kabul edilen Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi’nde ise somut olmayan kültürel miras toplulukların, grupların ve kimi durumlarda bireylerin, kültürel miraslarının bir parçası olarak tanımladıkları uygulamalar, temsiller, anlatımlar, bilgiler, beceriler ve bunlara ilişkin araçlar, gereçler ve kültürel mekanlar olarak tanımlanmıştır<sup>10</sup>. Uluslararası Anıtlar ve Sitler Konseyi (ICOMOS) tarafından ise kültürel miras, bir toplum tarafından geliştirilen ve nesilden nesile aktarılan uygulamalar, örf ve adetler, mekanlar, nesnelere, sanatsal ifadeler, kültürel değerler gibi söz konusu toplumun yaşam biçiminin ifadeleri olarak tanımlanmıştır<sup>11</sup>. Kültürel mirasın korunması konusunda kabul edilen en güncel uluslararası metinlerden olan Toplum İçin Kültürel Mirasın Değeri Çerçeve Sözleşmesi’nde ise kültürel miras geçmişten devralınan, insanların sürekli evrilen değer, inanç, bilgi ve geleneklerinin anonim bir ifadesi ve yansıması olarak ayırt etikleri bir kaynaklar kümesi olarak tanımlanmıştır<sup>12</sup>.

Kültürel miras, içerisinde somut ve somut olmayan değerler barındırmaktadır. Kültürel mirasın somut boyutunu (tangible cultural heritage) anıtlar, yapılar, arkeolojik sitler gibi taşınmaz ve müze koleksiyonları, sanat eserleri, kitaplar gibi taşınır değerler oluşturmaktadır. Kültürel mirasın somut olmayan boyutunu ise (intangible cultural heritage); diller, dinler, gelenekler, şarkılar, danslar, ritüeller, mitler ve benzeri değerler oluşturmaktadır<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> **Jokilehto, J.:** “Defination of Cultural Heritage: References to Documents in History”, ICCROM, [http://cif.icomos.org/pdf\\_docs/Documents%20on%20line/Heritage%20definitions.pdf](http://cif.icomos.org/pdf_docs/Documents%20on%20line/Heritage%20definitions.pdf), (01/03/2021), s. 4. **Veeco, Marilena:** “A Defination of Cultural Heritage: From Tangible to the Intangible”, Journal of Cultural Heritage, Sayı: 11, 2010, s. 322.

<sup>9</sup> Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme, <http://www.unesco.org.tr/Pages/161/177>, (01/03/2021).

<sup>10</sup> Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi, <https://ich.unesco.org/doc/src/00009-TR-PDF.pdf>, (01/03/2021).

<sup>11</sup> ICOMOS, Uluslararası Kültürel Turizm Tüzüğü, 1999, [http://www.icomos.org.tr/Dosyalar/ICOMOSTR\\_tr0300983001536913522.pdf](http://www.icomos.org.tr/Dosyalar/ICOMOSTR_tr0300983001536913522.pdf), (02/03/2021).

<sup>12</sup> Faro Sözleşmesi, <https://rm.coe.int/1680083746>, (01/03/2021).

<sup>13</sup> **Sancakdar, Oğuz:** Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2012, s. 41.

Kültürel mirasın somut boyutunun “kültürel varlık” veya “kültür varlığı” (cultural property) kavramlarından bağımsız bir şekilde açıklanabilmesi mümkün değildir. Gerek uluslararası hukukta gerekse Türk Hukukunda somut kültürel mirası ifade etmek için bu kavramlar sıklıkla kullanılmaktadır. Bu durumun kavramın tarihsel aşamada gösterdiği gelişim ve değişimle açıklanması mümkündür. Kullanım şeklinin pratik bir önem taşımadığı düşünülse de kavramların oluşturduğu algının ve işaret ettiği sosyal hedeflerin koruma kapsamına etkisi göz ardı edilmemelidir.

Şöyle ki: “kültürel miras” kavramının içinde bulunan miras kelimesi veraset ve devretme anlamlarını barındırmaktadır. Bu da insan yaşamına ait geleneklerin, ritüellerin, yaşam biçimlerinin ve diğer uygulamaların sonraki kuşaklara aktararak yaşatılması için daha uygun bir kavramsal çağrışım oluşturmaktadır. “kültürel varlık” kavramının ise bu çağrışımı yarattığını savunmak güçtür<sup>14</sup>.

Kültürel varlık ifadesi söz konusu varlığın mülkiyetini elinde bulunduran kişi, kurum ya da devletin haklarının korunması amacını işaret ederken kültürel miras mevcut ve sonraki nesillerin bu kültürel miras ögesinden faydalanma ve buna ulaşabilme hakkına işaret etmektedir. Böylelikle kültürel miras ögesinin sahibi olarak addedilen şahıs, kurum ya da devletin bu öge üzerindeki haklarının sınırlandırılabilmesi mümkün olabilecektir<sup>15</sup>.

Günümüzde antropoloji, tarih, sosyoloji gibi alanlarda kültürel miras ifadesi evrensel anlamda kabul görmüş olup “kültürel varlık” veya “kültür varlığı” kavramlarının kullanımı son bulmuştur. Ancak hukuk alanında bu kavramlar birlikte ve birbirileri yerine kullanılmaya devam etmektedir. Bu durumun kavramsal bir karmaşa yaratması kaçınılmazdır.

Özetle, kültür varlığı ifadesinin kullanımı içerisinde sahipliğe ait kavramsal çağrışımlar barındırdığından kültürel değerlerin metalaştırılması ve ticari değeri üzerinden değerlendirilmesi risklerini doğurmaktadır. Kültürel miras ifadesi ise kültürel değere ilişkin olarak teslim edilen, sonraki nesillere aktarılan, bakılması ve korunması gerekli bir değer çağrışımı yaratmaktadır. Günümüzde uluslararası hukuk metinlerinde kullanılan ifade de kültürel varlıktan kültürel mirasa evrilmiş olup kanımca hukukumuzda da kültürel miras kavramının kullanılması daha isabetli olacaktır.

<sup>14</sup> **Prott**, Lyndel ve **O’Keefe** Patrick: “Cultural Heritage or Cultural Property”, *International Journal on Cultural Property*, Cilt: 1, Sayı: 2, Temmuz 1992, <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/S094073919200033X>, (30.03.2020), s. 307.

<sup>15</sup> **Prott** ve **O’Keefe**, s. 309.



Kültürel miras kavramına ilişkin ele alınması gereken bir diğer hususu kültürel miras öğelerinin ne şekilde korunacağı ve hangi öğelerin korunmaya değer görülerek kültürel miras kapsamında değerlendirileceği konusu oluşturmaktadır. Somut kültürel mirasın fiziksel olarak korunması söz konusu iken somut olmayan kültürel mirasın korunması geçmiş nesiller tarafından oluşturulmuş sözlü veya sözsüz geleneklerin, geleneksel üretim şekillerinin, gösteri sanatlarının, sosyal hayattaki uygulamaların, ritüellerin, festivallerin ve deneyimler sonucu elde edilmiş bilgilerin gelecek nesillere aktarılması şeklinde olmaktadır.

Günümüzde somut kültürel mirasın korunmaya değer olduğu konusunda evrensel bir ön kabulden bahsedilebilirken, somut olmayan kültürel mirasın korunması konusunda bu denli net bir tavrın varlığından söz etmek mümkün değildir. Her ne kadar kültürel miras bu şekilde kategorilere ayrılarak incelense de kültürel mirasın korunabilmesi için bütüncül bir bakış açısı geliştirilmesi oldukça önemlidir. Şöyle ki: Somut kültürel miras içerisinde yer alan bir yapı ancak çevresinde oluşan hayat dinamikleriyle değerlendirildiğinde esas anlamını kazanmaktadır.

Tek başlarına anıtlar, abideler, sit alanları içleri boşaltılmış ve yaşam izleri silinmiş nesnelere dönüşecektir. Din olmadan dini anıtlar düşünülemediği gibi yapılar, araç gereçler, sanat eserleri veya ürünler etraflarındaki yaşam dinamikleri ve onları üreten insanlar olmadan cansızlaşacak ve anlamlarını yitireceklerdir<sup>16</sup>.

Bu bağlamda, kültürel mirasın korunabilmesi için hem somut hem de somut olmayan kültürel mirasın birlikte korunabileceği kültür politikalarına ihtiyaç duyulmaktadır. Somut kültürel miras, etrafındaki ritüellerden, pratiklerden, anlatım biçimlerinden bağımsız düşünülemediği gibi somut olmayan kültürel miras da maddi bağlamından bağımsız şekilde anlamlandırılmaz<sup>17</sup>.

Kültürel miras, insanlığın hafızasını oluşturan somut ve soyut değerlerin bütünü olarak ifade edilmişse de geçmişe ait tüm anıtların, mimari eserlerin, uygulamaların, dillerin, ritüellerin, geleneksel üretimlerin kültürel miras olarak kabul edilerek korunmadığı bir gerçektir. Bu somut veya somut

<sup>16</sup> **Ito**, Nabuo: "Intangible Cultural Heritage Involved in Tangible Cultural Heritage", [https://pdfs.semanticscholar.org/37ae/5586f1427a5e65d3f2f5c12a79881f5d0772.pdf?\\_ga=2.219524637.542638512.1584743564-1586173870.1584743564](https://pdfs.semanticscholar.org/37ae/5586f1427a5e65d3f2f5c12a79881f5d0772.pdf?_ga=2.219524637.542638512.1584743564-1586173870.1584743564), (21/ 03/ 2020).

<sup>17</sup> **Basat**, Ezgi Metin: "Somut ve Somut Olmayan Kültürel Mirası Birlikte Koruyabilmek", Milli Folklor, Sayı: 100, 2013, s. 62.

olmayan değerler dışlayıcı bir eleme sürecinden geçirildikten sonra kültürel miras unvanı kazanabilmektedir.

Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Teşkilatı (UNESCO), 1972 yılında imzalanan Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme ile oluşturulmuş UNESCO Dünya Mirası Listesi içerisinde yer alacak alanların belirlenmesinde temel ölçüt olarak üstün evrensel değere sahip olmayı belirlemiştir. Bunun haricinde kültürel miras açısından yaratıcı insan dehasını gösteren şaheser olma, bir zaman diliminde veya bir bölgede insani değerlerin gelişimini gösterme, yaşayan veya ortadan kaybolmuş bir medeniyete veya bir kültür geleneğine ait eşsiz bir örnek oluşturma, insanlık tarihinin önemli bir dönemini resmedebilen teknolojik veya mimari bir yapı olma gibi kriterler belirlenmiştir. Halen yaşayan geleneklerle iç içe olması, edebi veya artistik açıdan ayrıcalıklı uluslararası bir anlam taşıması da kriterler arasında yer almaktadır.

Türk hukuku açısından ise korunmaya değer görülen kültürel miras, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 3'üncü maddesinde, "*Kültür varlıkları; tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır*" şeklinde ifade edilmiştir.

Yine 2863 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları sayılmıştır. Bu kapsamda, 19'uncu yüzyıl sonuna kadar yapılmış taşınmazlar, 19'uncu yüzyıldan sonra yapılmış olup, önem ve özellikleri bakımından Kültür ve Turizm Bakanlığınca korunmalarında gerek görülen taşınmazlar, sit alanı içinde bulunan taşınmaz kültür varlıkları, Milli tarihimizdeki önlemleri sebebiyle zaman kavramı ve tescil söz konusu olmaksızın Millî Mücadele ve Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşunda büyük tarihi olaylara sahne olmuş binalar ve tespit edilecek alanlar ile Mustafa Kemal ATATÜRK tarafından kullanılmış evler sayılmıştır.

Korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları ise 2863 sayılı Kanun'un 23'üncü maddesinde sayılmıştır. Bu kapsamda, jeolojik, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait, jeoloji, antropoloji, prehistorya, arkeoloji ve sanat tarihi açılarından belge değeri taşıyan ve ait oldukları dönemin sosyal, kültürel, teknik ve ilmi özellikleri ile seviyesini yansıtan her türlü kültür ve tabiat varlığı sayılmıştır.

Bu hükümler incelendiğinde Türk hukuku açısından kültürel miras öğelerinin belirlenmesinde "eski olma" ve "önemli olma" kriterlerini ön

plana çıktığı görülmektedir<sup>18</sup>. Bu bağlamda hangi öğelerin kültürel miras olarak değerlendirileceğini ve bu sıfatla korunmaya değer görüleceğini güncel sosyo-politik taleplerin şekillendirdiği söylenebilir.

Bununla birlikte kültürel miras teknik bir kavram olmanın ötesinde bir anlam ve öneme sahiptir. Toplumsal kimlik ve aidiyetlerin oluşumunda, bunların meşru kılınmasında, yeniden üretiminde ve sürdürülebilirliğinin sağlanmasında önemli bir rol üstlenmektedir. Bu durum -kimlik inşasının temelini oluşturan- ortak geçmiş algısının mimari yapılar, tarihsel anıtlar, sözlü anlatımlar, gösteri sanatları ve ritüeller gibi çeşitli kültürel obje, mekan ve gelenekle somutlaşıyor olmasıyla açıklanabilir<sup>19</sup>. Böylelikle kültürel miras çeşitli toplumsal kimliklerin temsiline olanak sağlar, onlara bir performans alanı yaratır ve kimlik inşasını hem sembolik hem de somut olarak destekler.

Kültürel miras geleceğin şekillendirilmesinde toplumların ortak hareket alanını oluşturmakta olup, tüm insanların bireysel katkılarının çeşitliliğine dayanır ve bu sebeple kültürel mirastan yararlanmak her bireyin hakkıdır<sup>20</sup>. Bu sebeple kültürel mirasın korunması devletlerin takdirine bırakılmaması gereken ve evrensel öneme sahip bir konudur.

## II. KÜLTÜREL MİRAS VE İNSAN HAKLARI İLİŞKİSİ

Kültürel mirasın korunması ile insan hakları arasındaki ilişki oldukça önem arz etmesine rağmen, özellikle insan hakları uzmanları tarafından öğretilen yeterince irdelenmemiştir<sup>21</sup>. Kültürel miras konusunun insan hakları düşüncesi ve kurumlarıyla birlikte ele alınması, daha güçlü ve evrensel koruma politikalarının oluşturulması yolunda önemli bir adım olacaktır. Zira, kültürel mirasın korunması amacının insan hakları düşüncesiyle örtüşen pek çok boyutu bulunmaktadır.

Buna göre, kültürel mirasın korunması düşüncesi ile bir insan hakları kategorisi olan kültürel haklar bir noktaya kadar aynı şeyi amaç edinmişlerdir: insan kimliğini korumak. Kültürel kimlik insan onurunun önemli bir

<sup>18</sup> Sancakdar, s. 38.

<sup>19</sup> Aykan, Bahar: “Kültürel Miras Hakkı: Kültürel Mirasa İnsan Hakları Temelli Güncel Yaklaşımlar”, Alternatif Politika, Cilt: 10, Sayı: 2, 2018, s. 233.

<sup>20</sup> Jokilehto, Jukka: “Human Rights and Cultural Heritage. Observations on the Recognition of Human Rights in the International Doctrine”, International Journal of Heritage Studies, Cilt: 18, Sayı: 3, 2012, s. 226; Ünal, s. 9.

<sup>21</sup> Blake, Janet : “Taking a Human Rights Approach to Cultural Heritage Protection”, Heritage & Society, Cilt: 4, Sayı: 2, 2011, <https://doi.org/10.1179/hso.2011.4.2.199> (05/03/2020), s. 199.

parçasını oluşturmaktadır<sup>22</sup>. Bu sebeple kimlik ve aidiyet oluşumunda önemli bir rol oynayan kültürel mirasın korunması insan hakları konusuyla doğrudan ilişkilidir. Bununla birlikte bu ilişki her zaman olumlu bir anlama gelmemektedir. Kültürel miras kavramının insan haklarını ihlal edenlerce insan haklarının kısıtlanması için bir gerekçe olarak ileri sürülmesi de mümkündür<sup>23</sup>.

Kavramsal olarak kültürel miras ile insan haklarının ortak özelliklerinden bir diğerini bu kavramların zamansallık yönü oluşturmaktadır. Zamansallık açısından incelendiğinde kültürel miras, günün taleplerine göre şekillenmekte; ancak koruma amacı güdülen değerlerin hayal edilen bir geleceğe miras bırakılması söz konusu olmaktadır. Benzer şekilde insan hakları da salt günün gelişmeleriyle ilgilenmez. İnsan hakları katalogları günün taleplerine göre şekillense de gelecek nesillerin yararı için olumlu bir miras sağlamakla da ilgilidir<sup>24</sup>.

Farklı kültürel miras kategorileri nitelikleri gereği farklı insan hakları sorunlarını gündeme getirmektedir. Somut kültürel miras açısından insan hakları sorunları genellikle kültürel miras sıfatını kazanma sürecindeki uygulamalar, kayda alınma, korunma, yönetilme ve denetlenme süreçlerinde ortaya çıkmakta olup, bu konularda uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından çeşitli ilkeler oluşturulmuştur<sup>25</sup>.

Somut olmayan kültürel mirasın yönetilmesi ve bu alanda düzenlemeler yapılması ise doğrudan ve zorlu insan hakkı sorunlarını beraberinde getirmektedir. Bu durum esasen somut olmayan kültürel mirasın yaşayan ve ete

<sup>22</sup> İnsan onuru kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. **Doğan**, İlyas: “Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş”, S.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 2, 2005; **Şimşek**, Oğuz: Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1999; **Katep**, George: Human Dignity, Harvard University Press, 2011; **Bulut**, Nihat: “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağı’na İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Bir Bakış”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 3-4, 2008.

<sup>23</sup> Detaylı bilgi için bkz. **Ziegler**, Katja: “Cultural Heritage and Human Rights”, (ed. Giuffrè Milano), La Salvaguardia Dei Beni Culturali Nel Diritto Internazionale, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, 2007, s. 1.

<sup>24</sup> **Graham**, Brian ve **Howard**, Peter: “Heritage and Identity”, The Ashgate Research Companion to Heritage and Identity, (ed. Brian Graham ve Peter Howard), Ashgate Publishing Company, Hampshire, 2008, s. 2.

<sup>25</sup> **Logan**, William: “Cultural Diversity, Cultural Heritage and Human Rights: Towards Heritage Management as Human Rights Based Cultural Practice”, International Journal of Heritage Studies, Cilt: 18, Sayı: 3, 2012, s. 236.

kemiğe bürünmüş bir miras olmasından kaynaklanmaktadır. Bu tip kültürel mirasın ana öznesini insanlar oluşturduğundan bu değerler üzerinde somut kültürel mirasta olduğu gibi sahiplik, alım, satım, yeniden inşa, restorasyon gibi işlemler yapılması ya niteliği gereği mümkün değildir ya da etik açıdan imkansızdır<sup>26</sup>.

Günümüze kadar geçen dönemde kültürel mirasın korunması konusu teknik ve yönetsel bir mesele olarak görülmekteydi. Bu kapsamda kültürel miras ögesinin korunması, kurtarılması için kullanılacak teknolojik yöntemler, o alanlar için izlenecek yönetim stratejileri ana tartışma konularını oluşturmaktaydı. Fakat kültürel mirasın korunması kaynak yönetimi ve kaynak tahsisine ilgili olduğundan aynı zamanda oldukça güçlü politik boyuta da sahip bir meseledir. Meselenin bu politik boyutu insan hakları üzerindeki tehdidi ile doğru orantılıdır. Bu sebeple kültürel mirasın korunmaya değer olup olmadığının tespiti, söz konusu korumanın denetimi, bu aşamalarda yapılan işlemlerin kişiler üzerinde doğurduğu neticeler açısından insan hakları perspektifi yok sayılmamalıdır.

Bir toplumun kültürel mirasının o toplum içerisinde yaşayan insanlardan ve o insanların haklarından bağımsız biçimde düşünülmesi imkansızdır. Bu duruma verilebilecek olan bir örnek, Irak Ulusal Müzesi Direktörü Haider Oraibi'nin Musul Müzesine düzenlenen DAEŞ saldırısının ardından sarf ettiği sözlerdir: "Onlar yalnızca heykeldi ama bizim için hayattalardı. Biz onlardan geldik, onların bir parçasıyız. Bu bizim kültürümüz ve inancımız. Sanki birisi seni öldürmek ister gibiydi adeta bir cinayet gibiydi"<sup>27</sup>. Bu sözler, bu tür yıkımların ne kadar acı doğurabileceğini, insan onuru ve insan haklarına karşı bir saldırı teşkil edebileceğini ortaya koymaktadır. Bu sebeple kültürel mirasa insan hakları temelli bir yaklaşım, kültürel miras ögesinin korunmasının yanı sıra kültürel miras ögesiyle bir bağa sahip olan insanların ve o insanların haklarının da korunmasını sağlar<sup>28</sup>.

Bu sebeple, kültürel mirasın korunması bir insan hakları konusudur. Günümüzde kültürel haklardan doğan yeni bir insan hakkı olarak kültürel miras hakkının varlığı tartışılmaktadır<sup>29</sup>. Söz konusu kültürel miras hakkının

<sup>26</sup> Logan, s. 236.

<sup>27</sup> Bennoune, Karima: "Cultural Heritage is a Human Rights Issue", UNESCO, <https://en.unesco.org/news/karima-bennoune-cultural-heritage-human-rights-issue>.

<sup>28</sup> Bennoune, Karima: "Cultural Heritage is a Human Rights Issue", UNESCO, <https://en.unesco.org/news/karima-bennoune-cultural-heritage-human-rights-issue>.

<sup>29</sup> Hodder, Ian: "Cultural Heritage Rights: From Ownership and Descent Justice and Well-Being", *Anthropological Quarterly*, Cilt: 83, Sayı: 4, 2010, s. 866 vd. Bennoune, Karima: "Cultural Heritage is a Human Rights Issue", UNESCO, <https://en.unesco.org/>

dayanağı olarak, kültürel haklardan olan kültürel yaşama katılma hakkı gösterilmektedir.

Habermas kültürel hakları; tüm bireylerin kendi kimliklerini geliştirmeleri ve yaşatmaları için önem atfettikleri topluluklara katılma, iletişim araçlarına ulaşma, gelenek ve göreneklerini sürdürebilme gibi olanaklardan faydalanmalarını eşit şekilde güvence altına alma amacı güden haklar olarak tanımlamıştır<sup>30</sup>. Kültürel haklar arasında yer alan kültürel yaşama katılma hakkı ise başta İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme olmak üzere uluslararası insan hakları belgelerinde güvence altına alınmıştır. Bu hakkın içeriği Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi tarafından hazırlanan genel yorum beyanları ile somutlaştırılmıştır.

17 No'lu Genel Yorum Beyanı'nda kültürel yaşama katılma hakkının öznesinin hem bireyler hem de topluluklar olduğu ifade edilmiştir<sup>31</sup>. Dolayısıyla bu haktan bireysel olarak, başkalarıyla birlikte veya bir topluluk ya da grup içerisinde yararlanılması mümkündür.

21 No'lu Genel Yorum Beyanı'nda ise kültürel yaşama katılma hakkının katılım, erişim ve kültürel yaşama katkı sağlamak olmak üzere üç unsurdan oluştuğu ifade edilmiştir<sup>32</sup>:

Katılım, herkesin bireysel olarak, başkalarıyla birlikte ve bir topluluk ya da grup içerisinde serbestçe hareket etme, kendi kimliğini seçme, bir ya da birden çok toplulukla kendini özdeşleştirme ya da özdeşleştirmeme ya da bu tercihini değiştirme, toplumun siyasal yaşamına katılma, kendi kültürel faaliyetleriyle uğraşma ve kendisinin seçtiği bir dilde kendini ifade etme hakkını kapsar. Kültürel bilgiyi arama ve geliştirme; bu bilgileri başkalarıyla

---

news/karima-bennoune-cultural-heritage-human-rights-issue, **Silverman**, Helaine ve **Ruggles**, D. Fairchild : "Cultural Heritage and Human Rights", Cultural Heritage and Human Rights, (ed. Helaine Silverman ve D. Fairchild Ruggles), Springer, New York, 2007, s. 3-7. **Donders**, Yvonne: "Cultural Heritage and Human Rights", Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law, (ed. F. Francioni and A. Vrdoljak), Oxford University Press, 2020, s. 405; **Logan**, s. 236; **Blake**, s. 200.

<sup>30</sup> **Habermas**, Jürgen : "Religious Tolerance- The Pacemaker for Cultural Rights", Philosophy, Sayı: 79, 2004, s. 16, [https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/5202BFF078884737FCC61A1C70DFFC54/S003181910400026a.pdf/religious\\_tolerancethe\\_pacemaker\\_for\\_cultural\\_rights.pdf](https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/5202BFF078884737FCC61A1C70DFFC54/S003181910400026a.pdf/religious_tolerancethe_pacemaker_for_cultural_rights.pdf).

<sup>31</sup> BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, **Belge No: E.C.12/GC/17**, <https://www.refworld.org/docid/441543594.html>

<sup>32</sup> BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, **Belge No: E/C.12/GC/21**, <https://undocs.org/E/C.12/GC/21>, s. 4.

paylaşma, yaratıcı eylemde bulunma ve yaratıcı eylemlere katılma hakkı da bu kapsamdadır<sup>33</sup>.

Erişim, herkesin bireysel olarak, başkalarıyla birlikte, bir topluluk ya da grup içerisinde, eğitim ve enformasyon yoluyla kendinin ve başkalarının kültürünü bilme ve anlama ve kültürel kimliği tam anlamıyla dikkate alan nitelikli eğitim ve öğretim görme hakkını kapsar. Herhangi bir teknik enformasyon ya da iletişim aracı yoluyla ifade ve yaygınlaştırma biçimleri hakkında bilgilenme; toprak, su, biyolojik çeşitlilik, dil ya da özel kurumlar gibi kültürel ürünlerin ve kaynakların kullanımıyla ilişkili bir yaşam tarzını benimseme ve kültürel mirastan ve diğer bireylerin ve toplulukların yaratılardan yararlanma hakkı da bu kapsamdadır<sup>34</sup>.

Kültürel yaşama katkı sağlama ibaresi ise herkesin toplumun manevi, maddi, zihinsel ve duygusal ifadelerinin yaratılmasına katılma hakkına atıfta bulunmaktadır. Bu hak, bir bireyin ait olduğu topluluğun gelişimine katkı sağlama ve bireyin kültürel haklarından yararlanmasını etkileyen politika ve kararların tanım, geliştirme ve uygulama süreçlerine katılma hakkıyla desteklenmektedir<sup>35</sup>.

Kültürel yaşama katılma hakkının gerçekleştirilmesi konusunda devletin, kültürel faaliyetlerin uygulanmasına ve kültürel ürün ve hizmetlere erişime müdahaleden kaçınma negatif yükümlülüğünün yanı sıra kültürel yaşama katılımın, kültürel yaşamın desteklenmesinin ve geliştirilmesinin önkoşullarını ve kültürel ürünlere erişimi ve bu ürünlerin korunmasını sağlamak yönünde pozitif bir yükümlülüğü de bulunmaktadır<sup>36</sup>.

Kültürel miras hakkı olarak ifade edilen kültürel mirasa erişim, katılım ve katkı sağlama hakları kültürel yaşama katılma hakkının bir çıktısıdır. Kültürel mirasa erişim şahsen veya başka bir şekilde kültürel miras ögesini ziyaret edebilmek, gözlemleyebilmek veya tecrübe edebilmek anlamına gelmektedir. Kültürel mirasa erişim hakkının ayrımcılık yasağı ilkesi, katılım ve katkı sağlama unsurlarından bağımsız şekilde düşünülmesi mümkün değildir<sup>37</sup>. Bununla birlikte kültürel mirasa erişim hakkı, sınırsız değildir. Bu

<sup>33</sup> BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, **Belge No: E/C.12/GC/21**, <https://undocs.org/E/C.12/GC/21>, s. 4.

<sup>34</sup> BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, **Belge No: E/C.12/GC/21**, <https://undocs.org/E/C.12/GC/21>, s. 4.

<sup>35</sup> BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, **Belge No: E/C.12/GC/21**, <https://undocs.org/E/C.12/GC/21>, s. 4.

<sup>36</sup> BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, **Belge No: E/C.12/GC/21**, <https://undocs.org/E/C.12/GC/21>.

<sup>37</sup> **Donders**, s. 401, **Hodder**, s. 876.

hakka kültürel mirasın korunması amacıyla sınırlamalar getirilmesi mümkündür<sup>38</sup>.

Kültürel miras hakkı kapsamında devletlerin, dezavantajlı grupların, marjinalleşmiş birey ya da grupların da kültürel mirası dahil olmak üzere savaş ve barış zamanlarında kültürel mirası koruma, geliştirme, zenginleştirme ve gelenek nesillere aktarılmasını sağlama sorumluluğu bulunmaktadır. Tarihi alanların, anıtların, sanat eserlerinin ve edebi eserlerin bakımı, korunması, restorasyonu ve ziyarete açılması devletin bu konudaki sorumluluklarına örnek gösterilebilir. Bu hakkın gerçekleştirilmesi bireylerin ve toplulukların kültürel mirasa ilişkin karar alma süreçlerine aktif ve anlamlı katılımını gerektirmektedir. Bu hususta devletler, ilgili karar alma organlarında farklı toplulukların temsilini sağlamalı, onlara danışmalıdır.<sup>39</sup>

Kültürel mirasın insan hakları hukukuyla ilişkisi yalnızca kültürel yaşama katılma hakkıyla sınırlı değildir. İnsan hakları düşüncenin özü olan insan onuru kavramı, kişilerin kimliklerinin, tarihlerinin ve uygarlıklarının ayrılmaz bir parçası olan kültürel miraslarına saygı duyulmasını isteme yetkisini de barındırmaktadır<sup>40</sup>. Bu sebeple, kültürel mirasın korunması konusunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde; ifade özgürlüğü, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, mülkiyet hakkı, ekonomik haklar gibi klasik insan haklarıyla da ilişkilendirilebilmesi mümkündür.

Kültürel miras hakkının kabulü pratikte yeni bir ögenin kültürel mirasa dahil edilmesinden, korunma süreçlerinde yapılacak değişikliklerden, alanda ortaya çıkacak yeni bir teknolojik gelişmeden çok daha farklı sonuçlar doğuracaktır. Herkesin kültürel mirasa erişim ve kültürel mirastan yararlanma hakkına sahip olduğunun kabulü devletlerin, kültürel miras öğeleri üzerindeki tasarruflarının kapsamlı biçimde sınırlandırılması anlamına gelecektir. Bu sebeple kültürel miras hakkı değerlendirilirken konuya ilişkin insan hakları belgeleri ve uluslararası insan hakları mekanizmalarının ilke ve yorumları dikkatle incelenmelidir<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, **Belge No: E/C.12/GC/21**, <https://undocs.org/E/C.12/GC/21>, s. 5.

<sup>39</sup> **Donders**, s. 396.

<sup>40</sup> **Francioni**, Francesco: "Heritage and Human Rights: An Introduction", Cultural Human Rights, (ed. Francesco Francioni ve Martin Scheinin), Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2008, s. 4.

<sup>41</sup> **Silberman**, Neil A.: "Heritage Interpretation and Human Rights: Documenting Diversity Expressing Identity or Establishing Universal Principles?", International Journal of Heritage Studies, Cilt: 18, Sayı: 3, 2012, s. 247.



### III. KÜLTÜREL MİRASIN KORUNMASINA İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN İNSAN HAKLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Kültürel mirasın korunması konusundaki ilk düşünceler ve tartışmaların tarihi Antik Yunan'a kadar uzanmaktadır. Kültürel mirasa ilişkin bu ilk tartışmalar genellikle düşünürlerin düşmana ait kültürel değerlerin, özellikle de dini tapınakların, yapıların yağmalanması ve yok edilmesi konularındaki fikirlerine odaklanmaktaydı. Örneğin; Polybius eserlerinde altın ve gümüş dışındaki zenginliklerin kendi yerlerinde bırakılmasının daha şanlı olduğunu dile getirmiştir<sup>42</sup>.

Her ne kadar kültürel mirasın korunmasına ilişkin bu ilk düşünceler oldukça eski bir döneme uzansa da konunun uluslararası hukuk metinlerine yansımaları 20. yüzyılın ortalarını bulmuştur. Bu kapsamda; UNESCO, Milletlerarası Müzeler Konseyi (ICOM), Uluslararası Anıtlar ve Sitler Konseyi (ICOMOS), Uluslararası Arşiv Konseyi (ICA) gibi kuruluşlar kültürel mirasın uluslararası ölçekte korunması konusunda pek çok düzenleme yapmıştır. Bu düzenlemeler dünyada kültürel miras politikalarının belirlenmesinde yol gösterici olmuştur.

Etkin ve evrensel bir kültürel mirasın korunması sağlanması, kültürel mirasın korunmasına ilişkin hükümlerin insan hakları ilkeleriyle birlikte yorumlanmasıyla mümkün olacağından kültürel mirasın korunması amacına yönelik temel uluslararası sözleşmeler insan hakları düşüncesi ışığında incelenmelidir. Kültürel mirasın bu şekilde insan hakları hukukuyla bağdaştırılarak incelenmesi oldukça yeni bir olgudur. "Kültürel miras" kavramının bile son derece yakın bir tarihte ortaya atılmış bir kavram olduğu düşünüldüğünde, bu durum kaçınılmazdır. Uluslararası hukukta kültürel mirasın korunmasıyla ilgili yapılan çalışmalar kimi zaman açıkça kimi zaman zımnen insan haklarına atıf yapan bir perspektife evrilmiştir. Bu doğrultuda, kültürel mirasın korunmasına ilişkin uluslararası sözleşmeler insan hakları düşüncesi ışığında değerlendirilecektir.

#### A. Kültürel Mirasın Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Bünyesinde Kabul Edilen Belgeler

Kültürel mirasın modern anlamda korunması çabalarına ilişkin incelenmesi gereken en önemli belgelerden birisi şüphesiz ki Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO) bünyesinde 1954 yılında kabul

<sup>42</sup> Merryman, John Henry: "Cultural Property Internationalism", International Journal of Cultural Property, Sayı: 12, 2005, s. 13.

edilen Silahlı Çatışma Durumunda Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesidir. Bu sözleşme kültürel mirasın sistematik olarak korunmasına yönelik yapılmış ilk düzenlemedir<sup>43</sup>. “Kültürel varlık” kavramı ilk kez bu belgede uluslararası bir hukuk metninde yer almıştır. Bu sözleşmeyle birlikte “eski eser” veya “antika” kavramlarının yerini kültürel varlık ifadesi almıştır<sup>44</sup>.

Sözleşmenin başlangıç kısmında her milletin dünya kültürüne kendinden bir şey kattığından bahisle hangi millete ait olursa olsun kültür eserlerine karşı tecavüzlerin tüm insanlığın kültür varlığına karşı işlenmiş sayılacağı belirtilerek kültürel varlık sözleşmenin birinci maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır:

*“Aşağıdaki bildirilenler, menşe veya sahipleri ne olursa olsun; bu sözleşme bakımından kültürel varlık sayılırlar:*

*a) Dinî veya laik, mimari, tarihî anıtlarla sanat anıtları, arkeolojik değerlerdeki yerler, bütünü itibariyle tarihî veya artistik bir alâka arz eden yapı toplulukları, sanat eserleri, elyazmaları, kitap ve başkaca tarihî, artistik veya arkeolojik değer taşıyan eşya, keza yukarıda bildirilen servetlerden mürekkep bilim koleksiyonlarıyla, önemli kitap, arşiv röprodüksiyon koleksiyonları ve emsali gibi milletlerin kültür muamelelerinde büyük önemde yeri olan menkul ve gayrimenkul mallar,*

*b) Gerçek ve başlıca görevi (a) fıkrasında zikredilen menkûl kültürel varlıkları koruma veya teşhirden ibaret olan müze, büyük kitaplık, arşiv deposu gibi binalarla (a) fıkrasında açıklanan menkul kültürel varlıkların silahlı bir çatışma hâlinde korunmasına mahsus sığınaklar,*

*c) (a) (b) fıkralarında tarif edilen kültürel varlıkları büyükçe sayıda içine alan ve “anıt merkezleri” denilen merkezler.”*

Kültürel mirasın korunmasına yönelik insancıl taleplerle askeri talepleri dengelemeye çalışan bu sözleşmeyle hem taşınabilir hem de taşınmaz somut kültürel miras koruma altına alınmıştır. Sözleşmenin sağladığı koruma temel olarak emniyet altına alma ve saygı duyma görevlerini içermektedir<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> **Papaioannou**, Katerina : “ The International Law on the Protection of Cultural Heritage”, IJASOS, Cilt: 3, Sayı: 7, Nisan 2017, s. 259.

<sup>44</sup> Silahlı Çatışma Durumunda Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesi, <https://kumid.net/euproject/admin/userfiles/dokumanlar/K-Lahey-Sozlesmesi-UNESCO%2C-1954.pdf>, (13/04/2020).

<sup>45</sup> **Toman**, Jiri :“The Hague Convention: A Decisive Step taken by the International Community”, Museum International: Protection and Restitution, Blackwell Publish, Oxford, 2005, s. 15.

1966 yılında UNESCO Genel Konferansında Uluslararası Kültürel İş Birliği Prensipleri Beyannamesi kabul edilmiştir. Bu beyannamenin 1. maddesinde insan hakları, insan onuru ve kültür arasında bir bağlantı kuran şu ifadeler yer verilmiştir: *“her kültür, saygı duyulması ve korunması gereken bir onur ve değere sahiptir. Her insan kendi kültürünü geliştirme hak ve ödevine sahiptir. (...) Tüm kültürler insanlığa ait ortak bir mirasın parçalarını oluşturlar”*<sup>46</sup>.

UNESCO bünyesinde 1970 yılında kabul edilen Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması İçin Alınacak Tedbirlerle İlgili Sözleşme ise barış zamanında kültürel varlıkların korunması açısından yapılmış en önemli sözleşmelerden birisini oluşturmaktaydı. Bu sözleşmenin düzenlemeleri ışığında devletler kendi topraklarında yer alan kültürel varlıkları korumayı ve söz konusu varlıkların yasadışı ticareti, ithalat ve ihracatını engellemek amacıyla iş birliği içerisinde çalışmalar yürütmeyi taahhüt etmişlerdir<sup>47</sup>.

Bu belgenin başlangıç kısmında kültür varlıklarının halkların kültür ve uygarlıklarının temel öğelerinden biri olduğu ve bunların gerçek değerlerine ancak kökenlerinin, tarih ve çevrelerinin en büyük belginlikle bilinmesi halinde kavuşacakları ifade edilmiştir. Ayrıca kendi topraklarındaki kültür değerlerinden oluşan varlığı hırsızlık, kaçak kazı, kanunsuz ithal ve ihraç tehlikelerine karşı korumanın her devlet için bir görev olduğu belirtilmiştir. Her devletin, bu tehlikeleri önlemede kendi kültür varlıklarına olduğu kadar, bütün ulusların kültür varlıklarına karşı da saygılı olma bakımından manevi sorumlulukları bulunduğu ifade edilmiştir.

Kültürel mirasın korunması konusunda kabul edilen en önemli belgelerden birisi olan Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme 1972 yılında UNESCO bünyesinde kabul edilmiştir. Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme UNESCO'nun bu alandaki sözleşmeleri içerisinde en çok kabul gören ve en fazla sayıda taraf devlete sahip olan sözleşmesidir.

Bu sözleşmeyle BM nezdinde ilk kez “kültürel miras” ifadesi kullanılmış, kültürel mirasın kapsamı anıtlar, yapı toplulukları ve sitelerle sınırlı

<sup>46</sup> UNESCO, Uluslararası Kültürel İşbirliği Beyannamesi, [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=13147&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13147&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html), (13/03/2020).

<sup>47</sup> Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması İçin Alınacak Tedbirlerle İlgili Sözleşme, <https://testsite.ktb.gov.tr/ktmordu/TR-14271/kultur-varliklarinin-kanunsuz-ithal-ihrac-ve-mulkiyet-t.html>, (13/04/2020).

olarak çizilmiştir<sup>48</sup>. Yine bu sözleşmeyle dünya kültürel ve doğal mirasının korunması için hükümetler arası bir komite olan Dünya Mirası Komitesi kurulmuştur<sup>49</sup>. Sözleşmede kültürel ve doğal mirasın parçalarının istisnâ bir öneme sahip olduğu ve bu nedenle tüm insanlığın dünya mirasının bir parçası olarak muhafazasının gerektiği vurgulanmıştır.

Afganistan'ın Bamiyan Vadisindeki Buda heykellerinin Taliban tarafından yok edilmesi üzerine 2003 yılında kabul edilen UNESCO Kültürel Mirasın Kasten Yok Edilmesine İlişkin Beynamede, dünyada kültürel mirasın pek çok yerde kasıtlı olarak yok edilmesinden duyulan endişe bildirilmiştir. Bu belgede kültürel mirasın korunmasının insan haklarıyla ilişkisine yönelik olarak "*Kültürel mirasın, toplulukların, grupların ve bireylerin ve sosyal uyumun kültürel kimliğinin önemli bir bileşeni olduğunu ve bilerek yok edilmesinin insan onuru ve insan hakları üzerinde olumsuz sonuçları olabileceğini dikkate alarak*" ifadesine yer verilmiştir. Bu devletlerin uluslararası bir sorumluluğa sahip olduğu ifade edilmiştir<sup>50</sup>.

Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme ile yalnızca somut kültürel miras güvence altına alınmıştır. UNESCO bünyesinde 2003 yılında imzalanan Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesiyle somut olmayan kültürel miras da uluslararası bir belgeyle güvence altına alınmıştır. Bu belgenin giriş kısmında insan hakları alanında mevcut uluslararası belgelere, özellikle 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine, 1966 Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesine,

---

<sup>48</sup> **Madde 1:**

"Bu sözleşmenin amaçları bakımından aşağıdakiler "kültürel miras" sayılacaktır:

Anıtlar: Tarih, sanat veya bilim açısından istisnâ evrensel değerdeki mimari eserler, heykel ve resim alanındaki şaheserler, arkeolojik nitelikte eleman veya yapılar, kitabeler, mağaralar ve eleman birleşimleri.

Yapı toplulukları: Mimarileri, uyumlulukları veya arazi üzerindeki yerleri nedeniyle tarih, sanat veya bilim açısından istisnâ evrensel değere sahip ayrı veya birleşik yapı toplulukları.

Sitler: Tarihsel, estetik, etnolojik veya antropolojik bakımlardan istisnâ evrensel değeri olan insan ürünü eserler veya doğa ve insanın ortak eserleri ve arkeolojik siteleri kapsayan alanlar."

Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına İlişkin Sözleşme, <http://www.unesco.org.tr/Pages/161/177>, (21/03/2020).

<sup>49</sup> Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme, <http://www.unesco.org.tr/Pages/161/177>, (21/03/2020).

<sup>50</sup> UNESCO, Kültürel Mirasın Kasten Yok Edilmesine İlişkin Beyanname, [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=17718&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=17718&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html), (10/04/2020).

1966 Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesine atıfta bulunulmuştur<sup>51</sup>. Böylelikle ilk kez kültürel mirasın korunmasına ilişkin uluslararası bir sözleşmede insan hakları belgelerine açıkça atıfta bulunulmuştur. Bu belgede somut olmayan kültürel miras ile somut kültürel miras arasında köklü bir bağıllık ilişkisi olduğu ifade edilmiştir.

Sözleşmenin 2. maddesinde somut olmayan kültürel miras şu şekilde tanımlanmıştır:

*“Somut olmayan kültürel miras, toplulukların, grupların ve kimi durumlarda bireylerin, kültürel miraslarının bir parçası olarak tanımladıkları uygulamalar, temsiller, anlatımlar, bilgiler, beceriler ve bunlara ilişkin araçlar, gereçler ve kültürel mekanlar anlamına gelir.*

*Kuşaktan kuşağa aktarılan bu somut olmayan kültürel miras, toplulukların ve grupların çevreleriyle, doğayla ve tarihleriyle etkileşimlerine bağlı olarak, sürekli biçimde yeniden yaratılır ve bu onlara kimlik ve devamlılık duygusu verir; böylece kültürel çeşitliliğe ve insan yaratıcılığına duyulan saygıya katkıda bulunur. İşbu Sözleşme bağlamında, sadece, uluslararası insan hakları belgeleri esaslarına uyan ve toplulukların, grupların ve bireylerin karşılıklı saygı gereklerine ve sürdürülebilir kalkınma ilkelelerine uygun olan somut olmayan kültürel miras göz önünde tutulacaktır.*

*Somut olmayan kültürel miras, özellikle aşağıdaki alanlarda belirir:*

- a) Somut olmayan kültürel mirasın aktarılmasında taşıyıcı işlevi gören dille birlikte sözlü gelenekler ve anlatımlar;*
- b) Gösteri sanatları;*
- c) Toplumsal uygulamalar, ritüeller ve şölenler;*
- d) Doğa ve evrenle ilgili bilgi ve uygulamalar;*
- e) El sanatları geleneği.*

*Koruma terimi, somut olmayan kültürel mirasın yaşayabilirliğini güvence altına alma anlamına gelir; buna kimlik saptaması, belgeleme, araştırma, muhafaza, koruma, geliştirme, güçlendirme ve özellikle okul içi ya da okul dışı eğitim aracılığıyla kuşaktan kuşağa aktarma olduğu kadar, bu kültürel mirasın değişik yanlarının canlandırılması dahildir.”*

UNESCO bünyesinde 2004 yılında kabul edilen Yamato Deklarasyonunda somut olmayan kültürel mirasın korunmasının somut kültürel mirası korumak kadar önemli olduğuna değinilmiştir. Bu belgede somut ve somut

<sup>51</sup> Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi, <https://ich.unesco.org/doc/src/00009-TR-PDF.pdf>, (14/ 04/ 2020).

olmayan kültürel mirasın süreklilik, karşılıklı fayda, pekiştirilme özelliklerinden hareketle bütüncü bir yaklaşımla korunması gerektiği ifade edilmiştir. Yine bu metinde somut kültürel mirasın korunabilmesi için o mirasın taşıyıcısı olan insanlara ve onların somut olmayan kültürel miraslarına ihtiyaç duyulduğu dile getirilmiştir<sup>52</sup>.

### **B. Kültürel Mirasın Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Bünyesinde Kabul Edilen Belgeler**

Kültürel mirasın korunması konusunda Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanmış belgeler incelendiğinde bu konuda kabul edilen ilk belgenin 1985 yılında imzalanan Avrupa Mimari Mirasının Korunması Sözleşmesi olduğu görülmektedir. Bu belgenin başlangıç kısmında “*Mimari mirasın, Avrupa kültür mirasının zenginliği ve çeşitlerinin eşsiz bir ifadesi, geçmişimizin değer biçilmez bir tanığı olduğunu ve bütün Avrupalıların bir ortak mirasını oluşturduğu*” ifadesi yer almaktadır<sup>53</sup>.

Avrupa Konseyi bünyesinde kültürel mirasın korunması konusunda kabul edilen bir diğer sözleşme ise 1992 yılında Valetta’da imzalanan Arkeolojik Mirasın Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesidir. Bu sözleşmenin amacının Avrupa’nın kolektif hafızasının kaynağı ve tarihi-bilimsel incelemeler için bir araç olarak arkeolojik mirasın korunması olduğu ifade edilmiştir<sup>54</sup>.

Avrupa Konseyi bünyesinde 1992 yılında imzalanan Avrupa Kentsel Şartı’nda ise kentsel tarihi mirasın korunması gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu hususta Avrupa Mimari Mirasının Korunması Sözleşmesi ile paralel hükümlere yer verilmiştir. Kentsel mirasın kent ve kentlinin kimliği açısından kritik önem taşıdığı, kentsel yapının ayrılmaz ve yeri doldurulamaz parçalarından olduğu Avrupa’nın ortak geçmiş ve gelecek bilincine katkıda bulunduğu ve gelecek kuşaklara aktarılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> The Yamato Declaration on Integrated Approaches for Safeguarding Tangible and Intangible Cultural Heritage, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000137634>, (14/04/2020).

<sup>53</sup> Avrupa Mimari Mirasının Korunması Sözleşmesi, [http://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020142910121\\_tur.pdf](http://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020142910121_tur.pdf), (13/04/2020).

<sup>54</sup> Avrupa Arkeolojik Mirasının Korunmasına Sözleşmesi, [https://www.tursab.org.tr/apps/OldFiles//dosya/14743/arkolojik-mirasin-korunmasina-iliskin-avrupa-sozlesmesi-gozden-geciril\\_14743\\_4736407.pdf](https://www.tursab.org.tr/apps/OldFiles//dosya/14743/arkolojik-mirasin-korunmasina-iliskin-avrupa-sozlesmesi-gozden-geciril_14743_4736407.pdf)

<sup>55</sup> Avrupa Kentsel Şartı, [https://www.tbb.gov.tr/online/kitaplar/avrupa\\_kentsel\\_sarti\\_2017/html5forpc.html](https://www.tbb.gov.tr/online/kitaplar/avrupa_kentsel_sarti_2017/html5forpc.html), (20/03/2021).

Avrupa Konseyi bünyesinde kültürel mirasın korunması konusunda kabul edilen en önemli belge ise şüphesiz ki 27 Ekim 2005 tarihinde imzalanan Toplum İçin Kültürel Mirasın Değeri Çerçeve Sözleşmesi (Faro Sözleşmesi)'dir. Bu belgede açıkça kültürel mirasın insan haklarına ilişkin yönü vurgulanmış ve bir kültürel miras hakkı ortaya konulmuştur<sup>56</sup>.

Sözleşmenin başlangıç kısmında insanların ve insani değerlerin merkezde olduğu genişlemiş ve disiplinler arası bir kültürel miras kavramı ihtiyacının kabul edildiği ifade edilmiştir. Bu sözleşmenin 1. maddesinde “*Kültürel mirasa ilişkin hakların, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde tanımlandığı gibi kültürel yaşama katılma hakkının doğasında var olduğunu kabul etmek*” sözleşmenin amaçları arasında sayılmıştır.

Sözleşmenin 2. maddesinde kültürel miras “*geçmişten devralınan, insanların sürekli evrilen değer, inanç, bilgi ve geleneklerinin anonim bir ifadesi ve yansıması olarak ayırt ettikleri bir kaynaklar kümesi*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımla kültürel miras kavramı uluslararası literatür açısından radikal bir algı değişikliğine uğrayarak sözleşmede dinamik ve değişken bir yapı olarak ifade edilmiştir<sup>57</sup>. Bu yaklaşımın çoklu kültürel aidiyet kavramının meşrulaştırılarak ortak kimlik algısının ve Avrupa vatandaşlığı olgusunun Avrupa Konseyi tarafından pekiştirilmesi çabası sonucu oluştuğu savunulmuştur<sup>58</sup>.

Bu sözleşme aynı zamanda kültürel mirasa bütünsel açıdan yaklaşan ilk sözleşmedir. Sözleşme maddelerinde somut ve somut olmayan kültürel mirasın korunması açısından bir ayrıma gidilmemiştir. Ayrıca “*kültürel mirasın, kamu eylemi çerçevesi içinde, sürdürülmesi ve gelecek kuşaklara aktarılmasını arzu ettikleri belli yönlerine değer veren insanlardan oluşur.*” şeklinde tanımlanan miras toplulukları, birbiriyle dilsel ya da etnik bir bağı olmayan ya da ortak bir geçmişi bile paylaşmamış olan; fakat çeşitli nedenlerle kendisini kültürel mirasa bağlı hissedenden toplumsal grupları ifade etmektedir. Bu yönüyle sözleşme, oluşan yeni bir kültürel miras farkındalığına işaret etmektedir<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Faro Sözleşmesi, <https://rm.coe.int/1680083746>, (13/04/2020).

<sup>57</sup> **Uzuner**, Evrim Ölçer : “Yeni Miraslar ve Uluslararası Sözleşmelerde Sürdürülebilir Kalkınma Stratejileri”, Milli Folklor, Yıl: 25, Sayı: 100, s. 26.

<sup>58</sup> **Uzuner**, s. 28.

<sup>59</sup> **Therond**, Daniel: “Benefits and Innovations of The Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society”, Heritage and Beyond, Council of Europe Publishing, Paris, 2008, s. 10.

Kültürel miras hakkının kapsamı ve içeriğine ise sözleşmenin kültürel mirasa ilişkin haklar ve yükümlülükler başlıklı 4. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre:

“*Taraflar,:*

*a. Yalnız ya da toplu, herkesin kültürel mirastan yararlanma ve zenginleşmesi yönünde katkı sağlama hakkının var olduğunu;*

*b. Yalnız ya da toplu, herkesin kendi mirası kadar diğerlerinin kültürel mirasına ve dolayısıyla Avrupa ortak mirasına saygı göstermek yükümlülüğü olduğunu;*

*c. Kültürel miras hakkının kullanılmasının, demokratik bir toplumda sadece kamu menfaati ve diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla gerekli olan sınırlamalara tabi olabileceğini kabul ederler.”*

Faro Sözleşmesiyle kültürel hayata katılma hakkı bünyesinde yer alan bir kültürel miras hakkı ortaya atılmıştır. Bu hakkın bünyesinde kültürel mirastan yararlanma ve kültürel mirasa katkı sağlama haklarının yer aldığı ifade edilmiştir. Kültürel haklar içerisinde kabul edilen bu kültürel miras hakkı diğer tüm insan hakları gibi evrensel, bölünemez ve devredilemezdir<sup>60</sup>. Bu sözleşme uyarınca herkesin başkalarının hakları ve özgürlüklerine saygı gösterdiği sürece, istediği kültürel miras ögesi ile ilişki kurma, ondan faydalanma ve onu gelecek kuşaklara aktarma hakkı vardır.

Sözleşme kültürel miras hakkını tanımlarken, İnsan Hakları Evrensel Beyannameesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinde yer alan kültürel yaşama katılma hakkına atıfta bulunmaktadır. Bu sözleşmeye göre kültürel mirasa farklı nedenlerle değer veren, onu yaşatmaya ve gelecek kuşaklara aktarmaya çalışan herkes onun tanımlanması ve yönetimi süreçlerine dahil edilmelidir.

Faro Sözleşmesi, öncülleri olan uluslararası sözleşmelerin aksine insanı merkez alan ve insan haklarına dayanan bir kültürel miras bakış açısı benimsemiş, kültürel mirasın “nasıl” korunması gerektiğinden ziyade “neden” korunması gerektiğini vurgulamıştır. Kültürel mirası Avrupalılar için hem hak hem de sorumluluk olarak kabul eden bu sözleşme, uluslararası topluma herkesin faydalanabildiği, yorumlanması ve inşasına katkıda bulunabildiği yeni bir kültürel miras bakış açısı sunmuştur. 1 Haziran 2011 tarihinde yürürlüğe giren sözleşme Ekim 2020 itibarıyla 25 Avrupa Konseyi üye ülkesi tarafından imzalanmıştır. Türkiye henüz bu sözleşmeye taraf değildir.

<sup>60</sup> **Bisch**, Patrice Meyer “On the Right to Heritage The Innovative Approach of Articles 1 and 2 of the Faro Convention”, Heritage and Beyond, Council of Europe Publishing, Paris, 2008, s. 60.



Sonuç olarak, kültürel mirasın korunması amacıyla hazırlanmış uluslararası belgeler incelendiğinde önceleri kültürel varlıkların korunması çabasından ibaret olan kültürel miras anlayışının zaman içerisinde insan haklarıyla beraber anılan bir konu haline geldiği görülmektedir. Bu ilişkinin hangi insan hakları kategorileriyle ilişkili olduğunun ve bağımsız bir kültürel miras hakkının varlığının tespit edilebilmesi için uluslararası insan hakları belgeleri ve belgelerin denetim mekanizmalarının yorumları, kararları ve ortaya koydukları ilkeler incelenmelidir.

#### IV. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA KÜLTÜREL MİRAS HAKKININ YERİ

Son yıllarda, bir insan hakkı olarak kaynağını kültürel yaşama katılma hakkından alan ve kültürel miras hakkı olarak ifade edilen kültürel mirasa erişim, katılım ve katkı sağlama haklarının varlığı ve kapsamı tartışılmaktadır<sup>61</sup>. Kültürel miras hakkı kavramı hiçbir uluslararası insan hakkı belgesinde doğrudan bir hak kategorisi olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, kültürel yaşama katılma hakkı birçok uluslararası insan hakları belgesinde güvence altına alınmıştır.

Söz konusu insan hakları belgelerinin denetim mekanizmaları tarafından kültürel yaşama katılma hakkına ilişkin hükümler, kültürel miras hakkının varlığı, kapsamı ve sınırları bakımından değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, uluslararası insan hakları hukukunda kültürel miras hakkının yeri, kültürel yaşama katılma hakkı bağlamında irdelenmelidir.

Bu doğrultuda, insan haklarının küresel ölçekte korunması amacına hizmet eden Birleşmiş Milletler insan hakları sistemi ile bölgesel ölçekte korunması amacına hizmet eden Avrupa, Amerikalılararası ve Afrika insan hakları sistemleri açısından kültürel yaşama katılma hakkının düzenlenişi ve kültürel miras hakkı konusunda bu hükümlerin nasıl yorumlandığı ve uygulandığı incelenecektir.

##### A. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sisteminde Kültürel Miras Hakkının Yeri

###### 1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Kültürel Miras Hakkı

10 Aralık 1948 tarihinde kabul ve ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 27'inci maddesinde "Herkes toplumun kültürel yaşamına

<sup>61</sup> Hodder, s. 866 vd. Bennoune, Karima: "Cultural Heritage is a Human Rights Issue", UNESCO, <https://en.unesco.org/news/karima-bennoune-cultural-heritage-human-rights-issue>, Silverman, s. 3-7. Donders, s. 405; Logan, s. 236; Blake, s. 200.

serbestçe katılma, güzel sanatlardan yararlanma, bilimsel gelişmeye katılma ve bundan yararlanma hakkına sahiptir. Herkesin yaratıcısı olduğu bilim, edebiyat ve sanat ürünlerinden doğan maddi ve manevi çıkarlarının korunmasına hakkı vardır.” hükmü yer almaktadır<sup>62</sup>.

Bu madde gereğince kültürel yaşama serbestçe katılma hakkı açıkça tanınmış; ancak ifade edilen kültürel yaşama katılmanın ne anlama geldiği ve serbestlikten ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır. Bu hakkın içeriğinin somutlaştırılması ve kültürel miras hakkına ilişkin tespitler yapılması aşağıda inceleneceği üzere Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi ile Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi tarafından verilen tavsiye kararları ve yorum beyanlarıyla mümkün olmuştur.

## **2. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Kültürel Miras Hakkı**

16 Aralık 1966 tarihinde BM bünyesinde kabul edilen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 15. maddesinde de kültürel yaşama katılma hakkı düzenlenmiştir<sup>63</sup>. Madde hükmü şu şekildedir:

*“1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkese aşağıdaki hakları tanırlar:*

*a) Kültürel yaşama katılmak;*

*b) Bilimsel gelişmelerin nimetlerinden ve sonuçlarından yararlanmak;*

*c) Kendisinin yaratıcısı olduğu bilimsel, edebi ve sanatsal ürünlerden kaynaklanan maddi ve manevi menfaatlerin korunmasından yararlanmak.*

*2. Bu hakkın tam olarak gerçekleştirilmesi için Sözleşmeye Taraf olan Devletler tarafından alınacak önlemler, bilimin ve kültürün korunması, gelişmesi ve yayılması için gerekli tedbirleri de içerir.*

*3. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bilimsel araştırma ve yaratıcı faaliyetler için zorunlu olan özgürlüğe saygı göstermeyi taahhüt ederler.*

*4. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bilimsel ve kültürel alanlarda uluslararası ilişkilerin ve iş birliğinin teşvik edilmesinden ve geliştirilmesinden türetilen menfaatleri tanımayı kabul ederler.”*

Bu madde ile kültürel yaşama katılma açıkça bir insan hakkı olarak güvence altına alınmıştır. Bu hakkın kapsamı ise sözleşmenin denetim

<sup>62</sup> İnsan Hakları Evrensel Beyanname, [http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/h\\_rigths\\_turkce.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rigths_turkce.pdf).

<sup>63</sup> BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, [http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/metin134.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf), (13/04/2020).

mekanizması olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi tarafından 21 Aralık 2009 tarihinde yayımlanan 21 No'lu Genel Yorum Beyanı ile açıklığa kavuşturulmuştur<sup>64</sup>.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi bu belgede kültürel hakların insan haklarının ayrılmaz bir parçası olduğunu ve diğer tüm insan hakları gibi evrensel ve bölünemez olduğunu ifade etmiştir. Kültürel hakların teşvik edilmesinin ve bunlara saygı gösterilmesinin, insan onurunun korunması ile farklı ve çok kültürlü bir dünyada bireyler ve toplumlar arasında olumlu sosyal etkileşimin sağlanması için gerekli olduğu dile getirilmiştir.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi söz konusu belgede kültürel mirasa erişme ve kültürel mirastan yararlanma haklarının da bu kapsamda yer aldığını ve korunması gerektiğini ifade etmiştir. Bu doğrultuda devletlerin sorumlulukları arasında savaş ve barış zamanlarında kültürel mirası korumak, geliştirmek, zenginleştirmek, gelenek nesillere aktarılmasını sağlamak sayılmıştır. Ayrıca tarihi alanların, anıtların, sanat eserlerinin ve edebi eserlerin bakımı, korunması ve restorasyonun da devletlerin kültürel miras hakkı kapsamındaki sorumlulukları arasında yer aldığı belirtilmiştir. Kültürel miras hakkının ihlal edilmemesi için devletlerin dezavantajlı grupların, marjinalleşmiş birey ya da grupların da kültürel mirasına saygı duyarak korunması gerektiği ifade edilmiştir.

6 Ekim 2016 tarihli BM İnsan Hakları Konseyi tavsiye kararında ise kültürel haklar ve kültürel mirasın korunması konuları değerlendirilmiştir. Bu kararda somut veya somut olmayan bir kültürel miras ögesine verilen zararın bir bütün olarak tüm insanlığın mirasına verilmiş bir zarar sayılacağı ifade edilmiştir. Kültürel mirasın yok edilmesinin veya zarar görmesinin, kültürel haklara, özellikle de herkesin kültürel mirasa erişme ve bunlardan yararlanabilme hakkına zararlı ve geri dönüşü olmayan bir etkisi olabileceği belirtilmiştir. Kültürel hakların bir kültürel miras hakkı kapsamında korunmasının terörizmle mücadele açısından da önemli olacağı vurgulanmıştır<sup>65</sup>.

Bu belgede kültürel yaşama katılma hakkının kültürel mirasa erişebilme ve ondan faydalanabilme hakkını barındırdığı ifade edilmiş, herkesin kültürel miras hakkı olduğu dile getirilmiştir. Bu hakkın ihlalinin istikrarı, sosyal

<sup>64</sup> BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, **Belge No: E/C.12/GC/21**, <https://undocs.org/E/C.12/GC/21>.

<sup>65</sup> Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, **Belge No: A/HRC/RES/33/20**, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/227/55/PDF/G1622755.pdf?OpenElement>.

uyumu ve kültürel kimliği tehdit edeceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda tüm devletlere kültürel miras hakkını tanıma, bu hakka saygı duyma ve bu hakkı koruma çağrısı yapılmıştır.

Yine bu belgede kültürel mirasın korunmasının insani yardımın önemli bir bileşeni olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kültürel mirasın korunmasına yönelik çalışmalarda devletlerin cinsiyet ayrımcılığı içermeyen politikalar benimsemesi gerektiği vurgulanmıştır. Kültürel mirasın yanı sıra devletlerin kültürel miras hakkı savunucularının da güvenliğini sağlaması gerektiği ifade edilmiştir.

BM İnsan Hakları Konseyi tarafından 9 Nisan 2018 tarihinde alınan tavsiye kararında ise kültürel miras hakkının İnsan Hakları Evrensel Beyanamesinin 27. maddesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Şartlara İlişkin Uluslararası Sözleşmesinin 15. maddesinde yer alan kültürel yaşama katılma hakkının uzantısı olduğu kabul edilmiştir. Buna göre herkesin kültürel mirasa erişme ve kültürel mirastan faydalanma hakkı bulunmaktadır. Konuya ilişkin önceki kararda sayılan ilkeler yinelenmiştir. Devletlere bu yönde düzenlemeler yapılması için yeniden çağrıda bulunulmuştur<sup>66</sup>.

Kültürel yaşama katılma hakkı kapsamında yer alan bir kültürel miras hakkının kabulü, hakkın sınırlarının belirlenmesini de zorunlu kılmaktadır. Bu hususta Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 4. maddesinde yer alan genel sınırlandırma sebepleri uygulama alanı bulacaktır. Buna göre *“Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bu Sözleşmeye uygun olarak tanıdığı oldukları hakların kullanılmasını, demokratik bir toplumda sadece kamunun yararını korumak amacıyla ve yalnızca bu hakların niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, ancak hukuk tarafından tespit edilmiş sınırlamalara tabi tutmayı kabul eder.”*

Dolayısıyla devletler tarafından kültürel miras hakkının sınırlandırılması ancak sınırlandırmanın demokratik bir toplumda kamu yararının korunması amacıyla yapılması, sınırlandırmanın kültürel miras hakkının niteliğine uygun olması ve sınırlandırmaya ilişkin düzenlemelerin hukuken öngörülmüş olması koşullarının birlikte gerçekleşmesiyle mümkün olacaktır. Özetle, Birleşmiş Milletler tarafından İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi ile Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmede tanınan kültürel yaşama katılma hakkının bir uzantısı olarak kültürel miras hakkının açıkça kabul edildiği söylenebilir. Buna göre kültürel mirasa

<sup>66</sup> Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, **Belge No: A/HRC/RES/37/17**, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/099/81/PDF/G1809981.pdf?OpenElement>.

erişmek ve ondan faydalanmak herkesin doğuştan sahip olduğu, devredemeyeceği ve vazgeçemeyeceği bir haktır. Her ne kadar kültürel miras hakkının güvence altına alınmış olduğu söylenebilirse de BM İnsan Hakları Konseyi kararları tavsiye niteliğinde olduğundan bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Güçlü bir denetim mekanizmasına sahip olmayan sözleşme açısından kişilerin kültürel miras haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesine bireysel başvuruda bulunmaları da mümkün olmamaktadır.

Kültürel miras hakkının kabulü ve benimsenmesi açısından olumsuz görünen bu durumun olumlu bir yönü de bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler bünyesinde yer alan bu mekanizmaların devletler üzerinde zorlayıcı bir güç oluşturamamaları daha özgürlükçü ve ilerici yaklaşımlar sergilemelerine, böylelikle insan hakları hukukunun geleceğini şekillendirmelerine olanak sağlamaktadır. Bu sebeple BM İnsan Hakları Konseyi tarafından taraf devletlere kültürel miras hakkının tanınması ve korunması gerektiğine yönelik yinelenen çağrılar oldukça önemlidir. Bu çağrılar ve oluşturulan baskı neticesinde uluslararası toplumda oluşabilecek görüş birlikleri kültürel miras hakkına ilişkin uluslararası insan hakları hukukunda bağlayıcı düzenlemeler yapılmasının önünü açacaktır.

### **B. Avrupa İnsan Hakları Sisteminde Kültürel Miras Hakkının Yeri: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Kültürel Miras Hakkı**

İnsan haklarının bölgesel düzeyde korunması bakımından en önemli belgelerden birisi şüphesiz ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanıp 03 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren bu sözleşmenin bağlayıcılığı ve getirdiği güvence sistemi tanıdığı haklardan bile önemlidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, kültürel hakları doğrudan güvence altına almamaktadır. Dolayısıyla sözleşme kapsamında yer alan bir kültürel yaşama katılma hakkından veya kültürel miras hakkından bahsedilmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte insan hakları konusundaki standartları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metninden ziyade bu metni yorumlayan ve uygulayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları belirlemektedir<sup>67</sup>. Kültürel mirasa ilişkin hak ihlali iddiaları başvurucular tarafından ilgili başka insan hakları kategorileriyle ilişkilendirilerek sözleşmenin denetim mekanizması

<sup>67</sup> Çavuşoğlu, Naz: "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni Yaşayan Belge Yapan Yorum Teknikleri", İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 14, 1992, s. 131.

olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne getirilmiştir<sup>68</sup>. Bu başvuruları inceleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından içtihat yoluyla kültürel mirasa ve kültürel haklara ilişkin çeşitli ilkeler ortaya konulmuştur.

Bu hususta incelenmesi gereken kararlardan ilki 16/02/2010 tarihli Akdaş v. Türkiye kararıdır<sup>69</sup>. Karara konu olan somut olay bir yayıncı olan başvuruçunun Guillaume Apollinaire tarafından 1907 yılında yazılan erotik içerikli bir romanı Türkçe yayınlanması sonucunda ağır para cezasına çarptırılması ve kitabın tüm kopyalarına el koyulması ile ilgilidir. Başvurucu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme olayı değerlendirirken “Avrupa Edebi Mirası” kavramını ortaya koyarak bu konuda çeşitli kriterler belirlemiştir. Yazarın uluslararası ünü, kitabın ilk yayımlandığı tarih, yayının çok sayıda ülkede ve dilde yayımlanmış olması, kitabın basılı ve internet üzerinde e-kitap olarak yayımlanıyor olması, söz konusu kitabın yazarının kendi ülkesi olan Fransa’da prestijli bir koleksiyonda yer alıyor olması unsurları Mahkeme tarafından dikkate alınmıştır. Yapılan değerlendirmenin sonucunda Mahkeme belirli bir dili konuşan halkın, somut olay için Türkçe konuşan halkın, mirasın parçası olan bir esere erişiminin engellenemeyeceğini ifade etmiştir.

Bu konuda incelenmesi gereken bir diğer karar 25/09/2012 tarihli Catholic Archdiocese of Alba Iulia v. Romanya kararıdır<sup>70</sup>. Karara konu olan somut olay 1998 yılında komünist dönemde yürürlüğe giren acil bir emirle Rumen yetkililer tarafından el konulan varlıklarının mülkiyetine yeniden kavuşmak isteyen bir Katolik dini cemaati ile ilgilidir. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1 No’lu Protokolünün 1. maddesinde yer alan mülkiyetin korunması hakkının ihlali iddiasını değerlendirdiği başvuruda el konulan varlıklara ilişkin değerlendirmelerde de bulunmuştur.

<sup>68</sup> Kültürel haklarla bağlantılı hak ihlali iddiaları genellikle eğitim hakkı, ifade özgürlüğü, özel ve aile hayatına saygı hakları kapsamında ileri sürülmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Araştırma Birimi tarafından konuya ilişkin bir rapor hazırlanarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Protokollerinde yer almayan kültürel hakların AIHM önünde ne şekilde ele alındığı konusu değerlendirilmiştir.

Avrupa Konseyi- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights”, Şubat 2017, [https://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_cultural\\_rights\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_cultural_rights_ENG.pdf).

<sup>69</sup> Akdaş v. Türkiye, Başvuru No: 41056/04, Tarih: 16/02/2010, <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22fulltext%22:%22akdas%22,%22itemid%22:%22003-3030159-3344927%22>}.

<sup>70</sup> Catholic Archdiocese of Alba Iulia v. Romanya, Başvuru No: 33003/03, Tarih: 25/09/2012, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=ECHRfeeds&c=>.

Kararda el koyma işlemine zengin bir kitap koleksiyonu ve müzenin konu olduğu, bunların içerisindeki eserlerin tarihi ve değerli nitelikte olduğu belirtilmiştir. El koyma prosedürünün başlatılmasının üzerinden 14 yıl geçmesine rağmen konu hakkında herhangi bir karar verilmemiş olmasının eserlerin kaderinin belirsiz bırakılması anlamına geldiği ifade edilmiştir. Söz konusu eserlerin taşıdığı kültürel ve tarihsel önem göz önüne alındığında Mahkeme, devlet tarafından bu konuda karar verilmemesinin daha da mantıksız hale geldiğini vurgulamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından 5 Ocak 2000 tarihinde verilmiş *Beyeler v. İtalya* kararına konu olan somut olayda ise başvuru Roma'da bir antikacıdan satın aldığı Van Gogh tablosu üzerinde İtalyan Kültürel Miras Bakanlığının ön alım hakkı kullanmasının mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür<sup>71</sup>. Mahkeme, her ne kadar bu başvuruda ön alım hakkının adil dengeden yoksun olması sebebiyle başvuru mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermişse de devletlerin sanat eseri piyasası üzerindeki kontrolünün ülkenin kültürel ve sanatsal varlıklarının korunması meşru amacına hizmet ettiğini ifade etmiştir.

Bu kararda mahkeme tüm ulusların kültürel mirasının korunmasına ilişkin olarak kişilerin erişiminin en etkin şekilde sağlanması koşuluyla kendi topraklarında gerekli önlemleri alabileceğine değinmiştir. Bu kararda AİHM tarafından “evrensel kültür” ve “tüm ulusların ortak kültürel mirası” kavramlarına vurgu yapılarak bunlara erişim hakkından bahsedilmiştir. Ayrıca kararda UNESCO bünyesinde 1970 yılında kabul edilen Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması İçin Alınacak Tedbirlerle İlgili Sözleşmeye de atıfta bulunulmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından 29 Mart 2007 tarihinde verilen *Develiavoni v. Bulgaristan* kararına konu olan somut olayda ise başvuru elinde babasına ait olan ve 1956 yılında kamulaştırıldıktan sonra müzeye dönüştürülen bir mülkün iadesi için verilmiş mahkeme emri bulunmaktadır<sup>72</sup>. Mülk, bulunduğu kasabanın en değerli tarihi ve etnografik yapısı olarak kabul edilmektedir. Ulusal Meclis tarafından yapılan bir dü-

<sup>71</sup> *Beyeler v. İtalya*, Başvuru No: 33202/96, Tarih: 05/01/2000, <https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup17/Batch%201/Judgment%20of%20the%20ECHR%20Beyeler%20v.%20Italy%20-2000.pdf>.

<sup>72</sup> *Develiavoni v. Bulgaristan*, Başvuru No: 61951/00, Tarih: 29/03/2007, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22display%22%3A%5B%5D%2C%22languageisocode%22%3A%5B%5D%2C%22appno%22%3A%5B%5D%2C%22documentcollectionid%22%3A%5B%5D%2C%22chamber%22%3A%5B%5D%2C%22itemid%22%3A%5B%5D%7D>.

zenlemeyle kültür varlığı olarak kabul edilen yapılara ilişkin olarak devletin borçlarının ertelenmesi kararı alınması sonucunda başvurunun söz konusu mülke yönelik geri alım talebi reddedilmiştir.

Mahkeme her ne kadar durumun on iki yıldan fazla sürmesi ve başvurucuya tazminat verilmemesi gerekçeleriyle başvurunun mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermişse de meclis tarafından yapılan düzenlemenin kültür varlıklarının korunması açısından meşru bir amaç taşıdığını ifade etmiştir. Ayrıca bu kararda Kültürel Mirasın Toplum için Değerine İlişkin Çerçeve Sözleşmesi'ne atıfta bulunulmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından *Sylogos Ton Athinaion v. Birleşik Krallık* başvurusuna ilişkin olarak 31 Mayıs 2016 tarihinde verilen kabul edilmezlik kararında ise Mahkeme kültürel mirasın korunması konusunda bir değerlendirme yapmıştır<sup>73</sup>. Söz konusu davada başvuru Atina'nın tarihi ile bağlantılı anıt ve sanat eserlerinin korunmasını ve bakımını sağlamak amacıyla 1895 yılında Atina'da kurulan bir Yunan derneğidir.

On dokuzuncu yüzyılın başlarında, Lord Elgin aslen Atina Parthenon tapınağının bir parçası olan ve "Elgin" veya "Parthenon" Mermerleri olarak bilinen bir heykel koleksiyonunu Yunanistan'dan Birleşik Krallık'a taşımıştır. Mermerler daha sonra Birleşik Krallık Hükümeti tarafından satın alınarak British Museum'da sergilenmeye başlamıştır. Sonraki dönemde Yunanistan heykellerin ülkesine döndürülmesine ilişkin çalışmalar yapmış; ancak UNESCO'nun konuya ilişkin arabuluculuk teklifi heykellerin yasal olarak satın alındığı gerekçesiyle İngiltere tarafından reddedilmiştir.

Başvurucu, İngiltere'nin arabuluculukta yer almamasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. (özel ve aile hayatına saygı hakkı), 9. (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü), 10. (ifade özgürlüğü), 13. (etkili başvuru hakkı) maddeleri ile 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinde (mülkiyetin korunması) düzenlenen insan haklarını hem kendi toplumları hem de dolaylı olarak geçmişte yaşamış ataları açısından ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme yaptığı değerlendirmede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özel ve aile hayatına saygı hakkını güvenceye alan 8. maddesinin etnik kimliklerin korunması konusunu bir ölçüde kapsamına almakta olduğunu; ancak kültürel mirasın korunmasına yönelik doğrudan bir hak varlığından söz edilmesinin henüz mümkün olmadığını ifade etmiştir.

<sup>73</sup> *Sylogos Ton Athinaion v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 48259/15, Tarih: 31/05/2016, <https://hudoc.echr.coe.int/eng/#%7B%22itemid%22:%5B%22001-164309%22%5D%7D>.



Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 19 Şubat 2009 tarihli Kozacıoğlu v. Türkiye kararında da kültürel mirasın korunmasına ilişkin değerlendirmeler yapmıştır<sup>74</sup>. Karara konu olan somut olayda başvuru 1930'lu yıllarda Tarsus ilçesinde değeri karşılığında kendine has mimari özelliklere sahip olan iki katlı bir taş bina edinmiştir. 1 Kasım 1990 tarihinde, Adana Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu, binayı 21 Temmuz 1983 tarih, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamında "kültür varlığı" olarak tescil etmiştir. 23 Kasım 1998 tarihinde, kentsel sit alanı projesine dahil edilmiştir. Ayrıca, Avrupa Konseyi Doğal ve Kültürel Varlıkları Koruma Envanteri'ne de dahil edilmiştir. 21 Mart 2000 tarihinde taşınmaz için kamulaştırma kararı verilmiş, taşınmazın bedeli 65.326 Euro olarak belirlenerek başvurana ödenmiştir. Başvurucu kamulaştırılan taşınmazın yapının özel ve tarihi nitelikleri göz önünde bulundurulmaksızın bedel belirlendiği gerekçesiyle ve bedel artırımını istemiyle dava açmış, bu konudaki talepleri reddedilmiştir.

Mahkeme değeriyle orantılı bir meblağ ödenmeksizin mülke el konulmasının, 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesi bağlamında orantısız bir müdahale teşkil edeceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte bir ülkenin tarihi ya da kültürel mirasını korumak için alınan tedbirlerle gerçekleştirilmeye çalışılan amaçlar gibi "kamu yararının" meşru amaçlarının kamulaştırılan taşınmazın rayiç bedelinden daha azının tazmin edilmesini gerektirebileceğini dile getirmiştir. Bu halde bile tazminat seviyesi belirlenirken kamulaştırılan binanın belirli özelliklerinden kaynaklanan değerinin göz önüne alınması gerektiği vurgulanmıştır. Mülkiyet hakkı açısından yapılan değerlendirme sonucunda başvurucuya ödenen bedelin orantısız olduğu gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Kararda kültürel mirasın korunmasına ilişkin değerlendirmeler yapılarak kültürel mirasın korunması amacının kültür varlığı olarak nitelendirilen bir binanın Devlet tarafından kamulaştırılmasını haklı kılacak meşru bir amaç olduğu ifade edilmiştir. Kültürel mirasın korunmasının ve gerektiğinde sürdürülebilir kullanımının sağlanmasının o bölgenin sakinlerinin tarihi, kültürel ve sanatsal kökenlerinin korunması amacına hizmet ettiği ifade edilmiştir. Bu sebeple bu varlıkların korunmasının ve korunmasına teşvik edilmesinin yetkili makamlar açısından zorunluluk olduğu belirtilmiştir.

Kültürel mirasın korunması konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilmiş en güncel karar 21 Şubat 2019 tarihli Ahunbay ve

<sup>74</sup> Kozacıoğlu v. Türkiye, Başvuru No: 2334/03, Tarih: 19/02/2009, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-121839%22%5D%7D>.

diğerleri v. Türkiye başvurusuna dair kabul edilemezlik kararıdır<sup>75</sup>. Söz konusu başvuruda başvurucular Ilıca Barajı inşasının 12.000 yıllık bir geçmişe, arkeolojik ve kültürel öneme sahip olan Hasankeyf arkeolojik alanını sular altında bırakacak olmasını başvuru konusu yapmışlar, bu hususun şimdiki ve gelecek nesillerin kültürel mirasa erişimini engellenmesi suretiyle Sözleşmenin 1 No'lu Ek Protokolü'nün 2. maddesinde düzenlenen eğitim hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir.

Mahkeme, kültürel mirasın korunması ile kültürel mirasa erişimin sağlanması konularında kademeli şekilde gelişen bir uluslararası bilinç ve yasal çerçevenin oluştuğunu ve davanın bu gelişmekte olan alana ait sayılabileceğini kaydetmiştir. Bu bağlamda ilgili uluslararası belgeler ve uluslararası hukuk normlarında yer alan ortak zemin göz önüne alındığında bu belgeler bağlayıcı olmasalar da kültürel mirasa erişim hakkını koruma ihtiyacının ortak bir Avrupa ve uluslararası algı zemini üzerine kurulu olduğu ifade edilmiştir.

Bununla birlikte kararda bugüne kadar Avrupa Konseyi üye devletleri arasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında bir kültürel miras hakkının çıkarımını veya kapsamını sorgulayan bir eğilim ya da konsensüs bulunmadığı dile getirilmiştir. Böyle bir eğilim veya konsensüsün bulunması durumunda, mevcut başvuruda istendiği gibi, kültürel mirasın korunması için evrensel bir bireysel hak mevcut olup olmadığının sözleşme hükümleri kapsamında inceleneceği ifade edilmiştir. Bu konuda gerek uluslararası gerekse Avrupa kapsamında ortak bir perspektif oluşturulması ihtiyacı bulunduğu doğrulanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında bu konuda bireysel bir hak olmaması sebebiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Özetle, her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde kültürel haklar veya kültürel mirasla ilgili bir hüküm yer almasa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında kültürel mirasın korunması konusu değerlendirilmiş ve bu konuda çeşitli çıkarımlar yapılmıştır. Buna göre kültürel mirasın korunması ve korunmasının teşvik edilmesi yetkili makamlar açısından bir zorunluluktur. Kültürel mirasın korunmasının ve gerektiğinde sürdürülebilir kullanımının sağlanması o bölge sakinlerinin tarihi, kültürel ve sanatsal kökenlerinin korunması amacına hizmet etmektedir. Bu sebeple

---

<sup>75</sup> Ahunbay ve diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 6080/06, Tarih: 21/02/2019, [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:\[%22003-6336974-8286675%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:[%22003-6336974-8286675%22]}).

kişilerin haklarının kültürel mirasın korunması amacıyla kısıtlanması meşru bir sebep olarak kabul edilebilir. Kültürel mirasın korunması politikaları açısından devletlerin takdir yetkisi bulunup kültürel miras konusunda yapılan düzenlemelerde olabildiğince geniş bir kesimin bu alanlara erişiminin sağlanması gerekmektedir.

Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin kişisel bir kültürel miras hakkı çıkarımı yapılacak şekilde yorumlanabilmesi henüz mümkün değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kültürel mirasın korunması konusunda bilinç düzeyinin her geçen gün arttığını, kültürel miras hakkının varlığı yönünde yasal çerçeve oluşmaya başladığını ifade etmiştir. Bu konuda Avrupa Konseyi üye ülkeleri arasında ortak bir eğilim veya konsensüs olması durumunda kültürel miras hakkına ilişkin yorumlamalar yapılabileceği dile getirilmiştir. Dolayısıyla kültürel miras hakkına ilişkin mevcut gelişmelerin aynı yönde ilerlemesi durumunda kültürel mirasla ilişkilendirilebilecek eğitim hakkı, mülkiyetin korunması hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı, ifade özgürlüğü, düşünce vicdan ve din özgürlüğü gibi insan hakları kapsamında kültürel miras hakkı lehine kararlar verilmesi mümkün olacaktır.

### **C. Amerikalılararası İnsan Hakları Sisteminde Kültürel Miras Hakkının Yeri: Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Kültürel Miras Hakkı**

İnsan haklarının bölgesel düzeyde korunması konusunda oluşturulmuş sistemlerden bir diğeri Amerika Kıtası ölçeğinde faaliyet gösteren Amerikalılararası insan hakları sistemidir. 22 Kasım 1969 tarihinde kabul edilen Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi bu sistemin temel insan hakları belgesini oluşturmaktadır. Sistemin denetim mekanizmaları ise Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi ve Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu'ndan meydana gelmektedir.

Amerikan Devletleri Örgütünü kuran Amerikan Devletleri Örgütü Şartının 48. maddesinde “Üye devletler (...) Amerikan halklarının kültürel mirasını korumak ve zenginleştirmek için kendilerini bireysel olarak ve birlikte bağlı sayacaklardır.” hükmü yer almaktadır<sup>76</sup>. Orijinal haliyle kültürel hakları barındırmayan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne 1988 yılında eklenen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Ek Protokol

<sup>76</sup> Amerikan Devletleri Örgütü Şartı, [http://www.oas.org/en/sla/dil/inter\\_american\\_treaties\\_a-41\\_charter\\_oas.asp](http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_a-41_charter_oas.asp).

(San Salvador Protokolü) ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da dahil edilmiştir<sup>77</sup>.

San Salvador Protokolünün 14. maddesinde kültürden faydalanma hakkı düzenlenmiştir. Bu madde içerisinde kültürel yaşama katılma hakkı açıkça yer almakta olup denetimi rapor usulüne tabii kılınmıştır<sup>78</sup>. Kültürel miras hakkı Sözleşmede açıkça yer almasa da bu hak temelde kültürel yaşama katılma hakkının bir boyutunu oluşturduğundan kültürel miras hakkının kabulü için gerekli zeminin varlığından söz edilebilir.

Günümüze ulaşan süreçte Amerikan Devletleri Örgütü bünyesinde kültürel miras hakkına ilişkin yapılmış bir başvuru veya hazırlanmış bir rapor bulunmamaktadır. Kültürel miras konusu Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi ve Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu bünyesinde yalnızca yerlilerin hakları bağlamında ele alınmıştır. Hazırlanan raporlarda yerli halkların kültürel mirasının korunmasını için çocukların eğitim sistemi üzerinde bu amaca hizmet eden reformlar yapılması çağrılarında bulunulmuş, verilen kararlarda ise yerlilerin topraklarıyla ilişkisinin sahip olmanın ötesinde kültürel miraslarını korumak ve gelecek nesillere aktarmak amaçlarını içermesi sebebiyle korunmaya değer olduğu ifade edilmiştir<sup>79</sup>.

Dolayısıyla Amerikalılararası insan hakları sistemi açısından günümüzde bir kültürel miras hakkının kabul gördüğünün ileri sürülmesi güçtür. Ancak böyle bir hakkın kabulünün önünde engel oluşturabilecek bir düzenleme bulunmadığı gibi kültürel yaşama katılma hakkının tanınmış olmasıyla kültürel miras hakkının kabulü için gerekli zemin sağlanmaktadır.

#### **D. Afrika İnsan Hakları Sisteminde Kültürel Miras Hakkının Yeri: Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi ve Kültürel Miras Hakkı**

Avrupa ve Amerika'da kabul edilen insan hakları sözleşmelerinin ardından üçüncü bölgesel nitelikli insan hakları belgesi Afrika İnsan ve

<sup>77</sup> Silverman, Helaine ve Ruggles, D. Fairchild, s. 6.

<sup>78</sup> San Salvador Protokolü, <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html>, (10/04/2020).

<sup>79</sup> Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, "IACHR Concludes Visit to Chile", 11 Aralık 2014, [http://www.oas.org/en/iachr/media\\_center/preleases/2014/150.asp](http://www.oas.org/en/iachr/media_center/preleases/2014/150.asp).

Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, "Mayagna Awas Tingni Indigenous Community", 28 Eylül 2001, <http://www.oas.org/oaspage/press2002/en/press2001/sept01/iachr.htm>.

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, 31 Ağustos 2001, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_79\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf).

Halkların Hakları Sözleşmesi'dir. Afrika Birliği Örgütü bünyesinde insan haklarının korunması konusunda yapılan çalışmalar sonucunda 21 Ekim 1986'da yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin denetim organı Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi olup; mahkeme 2006 yılında göreve başlamıştır.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi kültürel miras ile ilgili kültürel hakları doğrudan ifade eden tek bağlayıcı insan hakları belgesi olması yönüyle diğer sözleşmelerden ayrılmaktadır. Bu kapsamda sözleşmenin 22. maddesinde "Bütün halkların, özgürlük ve kimliklerini usulünce dikkate alarak ve insanlığın ortak mirasından eşit olarak yararlanarak, ekonomik, sosyal ve kültürel alanlarda gelişmeye hakları olacaktır." ifadesi yer almaktadır<sup>80</sup>. Bu maddeyle tüm halkların kültürel mirastan eşit olarak yararlanma hakkı olduğu belirtilmiştir. Sözleşmenin 17. maddesinin 2. fıkrasında ise "her birey, kendi toplumunun kültürel yaşamında özgürce yer alabilir." hükmü yer almaktadır. Bu maddeyle kültürel yaşama katılma hakkı açıkça tanınmıştır. Bununla birlikte kültürel miras hakkıyla ilgili henüz Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi tarafından verilmiş bir karar bulunmamaktadır.

## SONUÇ

Kültürel miras kavramı dinamik bir kavram olup her geçen gün tanımlı gelişmekte ve genişlemektedir. Kavramın günümüzde aldığı şekli en iyi yansıtan tanımlardan birisi Faro Sözleşmesinde şu şekilde yapılmıştır: "kültürel miras, geçmişten devralınan, insanların sürekli evirilen değer, inanç, bilgi ve geleneklerinin anonim bir ifadesi ve yansıması olarak ayırt ettikleri bir kaynaklar kümesidir." Bu yönüyle kültürel miras kişilerin ya da toplulukların kültürel kimliklerinin korunması ve bunlara saygı duyulması amacıyla hizmet eden, bu kişi ya da toplulukların esas değerini ortaya çıkaran bir kavramdır.

Kültürel kimlikler ise insan onurunun önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla kültürel mirasın korunması söz konusu kültürel miras öğeleriyle bağ kurmuş kişilerin haklarının korunmasını da sağlayacaktır. Bu sebeple kültürel mirasın korunması konusu temelde insan onurunun korunmasını amaçlayan, insan hakları temelli yaklaşımla ele alınması gereken bir insan hakları meselesidir. Kültürel miras hakkı ise herkesin kültürel mirasa erişme, gelecek nesillere aktarma, katkı sunma ve ondan faydalanma hakkı

<sup>80</sup> Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi, [http://www.canaktan.org/hukuk/insan\\_haklari/yirminci-yuzyilda/afrikali\\_insan.htm](http://www.canaktan.org/hukuk/insan_haklari/yirminci-yuzyilda/afrikali_insan.htm).

olduğunu ifade eden bir insan hakkıdır. Kültürel miras hakkı kaynağını kültürel haklardan olan kültürel yaşama katılma hakkından almaktadır. Kültürel mirasın korunması konusu kültürel miras hakkının yanı sıra ifade özgürlüğü, mülkiyet hakkı, düşünce vicdan ve din özgürlüğü, özel ve aile hayatına saygı, eğitim hakkı gibi haklarla da niteliği uygun düştüğü sürece ilişki içerisindedir.

Kültürel mirasın korunması amacıyla hazırlanan uluslararası belgeler zaman içerisinde kültürel mirasın korunması konusunu insan haklarıyla ilişkilendiren bir perspektife evrilmiştir. Bu belgelerden biri olan Faro Sözleşmesinde açıkça kültürel miras hakkı tanınmıştır. Buna göre herkesin başkalarının hakları ve özgürlüklerine saygı gösterdiği sürece, istediği kültürel miras ögesi ile ilişki kurma, ondan faydalanma ve onu gelecek kuşaklara aktarma hakkı vardır. Kültürel miras hakkı uluslararası insan hakları mekanizmaları tarafından da değerlendirilmiş, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi ile Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi kültürel miras hakkının varlığını açıkça tanımış ve devletlere bu konuda çağrılarda bulunmuştur.

Uluslararası insan hakları hukuku açısından ibre gelecekte insan hakları mekanizmaları tarafından ortak kabul görebilecek bir kültürel miras hakkını işaret etmektedir. Kültürel miras hakkının bir insan hakkı olarak kabulü devletlerin kültürel miras politikaları üzerinde köklü ve olumlu değişiklikler doğuracaktır. Kültürel miras hakkının tanınması, etkin bir şekilde uygulanması ve denetiminin sağlanması kültürel mirasın daha demokratik, katılımcı ve eşitlikçi biçimde yönetilmesini, korunmasını ve yaşatılmasını sağlayacaktır.

## KAYNAKÇA

- Aşlıoğlu**, Fatma ve **Memlük**, Yalçın: “Frig Vadisi Kültür Mirası Alanlarının Belirlenmesi ve Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Çevre Bilimleri Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, ss. 185-197.
- Aykan**, Bahar: “Kültürel Miras Hakkı: Kültürel Mirasa İnsan Hakları Temelli Güncel Yaklaşımlar”, Alternatif Politika, Cilt: 10, Sayı:2, 2018, ss. 231-252.
- Basat**, Ezgi Metin: “Somut ve Somut Olmayan Kültürel Mirası Birlikte Koruyabilmek”, Milli Folklor, Sayı: 100, 2013, ss. 61-71.
- Bisch**, Patrice Meyer: “On the Right to Heritage The Innovative Approach of Articles 1 and 2 of the Faro Convention”, Heritage and Beyond, Council of Europe Publishing, Paris, 2008.
- Blake**, Janet: “On Defining the Cultural Heritage”, The International and Comparative Law Quarterly, Cilt: 49, Sayı: 1, 2000, ss. 61-85.
- Blake**, Janet: “Taking a Human Rights Approach to Cultural Heritage Protection”, Heritage & Society, Cilt: 4, Sayı: 2, 2011, ss. 199- 238.
- Borowiecki**, Karol Jan, **Forbes**, Neil ve **Fresa**, Antonella: Cultural Heritage in a Changing World, s Springer International Publishing, 2016.
- Bulut**, Nihat: “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağı’na İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Bir Bakış”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 3-4, 2008, ss.1-12.
- Çavuşoğlu**, Naz: “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni Yaşayan Belge Yapan Yorum Teknikleri”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 14, 1992.
- Çeçen**, Anıl: “Kültürel Haklar”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 7-8, Sayı: 1, s. 133-170.
- Doğan**, İlyas: “Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş”, S.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 2, 2005, ss. 51-59.
- Donders**, Yvonne: “Cultural Heritage and Human Rights”, Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law, (ed. F. Francioni and A. Vrdoljak), Oxford University Press, 2020, ss. 379-406.
- Francioni**, Francesco: “Heritage and Human Rights: An Introduction”, Cultural Human Rights, (ed. Francesco Francioni ve Martin Scheinin), Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2008, ss. 1-15.

- Graham**, Brian ve **Howard**, Peter: “Heritage and Identity”, The Ashgate Research Companion to Heritage and Identity, (ed. Brian Graham ve Peter Howard), Ashgate Publishing Company, Hampshire, 2008.
- Habermas**, Jürgen: “Religious Tolerance- The Pacemaker for Cultural Rights”, *Philosophy*, Sayı: 79, 2004, ss. 5-18.
- Hodder**, Ian: “Cultural Heritage Rights: From Ownership and Descent Justice and Well-Being”, *Anthropological Quarterly*, Cilt: 83, Sayı: 4, 2010, ss. 861-882.
- Ito**, Nabuo: “Intangible Cultural Heritage Involved in Tangible Cultural Heritage”, [https://pdfs.semanticscholar.org/37ae/5586f1427a5e65d3f2f5c12a79881f5d0772.pdf?\\_ga=2.219524637.542638512.1584743564-1586173870.1584743564](https://pdfs.semanticscholar.org/37ae/5586f1427a5e65d3f2f5c12a79881f5d0772.pdf?_ga=2.219524637.542638512.1584743564-1586173870.1584743564).
- Jokilehto**, J.: “Defination of Cultural Heritage: References to Documents in History”, ICCROM Working Group 'Heritage and Society , [http://cif.icomos.org/pdf\\_docs/Documents%20on%20line/Heritage%20definitions.pdf](http://cif.icomos.org/pdf_docs/Documents%20on%20line/Heritage%20definitions.pdf),
- Jokilehto**, Jukka: “Human Rights and Cultural Heritage. Observations on the Recognition of Human Rights in the International Doctrine”, *International Journal of Heritage Studies*, Cilt: 18, Sayı:3, 2012, ss. 226-230.
- Kalabalık**, Halil: *İnsan Hakları Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2017.
- Karima**, Bennoune: “Cultural Heritage is a Human Rights Issue”, UNESCO, <https://en.unesco.org/news/karima-bennoune-cultural-heritage-human-rights-issue>.
- Katep**, George: *Human Dignity*, Harward University Press, 201.
- Katoğlu**, Tuğrul: *Ceza Hukuku ve Kültür Varlıkları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Kersel**, Morag M. ve **Luke**, Christina: “Civil Societies? Heritage Diplomacy and Neo-Imperialism”, *Global Heritage: A Reader*, (ed. Lynn Meskell), Wiley-Blackwell, Chichester, 2015, ss. 70-94.
- Kiper**, Perihan: “Küreselleşme Sürecinde Kentlerimize Giren Yeni Tüketim Mekanları ve Yitirilen Kent Kimlikleri”, *Planlama*, Sayı: 4, 2004, ss. 14-34.
- Logan**, William: “Cultural Diversity, Cultural Heritage and Human Rights: Towards Heritage Management as Human Rights Based Cultural



Practice”, International Journal of Heritage Studies, Cilt: 18, Sayı:3, 2012, ss. 231-244.

**Merryman**, John Henry: “Cultural Property Internationalism”, International Journal of Cultural Property, Sayı: 12, 2005, ss. 11-39.

**Papaioannou**, Katerina: “ The International Law on the Protection of Cultural Heritage”, IJASOS, Cilt: 3, Sayı:7, Nisan 2017, ss. 257-262.

**Prott**, Lyndel V. ve **O’Keefe**, Patrick J: “Cultural Heritage or Cultural Property”, International Journal on Cultural Property, Cilt: 1, Sayı:2, Temmuz 1992, ss. 307-320,

**Sancakdar**, Oğuz: Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2012.

**Shaheed**, Farida: “Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights”, BM İnsan Haklar Konseyi, Belge No: A/HRC/17/38, <https://undocs.org/A/HRC/17/38> (06/03/2020).

**Silberman**, Neil A: “Heritage Interpretation and Human Rights: Documenting Diversity Expressing Identity or Establishing Universal Principles?”, International Journal of Heritage Studies, Cilt: 18, Sayı:3, 2012 ss. 245-246.

**Silverman**, Helaine ve **Ruggles**, D. Fairchild: “Cultural Heritage and Human Rights”, Cultural Heritage and Human Rights, (ed. Helaine Silverman ve D. Fairchild Ruggles), Springer, New York, 2007.

**Smith**, Laurajane: Uses of Heritage, Routledge, New York, 2006.

**Şimşek**, Oğuz: Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1999.

**Therond**, Daniel: “Benefits and Innovations of The Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society”, Heritage and Beyond, Council of Europe Publishing, Paris, 2008.

**Toman**, Tiri: “The Hague Convention: A Decisive Step taken by the International Community”, Museum International: Protection and Restitution, Blackwell Publish, Oxford, 2005, s. 15.

**Uzuner**, Evrim Ölçer: “Yeni Miraslar ve Uluslararası Sözleşmelerde Sürdürülebilir Kalkınma Stratejileri”, Milli Folklor, Yıl: 25, Sayı: 100, ss. 14-30.

**Ünal**, Zeynep Gül: “Akademik Değerlendirme”, Kültürel Mirasın Korunması, Beyaz Gemi Sosyal Proje Ajansı, İstanbul, 2014.

**Vecco, Marilena:** “A Defination of Cultural Heritage: From Tangible to the Intangible”, *Journal of Cultural Heritage*, Sayı: 11, 2010, ss. 321-324.

**Ziegler, Katja:** “Cultural Heritage and Human Rights”, (ed.Giuffrè Milano), *La Salvaguardia Dei Beni Culturali Nel Diritto Internazionale*, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, 2007, ss. 1-23.



## ANIT AĞAÇLARIN HUKUKİ REJİMİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998247>

**Arş. Gör. Muradiye ÇEVİKÇELİK\***

### Öz

Anıt ağaçlar, geçmişle günümüz arasında bağlantı kuran taşınmaz tabiat varlıklarıdır. Anıt ağaçlar; alışılmışın üzerinde boyutlara sahip olan boyutsal anıt ağaçlar, kültürel veya tarihi açıdan özel bir yeri bulunan kültürel anıt ağaçlar ve türünün genel özelliklerinden esaslı şekilde farklı bir gelişim gösteren görsel anıt ağaçlar olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır. Anıt ağaçların koruma altına alınarak sağlıklı bir şekilde gelecek kuşaklara ulaştırılmasının ilk ve en önemli aşaması tescil işlemlerinin tamamlanmasıdır. Tescil işlemiyle anıt ağaçların bilgileri kayıt altına alınmakta ve anıt ağaçlar için koruma alanı tespit edilmektedir. Tescil edilmiş bir anıt ağaca zarar verici nitelikte eylemlerde bulunanlar cezai yaptırımlarla karşı karşıya kalmaktadır. Bu makalede; anıt ağaç kavramı, anıt ağaçların tespit ve tescili ile tescil kararının sağladığı korumalar ele alınacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Anıt ağaçlar, Ağaç kültü, Tabiat varlıkları, Tescil kararı, İdare hukuku

## THE LEGAL REGIME OF MONUMENTAL TREES

(Research Article)

### Abstract

Monumental trees are immovable natural properties connecting past and present. Monumental trees are divided into three groups as dimensional monumental trees that have unusual sizes, cultural monumental trees that have a special place in a community's culture or history, and visual monumental trees that grow substantially different from general characteristics of their species.

\* Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Konya (mcevikcelik@erbakan.edu.tr), ORCID: 0000-0002-6502-4076 (Geliş Tarihi: 12.04.2021-Kabul Tarihi: 14.07.2021)

*The first and most important stage of conservation of monumental trees and transfer them to future generations is registration. With registration, information of monumental trees is recorded, and a protected area for monumental trees is determined. Criminal sanctions are imposed to those who damages a registered monument tree. In this paper, the monumental tree term, determination and registration of monumental trees, and protections provided by registration decision will be discussed.*

**Keywords**

*Monumental trees, Tree cult, Natural properties, Registration, Administrative law*

## GİRİŞ

Ağaçlar, geçmişten günümüze insan ve tabiat için vazgeçilmez nitelikte bitkilerdir<sup>1</sup>. Oksijen kaynaklarından biri olan ağaçlar, metrelerce derine inen kökleri sayesinde toprak kayması ve heyelan riskini ortadan kaldırmakta, oksijen üretmekte, çeşitli canlılara ev sahipliği yapmakta, peyzaj tasarımında kullanılmakta, meyvelerinden ve gölgesinden yararlanılmakta, hava ve ses kirliliği azaltmakta ve buldukları bölgenin eko-turizm kaynaklarından biri olmaktadır<sup>2</sup>. Tarihsel süreçte insanlar için ağaçlar manevi açıdan da vazgeçilmez nitelikte olmuştur. İnsanlar, hayatta açıklayamadıkları çoğu olguyu ağaçlarla sembolize ederek anlamlandırmaya çalışmışlar ve ağaçları bilinen dünya ile bilinmeyen dünya arasında iletişim kurma vasıtası olarak görmüşlerdir. Bu anlayış anıt ağaç kavramının oluşmasına giden yolu açmıştır.

Anıt ağaçlar gerek fiziksel özellikleri gerekse tarihi ve kültürel açıdan taşıdıkları önem nedeniyle diğer ağaçlardan ayrılmaktadır. Gerçekten anıt ağaçlar, yüzlerce ve hatta binlerce yıllık yaşlarıyla zamana meydan okuyan tarihin canlı tanıkları olarak kabul edilmektedir. Ancak günümüzde söz konusu ağaçlar çarpık kentleşme, sanayileşme, kontrolsüzce kullanılan tarım ilaçları, hava kirliliği, küresel ısınma gibi pek çok sorunla karşı karşıyadır. Devletler, küresel nitelikteki bu sorunlar karşısında anıt ağaçların korunması için çeşitli önlemler almaktadırlar.

Anayasa'nın 63. maddesi uyarınca, aynı zamanda birer tabiat varlığı olan anıt ağaçların korunması devletin sorumluluğu altındadır. Anıt ağaçların korunmasına ilişkin çeşitli düzenlemeler 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu (KTVKK)<sup>3</sup>, Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına

<sup>1</sup> Ağaçlandırma Yönetmeliği'ne göre ağaç, "ormanlarda tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen, en az 5 metre boy yapabilen, yaşı ve çapı ne olursa olsun kökü, gövdesi ve tepesi olan yerli veya egzotik orijinli odunsu bitkileri"; ağaççık ise "ormanlarda tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen, boyu 5 metreyi bulmayan, yaşı ve çapı ne olursa olsun yerli veya egzotik orijinli odunsu bitkileri" ifade etmektedir. RG: 23.10.2019/30927.

<sup>2</sup> **Ünal**, Mehmet/**Başpınar**, Veysel: Orman Hukuku, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017, s. 1-3; **Atik**, Meryem/**Balta**, Sıla/**Durak**, Ayşe: "Peyzajda Yaşayan Doğal Tarih: Anıt Ağaçlar", Plant, C. 7, S. 23, Mart-Mayıs 2017, s. 26; **Bilgin**, Sakine Nilüfer: Ormanların İdare Hukuku Açısından Korunması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 3; **Güneş**, Yusuf: Orman Hukuku, Ed. Aynur Aydın, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 344.

<sup>3</sup> RG: 23.07.1983/18113.

İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik (Yönetmelik)<sup>4</sup> ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığının 110 sayılı ilke kararında<sup>5</sup> yer almaktadır. Ancak söz konusu düzenlemeler incelendiğinde diğer kültür ve tabiat varlıklarına kıyasla anıt ağaçların korunması hususunun oldukça geri planda kaldığı görülmektedir. Hatta 2863 sayılı Kanun'un hiçbir maddesinde “*anıt ağaç*” ifadesi yer almamakta, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının düzenlendiği 6. maddede “*özellik gösteren ağaç ve ağaç toplulukları*”ndan bahsedilmektedir.

Bu makalede, kültür ve tabiat varlıklarının korunması hukukunda genellikle arka planda kalan anıt ağaçların hukuki rejimi ele alınacaktır. İlk olarak ağaç kültüründen hareketle anıt ağaç kavramının ortaya çıkışı tespit edilmeye çalışılacaktır. Devamında anıt ağaç kavramı ile anıt ağaçların tespit ve tescil süreçleri incelenecektir. Son olarak tescilin anıt ağaçlara sağladığı korumalar açıklanacaktır.

## I. AĞAÇ KÜLTÜ

Kült kelimesinin Latince “*cultus*” kelimesinden dilimize geçtiği kabul edilmektedir (İng. cult; Fr. culte)<sup>6</sup>. Kült kavramı, popüler olmuş yaşantı, davranış veya fikir; yerleşik herhangi bir dinin parçası olmayan aşırı dini inançlara sahip insanlardan oluşan küçük grup; dini inanç ve pratiklerden oluşan sistemi ifade etmektedir<sup>7</sup>. Öğretide ve sözlüklerde kült kavramının genellikle dinle özdeşleştirildiği görülmektedir. Ancak kültler dini boyutun yanında folklorik boyuta da sahiptir<sup>8</sup>. Atalar kültü, ağaç kültü, ateş kültü, dağ kültü, taş ve kaya kültü, su kültü gibi pek çok şekilde toplumsal hayatta yer bulan kültler günümüzde de önemini korumaktadır.

Geçmişten günümüze kadar farklı dini ve etnik kökene sahip toplumların ortak noktalarından biri ağaç kültüdür. Ağaç kültü, ağacın sahip olduğu ruha saygı gösterme anlayışıdır. Hemen hemen bütün toplumlarda ağaçlar gerek faydaları gerekse kendisine atfedilen anlam nedeniyle kutsal kabul edilmiştir. Bazı ağaç türlerine doğum, ölüm, zafer, barış gibi olayları sembolize edecek şekilde diğerlerinden daha farklı anlamlar yüklenmiştir.

<sup>4</sup> RG: 19.07.2012/28358.

<sup>5</sup> Karar Tarihi/Sayısı: 10.09.2020/110, RG: 24.10.2020/31284.

<sup>6</sup> <http://lugatim.com/s/K%C3%99CLT>, Erişim Tarihi: 08.07.2021.

<sup>7</sup> [https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/cult\\_1?q=cult](https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/cult_1?q=cult), Erişim Tarihi: 28.03.2021.

<sup>8</sup> Çaycı, Ahmet: “Kavramlar ve Tanımlar”, Mitoloji ve Din, Ed. Remzi Duran, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2018, s. 8-9.

Ağaç kültürüyle ilgili en önemli inanış hayat ağacı kültürüdür. Mısır kültüründe hayat ağacı olarak görülen sycamore ağacı mezarlara dikilmiş ve tabutlar genellikle bu ağaçtan yapılmıştır<sup>9</sup>. Türk mitolojisinde de hayat ağacı yaratılışı açıklayabilmek için ana motif olarak kullanılmıştır<sup>10</sup>. Şamanizm inanç sistemindeki aşağı dünya, orta dünya ve yukarı dünya hayat ağacı ile birbirine bağlanmaktadır. Ağacın kökleri, gövdesi ve dallarıyla dünyalar arasında bağlantı kurulmaktadır<sup>11</sup>. Osmanlı Devleti'nin kuruluşunda çınar ağacı oldukça önemlidir. Şeyh Edebali, Osman Gazi'nin rüyasında gördüğü çınar ağacını büyük bir devlet kuracağı şeklinde yorumlamıştır<sup>12</sup>. Defne dalı zaferi, zeytin ağacı barışı, çam ağacı noeli<sup>13</sup> ve selvi Zerdüştlükte ateşi<sup>14</sup> sembolize etmektedir.

Günümüzde ağaç kültü önemini korumaya devam etmektedir. Türkçede insanların soylarını gösteren çizelgelere soyağacı veya şecere<sup>15</sup> adı verilmektedir. Devlet ve eyaletlerin bayraklarında veya belediye logolarında ağaç veya yaprak simgelerine rastlanmaktadır. Örneğin; Kanada bayrağında Kanada'nın ulusal ağacı olan akçağaç yaprağı, Rusya'da yer alan Çuvasistan Cumhuriyeti'nin bayrağında ulusal canlanmanın bir sembolü hayat ağacı<sup>16</sup> ve Lübnan bayrağında sedir ağacı yer almaktadır. 1945 yılında

<sup>9</sup> **Sicard**, Harald Von: "The Tree Cult in the Zimbabwe Culture", African Studies, C. 5, S. 4, 1946, s. 257.

<sup>10</sup> **Ergun**, Metin: "Türk Ağaç Kültü İnançının Dede Korkut Hikayelerindeki Yansımaları", Türk Dili Araştırmaları Yıllığı – Belleten, C. 46, S. 1998/1, 1998, s. 72.

<sup>11</sup> **Küçük**, Abanoz: "Türk Ağaç Kültü Etrafında Teşekkül Eden Dokuz Oğul Efsanesi ve Toplumsal İşlevleri", Motif Akademi Halkbilimi Dergisi, C. 11, S. 22, 2018, s. 70; **Arslan**, Seher: "Türklerde Ağaç Kültü ve "Hayat Ağacı"", Uluslararası Sosyal ve Eğitim Bilimleri Dergisi, C. 1, S. 1, 2014, s. 64.

<sup>12</sup> **Palabaş Uzun**, Seyran/**Bozali**, Nuri/**Sivrikaya**, Fatih: "Kahramanmaraş'ın Tarihine Işık Tutan Anıt Ağaçlar", KSÜ Doğa Bilimleri Dergisi, C. 14, S. 2, 2011, s. 43; **Yurdadön Aslan**, Pınar/**Özkır**, Duygu/**Ofluoğlu**, Yasemin: "Bursa Kent Belleği ve Kimliğinin İnşasında Anıt Ağaçların Rolü", C. 7, S. 19, 2016, s. 813; **Satıl**, Fatih: Türk Kültüründe Ağaç ve Çınar, 20.02.2017, <https://gazetemerhaba.com/turk-kulturunde-agac-cinar/>, Erişim Tarihi: 28.03.2021.

<sup>13</sup> **Yücer**, Hür Mahmut/**Küçük**, Serhat: "Tasavvuf Literatüründe Ağaç Sembolizmi ve Muhyî'nin Temsil-i Şecer İsimli Eseri", Academic Platform Journal of Islamic Research, C. 3, S. 1, 2019, s. 15.

<sup>14</sup> **Özçelik**, R: "Mersin-Aydıncık İlçesi Anıt Dallı Servileri (Cupressus sempervirens L. var. horizontalis (Mill.) Gord.)", Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, C. 10, S. 2, 2006, s. 197.

<sup>15</sup> Şecere, Arapçada ağaç anlamına gelen şecer kelimesinden türetilmiştir. <http://www.lugatim.com/s/0%C5%9Fecer>, Erişim Tarihi: 04.04.2021.

<sup>16</sup> <https://www.crwflags.com/fotw/flags/ru-21.html>, Erişim Tarihi: 29.03.2021.



Amerika’da yapılan Birleşmiş Milletler toplantısına katılan üye ülkelere sekoya ağaçlarının tohumları uzun süreli barış isteğinin bir sembolü olarak dağıtılmıştır<sup>17</sup>.

Ağaçlar, insan sağlığı ve tabiat için taşıdıkları önem bakımından da tarih boyunca kıymetli kabul edilmişlerdir. Gerçekten ağaçlar karbondioksit salınımını, heyelanı, erozyonu, su kirliliğini ve küresel ısınmaya bağlı iklim değişikliğini azaltma, birçok canlıya ev sahipliği yapma, biyoçeşitliliği koruma hususlarında vazgeçilmez bir yere sahiptir. Ağaçların insan hayatı ve tabiat için bu denli önemli olması, tarihsel süreçte ağaçların da bir ruha sahip olduğunun kabul edilmesinin ve ağaçlara çeşitli sembolik anlamlar yüklenmesinin önde gelen sebeplerinden biridir.

## II. ANIT AĞAÇLAR VE ANIT AĞAÇLARIN KORUNMASI

Anıt ağaçlar; kültürel açıdan yöre halkı için özel bir yeri bulunan, tarihi önemi nedeniyle belge değerine sahip olan veya fiziksel özellikleriyle kendi türündeki ağaçlar arasında öne çıkan taşınmaz tabiat varlıklarıdır<sup>18</sup>. Anıt ağaçlar; ender olmaları, estetik, kültürel, tarihi ve/veya belgesel değerlere sahip olmaları noktasında diğer ağaçlardan ayrılmaktadırlar<sup>19</sup>. Asatekin, gerek yaşları gerekse sosyal buluşma odağı olmaları nedeniyle bazı tekil ağaçların “*doğal kültür varlığı*” olduğunu ifade etmiş ve bu ağaçları “*özel ağaç*” şeklinde isimlendirmiştir<sup>20</sup>. Asatekin’in tanımı, her ne kadar bütün anıt ağaçları kapsayacak yeterliğe sahip olmasa da “*doğal kültür varlığı*” ifadesiyle anıt ağaçların hem kültür varlığı hem de tabiat varlığı olduğunu kabul etmesi noktasında oldukça dikkat çekicidir.

<sup>17</sup> **Sağlam**, Serkan/**Özkan**, Ulaş Yunus: “Zamanın Gizli Tanıkları ve Günümüzün Görkemli Yapıtları Anıt Ağaçlar”, Plant, C. 7, S. 23, 2017, s. 17.

<sup>18</sup> Benzer bir tanım için bkz. **Çolak**, Nusret İlker: Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 179.

<sup>19</sup> Esasen bu ayırım Evliya Çelebi’nin seyahatnamelerinde de görülmektedir. Gerçekten Evliya Çelebi Kütahya, Manisa, İzmir ve Antalya yörelerine dair bilgileri aktarırken “*ibretlik ağaçlar*” adı altında çeşitli ağaçlara değinmiştir. “*İbretlik ağaçlar*” ifadesi söz konusu ağaçların diğer ağaçlardan farklılaştığını göstermesi noktasında oldukça önemlidir. **Evliya Çelebi**: Günümüz Türkçesiyle Evliyâ Çelebi Seyahatnâmesi: Kütahya-Manisa- İzmir- Antalya- Karaman- Adana- Halep- Şam- Kudüs- Mekke- Medine, Hazırlayan: Seyit Ali Kahraman, 9. Kitap, 1. Cilt, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 219-220; **Baytop**, Asuman: Türkiye’de Botanik Tarihi Araştırmaları, Tübitak Yayınları, Ankara, 2004, s. 51.

<sup>20</sup> **Asatekin**, N. Gül: Kültür ve Doğa Varlıklarımız Neyi, Niçin, Nasıl Korumalıyız?, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı DÖSİMM Basımevi, Ankara, 2004, s. 47-49.

Anıt ağaç statüsüne sahip ağaçlar tarihin canlı tanıklıklarıdır. Bu özellikleri nedeniyle toplumların tarih bilincinin oluşturulması<sup>21</sup> ve gelecek kuşaklara aktarılması noktasında oldukça önem taşımaktadır. Andrew Cowan'ın da ifade ettiği gibi, bize düşen görev gelecek nesiller için atalarımızın mirası anıt ağaçları korumaktır<sup>22</sup>. Ağaçların taşıdığı yıllık halkalar başlı başına birer tarihi kayıttır. Yıllık halkalar, geçmişte yaşanan iklim değişikliklerini, çeşitli doğa olaylarını ve kesme işlemlerini yansıtmaktadır. Ayrıca ağacın kimyasal yapısı da geçmişte yaşanan iklim değişikliklerine veya kirlilik seviyesine ışık tutmaktadır<sup>23</sup>. Bu ağaçların zarar verilmesi veya ağacın yok edilmesi bir kütüphane yangınından farksızdır. Tarihsel önemin yanı sıra anıt ağaçlar bilimsel, folklorik, estetik ve turistik işlevlere de sahiptir<sup>24</sup>. Anıt ağaçlar; insanlara ilham vermekte, belirli özellikler gösteren ağaç gen havuzu niteliğinde olabilmekte -örneğin, hastalık direnci- ve önemli genetik materyal rezervlerinden biri olarak kabul edilmektedir<sup>25</sup>. Bütün bu nedenlerle anıt ağaçların korunmasında kamu yararı<sup>26</sup> olduğu aşikardır.

Ülkeler geçmişin canlı tanıkları olan ağaçların korunması ve gelecek kuşaklara sağlıklı bir şekilde ulaşabilmesinin sağlanması için anıt ağaç statüsünü kabul etmişlerdir. Buna göre önceden belirlenmiş kriterlere uygun ağaçlar yetkili makamlarca anıt ağaç olarak tespit ve tescil edilmektedir. Böylece söz konusu ağaçlar anıt ağaç statüsüne geçmektedir. Statü, hukuk kurallarıyla önceden düzenlenmiş genel, soyut ve kişilikdışı hukuki durumlardır<sup>27</sup>. İdare hukuku statü hukukudur. Kişiler veya mallar, idari işlemlerle

<sup>21</sup> “Bulduğumuz coğrafyayı vatan yapan, yaşanan ortak geçmişimizdir kuşkusuz. Ortak geçmişi toplum belleğinde sürekli canlı tutan ise, tarihsel çağlar içinde yüzlerce olaya tanıklık eden doğal ve kültürel anıtlarımızdır” **İstanbul Büyükşehir Belediyesi**: İstanbul'un Doğal Mirası Anıt Ağaçlar Anadolu Yakası, İhlas Gazetecilik, İstanbul, 2014, s. 18.

<sup>22</sup> **Cowan**, Andrew: “Protecting Our Ancestors Legacy for the Generations of the Future”, 2004, <http://www.wbrc.org.uk/atp/Protecting%20our%20ancestors%20legacy%20-%20Arbor%20Ecology.pdf>, Erişim Tarihi: 08.04.2021.

<sup>23</sup> **Read**, Helen: Veteran Trees a Guide to Good Management, English Nature Veteran Trees Initiative, UK, 2000, s. 17.

<sup>24</sup> **Sarıbaş**, Metin: “Batı Karadeniz Bölgesi'nin Kayda Girmemiş Anıt Ağaçları”, Ege Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 1, 2015, s. 15-16.

<sup>25</sup> **Read**, s. 17.

<sup>26</sup> **Çakmak**, N. Münci: İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 96-97.

<sup>27</sup> **Akyılmaz**, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil: Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 19-22.

şartları önceden belirlenmiş bir hukuki statüye girmekte veya bu hukuki statüden çıkmaktadır. Bir hukuki statüye kavuşan kişiler veya mallar, söz konusu hukuki statünün sağladığı imkanlardan yararlanmaktadır. Anıt ağaç statüsü de ağacın bakımının yapılmasını ve tehlikelerden korunmasını sağlama noktasında oldukça önemlidir. Polat'ın da ifade ettiği gibi, tescil kararları anıt ağaçları geleceğe taşımanın ilk adımıdır<sup>28</sup>.

Hukukumuzda anıt ağaçların korunmasının anayasal dayanağı Anayasa'nın 63. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, “Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır”. Bu hükümle tabiat varlıklarının korunması görevi devlete verilmiştir. Tabiat varlıkları, 2863 sayılı Kanun'un (KTVKK) 3/a-2 hükmünde tanımlanmıştır. Buna göre tabiat varlıkları, “jeolojik devirlerle<sup>29</sup>, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait olup ender bulunmaları veya özellikleri ve güzellikleri bakımından korunması gerekli, yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan değerlerdir”. Özellik gösteren ağaç ve ağaç toplulukları da taşınmaz tabiat varlığı olarak kabul edilmektedir (KTVKK, m. 6/4). Dolayısıyla devlet; trafik, kentleşme, nüfus artışı, hızlı sanayileşme gibi problemler karşısında anıt ağaçların korunması hususunda bütün tedbirleri almakla yükümlüdür.

Devlet, anıt ağaçları koruma ödevini Çevre ve Şehircilik Bakanlığının hizmet birimlerinden biri olan Tabiat Varlıklarını Koruma Genel Müdürlüğü eliyle yerine getirmektedir. Gerçekten Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında

<sup>28</sup> Polat, Zöhre: “Doğanın Mirası Anıt Ağaçlar”, Türk Tarım – Gıda Bilim ve Teknoloji Dergisi, C. 5, S. 8, 2017, s. 913; Anıt ağaçların korunmasında en az tescil kadar önemli bir diğer husus toplumda koruma bilincinin oluşturulmasıdır. Özçelik'in Mersin'in Aydınçık ilçesindeki anıt ağaç olarak tescil edilmiş iki adet dallı selvi ağacına dair çalışması, yöre halkının anıt ağaçların korunmasına katılmasının önemini somut olarak göstermektedir. Makaleye göre, yöre halkı söz konusu selvileri ulu ağaç olarak kabul etmekte ve ağaçlardan dal kesilmesini hoş karşılamamaktadır. Özçelik, s. 199; Koruma bilincinin oluşturulması, çevre hukukunun temel ilkelerinden olan katılım ilkesiyle yakından ilgilidir. Katılım ilkesi, kişilerin çevreye ilişkin kararların alınması sürecine dahil olarak bu süreci etkileyebilmeleri ve yönlendirebilmeleridir. Kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin kararların alınması ve alınan bu kararların uygulanması aşamalarında da bireylerin sürece katılımının sağlanması gerekmektedir. Katılım ilkesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz Turgut, Nükhet: Çevre Politikası ve Hukuku, 2. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2012, s. 149-178.

<sup>29</sup> Maddede geçen “jeolojik devirler”in de tarih öncesi devirler içerisinde yer aldığı ve dolayısıyla söz konusu ifadenin gereksiz olduğu hakkında görüş için bkz. Umar, Bilge/Çilingiroğlu, Altan: Eski Eserler Hukuku, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1990, s. 45.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin<sup>30</sup> 109/1-b hükmüne göre, “*tabiat varlıkları ve doğal sit alanları ile özel çevre koruma bölgelerinin tespit, tescil, onay, değişiklik ve ilanına dair usul ve esasları belirlemek ve bu alanların sınırlarını tespit ve tescil etmek, yönetmek ve yönetilmesini sağlamak*” Tabiat Varlıklarını Koruma Genel Müdürlüğünün görev ve yetkileri arasındadır. Kanun'da ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde öngörülen görevlerin yerine getirilmesi için Bakanlığın merkez teşkilatı bünyesinde Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonu ve taşrada Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Komisyonu oluşturulmuştur. Keza valiliklerdeki Çevre ve Şehircilik İl Müdürlükleri bünyesinde yer alan Tabiat Varlıkları Koruma Şube Müdürlükleri anıt ağaçların korunmasında önemli rol oynamaktadır.

2863 sayılı Kanun'da, özellik gösteren ağaçlardan bahsedilmekle birlikte “*anıt ağaç*” ifadesi kullanılmamış ve anıt ağaçlara ilişkin herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmemiştir. Anıt ağaçlara ilişkin temel düzenlemeler, Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik'te ve 110 sayılı ilke kararlarda yer almaktadır.

Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik'in 4/1-a bendine göre; anıt ağaçlar, “*yaş, çap ve boy itibarıyla kendi türünün alışılmış ölçüleri üzerinde boyutlara sahip olan ve/veya yöre folklorunda, kültür ve tarihinde özel yeri bulunan ve/veya geçmiş ile günümüz, günümüz ile gelecek arasında köprü kurabilecek doğal ve uzun ömre sahip olan ağaçları*” ifade etmektedirler.

Anıt ağaçlar, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının 110 sayılı ilke kararında kültürel anıt ağaçlar, boyutsal anıt ağaçlar ve görsel anıt ağaçlar olmak üzere üç gruba ayrılmıştır. Kültürel anıt ağaçlar, “*yöre kültüründe olumlu veya olumsuz, gerçek veya hayal ürünü, mistik veya folklorik bir öyküye sahip olan veya ulusal tarihi olaylar ile özdeşleşmiş ve onlara tanıklık eden ağaçlardır*”. Kültürel anıt ağaçlar; tarihi anıt ağaçlar, mistik anıt ağaçlar ve folklorik anıt ağaçlar olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Boyutsal anıt ağaçlar, “*buldukları yerde yaş, boy, gövde ve tepe tacı gibi boyutsal özellikleri itibarıyla kendi türünün alışlagelmiş ölçülerinin çok üzerindeki boyutlara ulaşmış, geçmiş ile günümüz, günümüz ile gelecek arasında köprü kurabilecek en az 100 yaşında ve doğal ömre sahip ağaçlar*”dır. Görsel anıt ağaçlar ise “*doğal görünümünden esaslı şekilde sapma gösteren çatal, şamdan, kıvrık, yatay ve farklı gövde kaynaşması gibi dikkat çekici görsel özelliklere sahip olan ağaçlar*” şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>30</sup> RG: 10.07.2018/30474.

Ağaçlar, biyolojik birer varlık olmaları nedeniyle bütün önlemler alınsa da bir noktada ömürlerini tamamlamaktadır. Ülkemizdeki hukuki düzenlemelerde anıt ağaçların korunmasının yalnızca ağaçların yaşadıkları dönemle sınırlı olarak ele alındığı görülmektedir. Oysa bir anıt ağaç yaşam mücadelesini bıraktıktan sonra bile doğa için değerlidir ve yaşayan anıt ağaçlar kadar saygı görmeyi hak etmektedir<sup>31</sup>. Zira ölen anıt ağaçlar, çürümenin yavaş olması nedeniyle toprağa dönüşmeden önce kök ve gövdeleriyle onlarca yıl çeşitli organizmalara ev sahipliği yapmaya devam edebilir<sup>32</sup>. Bu nedenle mevzuatta anıt ağaçların ölümünden sonraki süreç için de çeşitli korumaların öngörülmesi gerekmektedir.

### III. ANIT AĞAÇLARIN TESPİTİ VE TESCİLİ

Anıt ağaçların korunması ve gelecek kuşaklara sağlıklı bir şekilde ulaştırılmalarının en önemli aşaması, söz konusu ağaçların tespit ve tescil edilerek hukuken “*anıt ağaç statüsü*” kazanmalarındır. Anıt ağaç statüsü kazanan ağaçlar, bu statünün sağladığı korumalardan yararlanmaya başlayacaktır. Zira anıt ağaç olarak tescil edilen ağaçların taşıdığı öneme binaen diğer ağaçlara göre daha özel ve daha titiz bir şekilde korunması gerekmektedir.

KTVKK'nın ek 4. maddesi uyarınca, tabiat varlıkları hakkında Kanun'da öngörülen iş, işlem ve kararlar bakımından görevli ve yetkili bakanlık Çevre ve Şehircilik Bakanlığıdır. Dolayısıyla anıt ağaçların tespit ve tescilinde yetkili makam Çevre ve Şehircilik Bakanlığıdır. Bakanlık bu yetkisi Tabiat Varlıklarını Koruma Genel Müdürlüğü eliyle kullanmaktadır. Yetkili makamlar; 2863 sayılı KTVKK, Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığının 110 sayılı ilke kararında belirtilen usul ve esaslardan hareketle anıt ağaçların tespit ve tescil işlemlerini gerçekleştirecektir.

#### A. Anıt Ağaçların Tespiti

Anıt ağaçların korunması sürecinin ilk aşamasını tespit süreci oluşturmaktadır. Tespit aşamasında; Kanun, Yönetmelik ve 110 sayılı İlke Karar'da<sup>33</sup> öngörülen usul ve esaslardan hareketle bir ağacın anıt ağaç statüsü

<sup>31</sup> Read, s. 15.

<sup>32</sup> Cowan, Andrew: “Protecting Our Ancestors Legacy for the Generations of the Future”, 2004, <http://www.wbrc.org.uk/atp/Protecting%20our%20ancestors%20legacy%20-%20Arbor%20Ecology.pdf>, Erişim Tarihi: 08.04.2021.

<sup>33</sup> Yönetmelik'in 11. maddesinin 2. fıkrasının ilk hâli “*Anıt ağaçlar Türk Standardları Enstitüsü tarafından hazırlanan TS 13137 Anıt Ağaçlar Envanter Seçim Kuralları ve*

taşıyıp taşımadığı incelenmektedir. Bu başlık altında tespit sürecine ilişkin işlem akışı ele alınacaktır.

### 1. Tespit Süreci

Tespit, diğerlerine kıyasla özel olduğu tahmin edilen bir ağaca ilişkin Kanun ve Yönetmelik'te öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirilen teknik çalışmayı ifade etmektedir. KTVKK'nın 7. ve ek 4. maddeleri uyarınca anıt ağaçların tespiti, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının koordinatörlüğünde ilgili ve faaliyetleri etkilenen kurum ve kuruluşların görüşü alınarak yapılmaktadır. Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüklerine anıt ağaçların tespitine dair yapılan başvurular Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Komisyonu tarafından değerlendirilmektedir. Bölge Komisyonu, anıt ağaçların tespiti hususunda değerlendirme yapabilmek için bilimsel araştırma çalışması yapılmasını talep edecektir (Yönetmelik m. 15/1, 2). Ancak gerekli görülen hâllerde talep olmaksızın Genel Müdürlük tarafından doğrudan tespit yapılabilmektedir (Yönetmelik m. 17/1-1).

Bölge Komisyonunun bilimsel araştırma çalışması yapılmasını talep ettiği durumlarda öncelikle araştırma ekibi oluşturulması gerekmektedir. Araştırma ekibi, başvuru konusu ağacın anıt ağaç niteliğinde olup olmadığına dair araştırma çalışmalarını yerine getirmek üzere Genel Müdürlük tarafından teşkil edilmektedir. Araştırma ekibi; orman mühendisi, ziraat mühendisi, biyolog, şehir plancısı, su ürünleri mühendisi, jeoloji mühendisi, peyzaj mimarı, çevre mühendisi, harita kadastro mühendisi ve ilgili diğer meslek gruplarından mesleğinde en az beş yıllık tecrübeye sahip en az beş kişiden oluşturulacaktır (Yönetmelik m. 4/1-b ve m. 16/1-a, b).

Araştırma ekibinde anıt ağaçlar konusunda uzmanlaşmış kişilerin bulunmasına dikkat edilmelidir. Bu bağlamda her başvuru için ayrı bir araştırma ekibi kurmak yerine, Türkiye genelinde anıt ağaç konusunda uzmanlaşmış kişilerin tespit edilerek birlikişi listesine benzer bir şekilde anıt ağaç uzmanı listesinin oluşturulması ve araştırma ekibi oluşturulurken bu listeden görevlendirme yapılması yerinde olacaktır. Böylece korunması gereken ağaçlar daha isabetli ve hızlı bir şekilde tespit edilebilecektir.

---

*İşaretleme Standardına göre tespit edilir*” şeklindeydi. TS 13137 standardı, Prof. Dr. Musa GENÇ ve Ş. Teoman GÜNER tarafından geliştirilmiş ve 2005 yılında ulusal standart olarak kabul edilmiştir. 16.03.2020 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan yönetmelik değişikliği ile söz konusu hüküm “*Anıt ağaçların tespit edilmesine yönelik hususlar ilke kararı ile belirlenir*” şeklinde değiştirilmiş ve bu kapsamda Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından hazırlanan 110 sayılı ilke karar 24.10.2020 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Araştırma ekibi tarafından yapılan çalışmalar çerçevesinde araştırma raporu düzenlenecek ve bu rapor Genel Müdürlüğe ve ilgili İl Müdürlüğüne teslim edilecektir (Yönetmelik m. 16/1-ç). Tabiat Varlıklarını Koruma Şube Müdürlüğü, Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğüne sunulan araştırma raporu kapsamında tespit raporu ile tespit fişini 3 nüsha olarak hazırlamak<sup>34</sup> ve bu raporu Bölge Komisyonuna sunmakla görevlidir (Yönetmelik m. 15/3 ve m. 16/2). Şube Müdürlüğü tarafından hazırlanan tespit dosyasının<sup>35</sup> Bölge Komisyonuna sunulmasıyla tespit süreci sona erecektir.

Tabiat Varlıklarını Koruma Şube Müdürlüğü tarafından İl Müdürlüğüne sunulan araştırma raporu kapsamında hazırlanan tespit raporu ile tespit fişi, icrai niteliğe sahip olmayan hazırlık işlemi niteliğinde idari işlemlerdir<sup>36</sup>. Zira tespit raporu ve tespit fişinin düzenlenmesi, söz konusu ağacın hukuki statüsünde herhangi bir değişikliğe yol açmamaktadır. Dolayısıyla tespit raporu ve tespit fişinin hukuka aykırı olduğundan bahisle açılacak iptal davaları, mahkeme tarafından kesin ve yürütülmesi gereken bir işlemde söz edilemeyeceği için reddedilecektir. Tespit raporu ve tespit fişinde meydana gelen hukuka aykırılıklar, asıl işlem olan tescil işlemine karşı açılacak davada ileri sürülebilecektir<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> 110 sayılı ilke karara göre tespit fişinin hazırlanmasında en az iki uzmanın görev alması gerekmektedir. Görev alacak uzmanlardan birinin orman mühendisi olması zorunludur. Diğer uzman veya uzmanlar ise biyolog, peyzaj mimarı, ziraat mühendisi veya gerekli görülen ilgili diğer meslek grupları arasından seçilecektir.

<sup>35</sup> Yönetmelik'in 14/1 hükmü uyarınca tespit dosyasında aşağıdaki belgelerin bulunması gerekmektedir:

*"a) Hangi niteliği ve özellikleri sebebi ile tespit edileceğini belgeleyen tespit raporu ve tespit fişi.*

*b) Taşınmazın yerini ve sınırlarını gösterir pafta, ada, parsel numarasını içeren harita ve ülke koordinat sisteminde UTM-GK 3 derecelik ED50 aplikasyon krokisi.*

*c) Varsa her tür ve ölçekte planı.*

*ç) Varsa hava fotoğrafları, uydu görüntüleri.*

*d) Varsa kadastral planı ve mülkiyet bilgileri.*

*e) Alanın bütünüyle algılanmasını sağlamak amacıyla panoramik olarak çekilmiş fotoğrafları içeren basılı ve elektronik ortamda fotoğraf albümü.*

*f) Tabiat varlığı olarak tescil edilecek anıt ağaçlar için; yerinin konum olarak belirlenmesini sağlamak üzere ülke koordinat sisteminde UTM-GK, 3 derecelik ED50 koordinat değerleri.*

*g) Tespit ekibince gerekli görülen diğer belgeler."*

<sup>36</sup> Raporların hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Karahanoğulları**, Onur: İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 310-311; **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 339-340.

<sup>37</sup> **Gözler**, Kemal: İdare Hukuku, Cilt I, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 806-807.

## 2. Anıt Ağaçların Tespitinde Değerlendirme Kriterleri

Anıt ağaçların tespiti aşamasında gerek araştırma ekibi gerekse Şube Müdürlüğü tarafından yapılacak çalışmalarda göz önünde bulundurulması gereken birtakım değerlendirme kriterleri mevcuttur<sup>38</sup>. Bu kriterler Yönetmelik'in 11. maddesinde ve 110 sayılı ilke kararda öngörülmüştür. Yönetmelik'in 11. maddesine göre, bir ağacın anıt ağaç niteliğinde olup olmadığının tespit edilebilmesi için aşağıdaki ayırt edici özelliklerden en az birini taşıması gerekmektedir:

*a) Yaş, çap, boy ve form itibarıyla kendi türünün alışılmış ölçüleri üzerinde boyutlara sahip olan kuşaklar arasında bağ kurabilecek uzunlukta doğal ömre sahip olması.*

*b) Yöre kültüründe olumlu veya olumsuz, gerçek veya hayal ürünü, mistik veya folklorik bir öyküye sahip olması.*

*c) Yöresel veya ulusal tarihte kimi olaylar ile özdeş hâle gelmesi ve onlara tanıklık etmesi."*

16.03.2020 tarihli değişiklik öncesinde Yönetmelik'in 11. maddesinin kapsamının daha geniş olduğu görülmektedir. Yönetmelik'in ilk hâlinde, şu an yürürlükte olan 11. maddede sayılan özelliklere ilave olarak "*ç) Görsel açıdan estetik görünümüne sahip olan veya doğal görünümünden esaslı şekilde sapma gösteren çatal, şamdan, kıvrık, yatay gibi dikkat çekici biçimde fiziksel özelliklere sahip*" ağaçların, "*d) Aynı gövde ve kök üzerinde iki veya daha fazla türün bir arada yaşaması gibi garip kaynaşma ve birlikte yaşama örnekleri sergileyen, doğal yaşam tarzı bakımından benzerlerinden farklı gelişme niteliklerine sahip*" ağaçların ve "*e) Kent dokusunu tamamlayan, kent imajına etkisi olan grup, dizi veya tek ağaçlar*"ın anıt ağaç özelliği gösterdiği kabul edilmekteydi. Ancak 16.03.2020 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan yönetmelik değişikliği ile son üç bent madde metninden çıkarılmıştır. Söz konusu değişiklik anıt ağaçların kapsamının daraltılmasına yönelik bir iradenin yansıması niteliğindedir.

110 sayılı ilke kararda, Yönetmelik'te öngörülen değerlendirme kriterleri tekrarlanmakla birlikte, Yönetmelik'e göre daha sistematik bir yol izlenmiştir. İlke kararda anıt ağaçlar; kültürel, boyutsal ve görsel anıt ağaçlar olmak üzere üç gruba ayrılmış ve her grup için ayrı kriterler öngörülmüştür. Bu noktada ilke kararda yer alan görsel anıt ağaç türüne de ayrıca değinmek gerekmektedir. İlke karara göre, doğal görünümünden esaslı şekilde farklı ve

<sup>38</sup> Bu başlık altında yer verilen kriterlerin tescil aşamasında da yetkili idareler tarafından göz önünde bulundurulması gerekmektedir.



dikkat çekici görsel özelliklere sahip ağaçlar görsel anıt ağaç olarak adlandırılmaktadır. 2020 yılı değişikliği öncesinde, Yönetmelik'in 11/ç hükmünde yer alan özellik görsel anıt ağaçlara karşılık gelmekteydi. Ancak 2020 yılı değişikliğiyle ç bendi kaldırılmış ve görsel anıt ağaçların Yönetmelik'te bir dayanağı kalmamıştır. Dikkat çeken husus ise ilke kararın yönetmelik değişikliğinden yaklaşık 6 ay sonra Resmi Gazete'de yayımlanmış olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, görsel anıt ağaçlara ilişkin tanım Yönetmelik'ten çıkarılmış ve yaklaşık 6 ay sonra benzer bir tanıma 110 sayılı ilke kararda yer verilmiştir. Bu durum anıt ağaçlar hususundaki belirsizliği ve karmaşayı göstermesi noktasında dikkat çekicidir. Uygulamada çıkabilecek sorunları önlemek adına, yapılacak bir değişiklikte görsel anıt ağaçların Yönetmelik'in 11. maddesine tekrar eklenmesi gerekmektedir.

110 sayılı ilke karara göre; boyutsal anıt ağaçların tespitinde ağacın yaşı, gövde çapı, boyu, tepe çapı, bulunduğu yer ve pozitif özelliklere bağlı olarak değerlendirme yapılacaktır. Kültürel anıt ağaçların tespitinde ağacın tarihi, mistik veya folklorik özelliklerden en az birine sahip olup olmadığı araştırılacak, ağacın boyutlarına göre bir değerlendirme yapılmayacaktır. Ancak tespit fişinde ağacın boyutları yer almalıdır. Görsel anıt ağaçların tespitinde ağacın dikkat çekici esaslı görsel farklılıklara sahip olması gerekli ve yeterlidir. Söz konusu ağaç için ayrıca boyutsal özelliklerine bağlı değerlendirme yapılmayacaktır. Ancak tespit fişinde ağacın boyutlarının eksiksiz yer alması gerekmektedir.

Boyutsal anıt ağaçların seçimi, birtakım sayısal değerlerin hesaplanmasıyla gerçekleştirilmektedir. Öncelikle ağacın yaşı, gövde çapı, boyu, tepe çapı, bulunduğu yer ve pozitif özelliklerine 110 sayılı ilke kararının 4 numaralı ekinde yer alan "*Anıt Ağaç Değerlendirme Tablosu*"nda karşılık gelen puanlar toplanmakta ve şimdiki anıtsal değerine (ŞAD) ulaşılmaktadır. Devamında ise ilke kararın 1, 2 ve 3 numaralı ekinde yer alan ilgili ağaç türüne dair asgari anıtsal değer (AAD) belirlenmektedir. Son olarak söz konusu ağacın anıt ağaç olarak tespit edilebilmesi için şimdiki anıtsal değerinin asgari anıtsal değere eşit veya bu değerden büyük olması ( $\text{ŞAD} \geq \text{AAD}$ ) gerekmektedir.

Boyutsal anıt ağaçların şimdiki anıtsal değerinin asgari anıtsal değerinin birkaç puan gerisinde kalması ve bu nedenle anıt ağaç olarak tespit edilememesi ihtimal dahilindedir. Bu ağaçlar için medyada "*anıt ağaç adayı*" ve doktrinde "*istikbal anıt ağaç*" ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir. Genç ve Güner'e göre, anıt ağaç seçiminde belki de en büyük zorluk bir ağacın şimdiki anıtsal değeri ile asgari anıtsal değeri arasında küçük bir fark olmasıdır. Bu durumdaki bir ağaç, asgari anıtsal değerinin birkaç puan gerisinde

kaldığı için korunamayacaktır. Genç ve Güner'e göre, "Bu tip ağaçlar, anıt ağaç seçimi için saptanan yaş, boy, gövde çapı veya tepe çapı değerlerinden herhangi birine göre bir üst basamağa yükseldiğinde MADTür [minimum anıtsal değer/asıgari anıtsal değer] değerine sahip olabilecekse... "istikbal anıt ağacı" olarak seçilmekte ve bu ağaçların, bir anıt ağaç gibi korunması teklif edilmektedir"<sup>39</sup>.

Genç ve Güner'in görüşü, Türk Standardları Enstitüsünün Nisan 2006 tarihli TS 13190 standardında yer bulmuştur. Buna göre istikbal anıt ağaç, "Mevcut hâliyle boyutsal anıt ağaç kriterlerini karşılayamayan; ancak, anıt ağaç seçimi için saptanan yaş, boy, gövde çapı veya tepe çapı değerlerinden herhangi birine göre bir üst basamağa yükseldiğinde, tür bazında belirlenen "asıgari anıtsal değer"e sahip olabilecek ağaç"tır. Kentleşme ve çevresel sorunlar karşısında birkaç puan farkla savunmasız kalan ağaçlar düşünüldüğünde istikbal anıt ağaç uygulaması oldukça yerinde bir yaklaşımdır. Ancak günümüzde "anıt ağaç adayı" veya "istikbal anıt ağaç" ifadelerinin KTVKK'da, ilgili Yönetmelik'te veya 110 sayılı ilke kararda herhangi bir dayanağı bulunmamaktadır.

### B. Tescil Süreci

Tescil işlemi, tespit süreci tamamlanan anıt ağaçlara ilişkin başvurunun yetkili makamlar tarafından onaylanmasıdır. Bölge Komisyonu; KTVKK, Yönetmelik ve 110 sayılı ilke karar kapsamında tespit dosyası hakkında yapacağı değerlendirme neticesinde başvuruyu uygun görürse söz konusu ağacın anıt ağaç olarak tesciline karar verecektir. Bölge Komisyonu, karar verirken dosya üzerinden inceleme yapmakla yetinmemeli ve gerektiğinde başvuruya konu ağacı yerinde incelemek üzere bir uzman görevlendirebilmelidir.

Bölge komisyonu tarafından verilen tescil kararı üç suret hâlinde düzenlenmelidir. Bu suretlerden bir tanesi İl Müdürlüğüne, diğer iki sureti ise Genel Müdürlüğe gönderilecektir. Genel Müdürlük, Bölge Komisyonunun tescil kararında hata veya eksiklik tespit ederse kararı yeniden değerlendirilmek üzere İl Müdürlüğüne geri gönderecektir. Genel Müdürlük, Bölge Komisyonu kararında herhangi bir eksiklik veya hata görmezse bakanın onayını alarak tescil işlemini tamamlamak amacıyla tescil kararını Çevre ve Şehircilik Bakanlığına gönderecektir.

<sup>39</sup> Genç, Musa/Güner, Ş. Teoman: Göller Bölgesi'nin Anıt Ağaçları, Isparta Valiliği İl Özel İdare Müdürlüğü, İdeal Matbaası, Ankara, 2003, s. 43.

Tescil işleminin tamamlanması, tescil kararının yapı yasağı getirip getirmemesi hâllerinde farklı şekillerde gerçekleşmektedir. Yapı yasağı bulunmayan kararlar bakan onayıyla, yapı yasağı bulunan kararlar ise bakanın teklifi ve Cumhurbaşkanı kararıyla tamamlanmaktadır (Yönetmelik m.17/1-ç, d)<sup>40</sup>. Tescil kararının tamamlanması üzerine kararın ve onayın bir sureti Genel Müdürlüğe, diğer suretleri ise İl Müdürlüğüne gönderilecektir. İl Müdürlüğü, tescil kararının tamamlanması üzerine anıt ağacın yer aldığı taşınmazın tapu kütüğünün beyanlar hanesine taşınmaz sınırları içerisinde anıt ağaç olduğuna dair kayıt düşülmesini ilgili tapu müdürlüğüne yazıyla bildirecektir (Yönetmelik m.17/1-ğ). Anıt ağaç tescil edilmesiyle varsa parseli de tescil edilmiş olacaktır<sup>41</sup>.

Anıt ağaçların tesciline dair kararlar taşınmaz maliklerine 7201 sayılı Tebligat Kanunu<sup>42</sup> uyarınca tebliğ edilecektir. Yönetmelik'e göre, taşınmaz malikinin tespit edilebilmesi hâlinde tescil kararının maliklere tebliği yeterli olup kararın ayrıca Resmi Gazete'de yayımlanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Taşınmaz maliklerinin idarece tespit edilememesi hâlinde ise tescil kararları Resmi Gazete'de yayımlanacak ve Bakanlığın internet sitesinde bir ay süreyle duyurulacaktır (Yönetmelik m.17/1-i). Tescil kararı, anıt ağacın bulunduğu taşınmazın malikinden başka kişileri de ilgilendirebilecek nitelikte bir karardır. Bu nedenle toplumun haberdar edilebilmesi adına, taşınmaz malikinin tespit edilip edilmediğinden bağımsız düşünülmeli ve anıt ağaçların tesciline dair bütün kararlar Resmi Gazete'de yayımlanmalıdır.

#### IV. ANIT AĞAÇLARIN TESCİLİNİN SAĞLADIĞI KORUMALAR

Anıt ağaç statüsünün temel fonksiyonu, tescil edilen ağaçların mevzuatta öngörülen korumalardan yararlanmasını sağlamasıdır. Anıt ağaç statüsüne sahip ağaçlar için özel bakım çalışmaları yapılmakta, yeterli ölçüde koruma alanı tespit edilmekte ve söz konusu ağaçlara zarar verici nitelikte eylemler için cezai yaptırımlar öngörülmektedir. Bu başlık altında tescil kararının anıt ağaca sağladığı korumalar ele alınacaktır.

<sup>40</sup> Anıt ağaçların tescili, birden fazla iradesinin belirli bir sırayla bir araya gelmesiyle tesis edildiği için karma idari işlem niteliğindedir. Tescil kararının tamamlanmasına kadar tesis edilen her idari işlem, bir sonraki idari işlemin dayanağını oluşturmaktadır. **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 360-361.

<sup>41</sup> **Sancakdar**, Oğuz: Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 49.

<sup>42</sup> RG: 19.02.1959/10139.

### A. Anıt Ağaç Envanterinin Çıkarılması

Anıt ağaçları korumanın ilk adımı tescil işlemlerinin tamamlanarak anıt ağaç envanterinin çıkarılmasıdır. Elbette ağaçlar da tıpkı kültür varlıklarında olduğu gibi sadece bir ülkenin malı kabul edilemezler. Örneğin, Girit Adası'nda bulunan MÖ 800 ( $\pm$  200) yılında dikildiği veya kendi kendine yetiştiği tahmin edilen Mana Tree olarak anılan ve insanlık tarihinin yaklaşık 3000 yılına tanıklık eden zeytin ağacının<sup>43</sup> yalnızca Yunanistan'ın malı olarak kabul edilmesi doğru bir yaklaşım olarak kabul edilemeyecektir. Bu nedenle anıt ağaçların kayıt altına alınarak dünya anıt ağaç envanterinin çıkarılması küresel bir çalışmayı gerektirmektedir. Ancak bunun için öncelikle ülkemizde bulunan anıt ağaçların tamamı tescil edilerek koruma altına alınmalıdır.

Ülkemizde tescil edilmiş bazı anıt ağaç bilgilerine “<https://www.anitagaclar.gov.tr/anasayfa>” adresi üzerinden erişilebilmektedir. Söz konusu internet sitesi, ülkemizdeki anıt ağaçların tanıtımını yaparak koruma bilincini artırmak amacıyla Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından gerçekleştirilen bir projedir. Sitedeki verilere göre, bu makalenin yazıldığı tarihte, ülkemiz sınırları içerisinde 9369 anıt ağaç bulunmaktadır<sup>44</sup>. Sitede tanıtılan anıt ağaçlar buldukları bölgeleri temsilen seçilmiştir. Tabiat Varlıklarını Koruma Genel Müdürlüğü Araştırma ve Tescil Dairesi Başkanlığı Envanter Şube Müdürlüğü tarafından hazırlanan “<http://www.says.gov.tr/savab/#/>” internet sitesi de oldukça önemlidir. Bu sitede il, ilçe, mahalle, ada ve parsel bilgileri girilerek söz konusu alanda özel çevre koruma bölgesi, doğal sit, mağara veya anıt ağaç olup olmadığı sorgulanabilmektedir.

Anıt ağaç bilgilerine ulaşılabilecek bir başka platform Kültür Envanteri Atlası Projesi kapsamında hazırlanan “<https://kulturenvanteri.com/>” sitesidir. Projenin amacı, Anadolu, Balkanlar ve yakın coğrafyada bulunan kültür varlıklarının tescilli olup olmadıklarına bakılmaksızın envanterlerinin çıkarılmasıdır. Anıt ağaçlara ilişkin bir diğer özel girişim ise “<https://www.monumentaltrees.com/en/>”dir. Çeşitli ülkelerden siteye üye olan kişiler, tespit ettikleri anıt ağaçların bilgilerini ve fotoğrafını paylaşmaktadırlar. Şu ana kadar 50524 ağaç sisteme kaydedilmiştir<sup>45</sup>.

İngiltere’de anıt ağaçların korunmasında “*The Ancient Tree Forum*” önemli görevler üstlenmiştir. Bir hayır kurumu olarak faaliyet gösteren

<sup>43</sup> [https://www.monumentaltrees.com/en/grc/crete/iraklion/18812\\_pizzeriaakamilaridyolakoi/](https://www.monumentaltrees.com/en/grc/crete/iraklion/18812_pizzeriaakamilaridyolakoi/), Erişim Tarihi: 02.04.2021.

<sup>44</sup> <https://www.anitagaclar.gov.tr/proje-hakkinda>, Erişim Tarihi: 12.07.2021.

<sup>45</sup> <https://www.monumentaltrees.com/en/>, Erişim Tarihi: 12.07.2021.

Forum, politikaların ve yasal düzenlemelerin oluşturulmasında hükümeti ve Avrupa Birliğini etkilemiştir. Ormanlık alanların korunması için faaliyet gösteren “*The Woodland Trust*”<sup>46</sup> hayır kurumu ile başlattıkları “*The Ancient Tree Hunt*” projesi günümüzde hâlâ devam etmektedir. Bu proje kapsamında İngiltere’de anıt ağaçlarla karşılaşan kişiler gerekli bilgileri doldurarak “<https://ati.woodlandtrust.org.uk/add-a-tree/>” sitesinde yer alan haritada söz konusu ağaçları işaretlemektedir. Şu an için 160.000’den fazla anıt ağaç listelenmiştir. İnternet sitesinde yer alan haritada, daha önce listelenmiş anıt ağaçların konumlarına ve diğer bilgilerine ulaşılabilmektedir<sup>47</sup>.

### B. Anıt Ağaçların Bakımı

Günümüzde hızlı kentleşme, hava kirliliği, asit yağmurları, yer altı su kaynağındaki değişiklikler, iklim değişiklikleri, toprak kalitesinin bozulması, doğa olayları<sup>48</sup>, zararlı bitkiler, asalak böcekler<sup>49</sup>, insan kaynaklı tahribatlar, definciler vb. karşısında<sup>50</sup> ağaçların bakımının yapılması ve sağlığının korunması oldukça önem taşımaktadır. Anıt ağaçların gelecek kuşaklara ulaştırılması, uzman kişiler tarafından bakımlarının düzenli ve gereği gibi yapılmasıyla mümkün olmaktadır.

Anıt ağaçlar, taşınmaz tabiat varlıkları kapsamında değerlendirilmektedirler. Anayasa’nın 63. maddesiyle tabiat varlıklarının korunması görevi devlete verilmiştir. İdarenin anıt ağaçların korunmasına dair sorumluluğu, yalnızca bu ağaçların tespit ve tescili ile sınırlı değildir. İdare, anıt ağaçların bakımını bilimsel ölçütlere uygun olarak ve düzenli bir şekilde yerine getirmek zorundadır. 2863 sayılı Kanun’un 10. maddesine göre; kimin mülkiyetinde olursa olsun, taşınmaz tabiat varlıklarının korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak, aldırarak ve bunların denetimini yapmak veya kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler ve valiliklere yaptırmak hususunda yetkili makamın Çevre ve Şehircilik Bakanlığı olduğu ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra anıt ağaçların bakımı ve korunması görevinin 5393 sayılı

<sup>46</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.woodlandtrust.org.uk/about-us/who-we-are/>, Erişim Tarihi: 11.04.2021.

<sup>47</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://ati.woodlandtrust.org.uk/>, Erişim Tarihi: 11.04.2021.

<sup>48</sup> **Özçelik**, s. 201; Konya’nın Taşkent ilçesinde yer alan Ağıl Ardıç Ağacı 2020 yılındaki yoğun kar yağışına dayanamamış ve ağacın bir kısmı yıkılmıştır. <https://kulturenvanteri.com/yer/agil-ardic-tabiat-aniti-taskent/#16/36.862015/32.736561>, Erişim Tarihi: 02.04.2021.

<sup>49</sup> <https://www.karamanhabercisi.com/mutta-anit-agac-zararli-bocege-teslim-oldu-11366h.htm>, Erişim Tarihi: 02.04.2021.

<sup>50</sup> **Polat**, s. 914; **Sağlam/Özkan**, s. 20.

Belediye Kanunu'nun<sup>51</sup> 14. maddesi kapsamında belediyelerin ve 5302 sayılı İl Özel İdare Kanunu'nun<sup>52</sup> 6. maddesi kapsamında il özel idarelerinin görev alanı içerisinde olduğu söylenebilir. Netice itibariyle anıt ağaçların bakımı ve korunması Çevre ve Şehircilik Bakanlığı koordinatörlüğünde ve çeşitli idarelerin iş birliğiyle gerçekleştirilen bir süreçtir. Dolayısıyla anıt ağaçların bakımının hiç veya gereği gibi yapılmaması durumunda meydana gelecek zararlardan idare hizmet kusuru ilkesi gereğince sorumlu olacaktır.

Uygulamada anıt ağaçların bakımı ve budamasının belediyeler tarafından hizmet alım ihalesi yoluyla özel kişilere yaptırıldığı görülmektedir<sup>53</sup>. İhale sürecinde özel kişiler tarafından verilecek iş deneyim belgelerinin ağaç bakım, onarım ve restorasyonuna veya münhasıran anıt ağaçların bakımına ilişkin olması gerektiği aranmaktadır. Örneğin, İzmir Büyükşehir Belediyesi tarafından anıt ağaçların bakımı için “*Ağaç Restorasyon, Bakım ve Onarım*” ihalesi gerçekleştirilmiştir. İdari şartnamede daha önce kamu veya özel sektörde gerçekleştirilmiş her türlü ağaç bakım, onarım ve restorasyon işlerinin benzer iş kapsamında kabul edileceği düzenlenmiştir. Ankara 23. İdare Mahkemesi “*ihalenin anıt ağaç niteliği taşıyan ağaçların bakım, onarım ve restorasyon çalışmasına ilişkin olduğu, amacının anıt ağaç niteliği taşıyan ağaçların hastalık, çürümüş veya çürümeye yüz tutmuş kısımlarının tedavi edilmesi, tehlike arz eden veya tehlike oluşturabilecek kısımlarının güvenli hale getirilmesi ve ağacın gelecek nesillere aktarılması adına ömrünü uzatmak için koruyucu sistemlerin uygulanması olarak açıkça düzenlendiği anlaşıldığından, dava konusu ihalenin klasik nitelikte bir ağaç bakım işi olmadığı, ihale kapsamında anıt ağaç niteliği taşıyan milli kültür mirasımız olan ağaçlar hakkında çalışma yapılacağı, yapılacak işin normal ağaç bakım işlerinden çok daha fazla uzmanlık ve deneyim gerektirdiği...*”ni ifade etmiş<sup>54</sup> ve anıt ağaç niteliğinde olmayan ağaçların budanması ve bakımına ilişkin daha önce yerine getirilmiş işleri benzer iş olarak kabul etmemiştir. Karar temyiz edilmiştir. Danıştay, şirketlerin sunduğu iş deneyim belgelerini ihale dokümanında yer alan benzer iş tanımına uygun bularak Ankara 23. İdare Mahkemesi'nin kararını bozmuştur<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> RG: 13.07.2005/25874.

<sup>52</sup> RG: 04.03.2005/25745.

<sup>53</sup> Bkz. Dipnot 56.

<sup>54</sup> Ankara 23. İdare Mahkemesi, 12.12.2019, 1872/3082 (Kamu İhale Kurulu, 26.02.2020, 2020/MK-46, Lexpera).

<sup>55</sup> D13D, 13.07.2020, 1195/1942, Lexpera.

Anıt ağaçların bakımı için diğer ağaçlardan daha farklı bir rehabilitasyon süreci yürütülmesi gerekmektedir. Bu nedenle söz konusu rehabilitasyon hizmetleri hizmet alım ihalesi yoluyla uzmanlaşmış kişilere gördürülebilir. Ancak anıt ağaçların dışındaki ağaçların budanması, kesimi, taşınması veya yara bakımının benzer iş kabul edilmesi mümkün değildir. Güncel anıt ağaç rehabilitasyonu hizmet alım ihalesi ilanları incelendiğinde, idarelerin benzer iş kavramını münhasıran anıt ağaçlarla sınırladığı görülmektedir<sup>56</sup>.

Anıt ağaçların bakımına ilişkin temel düzenleme Türk Standardları Enstitüsü tarafından Nisan 2006'da hazırlanan TS 13190 "*Anıt Ağaçlar – Koruma ve Bakım Kuralları*" standardıdır. Standartta anıt ağaçların korunması ve bakım kuralları düzenlenmiştir. Bakım kuralları kapsamında anıt ağaçların beslenmesi, yaralarının bakımı, oyuklarının doldurulması, toprak havalandırması, kök yayılış alanındaki toprak kayıplarına karşı korunması, kök yayılış alanındaki üst toprağın sıkışması durumunda yapılacak koruma işlemi, böcek ve mantarlara karşı korunması ve zorunlu hâllerde anıt ağaçların budanması hususlarında teknik bilgiler verilmiştir. Uygulamada anıt ağaçların bakımı bu standart doğrultusunda yürütülmektedir.

Anıt ağaçların bakımının yapılmasında uygulamaya yol gösterecek kapsamlı bir kılavuz bulunmamaktadır. Yapılacak bakım çalışması sıradan park bahçe bakımından tamamen farklıdır. Günümüzde idarelerin bakım adı altında ağaçlara zarar veren eksik veya yanlış uygulamalarına rastlanmaktadır. Gerekli ilaçlama faaliyetlerinin yapılmaması sonucu ağaç böceklere teslim olmakta ve yıkılma tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu noktada en kestirme yol tehlikeyi gidermek adına ağacın kesilmesine karar vermek gibi gözükmektedir. Bir ağacın yetişmesi yüzlerce veya binlerce yıllık bir sürece yayılmaktadır. Yeterli inceleme yapılmaksızın bir anıt ağacın kesilmesine karar vermek idam fermanı imzalamaktan farksızdır. Dolayısıyla anıt ağacın kurtarılamayacağını uzman raporlarıyla kesin bir şekilde ortaya konulduğu durumlarda son çare olarak kesim yoluna başvurulmalıdır. Örneğin, Isparta'nın Yalvaç ilçesindeki anıt Doğu Çınarı'nın dallarından biri kırılıp düşmüş ve düşen dalın altında kalan insanlar hayatını kaybetmiştir. Bunun

<sup>56</sup> İzmir ve Manisa illeri anıt ağaç rehabilitasyonu hizmet alım işi ihalesi ilanı için bkz. <https://www.ilan.gov.tr/ilan/790018/ihale-duyurulari/hizmet-alim-ihaleleri/anit-agac-rehabilitasyon-hizmeti-alinacak>, Erişim Tarihi: 11.07.2021; Afyonkarahisar, Bilecik, Eskişehir, Kütahya ve Uşak illerinde bulunan anıt ağaç ve tescilli ağaç topluluklarının budama ve rehabilitasyonu hizmet alım işi ihalesi ilanı için bkz. <https://www.ilan.gov.tr/ilan/473113/ihale-duyurulari/hizmet-alim-ihaleleri/anit-ve-tescilli-agaclari-budama-ve-rehabilitasyon-hizmeti-alinacaktır>, Erişim Tarihi: 11.07.2021.

üzerine ağacın diğer dalları kesilmek yerine alttan beton kolonlar ile desteklenmiş<sup>57</sup> ve ağaç günümüze sağlıklı bir şekilde ulaştırılmıştır.

### C. Koruma Alanının Tespiti

Anıt ağaçlar, taşınmaz tabiat varlığı olmaları nedeniyle, in situ koruma ilkesi (*buldukları yerde koruma ilkesi/ yerinde koruma ilkesi*) çerçevesinde korunacaktır. In situ ilkesi gerek kültür varlıklarının gerekse tabiat varlıklarının yerlerinin değiştirilmeksizin orijinal kontekstinde koruma altına alınması anlamına gelmektedir<sup>58</sup>. Tabiat varlıkları açısından in situ koruma, canlıyı doğal habitatı içerisinde korumayı ifade etmektedir<sup>59</sup>. In situ koruma ilkesi uyarınca, bulunduğu yerde korunması zorunlu olan anıt ağaçların sağlıklı bir şekilde hayatlarını sürdürebilmeleri için yeterli büyüklükte bir koruma alanının tespit edilmesi gerekmektedir<sup>60</sup>. Esasen anıt ağaç statüsünün sağladığı en önemli koruma da budur.

Anıt ağaç koruma alanları 110 sayılı ilke kararda belirtilen esaslar doğrultusunda tespit edilecektir. Belirlenen koruma alanı koordinatları UTM 3° ED 50 projeksiyon ve datumunda ölçekli krokide alansal olarak gösterilecek ve bu kroki Bölge Komisyonları tarafından onaylanacaktır.

110 sayılı ilke karara göre belirlenen koruma alanlarında:

- Ağacın kök yapısını, beslenmesini olumsuz etkileyebilecek ve taban suyunun kök sistemine ulaşmasını engelleyecek türden zemin kaplaması, kazı ve inşaa faaliyetleri yapılamaz<sup>61</sup>.
- Ağacın tepe, gövde ve kök yapılarına zarar verebilecek hiçbir faaliyete izin verilemez<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> Genç/Güner, s. 272.

<sup>58</sup> Serdaroğlu, Ümit: “Arkeolojik Sitlerde Koruma, Kullanma ve Planlama Sorunları”, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurultayı, Ankara, 13-16 Mart 1990, s. 72.

<sup>59</sup> Ersöz, Ahmet Kürşat: Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 38-39.

<sup>60</sup> Anıt ağaçlar için tespit edilen koruma alanı ile madencilik, yapılaşma, alt yapı gibi proje alanlarının çakışması mümkündür. Bu gibi ihtimallerde, “üstün kamu yararı” değerlendirilmesi yapılarak mümkün olduğunca anıt ağaçların korunması lehine karar verilmesi gerekmektedir. Zira anıt ağaçlar, sadece buldukları ilçe veya ilin değil, bütün vatandaşların ve hatta bütün dünyanın ortak mirası niteliğindedir. Üstün kamu yararı kavramına ilişkin eleştiriler için bkz. Çakmak, s. 485-487.

<sup>61</sup> Anıt ağaçlar için ağacın taç izinden beş metre daha ileride kök koruma bölgesi tespit edilmesi gerektiğine dair görüş için bkz. Alp, Şevket: “Van Gölü Havzası’nda Anıt Ağaçları, Tespit Edilen Sorunlar ve Koruma Önerileri”, Plant, C. 7, S. 23, Mart-Mayıs 2017, s. 58-59.



- Belirlenen koruma alanı içerisinde başka herhangi bir ağacın plantasyonuna izin verilemez.
- Koruma alanı içerisinde yapılacak faaliyetler ağacın türü, bulunduğu alanın özelliği ve koruma alanı durumu göz önünde bulundurularak Bölge Komisyonu tarafından değerlendirilecektir<sup>63</sup>.

Anıt ağaçlar, tek başına taşınmaz tabiat varlığı niteliğindedir<sup>64</sup>. Dolayısıyla anıt ağaçların korunmasına ilişkin faaliyetler peyzajda planlama, tasarım ve yönetim çalışmaları birliğinde yürütülmelidir<sup>65</sup>. Sancakdar, anıt ağaçları içeren meydan projeleri yapılabileceğini vurgulamaktadır. Ancak söz konusu projeler yapılırken ağaçlara ışıklandırmaların çakılması, ağaç kabuğuyla kimyasal madde teması gibi ağaçlara zarar verici nitelikte eylemlerden uzak durulmalıdır<sup>66</sup>. Gerçekten anıt ağaçlar buldukları yere anlam kazandırmakta ve yaşamın çevrelerinde şekillenmesini sağlamaktadır<sup>67</sup>. Örneğin, Isparta'nın Yalvaç ilçe merkezindeki anıt Doğu Çınarı yedi kahvehaneye gölgelik hizmeti vermektedir<sup>68</sup>. Özellikle köylerde insanların oturup sohbet ettikleri, köy pazarlarının kurulduğu veya köy meydanlarının bulunduğu yerler genellikle ulu ağaçların yakınında olmaktadır.

#### D. 2863 Sayılı Kanun'da Öngörülen Cezalar

2863 sayılı Kanun'un 65. maddesinin 1. fıkrasına göre tescil edilmiş anıt ağaçların bu Kanun'a göre tebliğ veya ilan edilmiş olmasına rağmen yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarar görmesine kasten sebep olanlar ile izin almadan inşai ve fiziki müdahalede bulunanlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılacaktır. Bu fıkra da belirtilen cezanın uygu-

<sup>62</sup> Anıt ağaç olarak tescil edilmiş dört çınar ağacının sağlıklı gelişimini engelleyen bir büfe hakkında verilen yıkım kararını Danıştay hukuka uygun bulmuştur. D14D, 08.05.2012, 4434/3263, Lexpera.

<sup>63</sup> "...davalı idarelerce, uyumsuzluğa konu 4 parsel sayılı taşınmazda "anıt ağaç" niteliğinde korunması gerekli tabiat varlıkları bulunduğu bilinmesine karşın, 1/1000 ölçekli uygulama imar planı değişikliği yapılırken yer verilen ilgili yasa ve ikincil mahiyetteki hukuki düzenlemeler gereği "İzmir Tabiat Varlıkları Koruma Bölge Komisyonundan" görüş alınması gerekli ve zorunlu iken, davalı idarelerce anılan yetkili idarenin görüşünün alınmadığı..." İzmir BİM, 3. İDD, 04.06.2020, 696/379, Lexpera.

<sup>64</sup> Ersöz, s. 15.

<sup>65</sup> Polat, s. 914.

<sup>66</sup> Sancakdar, s. 49.

<sup>67</sup> Sağlam/Özkan, s. 19.

<sup>68</sup> Genç/Güner, s. 272.

lanabilmesi için söz konusu ağacın tescil edilmesi<sup>69</sup> ve bu kararın tebliğ veya ilan edilmiş olması gerekmektedir. Kanun'un açık hükmü karşısında, istikbal anıt ağaçlara karşı maddede belirtilen eylemlerin gerçekleştirilmesi hâlinde söz konusu ceza uygulama alanı bulamayacaktır.

## SONUÇ

Anıt ağaçlar, binlere varan yaşlarıyla insanlık tarihine ışık tutan belge niteliğinde taşınmaz tabiat varlıklarıdır. Gelecek kuşaklara karşı önde gelen sorumluluklarımızdan biri “*tabiatın sessiz tanıkları*”<sup>70</sup> olan anıt ağaçların korunması, bakımlarının yapılması ve söz konusu ağaçlara zarar veren eylemlerin bertaraf edilmesidir.

Ülkemizde kültür ve tabiat varlıkları hukuku alanında akademik eser sayısı oldukça azdır. Özellikle anıt ağaçların hukuki statüsüne dair ayrıntılı bir çalışma bulunmamaktadır. Mevzuatta da anıt ağaçlara dair düzenlemeler oldukça eksiktir. Hatta 2863 sayılı Kanun'da “*anıt ağaç*” ifadesi bile geçmemektedir. Anıt ağaç kavramı, Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik'te tanımlanmış, tesciline ilişkin usul ve esaslar ile koruma önlemleri 110 sayılı ilke kararda düzenlenmiştir. Uygulamada netliğin sağlanabilmesi için anıt ağaçlara ilişkin kanuni düzenlemeler yapılmalıdır.

Genç ve Güner tarafından savunulan ve TS 13190 standardında yer verilen “*istikbal anıt ağaç*” kavramı kanuni dayanağa kavuşturulmalı, birkaç puan sebebiyle anıt ağaç statüsüne alınamayan ağaçlar da belirli ölçüde koruma altına alınmalıdır.

<sup>69</sup> “...Sanık ...'in,... köyünde ikamet ettiği ve Mezarlık mevkiinde bulunan ve sahibiyile ortak olarak kullandığı arazide bulunan bir yaşlı çınar ağacının bir dalını, ettiği sebze-lerin güneşini engellediği gerekçesiyle kestiği,..., her ne kadar ... Müze Müdürlüğü'nün 18.02.2011 tarihli raporunda, sanık ...'in dalını kestiği ağacın anıt ağaç ve bulunduğu arazinin de 1. Derece arkeolojik sit alanı olduğu belirtilmiş ve sanıklar hakkında 2863 sayılı Kanuna aykırılık suçundan dava açılmış ise de, aynı Müze Müdürlüğü'nün 12.05.2011 tarihli raporunda, davaya konu ağaç hakkında alınmış bir tescil kararının bulunmadığı, ağacın anıt ağaç olmadığı ve bölgenin de 1. derece arkeolojik sit alanı olmadığı belirtilmiştir, yine 15.04.2011 tarihinde olay yerinde yapılan keşfe iştirak eden arkeolog ve kadastro teknisyeninden alınan raporda, bölgenin sit alanı içerisinde bulunmadığını ve ağacın da anıt ağaç olmadığını belirttiği, sanık ...'in beyanında, ağacın anıt ağaç olduğunu bilmediğini, sadece bir dalını güneşi engellemesi nedeni ile kestiğini beyan ettiği,..., tüm dosya kapsamından sanıkların üzerlerine atılı suçun unsurlarının oluşmadığı ve mahkemece sanıkların atılı suçtan beraatlerine karar verilmesinde bir aykırılığın bulunmadığı anlaşılmakta;...” Y12CD, 20.10.2014, 25648/20334, Lexpera.

<sup>70</sup> <http://www.anitagaclar.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 06.04.2021.

Çevre ve Şehircilik Bakanlığının internet sitesinde yer alan bilgiler ve anıt ağaç tescil sürecine dair matbu formlar 110 sayılı ilke karar doğrultusunda güncellenmelidir. Anıt ağaçların tescil süreci hızlandırılmalı, ülkemizdeki anıt ağaç envanteri çıkarılmalı ve kayıt altına alınan anıt ağaçlara ilişkin bilgiler halkın kolayca erişebileceği şekilde bir internet sitesinde paylaşılmalıdır.

Yetkili idarelerde anıt ağaçların bakımı konusunda uzmanlaşmış personel istihdam edilmelidir. Anıt ağaçların bakımı hizmet alım ihalesiyle özel kişilere gördürülecekse iş deneyim belgesinde benzer iş kabul edilecek işler münhasıran anıt ağaçların bakımı, budanması veya restorasyonu ile sınırlı olmalı, klasik ağaç budama ve bakım işlerinin benzer iş kabul edilmemelidir.

### KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil:** Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.
- Alp, Şevket:** “Van Gölü Havzası’nda Anıt Ağaçları, Tespit Edilen Sorunlar ve Koruma Önerileri”, *Plant, C. 7, S. 23, Mart-Mayıs 2017, s. 56-59.*
- Arslan, Seher:** “Türklerde Ağaç Kültü ve “Hayat Ağacı””, *Uluslararası Sosyal ve Eğitim Bilimleri Dergisi, C. 1, S. 1, 2014, s. 59-71.*
- Asatekin, N. Gül:** Kültür ve Doğa Varlıklarımız Neyi, Niçin, Nasıl Korumalıyız?, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı DÖSİMM Basımevi, Ankara, 2004.
- Atik, Meryem/Balta, Sıla/Durak, Ayşe:** “Peyzajda Yaşayan Doğal Tarih: Anıt Ağaçlar”, *Plant, C. 7, S. 23, Mart-Mayıs 2017, s. 22-26.*
- Baytop, Asuman:** Türkiye’de Botanik Tarihi Araştırmaları, Tübitak Yayınları, Ankara, 2004.
- Bilgin, Sakine Nilüfer:** Ormanların İdare Hukuku Açısından Korunması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.
- Cowan, Andrew:** “Protecting Our Ancestors Legacy for the Generations of the Future”, 2004, <http://www.wbrc.org.uk/atp/Protecting%20our%20ancestors%20legacy%20-%20Arbor%20Ecology.pdf>, Erişim Tarihi: 08.04.2021.
- Çakmak, N. Münci:** İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Çaycı, Ahmet:** “Kavramlar ve Tanımlar”, *Mitoloji ve Din, Ed. Remzi Duran, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2018.*
- Çolak, Nusret İlker:** Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Ergun, Metin:** “Türk Ağaç Kültü İnancının Dede Korkut Hikayelerindeki Yansımaları”, *Türk Dili Araştırmaları Yıllığı – Belleten, C. 46, S. 1998/1, 1998, s. 71-80.*
- Ersöz, Ahmet Kürşat:** Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Evliya Çelebi:** Günümüz Türkçesiyle Evliyâ Çelebi Seyahatnâmesi: Kütahya- Manisa- İzmir- Antalya- Karaman- Adana- Halep- Şam-

Kudüs- Mekke- Medine, Hazırlayan: Seyit Ali Kahraman, 9. Kitap, 1. Cilt, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2011.

**Genç, Musa/Güner, Ş. Teoman:** Göller Bölgesi'nin Anıt Ağaçları, Isparta Valiliği İl Özel İdare Müdürlüğü, İdeal Matbaası, Ankara, 2003.

**Gözler, Kemal:** İdare Hukuku, Cilt I, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.

**Güneş, Yusuf:** Orman Hukuku, Ed. Aynur Aydın, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

**İstanbul Büyükşehir Belediyesi:** İstanbul'un Doğal Mirası Anıt Ağaçlar Anadolu Yakası, İhlas Gazetecilik, İstanbul, 2014.

**Karahanoğulları, Onur:** İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

**Küçük, Abanoz:** "Türk Ağaç Kültü Etrafında Teşekkül Eden Dokuz Oğul Efsanesi ve Toplumsal İşlevleri", Motif Akademi Halkbilimi Dergisi, C. 11, S. 22, 2018, s. 69-76.

**Özçelik, R:** "Mersin-Aydıncık İlçesi Anıt Dallı Servileri (Cupressus sempervirens L. var. horizontalis (Mill.) Gord.)", Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, C. 10, S. 2, 2006, s. 197-201.

**Palabaş Uzun, Seyran/Bozali, Nuri/Sivrikaya, Fatih:** "Kahramanmaraş'ın Tarihine Işık Tutan Anıt Ağaçlar", KSÜ Doğa Bilimleri Dergisi, C. 14, S. 2, 2011, s. 43-51.

**Polat, Zöhre:** "Doğanın Mirası Anıt Ağaçlar", Türk Tarım – Gıda Bilim ve Teknoloji Dergisi, C. 5, S. 8, 2017, s. 908-916.

**Read, Helen:** Veteran Trees a Guide to Good Management, English Nature Veteran Trees Initiative, UK, 2000.

**Sağlam, Serkan/Özkan, Ulaş Yunus:** "Zamanın Gizli Tanıkları ve Günümüzün Görkemli Yapıtları Anıt Ağaçlar", Plant, C. 7, S. 23, 2017, s. 16-20.

**Sancakdar, Oğuz:** Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

**Sarıbaş, Metin:** "Batı Karadeniz Bölgesi'nin Kayda Girmemiş Anıt Ağaçları", Ege Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 1, 2015, s. 13-21.

- Satıl**, Fatih: “Türk Kültüründe Ağaç ve Çınar”, 20.02.2017, <https://gazetemerhaba.com/turk-kulturunde-agac-cinar/>, Erişim Tarihi: 28.03.2021.
- Serdaroğlu**, Ümit: “Arkeolojik Sitlerde Koruma, Kullanma ve Planlama Sorunları”, Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurultayı, Ankara, 13-16 Mart 1990, s. 69-74.
- Sicard**, Harald Von: “The Tree Cult in the Zimbabwe Culture”, African Studies, C. 5, S. 4, 1946, s. 257-267.
- Umar**, Bilge/**Çilingiroğlu**, Altan: Eski Eserler Hukuku, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1990.
- Ünal**, Mehmet/**Başpınar**, Veysel: Orman Hukuku, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017.
- Yılmaz Turgut**, Nükhet: Çevre Politikası ve Hukuku, 2. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2012.
- Yurdadön Aslan**, Pınar/**Özkır**, Duygu/**Ofluoğlu**, Yasemin: “Bursa Kent Belleği ve Kimliğinin İnşasında Anıt Ağaçların Rolü”, C. 7, S. 19, 2016, s. 800-829.
- Yücer**, Hür Mahmut/**Küçük**, Serhat: “Tasavvuf Literatüründe Ağaç Sembolizmi ve Muhyî'nin Temsîl-i Şecer İsimli Eseri”, Academic Platform Journal of Islamic Research, C. 3, S. 1, 2019, s. 13-28.
- <https://kulturenvanteri.com/yer/agil-ardic-tabiata-niti-taskent/#16/36.862015/32.736561>, Erişim Tarihi: 02.04.2021.
- <https://www.anitagaclar.gov.tr/proje-hakkinda>, Erişim Tarihi: 12.07.2021.
- <https://www.crwflags.com/fotw/flags/ru-21.html>, Erişim Tarihi: 29.03.2021.
- <https://www.karamanhabercisi.com/mutta-anit-agac-zararli-bocege-teslim-oldu-11366h.htm>, Erişim Tarihi: 02.04.2021.
- [https://www.monumentaltrees.com/en/grc/crete/iraklion/18812\\_pizzeriakamilaridyolakoi/](https://www.monumentaltrees.com/en/grc/crete/iraklion/18812_pizzeriakamilaridyolakoi/), Erişim Tarihi: 02.04.2021.
- <https://www.monumentaltrees.com/en/>, Erişim Tarihi: 12.07.2021.
- [https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/cult\\_1?q=cult](https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/cult_1?q=cult), Erişim Tarihi: 28.03.2021.
- <https://ati.woodlandtrust.org.uk/>
- <http://lexpera.com.tr>
- <http://www.lugatim.com>



## TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ KANUNU'NUN "TİCARİ İŞLEM" KISTASI VE TARAF BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998253>

Arş. Gör. **Abdurrahman KAYIKLIK**<sup>\*,\*\*</sup>

### Öz

6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun uygulama alanı bağlamında özellikle kanun ismindeki "ticari işlem" ifadesi ve taraf bakımından öngörülen sınırlamalar bakımından soru işaretleri bulunmaktadır. Bu çalışma, TİTRK'in uygulama alanını bu açıardan incelemektedir. Bu amaçla ilk olarak TİTRK'in amacı ve istisnai niteliğinin uygulama alanına etkisi değerlendirilmiştir. Daha sonra "ticari işlem" in uygulama alanı bakımından bir kıstas teşkil edip etmediği sorgulanmıştır. Son olarak TİTRK'te taraflar bakımından öngörülen kısıtlamaların yerindeliği ele alınıp, bu kısıtlamaların borçlu dışındaki (üçüncü) bir kişinin rehin vermesi ve rehinli alacağın temlik ile rehin konusu taşınırın devri hallerinde ne ölçüde ve nasıl uygulanacağı üzerinde durulmuştur.

### Anahtar Kelimeler

Taşınır rehni, Teslimsiz rehin, Ticari işlemlerde taşınır rehni, Ticari işletme rehni, Rehin sözleşmesinin tarafları

---

\* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul (akayiklik@ku.edu.tr), ORCID: 0000-0003-0067-0461 (Geliş Tarihi: 08.03.2021-Kabul Tarihi: 09.06.2021)

\*\* Yorum ve önerileri için Dr. Öğr. Üyesi Işık Önay, Dr. Öğr. Üyesi Emek Toraman Çolgar ve Av. Nilay Dağdelen Yaşar'a teşekkür ederim.



**THE SCOPE OF APPLICATION OF THE LAW ON  
NON-POSSESSORY PLEDGE IN COMMERCIAL TRANSACTIONS  
IN TERMS OF THE “COMMERCIAL TRANSACTION”  
CRITERION AND PARTIES**

*(Research Article)*

**Abstract**

*There are question marks over the scope of application of the Law on Non-Possessory Pledge in Commercial Transactions (the Law no. 6750) concerning the “commercial transaction” criterion and restrictions regarding parties. This paper aims to clarify the scope of application of the Law as far as the said aspects are concerned. First, the paper discusses the impact of the Law’s object and purpose and the fact it constitutes an exception to general provisions on the Law’s scope of application. The paper then questions whether the term “commercial transaction” in the Law’s title serves as a criterion restricting its scope of application. Finally, the paper examines the issues concerning the parties, including whether the restrictions are well-founded and to what extent these are applicable in the event that a third person (i.e. a person other than the debtor) pledges an asset, the secured debt is assigned, or the pledged asset is transferred.*

**Keywords**

*Pledge of a movable asset, Non-possessory pledge, Non-possessory pledge in commercial transactions, Pledge of a commercial enterprise, Parties to a pledge agreement*

## GİRİŞ

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ("TİTRK" veya "Kanun"),<sup>1</sup> teslimsiz taşınır rehni verilmesini ve böylece finansmana erişimi kolaylaştıran hükümler öngörmektedir. Bununla birlikte TİTRK kapsamında teminat altına alınacak alacağın kaynağı, rehin ilişkisinin tarafları ve lehine rehin verilen kişilerin kimler olabileceği konularında belirsizlikler bulunmaktadır. TİTRK'in uygulama alanının açıklığa kavuşturulabilmesi için Kanun kapsamında hangi alacaklar için kimin (rehin veren), kime (rehinli alacaklı) ve kim lehine (kimin borcu için - borçlu) rehin hakkı tesis edebileceği soruları cevaplanmalıdır. Bu çalışma, anılan sorulara yanıt aramaktadır.

TİTRK'te öngörülen düzenlemelerin önemli bir kısmı, Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu ("UNCITRAL" - *the United Nations Commission on International Trade Law*) tarafından hazırlanan UNCITRAL Teminatlı İşlemler Hakkında Model Kanun'la ("Model Kanun" - *the UNCITRAL Model Law on Secured Transactions*)<sup>2</sup> paralellik arz etmektedir<sup>3</sup>. Model Kanun'da, rehin sözleşmesinin tarafları veya rehinle teminat altına alınabilecek alacağın hangi hukuki işlemde doğması gerektiğine dair herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Nitekim Model Kanun'un temellerini atan UNCITRAL Teminatlı İşlemler Hakkında Yasama Kılavuzu ("Kılavuz" - *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*),<sup>4</sup> tarihsel süreçte özellikle teslimsiz taşınır rehni bakımından birçok hukuk sisteminde hem rehinli alacaklı hem de rehin veren bakımından çeşitli sınırlamalar öngörüldüğünü, ancak modern teminat hukukunda bu yaklaşımın terk edilmeye başladığını belirtmektedir<sup>5</sup>. Kılavuz'da, rehinli alacaklı veya rehin veren taraf bakımından herhangi bir sınırlamaya gidilmemesi önerilmekte, tüketiciler dahil tüm gerçek ve tüzel kişilerin teslimsiz taşınır rehni yoluyla finansmana erişimine olanak sağlanması tavsiye edilmektedir<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> 6750 sayılı Kanun, 28.10.2016 tarih ve 29871 sayılı RG.

<sup>2</sup> Model Kanun tam metni için bkz. [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779\\_e\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf) erişim tarihi: 5 Mart 2021.

<sup>3</sup> Bu paralelliğe ilk olarak dikkat çeken **Hamamcıoğlu, Esra/Karamanhoğlu, Argun:** "6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na İlişkin Bazı Tespitler", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, Sa. 2, 2016, s. 98.

<sup>4</sup> Kılavuz metni için bkz. [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/09-82670\\_ebook-guide\\_09-04-10english.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/09-82670_ebook-guide_09-04-10english.pdf) erişim tarihi: 5 Mart 2021.

<sup>5</sup> Kılavuz I-N10; II-N37.

<sup>6</sup> Kılavuz I-N10, 11; recommendation 2(b); II-N35-37.

Kılavuz'un bu önerisi, yukarıda anıldığı üzere Model Kanun tarafından benimsenmiştir.

TİTRK bakımındansa durum farklıdır. Kanun'un amacı, m. 1'de teslimsiz taşınır rehnine yaygınlık kazandırmak ve böylece finansmana erişimi kolaylaştırmak olarak genel bir biçimde formüle edilmiştir. Öte yandan Kanun'un ismindeki “*ticari işlemlerde*” ifadesi, teminat altına alınabilecek alacağın kaynağı bakımından da bir sınırlama söz konusu olabileceği izlenimini doğurmaya elverişlidir. Üstelik TİTRK m. 3, taraf bakımından bazı sınırlamalar öngörmektedir<sup>7</sup>. Aşağıda hem ticari işlem kıstası tartışılacak hem de taraf bakımından öngörülen kısıtlamaların yerindeliği ve borçlu dışında bir kişi tarafından rehin verilmesi ile rehinli alacak veya rehin konusu taşınırın devri halinde uygulanabilirliği incelenecektir. Bu kapsamda öncelikle TİTRK'in amacı ve istisnai niteliği üzerinde durularak kapsama dair yapılacak incelemede benimsenecek yaklaşım açıklanacaktır. Devamında TİTRK'e ismini veren “*ticari işlem*” ifadesinin Kanun'un uygulama alanına herhangi bir etkisi olup olmadığı tartışılacaktır. Takip eden bölümde TİTRK'in taraf bakımından kapsamı değerlendirilip bu açıdan özellik arz eden hususlar incelenecektir. Sonuç kısmında çalışmada yapılan tespitler özetlenecek ve taraflara dair yeni bir hüküm önerisine yer verilecektir.

## I. UYGULAMA ALANININ TESPİTİNDE BENİMSENECEK YAKLAŞIM

### A. Sorunun Ortaya Konulması

TİTRK kapsamında rehinle teminat altına alınacak alacağın bir ticari işlemden doğması gerekip gerekmediği ve rehin sözleşmesinin taraflarıyla borçlunun kimler olabileceği meseleleri aşağıda ayrı başlıklar altına ele alınacaktır. Bu bölümdeyse söz konusu sorulara verilecek cevapların tutarlılığını sağlamak adına benimsenecek yaklaşım açıklanacaktır.

Öncelikle anılan sorunların çözümünde Kanun metninin yardımının sınırlı olduğu vurgulanmalıdır. Örneğin Kanun'un isminde geçen “*ticari işlem*” ifadesi, TİTRK'te tanımlanmadığı gibi anılan kıstasın nasıl uygulanacağı konusunda herhangi bir düzenleme de mevcut değildir. Yine Kanun m. 5(9)'da borçlu dışındaki kişilerin TİTRK kapsamında teslimsiz taşınır rehni kurabilmesine izin verilmekle birlikte bu durumda rehin verenin ve

<sup>7</sup> Hüküm, “*rehinde taraflar*” başlığıyla rehin sözleşmesinin taraflarından bahsetse de düzenlenen esasen rehinli alacaklı ile lehine rehin verilen kişilerdir. Bu konuda bkz. aşağıda III.C.2.

borçlunun m. 3'te sayılan kişilerden olması gerekip gerekmediği açık değildir. Benzer şekilde rehinle teminat altına alınmış alacağın temlik halinde devralanın, TİTRK m. 3'te rehinli alacaklı olmasına imkân tanınan kişilerden olmasının aranıp aranmayacağı Kanun tarafından açıklığa kavuşturulmamıştır. İşte bu sorulara cevap aranırken tutarlığının sağlanması adına TİTRK'in amacı ve Medeni Kanun'un ("MK") teslimli taşınır rehnini esas alan düzenlemeleri karşısındaki istisnai konumunun TİTRK'in dar yorumunu gerekli kılmadığı ele alınmalıdır.

### B. TİTRK'in Amacı

TİTRK'in amacı, m. 1(1) uyarınca "*teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması ... suretiyle finansmana erişimi kolaylaştırmaktır*". Kanun'un ilk maddesinde ortaya konulan amaç, genel olarak teslimsiz taşınır rehninin yaygınlaştırılmasıdır. Bu hükümde finansmana erişimi kolaylaştırılacak kişi veya finansmanı sağlanacak işlemler bakımından herhangi bir sınırlama yer almamaktadır. Selefî Ticari İşletme Rehni Kanunu ("TİRK") ile mukayese edildiğinde TİTRK, rehin sözleşmesine taraf olabilecek kişilerin ve rehne konu olabilecek taşınırların kapsamını genişleterek Kanun uyarınca teslimsiz olarak rehin kurulabilecek hâllerin kapsamını genişletmektedir. Kanun bunun yanında aleniyetin sağlanması ve rehlin paraya çevrilmesine dair özel düzenlemelerle de taşınır rehinden faydalanacak taraflara, bilhassa finansman sağlayanlara, daha cazip bir hukuki çerçeve sunmayı hedeflemektedir<sup>8</sup>. Bu yönüyle Kanun'un teslimsiz taşınır rehnini hem uygulama alanına dair hukuki sınırlamaları daraltarak hem de tarafların bu teminat modeline ilgisini artırarak yaymayı amaçladığı açıktır.

Öte yandan TİTRK'in amacının daha sınırlı anlaşılmasını destekleyecek kimi argümanlar ileri sürülebilir. İlk olarak TİTRK Genel Gerekeçe'sinde sadece küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin ("KOBİ") ülke ekonomisindeki rolü vurgulanmakta, bunlar için finansmana erişimde güçlüklerle işaret edildikten sonra TİTRK tasarısının KOBİ'lerin finansmana ulaşmasını kolaylaştırma amacı güttüğü belirtilmektedir<sup>9</sup>. TİTRK'e KOBİ'lerin finansmana erişimi perspektifinden bakan bu yaklaşım, ilgili dönem Ticaret

<sup>8</sup> TİTRK'in dört temel amacından bahseden **Baydak**, Ecrin: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, İstanbul 2018, s. 13-17.

<sup>9</sup> Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Tasarısı (1/753) ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu (Yasama Dönemi 26, Yasama Yılı 1, Sıra Sayısı 418) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss418.pdf> erişim tarihi: 5 Mart 2021, s. 4-5.

Bakanları tarafından Kanun'un kabulü ve uygulaması aşamalarında verilen demeçlere de yansımıştır<sup>10</sup>. Buradaki KOBİ vurgusu, kanun metnine doğrudan yansımış değildir; çünkü TİTRK, rehin ilişkisinin taraflarını KOBİ'leri aşar şekilde son derece geniş düzenlemiştir (m. 3). Örneğin serbest meslek erbabı dahi anılan hükme göre TİTRK kapsamında kurulacak rehinden faydalanabilecektir. Kanun'un ismindeki "*ticari işlemlerde*" ifadesi Gerekçe'de belirtilen amacın Kanun'daki nadir yansımalarındandır. Fakat aşağıda açıklanacağı üzere<sup>11</sup> söz konusu ifade de TİTRK metniyle uyumsuzdur.

Gerekçe; teslimsiz taşınır rehninin finansmana erişimi kolaylaştırmak için yaygınlaştırılması amacını, KOBİ'lerin rekabetçi gücünün ve ülke ekonomisine katkısının artırılması perspektifinden sunmaktadır. Kanun'da belirtilen amaç ve uygulama alanı ise Gerekçe'de ortaya konulan amacın ötesine geçmektedir. O halde TİTRK hükümleri yorumlanırken esas alınacak amaç hangisidir? Öncelikle gerekçenin kanun yorumunda bağlayıcı olmadığı hatırlatılmalıdır. Bununla birlikte Gerekçe'deki amaçla TİTRK m. 1(1)'de belirtilen amaç arasında gerçek bir çelişkiden ziyade kapsam bakımından farklılık bulunduğunu vurgulamak gerekir. Zira TİTRK, Gerekçe'de belirtilen amacı boşa çıkarmamakta, yalnızca onu kapsayan ve (m. 3'te kişi bakımından kapsamı daha geniş tutarak) aşan bir amaç ve tatbik sahası sunmaktadır. Bu durumda Kanun'da belirtilen amacın esas alınması, bağlayıcı olmayan Gerekçe'ye dayanan herhangi bir sınırlamaya mahal vermeyerek hukuk güvenliğine hizmet edecektir. Ayrıca TİTRK m. 1(1)'de belirtilen amaç, Gerekçe'deki amaçla çelişmediğinden onun gerçekleşmesine herhangi bir şekilde engel teşkil etmeyecektir. Bu yüzden çalışmanın kalanında TİTRK'in amacı, KOBİ'lerin finansmana erişimiyle sınırlı olarak anlaşılmayacak; Kanun'a m. 1(1)'de işaret edildiği üzere daha geniş bir amaç ve kapsam atfedilecektir.

### C. TİTRK'in İstisnai Niteliğinin Kanun Kapsamına Etkisi

Taşınırın rehninde esas olan taşınır eşyanın zilyetliğinin alacaklıya geçirilmesi suretiyle teslim bağli rehin kurulmasıdır (MK m. 939(1))<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Bkz. Gümrük ve Ticaret Bakanı Bülent Tüfenkci'nin 23 Aralık 2016 tarihli açıklaması ([www.ticaret.gov.tr/haberler/bakan-tufenkci-ticari-tasinir-rehni-noterler-terafindan-gerceklestirilecek](http://www.ticaret.gov.tr/haberler/bakan-tufenkci-ticari-tasinir-rehni-noterler-terafindan-gerceklestirilecek), erişim tarihi: 5 Mart 2021) ve ilgili dönem Ticaret Bakanı'nın 17 Şubat 2019 tarihli açıklaması (<https://ticaret.gov.tr/haberler/bakan-pekcan-tasinir-rehni-kobileri-finansmanda-rahatlatti>, erişim tarihi: 5 Mart 2021).

<sup>11</sup> Bkz. Bölüm II.

<sup>12</sup> **Sirmen**, Lale: Eşya Hukuku, 7. Bası, Ankara 2019, s. 681; **Nomer**, Haluk Nami/**Ergüne**, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2017, N. 713. Taşınır rehninde

Tescil yoluyla kurulan teslimsiz rehin, bu kuralın bir istisnasını oluşturur<sup>13</sup>. TİTRK kapsamında taşınır rehni, bu anlamda MK'nın teslimine bağlı taşınır rehni hükümlerine istisna teşkil etmektedir<sup>14</sup>. Bu durumda TİTRK'in kapsamını belirleyen hükümler bakımından istisnaların dar yorumlanması<sup>15</sup> gerektiğinden hareketle dar yorumun uygun olacağı düşünülebilir<sup>16</sup>. Buna karşın TİTRK'in amacı, yukarıda tespit edildiği üzere teslimsiz taşınır rehni yaygınlaştırılması ve bu yolla finansmana erişimin kolaylaştırılmasıdır<sup>17</sup>. Başka bir ifadeyle TİTRK, MK'nın teslimine bağlı taşınır rehnine dayalı düzenlemeleri karşısında istisnai nitelikte olan teslimsiz taşınır rehnini yaygınlaştırmayı amaçlamaktadır<sup>18</sup>.

İlk bakışta çelişkili gözükebilecek bu durum, TİTRK'in amacına dair m. 1(1) hükmü ile tarafları düzenleyen m. 3 hükmü birlikte okunarak aşılabilir. TİTRK m. 1(1), "*finansmana erişimi*" kolaylaştırmaktan söz etmektedir. Kanun'un teslimsiz taşınır rehnini yayma gayesi, finansman ihtiyacını gidermesi kolaylaştırılmak istenen kişiler için söz konusudur. Bu kişiler,

---

geçerli "*sıkı teslim*" ilkesinden bahseden, **Serozan**, Rona: Eşya Hukuku I, 3. Bası, İstanbul 2014, N. 1458 vd.

<sup>13</sup> Nitekim Serozan, teslimine bağlı olmayan (sicilli) taşınır rehnini "*sıkı teslim ilkesinin delinmesi*" başlığı altında ele almaktadır, **Serozan**, s. N. 1467-1470.

<sup>14</sup> Ticari işletme ve unsurlarının teslimsiz rehni istisnai niteliği hakkında bkz. **Şit İmamoğlu**, Başak: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017, s. 5-7.

<sup>15</sup> Yerinde tartışma konusu olan bu yorum kuralı hakkında bkz. **Larenz Karl/Canaris**, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Bası, Berlin/Heidelberg 1995, s. 174-176; **Yongalık**, Aynur: "İstisnalar Dar Yorumlanır" Kuralı ve Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, Sa. 1, 2011, s. 1-15.

<sup>16</sup> Mülga TİRK döneminde bu yönde bir yaklaşım benimseyen, **Teoman**, Ömer: "Tacir Ticari İşletmesini Üçüncü Bir Kişinin Borcunun Güvencesi Olarak Rehnedebilir mi?", iç: Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, s. 84; TİTRK döneminde benzer bir değerlendirme için bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 5 vd.; 19.

<sup>17</sup> Bu açıdan karşı. mülga TİRK Genel Gerekeçesi: "*Nihayet ticari işletme rehni teslimi meşrut rehin hükümlerine bir istisna olduğu daima göz önünde bulundurulmalıdır. Teslimi meşrut rehin hükümlerinin sağladığı faydalar bu prensiplere getirilen istisnaların sınırlı olmasını zorunlu kılmaktadır.*", Bursa Milletvekili Kasım Önadım'ın, Ticari İşletme Rehni Kanun Teklifi ve Ticaret ve Adalet Komisyonları Raporları (2/17, Dönem 3, Toplantı 1, Sıra Sayısı 128) [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM\\_/d03/c012/mm\\_\\_03012066ss0128.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d03/c012/mm__03012066ss0128.pdf) erişim tarihi: 5 Mart 2021, s. 1.

<sup>18</sup> TİTRK'in amacı Genel Gerekeçe'ye uygun olarak daha dar kabul edilse dahi bu problemin -aynı ölçüde olmasa da- yine gündeme geleceği not edilmelidir. Çünkü amaç sadece KOBİ'lerin finansmana erişimini sağlamak adına teslimsiz taşınır rehnini yaymak olarak alınsa dahi yine istisnai düzenlemenin (teslimsiz taşınır rehni) uygulamasını yayma amacı söz konusu olacaktır.

TİTRK m. 3'te rehin veren -esasen lehine rehin verilen- olarak sayılan kişilerdir. Ayrıca TİTRK, MK'nın teslimli taşınır rehnini esas alan sistemini bertaraf etme amacı gütmemekte, yalnızca m. 3'te sayılan kişilerin finansman gereksinimlerinin görülmesi bakımından bir alternatif sunmaktadır. Bir başka deyişle taraflar dilerlerse MK'nın teslimli taşınır rehni hükümlerine dilerlerse TİTRK'in teslimsiz taşınır rehnine imkân tanıyan hükümlerine göre rehin tesis edebilirler. Kanun koyucu, MK'nın teslimli rehne dayalı sistemine önemli bir istisna teşkil eden bu düzenlemeyi, finansmana daha kolay erişmelerini istediği belirli kişiler bakımından öngörmüştür. Dolayısıyla kanun koyucunun amacı çerçevesinde yani bu kişilerin finansmana erişimi bağlamında TİTRK hükümlerini -teslimsiz taşınır rehninin istisnai niteliğine binaen- dar yorumlamaya ihtiyaç yoktur<sup>19</sup>. Öte yandan Kanun'un uygulama alanının TİTRK m. 3'te sayılan kişilerin dışına taşma ihtimali olan hallerde ilgili hükümlerin yorumunda temkinli olmakta ve ulaşılan sonucu kanun koyucunun amacıyla teyitte fayda vardır. Sonuç olarak bu çalışmada TİTRK'in özellikle taraf bakımından kapsama dair düzenlemeleri, tespit edilen amaç çerçevesinde değerlendirilecek; bu çerçeveye içerisinde dar yoruma başvurulmayacaktır.

## II. TİTRK'İN UYGULANMASINDA “TİCARİ İŞLEM” KAVRAMININ BİR KISTAS TEŞKİL EDİP ETMEDİĞİ SORUNU

TİTRK'in uygulama alanının tespiti için Kanun isminin ilk iki kelimesine bir anlam yüklenip yüklenmeyeceği de belirlenmelidir. Daha önce ifade edildiği üzere, Kanun ve ilgili ikincil mevzuatta<sup>20</sup> ticari işlem kavramı tanımlanmış değildir. Kavram, ticaret hukukundaki ticari iş kavramıyla ilişkili görülebilir. Türk Ticaret Kanunu (“TK”) m. 3, ticari işleri TK'da düzenlenen hususlarla (örneğin haksız rekabet, kıymetli evrak veya taşıma işleri) bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller olarak tanımlamaktadır. Ticari iş karinesine dair TK m. 19 ise tacirin borçlarının ticari (iş) olması

<sup>19</sup> Nitekim istisnaların “*kendi dar amaçları kapsamında geniş yorumlanabileceği*” hususuna isabetli olarak dikkate çeken, **Yongalık**, s. 12; keza bkz. **Larenz/Canaris**, s. 176.

<sup>20</sup> TİTRK kapsamında çıkarılan üç yönetmelik şu şekildedir: Ticari İşlemlerde Rehlin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik (“Ana Yönetmelik”), Rehlin Taşınır Sicili Yönetmeliği (“Sicil Yönetmeliği”) ve Ticari İşlemlerde Taşınır Varlıkların Değer Tespiti Hakkında Yönetmelik (“Değer Tespiti Yönetmeliği”); tümü için bkz. 31.12.2016 tarih ve 29935 sayılı RG (3. mükerrer).

<sup>20</sup> Yönetmelik burada “[r]ehin hakkını devralan” üçüncü kişiden bahsetse de kast edilen aşağıda ele alınacağı üzere alacağı devralan kişi olmalıdır.

esasını kabul etmekte ve bir taraf için ticari iş sayılan sözleşmeleri kural olarak diğer taraf için de ticari iş saymaktadır<sup>21</sup>. TİTRK m. 3 kapsamında iki esnaf arasında dahi rehin sözleşmesi kurulabildiği dikkate alındığında teminat altına alınan alacağa kaynaklık eden işlemin, TK'da düzenlenen hususlardan olmaması ihtimalinde ticari işten söz etmek mümkün olmayacaktır. O halde ticari işlem kavramı, TK anlamında ticari işle örtüşmemektedir<sup>22</sup>.

Ticari iş kavramıyla örtüşmediği ortaya konulan ticari işlem kavramı, kendisine yüklenecek anlama göre TİTRK'in kapsamını kısıtlayıcı bir araca dönüşebilir. Nitekim öğretilerdeki bir yaklaşıma göre ticari işlem kavramı "işletme ve mesleki faaliyet kapsamında ya da ilgili olarak kazanç elde etmek üzere girilen her türlü iş(i)" ifade eder<sup>23</sup>. Bu yaklaşım benimsenirse TİTRK kapsamında rehin, ancak az evvel tanımlandığı şekliyle ticari işlemlerden doğan, bir başka deyişle gelir elde etmek amacıyla işletmesel veya mesleki faaliyetle bağlantılı olarak yapılan işlemlerden kaynaklanan alacaklar için verilebilecektir<sup>24</sup>. Kanun ismine Kanun'un uygulama alanını sınırlandırıcı bir anlam atfeden bu yaklaşım kabul edilmemelidir. Aşağıdaki gerekçelerle TİTRK kapsamında işletme veya mesleki faaliyetle bir bağlantı

<sup>21</sup> Ticari iş kavramı hakkında bkz. **Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 26. Bası, Ankara 2020, s. 71 vd.

<sup>22</sup> Bu tespit konusunda bugün öğretilerde neredeyse oybirliği bulunmaktadır, ilgili tespiti ilk defa yapan, **Hamamcıoğlu/Karamanlıoğlu**, s. 100; bununla birlikte karşı. **Aytaç**, Zühtü: "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kapsamında Taraflar", iç: Sirmen, Lale/Özbilen, Barış (ed.), Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 92; Kanun'un ismi sebebiyle sadece ticari işlerden doğan borçlar için TİTRK kapsamında rehin verilebileceği yönünde, **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı, 2. Bası, İstanbul 2019, s. 549 dn. 479.

<sup>23</sup> **Antalya**, O. Gökhan/**Acar**, Faruk: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, 3. Bası, İstanbul 2020, s. 23.

<sup>24</sup> **Gürpınar**, Damla: "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehinin Teslime Bağlı Taşınır Rehni Kurallarından Ayrılan Yönleri", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, Sa. 1, 2017, s. 126 ve 148; **Karakuş Erbaş**, Burcu: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Ve Rehin Alacaklısının Korunması, Ankara 2018, s. 39; **Uyumaz**, Alper/**Türk**, Mehmet Cemil: "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Düşünceler", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, Sa. 2, 2019 (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı), s. 1423; **Yurtman**, Hazalcan: 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Temerrüt Sonrası Haklar, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 11-13; **Antalya/Acar**, s. 23; **Ergüne**, Mehmet Serkan: Hukukumuzda Taşınır Rehinin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehinin Kuruluşu, 2. Bası, İstanbul 2020, s. 79-80; gelir elde etmeye yönelik faaliyetlerle sınırlı bir kapsam öneren, **Aksoy**, Mehmet Ali: "Yeni Bir Kurum Olarak Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni'nin Ticari İşletme Rehni ile Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Dergisi, Cilt 76, Sa. 1, 2018, s. 57.



veya gelir elde etme amacı aranmaksızın her türlü alacak için teminat verilebilmesi mümkündür<sup>25</sup>.

İlk olarak vurgulamak gerekir ki kanunların isimleri bir yana, somut düzenlemeleri içeren maddelerle çok daha yakın ilişkisi bulunan kenar başlıklarının kanun metninden sayılması dahi tartışmalıdır<sup>26</sup>. Bu mesele bir tarafa, Kanun isminde geçen ticari işlem kavramının tanımı TİTRK metninde verilmediği gibi kavramın içeriğini doldurmayı sağlayacak bir kıstas da Kanun'da mevcut değildir. Hatta TİTRK m. 1(3), ticari işlem kavramını çağrıştıracak herhangi bir nitelemede bulunmadan sadece “*bir borca*” teminat teşkil etmek üzere Kanun kapsamında rehin verilebileceğinden bahsetmektedir.

Kanun'un amacı gereği finansmana erişimin sadece mesleki/işletmeyle bağlantılı ihtiyaçlarla kısıtlanması gerektiği ve ticari işlem kavramının Kanun'un uygulama alanını böylece sınırlayabileceği düşünülebilir. Nitekim yukarıda, öğretilerde bu tarz bir yaklaşıma rastlandığı belirtilmiştir. Ancak meslek veya işletmeyle bağlantılı finansman ihtiyacıyla şahsi finansman ihtiyacını kesin şekilde ayırmak, gerçek kişi borçlular bakımından son derece güç olacaktır. Söz konusu ayırımın, TİTRK m. 4(6)(b) uyarınca<sup>27</sup> borcun konusunun rehin sözleşmesinde yer almasının zorunlu olduğu dikkate alınırsa sicil yetkililerince yapılabileceği ileri sürülmüştür<sup>28</sup>. Ancak borcun konusunun rehin sözleşmesinde belirtilmesi, anılan güçlüğü ortadan kaldır-

<sup>25</sup> TİTRK kapsamında rehinle temin edilecek alacağın ticari (işlemden doğmuş) olmasının aranmadığı yönünde, **Şit İmamoğlu**, s. 7-8; **Baydak**, s. 26; **Yıldız**, M. Enes: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 22; **Şenocak**, Kemal/**Kahraman**, Zafer/**Tuncer Kazancı**, İdil/**Öcal Apaydın**, Bahar: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, Ankara 2019, s. 118; **Yatağan Özkan**, Çiğdem: “Ticari İşletme Rehininde Yeni Sorunlar: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu”, iç: Temel, Erhan/Kırca, Çiğdem (ed.), Türk ve Alman Özel Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Ankara 2020, s. 221; **Ayhan**, Rıza/**Çağlar**/Hayrettin / **Özdamar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 13. Bası, Ankara 2020, s. 170.

<sup>26</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi, 26 Ocak 1944 tarihli bir yorum kararında madde başlıklarının kanun metninden sayılmayacağını belirtmiştir (bkz. 4.2.1944 tarihli ve 5621 sayılı RG, karar no: 1367). TK m. 1534, kenar başlıklarının kanun metnine dahil olduğunu açıkça hükme bağlarken Anayasa m. 176(2), kenar başlıklarının metne dahil olmadığını belirtmektedir. Konuya ilişkin bkz. **Saymen**, Ferit: “Matlaplar Kanun Mudur?”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. 10, Sa. 3-4, 1944, s. 565-578; **Oğuzman**, M. Kemal/**Barlas**, Nami: Medeni Hukuk, 26. Bası, İstanbul 2020, N. 252.

<sup>27</sup> Ayrıca bkz. Ana Yönetmelik m. 9(1)(ç).

<sup>28</sup> **Antalya/Acar**, s. 24.

mamaktadır<sup>29</sup>. Keza ticari/mesleki malvarlığı - adi malvarlığı (unsurları) arasında kesin çizgilerle bir ayırım yapmak, finansmana erişim bağlamında mümkün olmayabilir. Örneğin bir gerçek kişi tacirin kişisel bir ihtiyacı için finansmana hiç erişememesi veya ilgili alacak için TİTRK kapsamında teminat veremediği için daha kötü şartlarda erişmesi, pekâlâ tacirin ticari sahası bakımından mali güçlükler sebebi olabilir. Bu yüzden TİTRK kapsamında teminat altına alınacak alacakların, borçlunun işletmesiyle veya mesleki faaliyetle bağlantılı bir iş veya işlemde doğmuş olması gerekmez. Kanun başlığında yer alan "ticari işlem" kavramı, tabiri caizse *lafta kalmıştır* ve bu yüzden TİTRK'in uygulama alanına herhangi bir etkisi yoktur<sup>30</sup>.

Ticari işlem kavramına dayanarak TİTRK kapsamının sınırlanmasına yönelik ikinci argüman, kavramın ikinci kelimesine odaklanarak sadece hukuki işlemlerden doğan borçlar için Kanun kapsamında rehin verilebileceğidir. Bu görüşe göre haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar için TİTRK kapsamında rehin verilemeyecektir<sup>31</sup>. TİTRK'in belirli kişilerin finansman ihtiyacının giderilmesini hedeflediği düşünüldüğünde bu ihtiyacın bir sözleşme ilişkisinden mi yoksa haksız fiil yahut sebepsiz zenginleşmeden mi doğduğuna bakarak Kanun'un uygulama alanını daraltmanın bu amaçla uyumadığı açıktır. Nitekim yukarıda teminat altına alınacak alacağın mesleki veya işletmesel faaliyetle dahi bağlantılı olması gerektiği sonucuna varılmıştı. Oysa haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme Kanun kapsamı dışına itildiğinde örneğin bir tacirin işletmesiyle bağlantılı olarak başka bir tacire hukuka aykırı bir fiil sonucu zarar vermesi halinde TİTRK kapsamında bu borç için rehin verilmesi mümkün olmayacaktır<sup>32</sup>. Kaldı ki haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğan borç için TİTRK kapsamında teminat verilemeyeceği kabul edilse dahi aynı borç için çekilen bir kredi bakımından rehin verilmesi mümkün olacaktır. Bu yüzden TİTRK hükümlerine göre

<sup>29</sup> Aynı yönde, **Baydak**, s. 23.

<sup>30</sup> Bununla birlikte ticari işlem kavramını TİTRK kapsamında rehin hakkı tesisine yönelik olarak yapılan işlemler veya benzer şekilde tanımlamanın (örneğin bkz. **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 169) da gerekli olmadığı kanaatindeyim. Kanun ismindeki bu ifadeyi tanımlamak yerine Kanun'un uygulama alanına bir etkisi olmadığı sonucunu vurgulamak daha isabetli bir tercih olacaktır.

<sup>31</sup> Bu yönde bkz. **Karakuş Erbaş**, s. 38; **Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2018, s. 52; **Yurtman**, s. 14-15.

<sup>32</sup> TİTRK kapsamında rehinli alacaklı olabilecekler sınırlı olduğundan haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğan borçların genelde tacir ve esnaflar arasında doğacağı tahmin edilebilir. Dolayısıyla anılan tartışmanın pratik etkisi düşüktür.

yalnızca hukuki işlemlerden doğan alacakların teminat altına alınabileceği görüşü de reddedilmelidir<sup>33</sup>.

### III. TİTRK'İN KİŞİ BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI AÇISINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

#### A. Genel Olarak

TİTRK m. 3, rehin sözleşmesinin<sup>34</sup> taraflarını iki farklı ihtimale göre düzenlemektedir. Bunlardan ilki, rehinli alacaklının kredi kuruluşu, rehin verenin ise tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü veya serbest meslek erbabı olmasıdır (m. 3(1)(a)). İkinci ihtimale tacirler ve esnafın kendi aralarında ya da birbirleriyle rehin sözleşmesi kurmalarıdır (m. 3(1)(b))<sup>35</sup>. Aşağıda tekrar ele alınacağı üzere<sup>36</sup> TİTRK'in taraf bakımından öngördüğü bu sınırlama, ilk planda rehin verenin borçlu olacağı varsayımı üzerine bina edilmiştir.

TİTRK m. 3(1)(a)'da taraflardan hangisinin rehinli alacaklı, hangisinin rehin veren tarafta yer alacağı açıkça ifade edilmese de hüküm, “[k]redi kuruluşları ile” diyerek anılan diğer tarafları ayırdığından kredi kuruluşunun rehinli alacaklı olması gerektiğinin kast edildiği açıktır. Nitekim Ana Yönetmelik m. 10(3),<sup>37</sup> bu sonucu teyit etmektedir. Dolayısıyla burada yönetmeliğin kanuna aykırı bir düzenleme içermesi söz konusu değildir<sup>38</sup>.

Kanun ve ikincil mevzuat, rehin sözleşmesinin taraflarını TK, Bankacılık Kanunu gibi ilgili mevzuata atıfla tanımlamaktadır<sup>39</sup>. İlgili tanımlar ışığında tarafların kimler olabileceği, daha önce birçok çalışmada detaylı

<sup>33</sup> Aynı sonuca varan, **Aytaç**, s. 93; **Baydak**, s. 24-25; **Antalya/Acar**, s. 21; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 169; **Ergüne**, s. 79.

<sup>34</sup> TİTRK m. 2(1) uyarınca rehin sözleşmesi “[r]ehin hakkını tesis etmek amacıyla rehin veren ile alacaklı arasında imzalanan sözleşmeyi... ifade eder”.

<sup>35</sup> Kanun hükmü bu ihtimali tacir “ve/veya” esnafın şeklinde ifade etmektedir ve hukuk tekniği açısından şık olmayan bu ifade haklı olarak eleştirilmektedir, bkz. **Göle**, Celal/**Aydoğan**, Gökhan: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu”nun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 33, Sa. 1, 2017, s. 14.

<sup>36</sup> Bkz. Bölüm III.C.2.

<sup>37</sup> “Rehin hakkı ancak şu kişiler arasında kurulabilir; a) Rehin alacaklısı bir kredi kuruluşu ile rehin veren tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü veya serbest meslek erbabından herhangi biri...”.

<sup>38</sup> Benzer yönde, **Antalya/Acar**, s. 32 ve dn. 36; aksi yönde, **Göle/Aydoğan**, s. 13.

<sup>39</sup> Bkz. TİTRK m. 2(1)(b), (c), (e), (ğ), (j) ve (l); Ana Yönetmelik m. 4(1)(b), (ç), (ğ), (h), (n), (ö) ve (r); Değer Tespiti Yönetmeliği m. 4(1)(d).

şekilde incelenmiştir<sup>40</sup>. Bu yüzden bu çalışmada Kanun'da taraf olabileceği belirtilen statüdeki kişilere dair ayrıntılı açıklamalara yer verilmeyecektir. Bunun yerine taraf bakımından kapsam, mülga TİRK ile karşılaştırmalı olarak genel bir değerlendirilmeye tabi tutulduktan sonra taraf sıfatının özellik arz ettiği durumlar -sırasıyla borçlu dışında bir kişinin rehin vermesi ve taraf değişiklikleri- üzerinde durulacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki ikincil mevzuat, "*rehin alacaklısı*", "*rehin veren*" ve "*lehine rehin verilen*" kavramlarını tanımlamaktadır<sup>41</sup>. Söz konusu tanımlar, borçlu dışında bir kişinin borçlu lehine rehin verebileceğini vurgulamak haricinde bu çalışmada ele alınan konular bakımından özellik arz etmemektedir.

## B. Taraflar Bakımından Tirk İle Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme

TİTRK'in taraf bakımından kapsamı hakkında daha sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi adına TİTRK öncesi dönemi kısaca incelemekte fayda vardır. Öncelikle rehin hakkının konusu olabilecek varlıklar bakımından TİRK'in kapsamının çok daha sınırlı olduğuna dikkat çekilmelidir. TİRK'e göre ticaret siciline kayıtlı ticari işletmeler, m. (3)'te sayılan unsurlarıyla birlikte rehnedilebiliyordu<sup>42</sup>. Ayrıca ek m. (1) ile Kanun'daki ticari işletme ifadesinin esnaf işletmesini de kapsadığı hüküm altına alınmıştı. TİTRK ise üzerinde rehin hakkı kurulabilecek taşınır varlıkların kapsamını oldukça genişletmiş ve teslimsiz taşınır rehnini işletme yanında münferit taşınır varlıklar bakımından da mümkün kılmıştır<sup>43</sup>.

Sadece ticari işletme rehnini düzenleyen TİRK, kimlerin rehin sözleşmesine taraf olabileceğini de son derece dar bir çerçevede düzenlemişti. TİRK m. 2 uyarınca rehin alacaklısı, yalnızca "*tüzel kişiliği haiz ve sermaye şirketi olarak kurulmuş kredi müesseseleri(,) kredili satış yapan gerçek ve tüzel kişiliği haiz müesseseler ve kooperatifler*" olabilirken sözleşmenin diğer tarafında ticari işletmenin -veya esnaf işletmesinin- malikinin yer

<sup>40</sup> Örneğin bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 11 vd.; **Çamurcu**, Emin: "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sözleşmesinin Tarafları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21 Sa. 3, 2017, s. 201 vd.; **Baydak**, s. 50 vd.

<sup>41</sup> Bkz. Ana Yönetmelik m. 4(1)(ı), (j) ve (m); Sicil Yönetmeliği m. 4(1)(ğ) ve (h); Değer Tespiti Yönetmeliği m. 4(1)(e), (f) ve (g).

<sup>42</sup> Bununla birlikte m. (2)(2) uyarınca kredili satış yapan müesseseler, yalnızca vadeli olarak sattıkları ve m. 3(b)'de sayılan makine, araç, motorlu taşıt vb. üzerinde rehin kurabiliyordu.

<sup>43</sup> Bkz. TİTRK m. 5 ve Ana Yönetmelik m. 11.

alması gerekiyordu<sup>44</sup>. Kapsamın bu denli dar tutulması, gerekçede rehinli alacaklının kredi kuruluşlarıyla sınırlanması sayesinde gerçek kişilerin mali açıdan zor durumdaki tacir ve esnafa fahiş faiz oranlarıyla kredi vermesini ve böylece tefeciliğin teşvikini engellemek olarak açıklanmaktaydı<sup>45</sup>. Yine gerekçede gerçek kişilerin birbirlerine ticari işletme rehni sayesinde kredi açabilmelerinin barındırdığı tehlikelerin muhtemel faydalara göre ağır bastığı vurgulanmıştı. Öğretide de sübjektif kapsamın darlığı tacir ve esnafların kredi alırken güvenilir ve itibarlı kuruluşlarla muhatap edilmeleri ve MK'ya göre istisnai nitelikteki teslimsiz taşınır (ticari işletme) rehninin yaygınlaştırılmak istenmemesi tercihleriyle izah edilmekteydi<sup>46</sup>.

Öte yandan TİTRK ile taraf bakımından kapsam oldukça genişletilmiştir. Kanun koyucunun bu tercihi yoğun şekilde eleştirilmektedir. Bu bağlamda özellikle tacir ve esnaflar arasında işletme rehninin mümkün hale gelmesiyle tacir ve esnafların güvenilir olmayan taraflarla rehin sözleşmesi kurmaya yönelebilecekleri ve bu durumun istismarla sonuçlanabileceği,<sup>47</sup> zor durumdaki tacir ve esnafların bu kişilerden yüksek faizle ve rehin vererek borç almasıyla tefeciliğin yaygınlaşacağı<sup>48</sup> ve alacaklılardan mal kaçırma amacıyla “*hatır rehinlerinin*” kurulabileceği<sup>49</sup> gibi muhtemel sakıncalara işaret edilmektedir. Hatta bu gerekçelerle tacir ve esnaflar arasında rehin sözleşmesi kurulmasına izin veren TİTRK m. 3(1)(b) hükmünün ilga edilmesi dahi önerilmektedir<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> TİTRK kapsamında kurulacak rehin sözleşmesinin tarafları hakkında detaylı bilgi için bkz. **Kendigelen**, Abuzer (**Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, Füsün): Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2015, s. 230-233.

<sup>45</sup> TİTRK Komisyon Raporu, s. 2.

<sup>46</sup> **Erten**, Ali: Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001, s. 10, 19; **Erdem**, H. Ercüment: “Ticari İşletme Rehninde Güncel Sorunlar”, Bankacılar Dergisi, Sa. 76, 2011, s. 45, 55; **Reisoğlu**, Seza: “Ticari İşletme Rehni Uygulama-Sorunlar”, iç: Prof. Dr. Gürğân Çelebicân’a Armağan, Ankara 2011, s. 378; **Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 19. Bası, Ankara 2014, s. 49; **Kendigelen** (**Ülgen**/**Helvacı**/ **Kaya**/**Nomer Ertan**), s. 230.

<sup>47</sup> **Şit İmamoğlu** 11; **Aytaç**, s. 96; **Bahtiyar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2019, s. 47; **Ergüne**, s. 75-76; **Arkan**, Ticari İşletme 2020, s. 54.

<sup>48</sup> **Çamurcu**, s. 228; **Aytaç**, s. 88-89 ve dolaylı olarak **Şit İmamoğlu**, s. 11, 15; **Biçer**, Levent: “Finansmana Erişim Kolaylığı Açısından Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (KOSBED), Sa. 35, 2018, s. 77.

<sup>49</sup> **Göle/Aydoğan**, s. 16-17; **Bozer**, Ali/**Göle**, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Ankara 2020, s. 55, ayrıca TİTRK bağlamında genel olarak bu tehlikeye değinen, **Gürpınar**, s. 151.

<sup>50</sup> Örneğin bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 11.

Yukarıda özetlenen eleştirilerde yer yer haklılık payı bulunmaktadır. Ancak kanaatimce tacir ve esnaflar arasında TİTRK kapsamında rehin sözleşmesi kurulabilmesi hakkındaki değerlendirme, muhtemel faydalar ve olası sakıncaları frenleyebilecek hukuki mekanizmalar da dikkate alınarak daha bütüncül bir yaklaşımla<sup>51</sup> ve peşin hükümlerden ari şekilde yapılmıştır. TİTRK m. 3 gerekçesinde tacir ve esnafların kendi aralarında rehin sözleşmesi kurmalarına izin verilmesinin amacının, bu grupların birbirlerinin yatırımlarını desteklemelerine imkân tanımak olduğu belirtilmiştir<sup>52</sup>. Bu açıklama Kanun'un yukarıda açıklanan genel amacıyla uyumludur. Özellikle bu kişiler arası ticari ilişkilerde dayanışmanın bir sonucu olarak daha sık söz konusu olabilecek kısa vadeli (ve kimi zaman faizsiz) ödünç ilişkileri bakımından TİTRK m. 5'te sayılan münferit unsurların rehninin tercih edilmesi muhtemeldir.

Bununla birlikte ticari işletme veya esnaf işletmesinin rehni bakımından tacir ve esnafların birbirleriyle rehin sözleşmesi kurabilmelerinin tefecilik riskini artırabileceği endişesine şüpheyle yaklaşılmalıdır. Bu bakımdan ilk olarak TİTRK m. 5(2)'nin son cümlesini hatırlatmak gerekir. Hükme göre münferit taşınır varlıkların borcu karşılması halinde işletmenin tümü üzerinde rehin kurulması mümkün değildir<sup>53</sup>. Bir başka deyişle TİTRK kapsamında münferit unsurların rehni kaide, işletmenin rehni istisnadır. Ayrıca rehin hakkı, rehin sözleşmesinin Rehinli Taşınır Sicili'ne ("Sicil") tesciliyle kurulmaktadır (TİTRK m. 4(1)); dolayısıyla rehin işlemi ve tarafları her halükârda sicilde kayıtlı olacaktır. Yani TİTRK kapsamında rehin verilmesi altında işlemin kayıt dışı olma ihtimali yoktur ve bu durum tefecilik ihtimalini düşürmektedir. Zor durumda kalmış bir tacir veya esnafa çok yüksek faiz oranlarıyla ödünç verilmesi tehlikesi bakımından genel hükümlerle sağlanan koruma da dikkate alınmalıdır. Nitekim bu ihtimalde duruma göre gabin (Türk Borçlar Kanunu ("BK") m. 28) ve ticari işlerde faiz oranının taraflarca serbestçe tayini esas olmakla birlikte (TK m. 8(1)) ahlaka aykırılık (BK m. 27) söz konusu olabilecektir<sup>54</sup>. Son olarak tefecilik, cezai yaptırıma tabi tutulmuş bir suçtur. Nitekim TİTRK m. 16(2),<sup>55</sup> tefecilik suçu hakkın-

<sup>51</sup> Benzer, **Göle/Aydoğan**, s. 16.

<sup>52</sup> Komisyon Raporu, s. 5.

<sup>53</sup> Karş. Ana Yönetmelik m. 17(3).

<sup>54</sup> **Helvacı**, Mehmet (**Ülgen**, Hüseyin/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, Füsün): Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2019, s. 109; **Arkan**, Ticari İşletme 2020, s. 86.

<sup>55</sup> "...bir taşınır rehin almak suretiyle ödünç para verme işini devamlı yapan kişi, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 241 inci maddesine göre cezalandırılır". Tasarıda yer almayan hüküm, komisyon çalışmaları sırasında metne eklen-

daki Türk Ceza Kanunu m. 241'e atıfta bulunmakta; kanun koyucu böylece dolaylı bir uyarıda bulunmaktadır<sup>56</sup>.

Tefecilik benzeri faaliyet riskini m. 16(2) hükmünden anlaşılacağı üzere kanun koyucu da öngörmüştür. Fakat hem TİTRK'te hem de diğer mevzuattaki önleyici mekanizmalar dikkate alındığında bu risk, beklenen fayda karşısında göze alınmıştır. Kanaatimce basiretli hareket etmeleri ve dolayısıyla ticari ilişkilerdeki riskler karşısında kendilerini korumaları beklenen tacirler bakımından ticari işletmeyi başka bir tacir veya esnafa rehnemek suretiyle finansman yolunun açılması yerindedir. Özellikle büyük ölçekli ödünç işlemlerinde, örneğin grup şirketlerinin birbirlerine ödünç verdikleri bir senaryoda, tacirler arası ticari işletme rehni kurulabilmesinin faydası görülecektir. Bununla birlikte tefeciliğin, TİTRK uygulamasının bir sonucu olarak yaygınlaştığı gerçekten tespit edilebilirse basiretli hareket etmeleri kendilerinden beklenmeyen -ve bu yüzden tefecilik tehlikesi karşısında daha fazla korumaya ihtiyaç duyduğu düşünülebilecek- esnaflar bakımından bir mevzuat değişikliği gündeme alınabilir. Bu amaçla eğer tefecilik sebebiyle doğan zarar esnafların finansmana erişimi yoluyla sağlanan faydadan daha fazla olarak değerlendirilirse esnaf işletmesinin rehnine sadece rehinli alacaklının kredi kuruluşu olması halinde izin verilmesi öngörülebilir. Ancak mevcut durum itibarıyla bu yönde bir mevzuat değişikliğine ihtiyaç bulunduğunu söylemek güçtür.

Son olarak kısaca tacir ve esnaflar arası muvazaalı hatır rehinleri kurularak alacaklılardan mal kaçırılabilceği yönündeki eleştiriye<sup>57</sup> değinmek gerekir. Anılan amaçla kurulan rehin sözleşmesinin (ispat edilebilirse) muvazaa sebebiyle geçersiz olması bir yana, söz konusu ihtimalde İcra ve İflas Kanunu kapsamında bir koruma da söz konusu olacaktır<sup>58</sup>. Önceden kurulmuş rehinlerinse Rehinli Taşınır Sicili'nin aleni olduğu dikkate alındığında (bkz. Sicil Yönetmeliği m. 17, 26 ve 30) ilgili taraf tarafından incelenmesi mümkündür<sup>59</sup>.

miştir (Komisyon Raporu, s. 10). Hükümdeki devamlılık unsurunun açıklaması için bkz. **Hamamcıoğlu/Karamanlıoğlu**, s. 118-119.

<sup>56</sup> Cezai yaptırımın yeterince önleyici olmadığı kanaatinde, **Şit İmamoğlu**, s. 15; **Yatağan Özkan**, s. 222.

<sup>57</sup> **Göle/Aydoğan**, s. 16-17; **Bozer/Göle**, s. 55.

<sup>58</sup> Bkz. tasarrufun iptaline dair hükümlerden İcra ve İflas Kanunu m. 279(1)(1) "*Aşağıdaki tasarruflar borcunu ödemiye bir borçlu tarafından hacizden veya mal bulunmaması sebebiyle acizden yahut iflasın açılmasından evvelki bir sene içinde yapılmışsa yine batıldır: 1 – Borçlunun teminat göstermeği evvelce taahhüt etmiş olduğu haller müstesna olmak üzere borçlu tarafından mevcut bir borcu temin için yapılan rehinler...*".

<sup>59</sup> **Göle/Aydoğan**, s. 17.

## C. Borçlu Dışında Bir Kişinin Rehin Vermesi

### 1. Sorun ve Yaklaşım

TİTRK m. 5(9) uyarınca "[ü]çüncü kişiler(in) (TİTRK) kapsamında borçlu lehine teslimsiz taşınır rehni" tesis etmesi mümkündür<sup>60</sup>. Keza ikincil mevzuatın çok sayıda hükmü borçlu dışında bir kişinin rehin verebileceği yönünden m. 5(9)'u teyit etmektedir<sup>61</sup>. Buna göre TİTRK kapsamında borçlu haricindeki kişilerin teslimsiz taşınır rehni kurabileceği hususunda tereddüt yoktur. Yine de cevaplanması gereken iki soru bulunmaktadır. Bunlardan ilki, borçlunun Kanun'un 3. maddesinde (rehin veren olarak) sayılanlardan olması gerekip gerekmediğidir. Açıklığa kavuşturulması gereken ikinci meseleyse borçlu haricinde rehin veren kişilerin bu şartı sağlamasının aranıp aranmayacağıdır. Bu soruların cevaplanması için önce TİRK dönemindeki -güncelliğini kısmen koruyan- tartışmalar tanıtılacak; sonrasında TİTRK dönemindeki durum ele alınacaktır.

Mülga TİRK, ticari işletme sahibinin üçüncü bir kişinin borcu için işletmesi üzerinde rehin hakkı kurup kuramayacağı konusunda bir düzenleme içermiyordu. Yani TİRK döneminde TİTRK m. 5(9)'un muadili bir hüküm mevcut değildi. Bu yüzden öğretici, genel olarak ticari işletme malikinin üçüncü kişi lehine rehin verip veremeyeceği sorusu üzerinde durmuştur. Öğretide ağır basan görüş, TİRK'in yasaklayıcı bir düzenleme içermemesi karşısında bu soruyu olumlu cevaplamaktaydı<sup>62</sup>. Öte yandan kredili satış yapan müesseselerin alacaklı olması halinde yalnızca satış konusu taşınır üzerinde rehin kurulabildiğinden bunların alacakları için sadece borçlu tacirin rehin verebileceği kabul ediliyordu<sup>63</sup>. Teoman ise konuyu ele aldığı çalışmasında teslimine bağlı rehni kural, TİRK düzenlemesininse istisna olduğu; TİRK'in amacının sadece finansman ihtiyacı içindeki tacirin kendi

<sup>60</sup> Hükmün borçludan başkasının rehin vermesine imkân veren genel hükümlerin gereksiz bir tekrarı olduğunu ifade eden, **Öz**, Turgut: "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Sa. 2, 2017, s. 159. Ancak mesele TİRK döneminde tartışmalı olduğundan konunun açık bir hükümle düzenlenmesi yerinde olmuştur.

<sup>61</sup> Bkz. Ana Yönetmelik m. 4(1)(e), (t), (m), m. 9(1)(c) ve m. 35(1); Sicil Yönetmeliği m. (4)(1)(h); Değer Tespiti Yönetmeliği m. 4(1)(g).

<sup>62</sup> **Erten**, s. 10-11, 18; **Ertas**, Şeref: "Ticari İşletme Rehni", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, Özel Sa., 2005 (İrfan Baştuğ Anısına Armağan), s. 45; **Erdem**, s. 54; **Arkan**, Ticari İşletme 2014, s. 50; **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/ Kaya/ Nomer Ertan)**, s. 233.

<sup>63</sup> Bu yönde, **Arkan**, Ticari İşletme 2014, s. 50, **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/ Kaya/ Nomer Ertan)**, s. 233.



işletmesini rehin vermesini sağlamak olduğu ve TİTRK hükümlerinin rehin verenin tacirin kendisi olduğu varsayımıyla düzenlendiği gerekçeleriyle ticari işletme sahibinin sadece kendi borçları için rehin verebileceği kanaatindeydi<sup>64</sup>. Yazar tarafından haklı olarak işaret edildiği üzere<sup>65</sup> ticari işletme maliki dışında bir kişi lehine ticari işletme rehininin mümkün olduğunu savunan yazarlar, bu ihtimalde borçlunun tacir olması gerekip gerekmeyeceği hususunda sessizdi.

TİTRK m. 5(9) hükmünün borçlu dışındaki (üçüncü) bir kişinin rehin verebileceğini düzenlediği, ancak ilgili üçüncü kişi ve borçlunun m. 3'te rehin veren olarak sayılan taraflardan olması gerekip gerekmediğini açıklığa kavuşturmadığı belirtilmişti. Bu konularda kanaat belirtmeden önce bu kanaatlere yön veren temel dinamiği hatırlatmakta fayda vardır. TİTRK'in amacı, m. 3'te sayılan (ve kendi borcu için rehin verdiği varsayılan) kişilerin teslimsiz taşınır rehni marifetiyle finansmana erişiminin kolaylaştırılmasıdır. MK'nın taşınırın teslim yoluyla rehnine dayanan sistemine istisna teşkil eden teslimsiz taşınır rehni, TİTRK ile bu amaca hizmet ettiği ölçüde yaygınlaştırılmak istenmektedir. Bu yüzden TİTRK'in uygulama alanı belirlerken, Kanun'un 3. maddesinde sayılan kişilerin finansmana erişimini kolaylaştırma hedefi göz önünde tutulmalıdır. Borçlu dışında bir kişinin rehin vermesi bağlamında gündeme gelen sorular da bu çerçevede cevaplanmalıdır.

## 2. Borçlu Bakımından

TİTRK kapsamında borçlu dışında bir kişinin rehin vermesi halinde borçlunun m. 3'te sayılan kişilerden biri olması gerekir<sup>66</sup>. Yani alacaklı taraf kredi kuruluşu ise borçlunun tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü veya serbest meslek erbabı; eğer alacaklı (kredi kuruluşu olmayan bir) tacir veya esnafsa borçlunun da yine tacir veya esnaf olması gerekecektir. TİTRK m. 3'te sayılan taraflardan olmayan herhangi bir kişi lehine TİTRK kapsamında rehin

<sup>64</sup> Teoman, s. 79 vd.

<sup>65</sup> Teoman, s. 85.

<sup>66</sup> Aynı yönde, **Duran**, Arif: "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sözleşmesi Taraflarının Hak ve Yükümlülükleri", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, Sa. 2, 2016, s. 106; **Sirmen**, Lale: "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Düzenleniş Biçimi, Niteliği ve Rehne Hâkim Olan İlkeler", iç: Sirmen, Lale/Özbilen, Barış (ed.), Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, s. 30; **Aytaç**, s. 105-106; **Aksoy**, s. 59, 60; **Yıldız**, s. 49; **Yurtman**, s. 22; **Uyumaz/Türk**, s. 1429; **Bayezit**, Fırat: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Rehni Sözleşmesi ve Hükümleri, İstanbul 2019, s. 142.

verilebileceği görüşü,<sup>67</sup> Kanun'un amacıyla ters düşmektedir. Zira TİTRK'in amacı istisnai nitelikteki teslimsiz taşınır rehnini m. 3'te sayılan kişilerin mali kaynaklara ulaşımını kolaylaştırmakla sınırlı olarak yaymaktır. Bu yüzden bu kapsamda olmayan kişilere TİTRK kapsamında rehin verilmesi, istisnai düzenlemeye Kanun'un *ratio legis*'i ile bağdaşmayacak ve teslimsiz taşınır rehnine hedeflenenden geniş bir tatbik sahası tanınması anlamına gelecektir<sup>68</sup>.

Ayrıca Kanun'daki düzenlemeler genelde rehin verenin zaten borçlu olacağı varsayımıyla kaleme alındığından<sup>69</sup> TİTRK m. 3'ün rehin veren taraf olarak düzenlediği kişilerin, TİTRK kapsamında lehine rehin verilebilecek yani borcu için teminat sağlanabilecek kişiler olarak anlaşılması gerekir<sup>70</sup>. Nitekim Ana Yönetmelik m. 10(5) borçlu dışında bir kişinin, m. 10(2)'de "*sayılan kişiler lehine*" rehin verebileceğini ifade etmektedir<sup>71</sup>. Yönetmeliğin m. 10(2) hükmüyle Kanun kapsamında rehin verebilecek kişileri, TİTRK m. 3'e paralel şekilde sıralamaktadır. Bu durum, TİTRK m. 3 ve Ana Yönetmelik m. 10(2)'nin rehin verenin borçlunun kendisi olacağı varsayımıyla kaleme alındığını ortaya koymaktadır. Yani TİTRK m. 3 ve bunun izdüşümü olan Ana Yönetmelik m. 10(2), rehin veren tarafın kimler olabileceğini düzenlerken, esasen TİTRK kapsamında kimler lehine rehin kurulabileceğini düzenlemektedir. Yine de Kanun'un m. 3'te rehin sözleşmesinin tarafları yerine doğrudan rehinli alacaklı ve lehine rehin kurulabilecek borçlu sıfatlarını düzenlemesi yerinde olacaktır. Başka bir deyişle Kanun'un rehin sözleşmesinin taraflarını değil, TİTRK kapsamında teminat altına alınacak alacağa kaynaklık eden borç ilişkisinin taraflarını düzenlediği daha açık şekilde ifade edilmeli ve bu konuda tereddütler önlenmelidir.

<sup>67</sup> Bu görüşte, **Toraman Çolgar**, Emek: Şirkete Borçlanma Yasası, İstanbul 2019, s. 192 dn. 222; **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 116-117; **Antalya/Acar**, s. 44, 45; **Yatağan Özkan**, s. 220-221; **Ergüne**, s. 76 dn. 37; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 171, 172 ve dolaylı olarak **Öz**, s. 162.

<sup>68</sup> Bu sonuç, teslimsiz taşınır rehninin uygulama alanının genişletilerek bu yolla finansmana erişimin TİTRK m. 3'te sayılmayanlar dahil herkesi kapsar şekilde düzenlenmesinin yerinde olup olmayacağı konusunda bir yargı içermemektedir. Olması gereken hukuk bakımından teslimsiz taşınır rehni hakkında öngörülen sınırlamaların kaldırılması pekâlâ savunulabilir; ancak bu mesele bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

<sup>69</sup> Kanun'un borçlu dışında bir kişinin rehin vermesi ihtimalini "*üçüncü kişi*"den bahisle düzenlemesi, bu açıdan bakıldığında tesadüf değildir. Bununla birlikte buradaki üçüncü kişi tabirini eleştiren, **Göle/Aydoğan**, s. 15.

<sup>70</sup> Benzer, **Aksoy**, s. 60.

<sup>71</sup> Karş. bu hükmün Kanun'a aykırı olduğunu ileri süren, **Uyumaz/Türk**, s. 1429.

### 3. Rehin Veren Bakımından

Borçlu dışında bir kişi tarafından rehin verilmesi halinde dahi borçlunun TİTRK m. 3'te sayılan kişilerden olması gerektiği tespit edildiğine göre, borçlu lehine rehin verecek üçüncü kişinin m. 3'te sayılan sıfatlardan birine sahip olması gerekip gerekmediği belirlenmelidir. Öğretinin çoğunluğu, istisnai teslimsiz taşınır rehni düzenlemesinin kapsamını genişletmemek gerektiği ve TİTRK m. 3'ün taraflar bakımından emredici düzenlemesinin baki olduğu gibi gerekçelerle borçlu haricinde bir kişinin rehin vermesi halinde bu kişinin de m. 3'te rehin veren olarak sayılan kişilerden olmasını aramaktadır<sup>72</sup>. TİTRK'in amacı ve Kanun ile yönetmeliklerdeki hükümler dikkate alınarak yapılacak bir değerlendirme, tam tersi sonucun daha isabetli olduğunu ortaya koyacaktır. Yani m. 3'te sayılsın yahut sayılmasın herkes, TİTRK kapsamında (m. 3'te sayılan taraflardan olan) borçlu lehine rehin verebilecektir<sup>73</sup>.

Bu sonuç, aksi kanaatin argümanları üzerinden doğrulanabilir. İlk olarak borçlu lehine rehin veren kişinin herhangi bir kişi olabilmesinin, Kanun'un istisnai niteliği<sup>74</sup> ile çelişmediğinin altı çizilmelidir. Bilakis, Kanun'un istisnai düzenlemesi m. 3'te sayılan kişilerin finansmana erişimini kolaylaştırma amacına hizmet etmektedir ve sayılanlar dışındaki kişilerin rehin verebilmesi bu amaca hizmet ettiğinden istisnanın geniş değil, amaca uygun yorumu anlamına gelir<sup>75</sup>. Örneğin bir şirketin hâkim pay sahibinin m. 3'te rehin veren için aranan sıfatlardan hiçbirine sahip olmadığı varsayılınsın. Bu pay sahibinin maliki olduğu fakat kendisi işletmediği -söz gelimi kiraya verdiği- bir ticari işletmesi varsa pay sahibinin şirketin finansmana erişimi

<sup>72</sup> Bu yönde, **Şit İmamoğlu**, s. 19; **Duran**, s. 106, 107; **Öz**, s. 162; **Gürpınar**, s. 126; **Uyumaz**, Alper: "Medenî Kanun Dışındaki Kanunlarda Düzenlenmiş Taşınır Rehni Çeşitleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi' C. 21, Sa. 4, 2017, s. 58; **Aytaç**, s. 106; **Biçer**, s. 86; **Baydak**, s. 80; **Karakuş Erbaş**, s. 92; **Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 206; **Oral**, Bahar: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, Ankara 2019, s. 106; **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 116-117; **Uyumaz/Türk**, s. 1428-1429; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 549; **Bayezit**, s. 145-146; **Antalya/Acar**, s. 32-33, 46-47; **Yatağan Özkan**, s. 220; **Ergüne**, s. 76 dn. 37; **Arkan**, Ticari İşletme 2020, s. 53 ve dolaylı olarak **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 172, 173.

<sup>73</sup> Aynı kanaatte, **Oğuz**, Sefer: "Ticari İşlemlerde Teslimsiz Tescilli Taşınır Rehni", Bankacılar Dergisi Sa. 100, 2017, s. 10; **Sirmen**, Düzenleniş Biçimi, s. 30; **Aksoy**, s. 59, 60; **Yıldız**, s. 49. Karş. borçlunun TİTRK m. 3 kapsamında rehin verebilen kişilerden olması kaydıyla rehin verenin m. 3 kapsamında kişilerden olması gerekmediğini belirten **Toraman Çolgar**, s. 192 dn. 222.

<sup>74</sup> Bu gerekçe üzerinde duran **Şit İmamoğlu**, s. 19.

<sup>75</sup> Aynı yönde, **Sirmen**, Düzenleniş Biçimi, s. 30.

adına bu ticari işletmeyi rehnedebilmesi, şirketin mali kaynaklara ulaşmasını kolaylaştıran yani TİTRK'in amacına uygun bir yorumdur. Kaldı ki TİTRK kapsamında teslimsiz taşınır rehni uygulama alanının amaç çerçevesinde sınırlandırılması, yukarıda ifade edildiği üzere borçlunun m. 3'te sayılanlardan olması şartıyla sağlanmıştır.

İkinci olarak, TİTRK m. 3'te rehin sözleşmesinin taraflarının düzenlenmesi karşısında burada sayılmayan bir kişinin borçlu lehine rehin vermeyeceği argümanı<sup>76</sup> üzerinde durulmalıdır. Burada tekrar m. 3'teki düzenlemenin rehin veren tarafta bizzat borçlunun yer aldığı varsayımıyla kaleme alındığı hatırlatılmalıdır<sup>77</sup>. Bu düzenleme ile rehin veren bakımından aranan sıfatlar, teminat altına alınacak alacağın borçlusu dışında birisinin rehin vermesi halinde sadece borçlu bakımından aranacaktır. Nitekim Ana Yönetmelik m. 9(1)(c), rehin verenin borçlu dışında bir kişi olması halinde rehin sözleşmesinde rehin verenin yalnızca kimlik numarası ve imzasına yer verilmesini yeterli kılmaktadır. Oysa rehin verenin borçlu olması ihtimalini düzenleyen m. 9(1)(b) uyarınca borçlunun m. 3'te sayılan taraflardan olduğuna dair birtakım özel bilgilerin<sup>78</sup> rehin sözleşmesinde yer alması zorunludur. Bu düzenleme, TİTRK m. 3'teki taraf şartının sadece borçlu bakımından arandığının ikincil mevzuattaki bir göstergesidir.

Son olarak Ana Yönetmelik m. 10(4)'e değinmek gerekir. Hükme göre, "[r]ehin hakkı kurabilecek üçüncü fıkra da sayılan kişiler dışında Kanun uyarınca bir rehin hakkı" kurulması mümkün değildir<sup>79</sup>. Alıntı yapılan hükümdeki ifade bozukluğu bir tarafa bırakılırsa, hükmün tek başına ele alınması borçlu dışında bir kişinin rehin vermesi halinde de bu kişinin TİTRK m. 3 (ve Ana Yönetmelik m. 10(3)'teki) sıfatları taşıması gerektiği kanısını uyandırabilir. Ancak bu fıkrayı takip eden m. 10(5), "[h]erhangi bir kimsenin" ikinci fıkra (yani tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü veya serbest meslek erbabından olma) şartlarını sağlayan borçlu lehine rehin kurabileceğini belirterek durumu açıklığa kavuşturmuştur. İki hüküm birlikte okunduğunda şu sonuca varılmaktadır: Rehin veren borçluysa borçlunun TİTRK

<sup>76</sup> Bkz. Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan), s. 206; Oral, s. 106; Uyumaz, s. 58; Uyumaz/Türk, s. 1429.

<sup>77</sup> Keza Ana Yönetmelik m. 10(2) ve (3) hükümleri de aynı minvalde yorumlanmalıdır.

<sup>78</sup> Örneğin borçlu tacirse MERSİS (Merkezi Sicil Kayıt Sistemi) numarası, çiftçi ise ÇKS (Çiftçi Kayıt Sistemi), üretici örgütüyse üretici örgütü belge numarası.

<sup>79</sup> Bu hükümde atıfta bulunulan üçüncü fıkra (yani Ana Yönetmelik m. 10(3)), TİTRK m. 3'e paralel olarak rehinli alacaklı ve rehin veren tarafların kimler olabileceğini bentler halinde saymaktadır.

m. 3'teki taraf şartlarını sağlaması gerekir; rehin veren üçüncü bir kişiye bu kişi bakımından m. 3'teki şartlar aranmaz, yine borçlunun m. 3'te sayılanlardan olması gerekli ve yeterlidir.

Bu kısımda varılan sonuçları özetlemek gerekirse TİTRK'in amacı ve hükümleri bir bütün olarak ele alındığında lehine rehin verilen borçlunun her halükarda m. 3'te sayılan taraflardan olması gerekecektir. Yani eğer rehinli alacaklı kredi kuruluşu ise borçlunun tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü veya serbest meslek erbabından bir kişi; eğer rehinli alacaklı bir tacir veya esnaf ise borçlunun da tacir veya esnaf olması gerekir. Öte yandan borçlu haricinde bir kişinin rehin vermesi halinde borçlunun yine anılan sınıflara sahip olması gerekir, ancak rehin veren üçüncü kişi bakımından böyle bir koşul yoktur ve bu kişi herhangi bir kişi olabilir. Sonuç bölümünde, buradaki açıklamaları somutlaştıran tablo ile bir kanun hükmü önerisine de yer verilecektir.

#### D. REHİN SÖZLEŞMESİNDE TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ

Bu kısımda TİTRK kapsamında bir rehin sözleşmesi kurulduktan sonra rehin konusu taşınır varlığın devri veya teminat altına alınmış alacağın temlik yollarıyla sözleşme taraflarında meydana gelen değişikliklere, m. 3'te taraflar bakımından aranan şartlar bağlamında değinilecektir.

##### 1. Rehlinli Taşınırın Devri

Taşınır bir eşya veya hak üzerinde TİTRK kapsamında rehin kurulmuş olması, rehin verenin (malikin/hak sahibinin) rehin konusu taşınır üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlamamaktadır. Hatta rehin sözleşmesine eklenecek ve rehin verenin rehin konusu taşınır üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlamaya yönelik kayıtlar, TİTRK m. 4(7) uyarınca kesin hükümsüzdür. Dolayısıyla rehin hakkı kurulduktan sonra da taşınırın devri mümkündür.

Rehin konusu taşınırın devri halinde bu hususun Sicil'e rehin verence tescili gerekir (m. 12(6))<sup>80</sup>. Öte yandan Sicil Yönetmeliği m. 22(3) uyarınca tescil talebi, rehin veren ve devralan tarafından birlikte yapılacaktır. Rehlinli taşınırın devri halinde rehin hakkı kural olarak varlığını korur (Ana Yönetmelik m 28(1))<sup>81</sup>. Öte yandan, TİTRK m. 7(3) ve Sicil Yönetmeliği 17(2)

<sup>80</sup> Tescilin etkisi açısından bkz. **Antalya/Acar**, s. 48 vd.

<sup>81</sup> Bu hüküm olmasaydı dahi hüküm bulunmayan haller için MK'nın taşınmaz rehni hükümlerine gönderme yapan TİTRK m. 18 atfıyla MK m. 888(1)'in uygulanmasıyla aynı sonuca varılabildi.

kapsamında iyi niyetli üçüncü kişinin taşınır rehni hakkında ari olarak iktisabı,<sup>82</sup> bu kuralın istisnasıdır.

Bu çalışma bakımından asıl önemli konu, TİTRK m. 3'teki taraf kısıtlamalarıyla rehinli taşınırın devri arasındaki ilişkidir. Yukarıda m. 3'teki taraf sınırlamalarının rehin veren değil, borçlu bakımından arandığı tespit edilmişti. Bu nedenle rehinli taşınır devralan kişinin m. 3'te sayılan sıfatlardan birini haiz olması aranmaz,<sup>83</sup> çünkü borçlu haricinde bir kişinin bu sıfatları haiz olmasa dahi rehni vermesi zaten mümkündür. Bu bakımdan rehni konusu taşınırın devri, m. 3'teki taraf sınırlamaları bağlamında özellik arz etmez.

## 2. Rehinle Teminat Altına Alınmış Alacağın Temliki

TİTRK m. 3 uyarınca rehinli alacaklı -borçlunun kimliğine bağlı olarak- yalnızca kredi kuruluşu, tacir veya esnaf olabilir. Rehinle teminat altına alınmış alacak, yine bu kişilerden birine temlik edilebilirse bu durum taraf sınırlamaları bakımından özellik arz etmez,<sup>84</sup> alacak hakkıyla birlikte rehni hakkı da devralan (yeni) alacaklıya geçer (BK m. 189(1)). TİTRK m. 12(6), bu durumda alacağın temlikinin<sup>85</sup> Rehinli Taşınır Sicili'ne tescilini öngörmektedir<sup>86</sup>. Hükme göre tescili rehni verenin yaptırması gerekmektedir. Tescil yükümlülüğünün, alacağın temlikinden haberdar olmaması dahi mümkün olan rehni verene yüklenmesi hatta yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde adli para cezası öngörülmesi (m. 16(1)(ç)) son derece sorunludur<sup>87</sup>. Bu hata, alacağın temlikinde tescil başvurusunu alacağı devralan

<sup>82</sup> TİTRK kapsamında iyi niyetin korunması açısından bkz. **Baydak**, s. 181-186.

<sup>83</sup> Borçlu dışında rehni veren kişinin TİTRK m. 3'teki kişilerden olması gerekip gerekmediğine dair tartışmalardan bağımsız olarak bu kanaatte, **Şit İmamoğlu**, s. 20; **Aytaç**, s. 111; **Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 206; **Şenocak/Kahraman/Tuncer Kazancı/Öcal Apaydın**, s. 136; **Bayezit**, s. 147; **Antalya/Acar**, s. 47; **Yatağan Özkan**, s. 221; **Ergüne**, s. 78.

<sup>84</sup> Nitekim Ana Yönetmelik m. 4(1)(j) Rehinli Taşınır Sicili m. 4(1)(ğ) ve Değer Tespiti Yönetmeliği m. 4(1)(f), rehni alacaklısını tanımlarken "alacağımı... uygun gördüğü başka bir üçüncü kişiye devretme ... yetkisi(ni)" alacaklının yetkileri arasında saymaktadır.

<sup>85</sup> TİTRK m. 12(6)'da "rehinli taşınır varlığın devri ile alacağın devri" bakımından rehni veren tescille yükümlü kılınmaktadır. Yükümlülüğün rehni verene ait olması eleştirilebilir olsa da buradaki alacağın devrini rehni konusu alacak olarak yorumlamak (bu yönde bkz. **Sirmen**, Düzenleniş Biçimi, s. 25 dn. 14; **Baydak**, s. 85 dn. 128) hükmün lafzı karşısında güç gözükmemektedir.

<sup>86</sup> Tescilin etkisi bakımından bkz. **Antalya/Acar**, s. 48 vd.

<sup>87</sup> Bu yönden hükme yönelik eleştiriler için bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 20; **Bayezit**, s. 428.

kişinin yapacağını belirten Sicil Yönetmeliği m. 22(4)<sup>88</sup> ile düzeltilmeye çalışılmıştır. Ancak Kanun'un açık hükmü ve buradan doğan yükümlülüğün ihlaline bağlanan cezai müeyyide dikkate alındığında sorunun ikincil mevzuatla çözüme kavuşturulması mümkün gözükmemektedir.

TİTRK m. 3 ile öngörülen taraf sınırlamaları bağlamında cevaplanması gereken soru, alacağın m. 3'te rehinli alacaklı olabileceği belirtilen kişiler haricinde bir kişiye devri halinde rehin hakkının da bu kişiye geçip geçmeyeceğidir. Bu sorunun olumsuz cevaplanması halinde alacağı devralan kişi, TİTRK kapsamında kurulmuş rehin hakkından faydalanamayacaktır. TİTRK m. 3'ün, mülga TİRK m. 2'den farklı olarak tacir ve esnafın da rehinli alacaklı olmasına cevaz vermesi, esasen bu tartışmanın pratik önemini -tamamen ortadan kaldırmamakla birlikte- azaltmıştır. Örneğin bir tacire verdiği kredi için TİTRK kapsamında rehin hakkı kazanmış olan bir kredi kuruluşu, rehinli alacağı bir tacire devrederse TİTRK m. 3'te öngörülen sınırlamalar bakımından herhangi bir soru işareti söz konusu olmayacaktır.

Rehinli alacağın TİTRK m. 3 kapsamında olmayan bir kişiye devri bağlamında TİRK dönemindeki tartışmalar kısmen güncelliğini koruduğundan öncelikle bunlara değinilmelidir. TİRK döneminde hâkim görüş, taraf sınırlamalarını içeren m. 2'nin sadece rehin sözleşmesinin kuruluşu safhasında geçerli olduğu ve TİRK'te aksi yönde bir düzenleme olmadığından genel hükümlerin uygulama bulacağı, bu yüzden alacağın TİRK m. 2'de sayılmayan bir kişiye devrinin teminatı etkilemeyeceği yönündeydi<sup>89</sup>. Öte yandan aksi görüşü benimseyen yazarlar da mevcuttu<sup>90</sup>. Yazarlar, TİRK m. 2 düzenlemesinin sadece kuruluşta uygulanacağını gösteren bir düzenleme olmaması, TİRK'in amacı (teslimsiz taşınır rehni istisnasını kapsamını dar tutulması ve rehin veren tacirin güvenilir kişilerle muhatap edilmesi) ve alacağın m. 2'de sayılmayan kişilere temlikinin kanuna karşı hileye davetiye

<sup>88</sup> Hükme göre “*Rehin hakkını devralan üçüncü kişiler veya bunların temsil ve ilzama yetkili temsilcileri rehin hakkının devrinin tescili talebinde bulunur*”. Belirtmek gerekir ki Sicil Yönetmeliği, birçok hükmünde “*rehin hakkının devri*”nden bahsetmektedir (bkz. m. 4(1)(k), 5, 16, 18, 22(4) ve 23(3)). Kast edilen alacağın temlik (ve rehin hakkının böylece devralana geçmesi) olup yönetmelikte terimsel bir hata söz konusudur.

<sup>89</sup> **Erten**, s. 24; **Erdem**, s. 55; **Reisoğlu**, s. 390; **Arkan**, Ticari İşletme 2014, s. 50; **Kendigelen (Ülgen/Helvacı/ Kaya/Nomer Ertan)**, s. 231.

<sup>90</sup> Bkz. **Antmen**, Alpay: Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001, s. 75-76; **Dural**, H. Ali: “Ticari İşletme Rehni İle Teminat Altına Alınan Alacağın TİRK m. 2'de Sayılan Kişiler Dışındaki Kişilere Temlikinin Ticari İşletme Rehnine Etkisi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sa. 1, 2004 (Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan C 1), s. 326 vd.

çıkarcacağı gerekçelerine dayanıyordu<sup>91</sup>. Bu gerekçelerin TİTRK bakımından geçerliliği aşağıda ele alınacaktır.

TİTRK hükümlerine göre alacağın temlikinin Kanun'un taraf sınırlamalarına dair m. 3 hükmünde rehinli alacaklı olabileceği öngörülme- yen kişilere devri halinde de rehin hakkı devralana geçecektir. Nitekim bu sonuç öğretide neredeyse oy birliğiyle kabul görmektedir<sup>92</sup>. Aksi görüş, TİRK dönemine benzer şekilde taraf sınırlamalarının amacını ve bu sınırlamaların temlik yoluyla etrafından dolanılması tehlikesini vurgulamaktadır<sup>93</sup>. Bu görüşün kabulü halinde rehin hakkının devralana geçmesi için -TİTRK m. 3'ün rehinli alacaklıyı borçlunun kimliğine göre iki farklı şekilde düzenlemesine binaen- borçlu, tacir yahut esnafsa devralanın tacir, esnaf veya kredi kuruluşu olması gerekeceğini; borçlu, çiftçi, üretici örgütü veya serbest meslek erbabıysa devralanın mutlaka bir kredi kuruluşu olması gerekecektir.

Alacağı devralan kişiye rehin hakkının -bu kişi TİTRK m. 3'te sayılanlardan olmasa da- geçeceği sonucunun teyidi, aksi görüşün dayanakları üzerinden yapılabilir. İlk olarak TİTRK'te taraf sınırlamalarının kuruluş anıyla sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Örneğin alacağın temlikinin Rehinli Taşınır Sicili'ne tescili için devralanın sadece kimlik bilgilerini sunması yeterli olmakta, bu kişinin m. 3'te rehinli alacaklı olabilecek kişilerden olduğunu ispat etmesi aranmamaktadır (Sicil Yönetmeliği m. 23(3)(c)). İkinci olarak TİRK ile TİTRK'in taraf sınırlamaları bakımından kanun koyucunun farklı amaçlar güttüğü söylenebilir. TİRK bakımından kanun koyucu hem teslimsiz taşınır rehninin istisnai niteliğine hem de borçlu tacirlerin (ve esnafın) sadece güvenilir kişilerle muhatap edilmesine vurgu yapmaktaydı<sup>94</sup>. TİTRK ise finansmana erişimin kolaylaştırılmasını ön planda tutmaktadır. Bu amaçla Kanun, kendi öngördüğü kapsam dahilinde teslimsiz taşınır rehninin yaygınlaşmasını teşvik ederken tacir ve esnafın birbirlerine kredi açıp TİTRK kapsamında rehin vermesine imkân tanımaktadır<sup>95</sup>. Ayrıca alacağın m. 3'te sayılmayan bir kişiye temlik halinde güvencenin devam etmesi, alacağın likiditesini artıracak, kredi verenlerce TİTRK kapsamında teminat

<sup>91</sup> Antmen, s. 75-76; Dural, s. 326-330.

<sup>92</sup> Şit İmamoğlu 20; Duran, s. 108; Göle/Aydoğan, s. 15; Aytaç, s. 110-111; Aksoy, s. 60; Baydak, s. 84; Karakuş Erbaş, s. 66; Yıldız, s. 48; Helvacı (Ülgen/Kaya/Nomer Ertan), s. 206; Yurtman, s. 23; Şenocak, Kahraman, Tuncer Kazancı ve Öcal Apaydın, s. 118, 136; Bahtiyar, s. 48; Bayezit, s. 147; Antalya/Acar, s. 47, 50-52; Yatağan Özkan, s. 221; Ergüne, s. 78; Arkan, Ticari İşletme 2020, s. 53.

<sup>93</sup> Çamurcu, s. 229-230.

<sup>94</sup> TİRK Komisyon Raporu, s. 2.

<sup>95</sup> TİTRK'in amacı hakkında bkz. Bölüm I.B.



altına alınmış bir kredi vermeyi daha cazip kılacaktır. Nihayet TİTRK'in rehinli alacaklı olabilecekler arasında tacir ve esnafları sayarak kapsamı genişletmesi karşısında kanuna karşı hile ihtimali (ve ihtiyacı) azalacaktır. Kaldı ki kanuna karşı hilenin tespiti halinde zaten hakkın kötüye kullanılması yasağı (MK m. 2(2)) devreye girecek ve hileyle güdülen amaca ulaşamayacaktır<sup>96</sup>.

### SONUÇ

1. Bu çalışmada TİTRK'in uygulama alanına dair meseleler ele alınmış; bu kapsamda Kanun'un isminde geçen "*ticari işlem*" ifadesi ve taraf sınırlamaları bakımından özellik arz eden kimi durumlar incelenmiştir. Anılan meseleler, TİTRK'e dair yorum faaliyetini gerektirmektedir. Tartışmalı meselelerin çözümünde tutarlılığın sağlanması için öncelikle TİTRK'in amacı ve istisnai niteliği tartışılarak çalışmanın kalanında benimsenecek bir çerçeve geliştirilmiştir.

Bu kapsamda ilk olarak TİTRK'in amacı tespit edilmiştir. TİTRK'in metni, Gerekeç'te öngörülen ve KOBİ'lerin finansmana erişimine yönelik amaçtan daha geniş bir amaç ve kapsam içermektedir; ancak bu amacın gerçekleşmesine engel değildir. TİTRK'in amacı, m. 3'te sayılan kişilerin finansmana erişiminde engellerin kaldırılması ve buna yönelik bir mekanizma olarak teslimsiz taşınır rehninin yaygınlaştırılması olarak özetlenebilir.

Daha sonra, TİTRK'te düzenlenen teslimsiz taşınır rehninin MK'nın teslimine bağlı rehin hükümlerine göre istisnai niteliği üzerinde durulmuştur. Finansmana erişim bakımından taraflara -emredici nitelikte olmayan- alternatif bir rehin modeli sunan TİTRK hükümlerinin uygulama alanının tespiti, TİTRK m. 3'te sayılan kişilerin finansmana erişimi bağlamında dar yoruma ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira Kanun'un amacı zaten bu kişilerin finansmana erişiminin kolaylaştırılmasıdır.

2. Yapılan inceleme sonucunda, TİTRK'in ismindeki "*ticari işlemlerde*" ifadesinin Kanun'un uygulama alanına bir etkisi olmadığı sonucuna varılmıştır. TİTRK metninde tanımlanmayan veya içeriği dolaylı olarak açıklığa kavuşturulmayan bu kavram, TK'nın ticari iş kavramından farklıdır. Yine de ticari işlem kavramına mesleki veya işletmesel amaçlarla yapılan işlemler şeklinde bir anlam atfedilerek, Kanun'un "*ticari işlemlerde*" uygulanacağı savunulmaktadır. Oysa tüzel kişiliği olmayan borçlular bakımından

<sup>96</sup> Erdem, s. 55. Kanuna karşı hilenin yaptırımı hakkında bkz. Oğuzman/Barlas, N. 906 vd.

mesleki/işletmesel malvarlığı ile adi malvarlığının ayrımı kolay olmadığı gibi bu ayrımın Sicil yetkililerince yapılmasını beklemek de gerçekçi değildir. Bu yüzden TİTRK metnine yansımayan ticari işlem ifadesinin Kanun'un uygulama alanına bir etkisi yoktur.

3. TİTRK'in taraf bakımından kapsamına ilişkin meselelerden ilk olarak TİTRK'in hem rehinli alacaklılar hem de borçluların kapsamını genişletmesi değerlendirilmiştir. Özellikle tacir ve esnaflar arasındaki alacaklar için TİTRK kapsamında rehin hakkı kurulabilmesi, tefeciliğin ve hatır rehinlerinin önünü açabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Oysa TİTRK dönemindeki taraf bakımından sınırlı kapsamı muhafaza refleksi yansıtan bu endişelerin hem TİTRK içinden hem de dışından hukuki mekanizmalarla giderilmesi mümkündür. Finansmana erişimin kolaylaşması için bazı risklerin kanun koyucu tarafından göze alındığı kabul edilmelidir. Bu bakımdan TİTRK'in taraf bakımından kapsamına dair eleştirilerin yerindeliği sorgulanmaya açıktır.

4. Borçlu dışında bir kişinin TİTRK kapsamında rehin vermesi, taraflara dair bir diğer tartışmalı meseledir. TİTRK m. 5(9), bu şekilde rehin kurulabileceğini açıkça düzenlemekle birlikte borçlu ve rehin veren üçüncü kişi bakımından m. 3'teki taraf şartlarının aranıp aranmayacağı konusunda sessizdir. TİTRK hükümleri ve amacı çerçevesinde m. 3'te sayılan sıfatlar borçlu için aranmalı, ancak rehin veren üçüncü kişi bakımından aranmamalıdır. Bu sonuçları haklı kılan gerekçeler, her bir sonuç için aşağıda birer paragrafta özetlenmiştir.

Borçlu dışında bir kişinin Kanun kapsamında rehin vermesi halinde de borçlunun TİTRK m. 3'te sayılan kişilerden olması gerekir. Kanun'un amacı, teslimsiz taşınır rehninin m. 3'te sayılan kişilerin finansman gereksinimlerinin karşılanması için yaygınlaştırılmasıdır. Bu sıfatları taşımayan kişiler lehine rehin kurulmasına izin vermek, TİTRK'in uygulama alanını Kanun'un amacını aşan şekilde genişletecektir. Nitekim Ana Yönetmelik m. 10(5) hükmü bu sonucu teyit etmektedir.

Öte yandan borçlu lehine rehin veren üçüncü kişinin TİTRK m. 3'te sayılan kişilerden olması aranmaz. Amaç, sayılan kişilerin krediye erişimleri olduğuna göre rehin veren üçüncü kişilerin kimliği, TİTRK kapsamında rehin verebilmeleri bakımından önem arz etmemelidir. Keza Ana Yönetmelik m. 10(5) hükmü, "herhangi bir kişinin" borçlu lehine rehin verebileceğini isabetli olarak ifade etmektedir. O halde TİTRK m. 3'teki sıfatları taşıyan ya da taşımayan, borçlu dışındaki bir kişi TİTRK kapsamında rehin verebilecektir.

5. Borçlu dışında bir kişinin de rehin verebileceği dikkate alınarak TİTRK kapsamında rehinli alacaklı, borçlu ve rehin veren kişilerin kimler olabileceği, aşağıdaki tabloyla özetlenebilir:

<i>Rehinli alacaklı</i>	<i>Borçlu</i>	<i>Rehin veren</i>
Kredi kuruluşu	Tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı	Borçlu dahil herhangi bir kişi
Tacir veya esnaf	Tacir veya esnaf	Borçlu dahil herhangi bir kişi

6. Son olarak, alacağın temlik halinde devralanın m. 3'te rehinli alacaklı olarak sayılanlar arasında olmaması halinde rehin hakkının devralana geçip geçmeyeceği tartışılmıştır. TİTRK'te rehinli alacaklı olabileceklerin kapsamının genişletilmesi karşısında bu tartışmanın önemi azalmıştır. Yine de TİTRK'in taraf şartını sadece kuruluş anında araması, TİTRK'teki rehinli alacaklı sıfatını güvenilir kredi kuruluşlarına özgüleme yaklaşımının terk edilmiş olması ve tacir ile esnafın rehin alan tarafta yer alabilmesinin kanuna karşı hile tehlikesini büyük ölçüde ortadan kaldırması karşısında alacağın TİTRK m. 3'te rehinli alacaklı olarak sayılmayan bir kişiye temlik halinde rehin hakkının varlığını sürdüreceği sonucuna varılmalıdır.

7. Çalışmada varılan sonuçları somutlaştıran bir hüküm,<sup>97</sup> şu şekilde kaleme alınabilir:

#### **Rehinde Taraflar**

**MADDE 3 (1)** Bu Kanun kapsamında taşınır rehni; alacaklı taraf kredi kuruluşuysa tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü veya serbest meslek erbabı kişiler lehine; alacaklı taraf tacir veya esnafsa tacir veya esnaf lehine kurulabilir.

(2) Borçlunun, ilk fıkrada lehine rehin kurulabileceği belirtilen kişilerden olması kaydıyla herhangi bir üçüncü kişinin bu Kanun kapsamında rehin vermesi mümkündür.

<sup>97</sup> Bu şekilde bir hükmün kabulü halinde üçüncü kişilerin Kanun kapsamında rehin verebileceğini düzenleyen TİTRK m. 5(9) hükmüne de ihtiyaç kalmayacağını vurgulamak gerekir.

### KAYNAKÇA

- Ayhan, Rıza/Çağlar/Hayrettin/Özdamar, Mehmet:** Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 13. Bası, Ankara 2020.
- Aksoy, Mehmet Ali:** "Yeni Bir Kurum Olarak Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni'nin Ticari İşletme Rehni ile Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Dergisi, Cilt 76, Sa. 1, 2018, ss. 53-90.
- Antalya, O. Gökhan/Acar, Faruk:** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, 3. Bası, İstanbul 2020.
- Antmen, Alpaz:** Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001.
- Arkan, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku, 19. Bası, Ankara 2014 (Ticari İşletme 2014).
- Arkan, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku, 26. Bası, Ankara 2020 (Ticari İşletme 2020).
- Aytaç, Zühtü:** "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kapsamında Taraflar", iç: Sirmen, Lale/Özbilen, Barış (ed.), Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, ss. 85-117.
- Bahtiyar, Mehmet:** Ticari İşletme Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2019.
- Baydak, Ecrin:** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, İstanbul 2018.
- Bayezit, Fırat:** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Rehin Sözleşmesi ve Hükümleri, İstanbul 2019.
- Biçer, Levent:** "Finansmana Erişim Kolaylığı Açısından Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu", Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (KOSBED), Sa. 35, 2018, ss. 73-101.
- Bozer, Ali/Göle, Celal:** Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Ankara 2020.
- Çamurcu, Emin:** "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sözleşmesinin Tarafları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21 Sa. 3, 2017, ss. 201-234.
- Dural, H. Ali:** "Ticari İşletme Rehni İle Teminat Altına Alınan Alacağın TİRK m. 2'de Sayılan Kişiler Dışındaki Kişilere Temlikinin Ticari İşletme Rehnine Etkisi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sa. 1, 2004 (Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan C 1), ss. 323-330.
- Duran, Arif:** "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sözleşmesi Taraflarının Hak ve Yükümlülükleri", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, Sa. 2, 2016, ss. 103-118.

- Erdem**, H. Ercüment: “Ticari İşletme Rehninde Güncel Sorunlar”, Bankacılar Dergisi, Sa. 76, 2011, ss. 42-60.
- Ergüne**, Mehmet Serkan: Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, 2. Bası, İstanbul 2020.
- Ertaş**, Şeref: “Ticari İşletme Rehni”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, Özel Sa., 2005 (İrfan Baştuğ Anısına Armağan), ss. 39-50.
- Erten**, Ali: Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Ankara 2001.
- Göle**, Celal/**Aydoğan**, Gökhan: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu”nun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 33, Sa. 1, 2017, ss. 5-54.
- Gürpınar**, Damla: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Teslime Bağlı Taşınır Rehni Kurallarından Ayrılan Yönleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, Sa. 1, 2017, ss. 111-159.
- Hamamcıoğlu**, Esra/**Karamanlıoğlu**, Argun: “6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’na İlişkin Bazı Tespitler”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, Sa. 2, 2016, ss. 95-138.
- Karakuş Erbaş**, Burcu: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Ve Rehin Alacaklısının Korunması, Ankara 2018.
- Larenz** Karl/**Canaris**, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Bası, Berlin/Heidelberg 1995.
- Nomer**, Haluk Nami/**Ergüne**, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2017.
- Oğuz**, Sefer: “Ticari İşlemlerde Teslimsiz Tescilli Taşınır Rehni”, Bankacılar Dergisi Sa. 100, 2017, ss. 3-31.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı, 2. Bası, İstanbul 2019.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Barlas**, Nami: Medeni Hukuk, 26. Bası, İstanbul 2020.
- Oral**, Bahar: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, Ankara 2019.
- Öz**, Turgut: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Sa. 2, 2017, ss. 151-186.
- Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2018.
- Reisoğlu**, Seza: “Ticari İşletme Rehni Uygulama-Sorunlar”, iç: Prof. Dr. Gürğân Çelebican’a Armağan, Ankara 2011, ss. 377-395.

- Saymen, Ferit:** "Matlaplar Kanun Mudur?", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. 10, Sa. 3-4, 1944, ss. 565-578.
- Serozan, Rona:** Eşya Hukuku I, 3. Bası, İstanbul 2014.
- Sirmen, Lale:** "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Düzenleniş Biçimi, Niteliği ve Rehne Hâkim Olan İlkeler", iç: Sirmen, Lale/Özbilen, Barış (ed.), Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Ankara 2018, ss. 21-52 (Düzenleniş Biçimi).
- Sirmen, Lale:** Eşya Hukuku, 7. Bası, Ankara 2019.
- Şenocak, Kemal/Kahraman, Zafer/Tuncer Kazancı, İdil/Öcal Apaydın, Bahar:** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, Ankara 2019.
- Şit İmamoğlu, Başak:** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017.
- Teoman, Ömer:** "Tacir Ticari İşletmesini Üçüncü Bir Kişinin Borcunun Güvencesi Olarak Rehnedebilir mi?", iç: Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, ss. 79-87.
- Toraman Çolgar, Emek:** Şirkete Borçlanma Yasağı, İstanbul 2019.
- Uyumaz, Alper:** "Medenî Kanun Dışındaki Kanunlarda Düzenlenmiş Taşınır Rehni Çeşitleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi' C. 21, Sa. 4, 2017, ss. 49-90.
- Uyumaz, Alper/Türk, Mehmet Cemil:** "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Düşünceler", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, Sa. 2, 2019 (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı), ss. 1416-1456.
- Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, Füsün:** Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2015.
- Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, Füsün:** Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2019.
- Yatağan Özkan, Çiğdem:** "Ticari İşletme Rehninde Yeni Sorunlar: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu", iç: Temel, Erhan/Kırca, Çiğdem (ed.), Türk ve Alman Özel Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Ankara 2020, ss. 211-251.
- Yıldız, M. Enes:** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2019.

**Yongalık**, Aynur: “İstisnalar Dar Yorumlanır” Kuralı ve Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, Sa. 1, 2011, ss. 1-15.

**Yurtman**, Hazalcan: 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Temerrüt Sonrası Haklar, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2019.

### **Çevrimiçi Kaynaklar**

The UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779\\_e\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf) erişim tarihi: 5 Mart 2021.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Tasarısı (1/753) ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu (Yasama Dönemi 26, Yasama Yılı 1, Sıra Sayısı 418) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss418.pdf> erişim tarihi: 5 Mart 2021 (Komisyon Raporu).

Bursa Milletvekili Kasım Önadım'ın, Ticari İşletme Rehni Kanun Teklifi ve Ticaret ve Adalet Komisyonları Raporları (2/17, Dönem 3, Toplantı 1, Sıra Sayısı 128) [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM\\_\\_d03/c012/mm\\_\\_03012066ss0128.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM__d03/c012/mm__03012066ss0128.pdf) erişim tarihi: 5 Mart 2021 (TİRK Komisyon Raporu).

UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/09-82670\\_ebook-guide\\_09-04-10english.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/09-82670_ebook-guide_09-04-10english.pdf) erişim tarihi: 5 Mart 2021 (Kılavuz).

## CEZA YARGILAMASININ GELECEĞİ: ROBOT HAKİM

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998255>

Arş. Gör. Seda Yağmur SÜMER\*

### Öz

Robotlar ve yapay zekanın kullanım alanı her geçen gün heyecan verici derecede genişlemekte ve değişmektedir. Başta mühendislik, endüstri, eğitim, sağlık gibi alanlarda heyecan veren bu gelişmeler zaman içerisinde hukuk dünyasında da yer edinmeye başlamış ve birçok önemli tartışmanın doğuşuna zemin hazırlamıştır. Bu tartışmalardan biri de çalışma konusu olan yargılamada robot hakimlerin görev alıp alamayacağı sorunudur. Her ne kadar bu sorun önceden “uzak bir hayal” olarak nitelendirilse de bu konunun günümüzün gerçeği olma yolunda önemli örnekleri bulunmaktadır. Bu nedenle hukukun teknolojik gelişmeleri geriden takip etmemesi adına; şu an mevcut ve ilerleyen zamanda yaygınlaşması muhtemel bir gelişmenin hukuk dünyasındaki olası sonuçlarının olumlu ve olumsuz yönleriyle ele alınması önem arz etmektedir.

### Anahtar Kelimeler

Robotlar, Yapay zeka, Robot hakim, Robot hukuku, Ceza hukuku, Elektronik yargılama, Ceza muhakemesi hukuku

## THE FUTURE OF CRIMINAL PROCEEDING: ROBOT JUDGE

(Research Article)

### Abstract

The usage of robots and artificial intelligence is expanding and changing every day. These exciting developments, especially in areas such as engineering, industry, education, and health, began to influence the legal world over time and became the ground for many important discussions. One of these debates is the question of whether robot judges can take part in the trial, which also is the

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İzmir (sedayagmur.sumer@deu.edu.tr), ORCID: 0000-0001-8071-1889 (Geliş Tarihi: 04.07.2021-Kabul Tarihi: 08.09.2021)



*subject of this study. Although this problem was previously described as a “distant dream”, there are important examples of this issue on the way to becoming a reality today. For this reason, it is important to consider the positive and negative aspects of the possible consequences of a development in the legal world that is likely to be widespread now and in the future, in order to ensure that law does not follow technological developments behind.*

**Keywords**

*Robots, Artificial intelligence, Robot judge, Robo-law, Criminal law, Electronic trial, Criminal procedure law*

## GİRİŞ

Günümüzde hukuk alanında yapay zeka kullanımı giderek yaygınlaşmaktadır. Online duruşmaların yapılması, video konferansların gerçekleştirilmesi, telekonferansların yapılması, otomatik belgeleme işlerinin yapılmasını sağlayan otomasyonlar, içtihat bankaları, yargıda kullanılan tahmin teknolojileri gibi birçok alanda yapay zeka uygulamalarının kullanıldığını görmekteyiz. Bu yaygın kullanım teknolojide yaşanan dinamik değişimler nedeniyle giderek gelişmekte ve başkalaşmaktadır. Hal böyle iken bu gelişim spesifik kullanım alanları bakımından ciddi hukuki tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Nitekim çalışma konumuz olan “*Robot Hakimler*” de bu önemli hukuki tartışmaları barındıran alanlardan biridir.

Robot Hakimlerin varlığı karşısında yargı organlarının sùjeleri; fiziki varlığını, itibar ve yetkilerini korumakta iken, yapay zekanın buradaki işlevi bir alternatif üreterek yargısal süreçleri kolaylaştırarak destekleyici bir vazife görmektedir. Bu bakış açısının ötesine geçildiğinde yargı mensuplarının ya da mahkemenin fiziksel varlığı yerine bu varlığı doldurabilecek bir alternatif üretilmesi mümkün müdür? İşte bu soru robot hakim fikrinin ortaya çıkışındaki temel itici güçlerden biridir. Bu fikrin ortaya çıkışı, uygulamadaki örnekleri ve bu fikrin uygulanması halinde doğacak olası sonuçlar bu çalışmanın temel konusunu oluşturmaktadır. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki bu çalışma “*Robot Hakimleri*” ele alırken odak noktası ceza muhakemesi hukuku olacaktır ve temelde ceza yargılaması özelinde doğabilecek önemli sonuçlara değinilecektir.

Bu çalışmada öncelikle konunun daha iyi anlaşılabilmesi adına temel kavramlar hakkında bilgi verilecektir. Ardından günümüzde yargı mekanizmasındaki karar verme sürecinin nasıl olduğuna ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır. Bu değerlendirme “*insan hakim*” yargıdaki rolü ve karar verme süreçlerinin nasıl gerçekleştiği konusunda bizlere fikir verecektir. Ardından “*robot hakimlerin*” yargının bir sùjesi olması halinde karar verme süreçlerinin nasıl olacağına değinilecektir. Burada insan hakim/robot hakim karar verme süreçlerindeki farklılıkların ortaya konulması önem arz etmektedir. Bu açıklamalar doğrultusunda konuya ilişkin yol gösterici uluslararası belgelere değinilecek ve sonuç olarak verilen bilgiler ışığında “*robot hakim*” uygulamasının ceza muhakemesi bakımından ne gibi sonuçları olacağı ortaya konulacaktır.

## I. YAPAY ZEKA VE ROBOT KAVRAMI<sup>1</sup>

### A. Robot Kavramı

Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yer alan tartışmaların daha iyi anlaşılabilmesi adına öncelikle belirli temel kavramların genel hatlarıyla açıklanmasında fayda vardır. Bu nedenle öncelikle robot kavramından ne anlamamız gerektiğine değinecek olursak; robotlar bazen basit ve tekdüze bazen de çok karmaşık işleri yerine getirmek için tasarlandıkları için robotların tasarımı da üretim amaçlarına göre farklılıklar göstermektedir. Robot esasen fiziksel bir yapı ve o yapının işlemlerini sağlayan bir yazılımdan meydana gelmektedir. Tıp dünyasında kullanılan nano robotlardan insansız hava araçlarına kadar geniş bir robot tasarım alanından söz etmek mümkündür<sup>2</sup>. Bu geniş yelpaze karşısında robot kavramının doktrinde birçok tanımı bulunmaktadır.

Bu tanımlardan birkaçına değinecek olursak:

*“Fiziksel olarak hareket edebilen, otonom veya yarı otonom bir makine”<sup>3</sup>, “Çevrelerinden sensörleri ile veri toplayan, bir algoritmaya dayalı olarak hareket eden ve çevresi ile etkileşim içerisinde bulunan makineler”<sup>4</sup>, “İster metal ister başka tür aletler yardımı ile şekli bir görünüme sahip olan yapıların herhangi bir program veya elektronik devre (yazılım) yüklenerek kontrol altına alınması ile oluşturulmuş mekanik-yapay özneler”<sup>5</sup>* şeklinde tanımlar bulunmaktadır.

ISO 8373<sup>6</sup> ise robotu şu şekilde tanımlıyor<sup>7</sup>: *“iki veya daha fazla ekseninde programlanabilen, belirli bir otonomi seviyesine sahip, amaçlanan*

<sup>1</sup> Bu bölümde temel kavramlara ilişkin yapılan açıklamalar yazarı olduğum “Robotlar, Yapay Zeka ve Ceza Hukuku” adlı eserden alınmıştır. Bakınız: **Bacaksız**, Pınar/**Sümer**, Seda Yağmur, Robotlar: Yapay Zeka ve Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 17-19, 22-26.

<sup>2</sup> **Ersoy**, Çağlar: Robotlar ve Ceza Hukuku, Onikilevha Yayıncılık, 4. Bası, İstanbul 2019, s. 5.

<sup>3</sup> **Yüksel**, Bozkurt Armağan Ebru: “Robot Hukuku”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt:7, Sayı:29, 2017, s. 89.

<sup>4</sup> **Özparlak**, Başak Ozan: “İnsan-Robot Etkileşimi ve Hukuk”, Hukuk Köprüsü, Cilt: 16, Sayı: 16, 2019, s. 198.

<sup>5</sup> **Aydemir**, Melisa: “Yapay Zekalı Robotların Ceza Sorumluluklarının Araştırılması”, Suç ve Ceza Dergisi, Sayı: 4, 2018, s. 5.

<sup>6</sup> TK20: Makine Güvenliği Teknik Komitesi hazırlık grubu tarafından 18.02.2016 tarihinde kabul edilen “Robotlar ve robotik aygıtlar- Sözlük” başlıklı gerek sanayi ortamlarında gerekse sanayi dışı ortamlarda kullanılan robotlar ve robotik cihazlarla ilgili terimleri tanımlayan uluslararası standart.

görevleri yerine getirebilmek için çevresi içinde hareket eden hareketli mekanizmadır”

Daha karmaşık bir başka robot tanımı ise şu şekildedir<sup>8</sup>:

“Dış dünya ile etkileşime girmesine izin veren bir vücut ile donatılmış veya bir yazılım veya program gibi soyut bir varlığı olan, işlevini yerine getirirken bir insan tarafından doğrudan kontrol edilen veya gözetim altında bulundurulmuş veya farklı karmaşıklık seviyelerinde olan ve dış ortama da müdahale etmek de dahil olmak üzere mevcut alternatifler arasından önceden belirlenmemiş seçimler yapmayı içerebilecek (tekrarlayan nitelikte veya tek seferlik) görevlerini yerine getirirken otonom şekilde hareket eden ve kullanıcısı, yaratıcısı veya programcısı tarafından belirlendiği üzere bir sonuca ulaşmayı veya sonradan değerlendirilmek üzere bilgi sağlamayı hedefleyen ve bu sırada insanlar ile çeşitli şekillerde ve seviyelerde etkileşime girebilen ve işbirliği yapabilen bir makine.”

Bu tanımlar doğrultusunda ifade etmek gerekir ki robotlar üç bileşenden oluşur<sup>9</sup>:

➤ **Sensörler:** Bunlar robotun çevreyi gözlemlemesini ve algılamasını sağlar.

➤ **İşlemciler:** Robotun ne tepki vereceğini belirler.

➤ **Efektörler:** Robotun verdiği karar doğrultusunda hareket etmesini sağlar.

Robotun bileşenlerinden sonra bir varlığın robot olabilmesi için taşıması gereken temel özelliklerin şunlar olduğu söylenebilir<sup>10</sup>:

➤ **Algılama/Hissetme Kabiliyeti:** Robotun çevresindeki uyarıcıları algılaması ve bunlara tepki vermesi gerekmektedir. Burada kast edilen çevrenin algılanması elbette insanların çevrelerini algılamaları gibi değildir. Robota eklenen bazı sensörler ile bu sağlanabilecektir. Işık sensörleri (gözler), dokunma ve basınç sensörleri (eller), kimyasal sensörler (burun), işitme ve sonar sensörleri (kulaklar) ve tat sensörleri (dil) olarak düşünülmelidir.

<sup>7</sup> Bakınız: Ersoy, s. 34, dn. 15.

<sup>8</sup> Bertolini/Palmerini, aktaran Ersoy, s. 34.

<sup>9</sup> Ersoy, s. 6.

<sup>10</sup> Humbe, A. B./Deshmukh, P. A./Kadam, M. S.: “The Review Of Articulated R12 Robot And Its Industrial ApplicationS”, International Journal of Research in Engineering & Technology (IMPACT: IJRET), Cilt: 2, Sayı: 2, 2014, s. 113-114; Yüksel, s. 88.

➤ **Hareket Kabiliyeti:** Robotun kısmen veyahut tamamen hareket kabiliyetinin bulunması gerekmektedir. Robotun tekerlekler üzerinde kayarak hareket etmesi ya da yürüyerek hareket etmesi önem arz etmez. Örneğin; bir robotun sadece kolları hareket edebileceği gibi bütün vücuda da hareket edebilir.

➤ **Enerji:** Robot elektrik, güneş enerjisi, pil veyahut başka bir enerji kaynağına sahip olmalıdır.

➤ **Zeka:** Robotun bir zekaya sahip olması gerekmektedir. Burada robotun programcıları devreye girmektedir. Çünkü programcı, robota ‘*zekasını*’ veren kişidir. Burada bahsedilen zeka mutlaka yapay zeka düzeyinde olmak zorunda değildir.

### B. Yapay Zeka-Makine Öğrenmesi-Derin Öğrenme Kavramları

İnsan beyni yüzyıllar boyunca en komplike ve eşsiz makine olarak tarihte yer edinmiştir. Bu eşsizlik birçok soru işaretini ve bilimsel çalışmayı da beraberinde getirmiştir. Buna rağmen insan beyninin yapısıyla ilgili halen aydınlatılmamış birçok karanlık alan bulunmaktadır. Günümüzde bu mükemmel yapıdan ilham alınarak insan beyniyle rekabet edebilecek icatlar yapılması hedeflenmektedir. Bu hedef doğrultusunda ise; bilgisayarların icat edilmesiyle insan beyniyle yarışabilecek düzeyde hesaplama yapabilen ve problem çözebilen bir mekanizmanın mümkün olabileceği gibi bir sonuca varılmıştır. Fakat bu sonucun başlı başına insan beyni ile olan yarışta galibiyet sağlayamadığı yapılan deney ve gözlemler neticesinde elde edilmiştir. Çünkü insan beyni çevresini algılamakta, mevcut olasılıklar karşısında tecrübeleri ve sezileriyle karar almakta ve kendi hareketlerini kontrol edebilmektedir. Temelde bu özelliklerden ilham alarak yapay zeka kavramının doğduğunu ifade etmek yerinde olacaktır.

“*Yapay zeka*” kavramı en yaygın kullanılan kavram olsa da doktrinde bazı yazarlar “*yaratılmış zeka(created intelligence)*” kavramını da kullanmaktadırlar<sup>11</sup>. Bu açıklamalar doğrultusunda doktrinde yapay zeka kavramının birçok tanımının bulunduğunu ifade etmek yerinde olacaktır.

Yapay zeka; “*İnsan zekası ile gerçekleştirilen düşünme, anlama, kavrama, yorumlama ve öğrenme işlemlerini bilgisayar programları aracılı-*

<sup>11</sup> **Williams**, Damien P.: “Strange Things Happen at the One Two Point: The Implications of Autonomous Created Intelligence in Speculative Fiction Media, The Machine Question: AI, Ethics and Moral Responsibility”, AISB/IACAP WORLD CONGRESS 2012, Birmingham, UK, 2-6 July 2012, s. 97.

ğıyla problem çözümüne uygulanması”<sup>12</sup> olarak tanımlanabilir. Aslında bir başka ifade ile programlanmış olan bir bilgisayara düşünebilme yetisinin kazandırılabilmesidir. Bir başka tanıma göre yapay zeka; makinelere zeka kazandırmaya adanmış etkinlik anlamına gelmektedir<sup>13</sup>.

Yine yapay zeka; “tamamen yapay yollarla oluşturulmuş, herhangi bir canlı organizma olmaksızın insan gibi davranışlar sergileyebilen yapılar”<sup>14</sup>, “makinelere kullanarak insan yahut hayvan bilişinin bazı yönlerini taklit etmeye yönelik bir dizi teknikler bütünü”<sup>15</sup>, “Yapay zeka, insan davranışlarına özgü karakteristik özellikleri sergileyen akıllı sistemlerle ilgilenen, bilgisayar biliminin bir dalı”<sup>16</sup>, “bir bilgisayarın ya da bilgisayar denetimli bir makinenin genellikle insana özgü nitelikler olduğu varsayılan akıl yürütme, anlam çıkartma, genelleme ve geçmiş deneyimlerden öğrenme gibi yüksek zihinsel süreçlere ilişkin görevleri yerine getirme yeteneği”<sup>17</sup>, “genel olarak insan benzeri bir zekânın simülasyonu”<sup>18</sup>, “insanın düşünsel yeteneklerine sahip bir insan yapımı makine”<sup>19</sup> olarak ta tanımlanmaktadır.

Bu tanımlar doğrultusunda ifade etmek gerekir ki yapay zeka ile insan beyni arasında temelde bazı farklılıklar bulunmaktadır. İnsan beyni duyguları sezgiler ve ruhsal koşullardan etkilenmektedir. Fakat yapay zeka bakımından böylesi faktörler söz konusu olmayıp temelde insan beyindeki sinir hücrelerinin yapılarındaki aktarımlar ile benzer hızlı matematiksel temelli

<sup>12</sup> **Aydemir**, Emrah: Weka ile Yapay Zeka, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2019, s. 28.

<sup>13</sup> **Nilsson**, Nils J.: Yapay Zeka Geçmişi ve Geleceği, 2. Baskı, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2019, s. 13.

<sup>14</sup> **Mijwill**, Maad M.: “History of Artificial Intelligence”, Nisan 2015, s. 3, [https://www.researchgate.net/publication/322234922\\_History\\_of\\_Artificial\\_Intelligence](https://www.researchgate.net/publication/322234922_History_of_Artificial_Intelligence), (E.T: 05.04.2021).

<sup>15</sup> **Calo, Ryan**: “Artificial intelligence policy: a primer and roadmap”, University of Bologna Law Review, Cilt: 3, Sayı: 2, 2018, s. 184, <https://bolognalawreview.unibo.it/article/view/8670/8420>, (E.T:13.06.2021).

<sup>16</sup> **Lashbrooke**, E. C. (1988): “Legal Reasoning and Artificial Intelligence”, 34 Loy. L. Rev. 287, s. 295; Nakleden: **Kılıçarslan**, Kara Seda: “Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Yıl: 2019/20, Sayı:4, s. 366.

<sup>17</sup> **Karaduman**, Tevfik: “Yapay Zeka Uygulama Alanları”, Gazi Üniversitesi, Bilişim Enstitüsü, Adli Bilişim. A.B.D., s.2, [https://www.academia.edu/16703256/Yapay\\_zeka\\_makale\\_09\\_06](https://www.academia.edu/16703256/Yapay_zeka_makale_09_06), (E.T:13.06.2021).

<sup>18</sup> **Zeytin**, Zafer/**Gençay**, Eray: “Hukuk ve Yapay Zekâ: E-kışı, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması”, Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 2019, s. 42.

<sup>19</sup> **Yüksel**, s. 89.

hesaplamalar yapabilme yetisi bulunmaktadır. Oysa insan beyni bu hesaplama yönteminden farklı olarak matematiksel bir metod değil de problemlerin analiz edilmesi ve çözümlenmesi odaklı bir metod izlemektedir<sup>20</sup>. Aslında bu metodsalsel farkı anlamak adına yapay zekanın bir alt dalı olarak nitelendirilebilecek “*makine öğrenmesi*” kavramına değinmek gerekir.

Günümüzde veri madenciliğinin bir getirisi olarak hayatımızın birçok alanında ihtiyaç fazlası veriler depolanmaktadır. Buradaki temel amaç aslında makine öğrenmesinin geliştirilebilmesi adına ilgili olabilecek her türlü verinin sistemde bulundurulmasıdır. Makine öğrenmesi; milyonlarca veri yığını içerisinde sürekli analiz yaparak ilgili veri örüntüsünün aslında tespit edilebilmesidir. Bu örüntü temelde tahminlere dayanmakta olup ileride geleceğe dair olasılıkları hesaplamaktadır. Bu örüntülerin tespit edilerek veri yığını üzerinde uygulanmasını sağlayan yöntemlere genel olarak “*makine öğrenmesi (machine learning)*” adı verilmektedir. Örneğin; kamera kayıt sistemlerinde bilgisayar tabanlı kaydedilen bütün görüntüler üzerinde analiz yaparak benzer örüntüler tespit edilmektedir. Bu benzer örüntülerden ayrık farklı bir görselin tespiti halinde uyarı sistemleri devreye girmektedir<sup>21</sup>.

Bu kavram aslında yapay zeka kavramı altında yer alan bir tekniği ifade etmektedir. Her ne kadar sıklıkla makine öğrenmesi terimi yapay zeka terimi ile aynı anlamda kullanılsa da bu kavram yapay zeka kavramını açıklamak için tek başına yeterli olmayacaktır.

Makine öğrenmesi kavramından sonra yapay zeka kavramının daha iyi anlaşılabilmesi adına kısaca “*derin öğrenme (deep learning)*” kavramına değinmek gerekir. İnsan beyinde nöronlar arasında iletişimi yani aslında veri alışverişini sağlayan sinir ağları bulunmaktadır. Bu sinir ağlarına benzer yapılar yapay zeka bakımından da söz konusudur. Bu yapılara genel olarak “*yapay sinir ağları*” adı verilmektedir. Yapay sinir ağları; “*insan beyninin en temel özelliği olan öğrenme fonksiyonunu gerçekleştirmeye yarayan bilgisayar sistemleridir*”<sup>22</sup>. Bu yapılar insan nöronlarına hem yapısal hem de şekilsel anlamda benzemektedirler<sup>23</sup>. Yapay sinir ağları, insan beyninin öğrenme metodunu taklit ederek elde ettiği verilerden yeni verilerin üretilebilmesini ve yapay zeka sistemlerinin çalışabilmesini sağlayan alt yapı niteliğindeki yazılımlardır.

<sup>20</sup> Aydemir, s. 28.

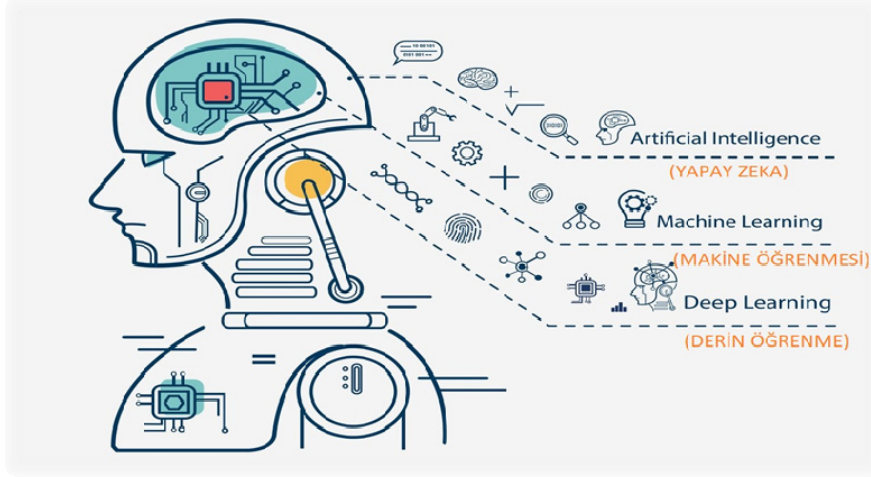
<sup>21</sup> Aydemir, s. 29.

<sup>22</sup> Öztemel, Ercan: “Yapay Sinir Ağları”, Papatya Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 15, [http://papatyabilim.com.tr/PDF/yapay\\_sinir\\_aglari.pdf](http://papatyabilim.com.tr/PDF/yapay_sinir_aglari.pdf), (E.T:11.09.2021).

<sup>23</sup> Aydemir, s. 33.

Yapay zekanın keşfedildiği ilk zamanlarda yapay sinir ağı uygulamaları yetersiz kalmakta ve problem çözebilme kabiliyetini olumsuz etkilemekteydi. Gelişen teknolojiyle birlikte yapay sinir ağlarının geliştirilmesi neticesinde problem çözebilme kabiliyetinin artırılabilmesi adına ideal sinir ağları ve bu sinir ağları bünyesinde ideal sinir sayıları oluşturulmuştur. İşte bu ihtiyacı tespit ederek kendi kendine gerekli yapay sinir ağı ve sinir hücresi sayısını tespit edebilen sistemlere “*derin öğrenme*” adı verilmektedir<sup>24</sup>. Bir başka deyişle **derin öğrenme**: “*nesne tanıma, konuşma tanıma, doğal dil işleme gibi alanlarda çok katmanlı yapay sinir ağlarını kullanan bir yapay zeka yöntemi olup makine öğrenmesinin çeşitlerinden biridir.*”<sup>25</sup>

Bu açıklamaları bütüncül bir şekilde toparlayacak olursak yapay zeka kavramı aslında makine öğrenmesi ve derin öğrenme kavramlarını da içine alan bir üst kavram niteliği taşımaktadır.



-Şekil 1-<sup>26</sup>

Günümüzde yapay zeka çok ciddi ilerleme kat etmiştir. Fakat yapay zekanın; insanın düşünerek yaptığı işleri başarabildiği fakat düşünmeden yaptığı hareketleri yapamadığı görülmektedir. Bunun en önemli örneğini ise dil becerilerine ilişkin konular oluşturmaktadır. Bir insan gibi anlayan ve

<sup>24</sup> Aydemir, s. 30.

<sup>25</sup> Yılmaz, Atınc/Kaya, Umut: Derin Öğrenme, 3. Baskı, KODLAB Yayın Dağıtım, Ocak 2021, s. 1.

<sup>26</sup> <https://stratejico.com/yapay-zeka-kavrami-ve-makine-ogrenme-uygulamaları>, (E.T:07.05.2021).



cevap verebilen bir yapay zekaya ulaşmak için insanlığın henüz yolu var<sup>27</sup>. Öte yandan bu konularda çalışan pek çok kişi insanlığın teknolojiadaki ilerleme hızını tartışırken Moore Yasası'na atıf yapar. Moore yasası'na göre; entegre devrelerdeki transistör sayısının yirmi-otuz yıldır iki yılda bir ikiye katlanır<sup>28</sup>. Dolayısıyla belki de insan beynine yakın formda bir yapay zekaya ulaşmak o kadar da uzun sürmeyebilir.

## II. YARGIDA KARAR VERME MEKANİZMASI

Tarihsel süreç içerisinde uzun zamandır hukukun ve adil kararların kesinlik, öngörülebilirlik, rasyonellik, tutarlılık, homojenlik gibi temel özelliklere sahip olduğu ileri sürülmektedir. Bir hukukçunun karar verme sürecinde sahip olduğu doğal unsurun genel olarak sağduyu olduğu varsayılrsa dahi sağduyunun karar verme sürecindeki tek önemli etken olduğunu düşünmek isabetsiz olacaktır<sup>29</sup>. Çünkü hakim karar verme süreci içerisinde aşağıda değinileceği üzere birçok değişken ve bu değişkenler arasında karmaşık bağlantılar bulunmaktadır.

Bu noktada yukarıda kavramlar bölümünde izah edildiği üzere insan beyninin makineleştirilmesinin sağlanması için önce insan beyninin tam olarak anlaşılabilir hale gelmesi gerekmektedir. İşte bu noktada robot hakim karar verme süreçlerinin başarıyla gerçekleşebilmesi için insan hakim karar verme süreçlerindeki etkenlerin ve işleyişin tam olarak anlamlandırılabilmesi gerekmektedir.

Nitekim tarihsel süreç boyunca filozoflar insan beyninin birçok açıdan makine ile karşılaştırabileceğini ileri sürmüşlerdir. Bu fikir bizi doğru düşünmenin yollarının kodlanabileceği fikrini ortaya atan Aristoteles'e kadar götürmektedir. Ayrıca bilişsel psikologlar insanların ve hayvanların bilgi işleme makineleri olarak düşünülebileceğini ifade etmişlerdir<sup>30</sup>. İşte bu hedef beraberinde insanların yasalar önündeki eşitlik ve özgürlüğünü içeren takdir hakkının "mekanik" yoruma kapalı kurallar ile yer değiştirmesi ihtiyacını doğurmaktadır.

Kısaca düzensizlikten öngörülebilirliğe geçiş yapabilmek için duygularından arınmış bir karar verici modelinin ve bilişsel özelliğin hedeflen-

<sup>27</sup> Bostrom, s. 31; Ünsal, s. 66.

<sup>28</sup> Bostrom, s. 46.

<sup>29</sup> Doğan, Koray: Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkusundan Sanık Yararlanır İlkesi "in dubio pro reo", 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 314 vd.

<sup>30</sup> Russell, Stuart J./Norvig, Peter, Artificial Intelligence A Modern Approach, Third Edition, Prentice Hall, 2010, s. 13, <https://www.cin.ufpe.br/~tfl2/artificial-intelligence-modern-approach.9780131038059.25368.pdf>, (E.T:08.08.2021).

mesi gerekmektedir. Çünkü karar verme fikri aslında kuralların mekanik bir uygulaması niteliğindedir<sup>31</sup>.

Bu süreçte hakimlerin karar verme mekanizmaları ile ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşlerden biri olan rasyonellere göre; yasal dayanakların rasyonel bir şekilde uygulanması yargı kararlarını açıklamak, gerekçelendirmek hususunda yetersiz kalmaktadır. Çünkü verilen kararları psikolojik, politik ve sosyal faktörler de etkilemektedir<sup>32</sup>.

Nitekim yapılan bir bilimsel çalışmada hakimlerin açlık ve yorgunluk seviyelerinin lehe-aleyhe karar vermek bakımından önemli bir etken olduğu tespit edilmiştir. Çalışmada İsrail’de sekiz hakimin 10 aylık bir süre içinde verdiği 1000’den fazla şartlı tahliye kararı incelenmiştir. Hakimler günde 14 ile 35 arası şartlı tahliye duruşmasına katılmışlardır. Bu duruşmalar üç ayrı oturuma bölünerek değerlendirilmiştir. İlk oturum günün başından ara mola kadar, ikincisi ara moladan öğle yemeğine kadar ve üçüncüsü öğle yemeğinden gün sonuna kadar sürmüştür<sup>33</sup>.

Çalışmadan elde edilen veriler neticesinde genel olarak hakimlerin; mahkumların şartlı tahliye taleplerini günün başında kabul etme olasılıklarının, günün sonuna göre daha yüksek olduğu; bir mahkumun şartlı tahliye edilme olasılığının, oturumun ilerleyen bölümlerinde değil de üç oturumdan birinin başında dinlenirse iki katından fazla arttığı, hakimlerin oturumda geçirdikleri süreden ziyade verdikleri karar sayılarının sonraki kararlarda da etkili olduğu tespit edilmiştir. Genel olarak hakimler yemek sonrası molanın ardından lehe kararlar verirken açlık ve yorgunluk seviyelerinin arttığı durumlarda aleyhe karar verme eğilimleri arttığı sonucuna varılmıştır<sup>34</sup>. Görülmektedir ki robot hakim insan hakimden farklı olarak; açlık, uykusuzluk, yorgunluk gibi olgulardan etkilenmeksizin karar verme yetisine sahiptir<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> **Perrone**, Francesco: “The Judge of the Future: Artificial Intelligence and Justice”, *Judicial Ethics and Professional Conduct*, Team Italy 2, Semifinal D, Themis 2019, s. 2-3, <https://www.ejtn.eu/PageFiles/17916/TEAM%20ITALY%20II%20TH%202019%20D.pdf>, (E.T:11.09.2021).

<sup>32</sup> **Perrone**, s. 6-7.

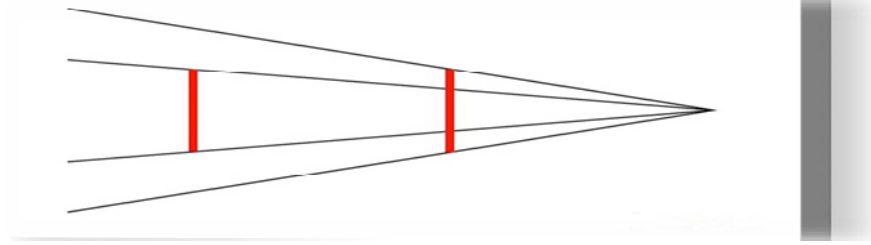
<sup>33</sup> **Danziger**, Shai/**Levav**, Jonathan/**Avnaim-Pesso**, Liora: “*Extraneous factors in judicial decisions*”, [www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1018033108](http://www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1018033108), (E.T:04.04.2021); To Get Parole, Have Your Case Heard Right After Lunch | WIRED, (E.T:07.05.2021).

<sup>34</sup> **Danziger/Levav/Avnaim-Pesso**, [www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1018033108](http://www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1018033108), (E.T:04.04.2021); To Get Parole, Have Your Case Heard Right After Lunch | WIRED, (E.T:07.05.2021).

<sup>35</sup> **Reiling**, A.D. (Dory): “Courts and Artificial Intelligence”, *International Journal for Court Administration*, 11(2), 2020, s. 3, <http://doi.org/10.36745/ijca.343>, (E.T:07.05.2021).

Oysa uygulamada da görüldüğü üzere insan hakimin karar verme sürecinde psikolojisi, değer yargıları, ön yargıları etkili olup insan hakimin karar verme süreci sadece mantıksal değil sezgi, hisler ve iradenin de dahil olduğu karmaşık bir süreçtir<sup>36</sup>.

Yapılan bu araştırma akıllara Ponzo yanılsamasını getirir. Ponzo yanılsaması, ilk olarak 1911 tarihinde İtalyan psikolog Mario Ponzo tarafından ortaya konulmuş geometrik-optik bir yanılsamadır. Ponzo insan zihninin bir nesnenin büyüklüğünü arka planına göre yargıladığı fikrini ortaya atmıştır<sup>37</sup>.



Şekildeki yatay kalın çizgiler aynı büyüklükte olmasına rağmen arkadaki kalın yatay çizgi algı nedeniyle daha uzun görülmesine neden olmaktadır. Bunun nedeni insan beyninin arkadaki kalın yatay çizgiyi uzakta algılaması ve bu uzaklığı gidermek için çizgiye biraz daha büyük yorumlamasıdır<sup>38</sup>. Görülmektedir ki insan algısı zihin mekanizmasının çarpıklığı nedeniyle yanılgıya düşmeye müsait bir yapıya sahiptir.

Ortaya konulan bu görüşler akıllara insan zihninin çarpıklığının ve dış etkenlerden bu denli etkilenmesinin karar verme süreçlerinde etkili olup olmadığı sorusunu getirmektedir. Uygulamaya bakıldığında aynı olay veya olgularda hakimlerin bazen farklı kararlar verebildiği görülmektedir. İşte bu noktada bizim sahip olduğumuz *bilinçsiz önyargularımız, bilinçsiz sempaticilerimiz, tarafların temsil edilme yetkinliği, bireysel eğilimlerimiz veyahut sunulan kaynaklar, iş yükü, ruhsak durumumuz* gibi birçok değişkenin etkili olduğunu görmekteyiz. Nitekim hakimin ne zaman yemek yediği, kararı günün hangi saatinde verdiği, gün içerisinde verdiği karar sayısı, sezgilerine olan güveni, taraf bireylerinin çekiciliği gibi etkenlerin de karar verme sürecinde rol oynadığı ifade edilmektedir. Çünkü insan doğası gereği olumlu özellikleri hakkında onu şüpheye düşürecek hususları reddetme eğilimi içe-

<sup>36</sup> Doğan, s. 314 vd.

<sup>37</sup> [https://tr.wikipedia.org/wiki/Ponzo\\_yan%C4%B1lsamas%C4%B1](https://tr.wikipedia.org/wiki/Ponzo_yan%C4%B1lsamas%C4%B1), (E.T:07.05.2021).

<sup>38</sup> Perrone, s. 7.

risindedir. Bu nedenle bir hakim bireysel özelliklerine ilişkin kuşku yaratan hususları göz ardı etme eğilimiyle karar verebilmektedir<sup>39</sup>.

Bu sorunun yanıtlanabilmesi için insan aklının nasıl düşündüğünü ve nedenlerini özellikle de hakimlerin karar alma süreçlerinde nasıl düşündüğünü ve bu düşüncelerin gerekçelerine odaklanmak gerekmektedir. Bu nedenle başta felsefe, mantık ve psikoloji olmak üzere birçok farklı bilim dalında ortaya atılmış görüşlerden yararlanmak gerekir.

Bu noktada öncelikle Aristoteles'ten başlayan akıl yürütmeye ilişkin temel analizlere değinmek gerekir. Bu analizler genelde akıl yürütmeye ilişkin üç temel çıkarım üzerinden ilerler: bunlar tümdengelim, tümevarım ve geriçıkırım akıl yürütmedir<sup>40</sup>.

İlk defa Aristoteles tarafından (M.Ö. 384-322) formüle edilen *Tümdengelim* akıl yürütme metodu; genellikle “*akıl yürütme yoluyla bir sonucun elde edilmesi*” olarak tanımlanmaktadır<sup>41</sup>. Tümdengelimli akıl yürütme; her zaman zorunlu olarak genel veya evrensel öncülleri takip etmektedir. Gündelik hayatta sıklıkla kullandığımız bu akıl yürütme yöntemine örnek verecek olursak; bir yere yetişmek istiyor ve belirli bir randevu saatimiz var ise yolda geçecek süreyi hesaplayarak evden çıkmamız gereken zaman dilimini bulmamız tümdengelim yöntemine örnek olarak gösterilebilir.

**Tümdengimsel akıl yürütme = Kural + Açıklama ---> Gözlem<sup>42</sup>.**

**Tüm A'lar B'dir. X bir A'dır. O halde, X bir B'dir<sup>43</sup>.**

*Tümevarım* yöntemi ise genel olarak; “*belirli örneklerden genelleştirilmiş bir sonucun çıkarılması*” şeklinde tanımlanabilir. Burada bilinene veya gözlemlenene dayalı bir genelleme yapılmaktadır. Örneğin; öğle yemeğinde 6 iş arkadaşınızdan 4'ünün aynı sandviçi sipariş ettiğini gözlemlediğimiz bir durumda muhtemelen sandviçin iyi olduğunu düşünüyor ve ken-

<sup>39</sup> Sourdin/Cornes, s. 95-96.

<sup>40</sup> Çiçekdağı, Caner: “Aristoteles'te Mantık Kavramı ve Temel Akıl Yürütme Çeşitleri”, MSKU Eğitim Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı Nisan 2016, s. 59, [https://www.researchgate.net/profile/Caner-Cicekdagi-2/publication/304528109\\_Aristoteles'te\\_Mantik\\_Kavrami\\_ve\\_Temel\\_Akil\\_Yurutme\\_Cesitleri/links/5ef3330f4585153fb1b0abff/Aristoteles-te-Mantik-Kavrami-ve-Temel-Akil-Yueruetme-Cesitleri.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Caner-Cicekdagi-2/publication/304528109_Aristoteles'te_Mantik_Kavrami_ve_Temel_Akil_Yurutme_Cesitleri/links/5ef3330f4585153fb1b0abff/Aristoteles-te-Mantik-Kavrami-ve-Temel-Akil-Yueruetme-Cesitleri.pdf), (E.T:11.09.2021).

<sup>41</sup> Çüçen, A. Kadir: Mantık, 8. Baskı, Sentez Yayıncılık, Bursa, 2012, s. 17.

<sup>42</sup> Tarımcıoğlu, Halise: “Akıl Yürütme Yöntemleri ve Yapay Zekâ”, IX. Mantık Çalıştayı Kitabı, Mantık Derneği Yayınları, İstanbul 2019, s. 426, <https://mantik.org.tr/wp-content/uploads/2019/12/IX-Mantik-Calistayi-Kitabi.pdf>, (E.T:07.05.2021).

<sup>43</sup> Özlem, Doğan: Mantık, 14. Bası, Notos Kitap Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 39.

dimiz denemeye karar veriyor isek burada tümevarım yönteminden faydalanmaktayız.

**Tümevarımsal akıl yürütme = Açıklama + Gözlem ---> Kural<sup>44</sup>.**

**“Geçmiş günlerin hepsinde güneş doğudan doğdu.”, “Yarın da bir gündür.” O halde “Yarın da güneş doğudan doğacaktır.”<sup>45</sup>**

*Geriçikarımlı* akıl yürütme ise genel olarak “*ana önermenin açık olduğu, ancak küçük önermenin ve dolayısıyla sonucun yalnızca olası olduğu bir kıyaslama yöntemi*” şeklinde tanımlanabilir. Temel olarak, bilinen bilgilerden bir sonuç çıkarmayı içermektedir. Örnek olarak; bir dedektifin suç mahallindeki kanıtları bir araya getirerek bir suçluyu tanımlaması eylemi verilebilir.

**Geriçikarımsal akıl yürütme = Kural + Gözlem ---> Açıklama<sup>46</sup>.**

Akıl yürütme yöntemlerine dair yapılan bu genel açıklamalar hem insan hakimin düşünme ve karar alma sürecini anlamlandırmak hem de makine öğrenmesinde/derin öğrenmede çıktıların elde edilme sürecini bir başka deyişle robot hakimin karar verme sürecini anlamak için önemlidir. İnsanın akıl yürütme süreçlerine hakim olan bu temel üç akıl yürütme yöntemi yapay zekanın tarihsel gelişimi sürecinde de kendine yer bulmuştur. Çünkü yapay zekâ sistemlerinde kullanılan “*zekâ*” kavramı da genellikle bir akıl yürütme faaliyetini ifade etmek için kullanılmaktadır<sup>47</sup>.

Tarihsel süreç içerisinde ilk zamanlarda sadece tümdengelimsel yapay zekâ sistemleri söz konusuysen, ilerleyen dönemlerde hem tümevarımsal hem de geriçikarımsal akıl yürütme yöntemlerine dayalı sistemler geliştirildiği gözlenmektedir. Günümüzde makine öğrenmesi merkezine ağırlıklı olarak tümevarımı alırken, geriçikarımsal akıl yürütme ise daha çok belirli problemleri çözmek için ek bir teknik ve araştırmaya yol gösterme için kullanılmaktadır. Bununla birlikte geriçikarım ve tümevarım akıl yürütme yön-

<sup>44</sup> Tarımcioğlu, s. 426.

<sup>45</sup> Şen, Zekai: Modern Mantık, Bilge Kültür Sanat, İstanbul 2003, s. 27.

<sup>46</sup> [https://www.merriam-webster.com/words-at-play/deduction-vs-induction-vs-abduction#:~:text='Abduction'&text=Deductive%20reasoning%2C%20or%20deduction%2C%20is,widely%20accepted%20facts%20or%20premises.&text=Inductive%20reasoning%2C%20or%20induction%2C%20is,of%20your%20friends%20consuming%20it.,\(E.T:04.04.2021\).](https://www.merriam-webster.com/words-at-play/deduction-vs-induction-vs-abduction#:~:text='Abduction'&text=Deductive%20reasoning%2C%20or%20deduction%2C%20is,widely%20accepted%20facts%20or%20premises.&text=Inductive%20reasoning%2C%20or%20induction%2C%20is,of%20your%20friends%20consuming%20it.,(E.T:04.04.2021).)

<sup>47</sup> Tarımcioğlu, s. 425.

temlerinin makine öğrenmesindeki amaçları; bir problemin tanımında eksik bilgiyi ele almak için bir yöntem sağlamaktır<sup>48</sup>.

Akıl yürütme yöntemlerine ilişkin tüm açıklamalar doğrultusunda görülmektedir ki; gerek hukuk hakimleri gerek ceza hakimleri somut olayın ispatı için varsayımları (karineleri) ve delilleri kullanarak mevcut bilgiler dışında bir karineye dayanan çıkarım yapma yöntemine başvurmaktadırlar. Hukuki gerekçelendirme modeli tarihsel doğası itibariyle de aslında çıkarım yapmayı içermektedir. Zira maddi gerçeğin değerlendirilmesi geriye dönük bir şekilde yapılır. Hakimler ayrıca daha nötr bir şekilde akıl yürütmeye yardımcı olan “*deneyim*”den de yararlanırlar.

Akıl yürütme yöntemlerinden yaygın olarak çıkarım yapmadan yararlanılmakla birlikte; bu süreç içerisinde hakimlerin tümdengelimli akıl yürütmeden faydalanmaları mümkün müdür? Bu olasılığın mümkün olması için öncelikle kanun koyucunun yargılama süreci ile ilgili genel ilkeler belirlemesi gerekmektedir. Ancak bu şekilde ara hukuk kurullarına ana hukuk kurulları kullanılarak ulaşılabilecektir. Bu şekilde bir yaklaşım her ne kadar insan hakimin karar alma süreçlerini mekanikleştirmeyi kolaylaştırarak olsa da bir nevi ütopyik bir görüştür. Çünkü hakimler yargılama sürecinde akıl yürütürken tümdengelim mantığının şemalarını takip etmezler. Çoğu zaman, hukuk kurallarının uygulanması hakimlerin tümdengelimli akıl yürütmeden daha karmaşık bir zihinsel aktivitesini gerektirir. Delilleri değerlendirmek veya karar vermek zorunda kaldıkları anlarda olduğu gibi daha fazla seçenek arasında bir seçim yapmak zorundadırlar. Nitekim uygulamada verilen kararlara baktığımızda hakimler; farklı temel hak ve özgürlükler arasında bir denge kurmaya çalışmakla birlikte bu dengeyi mükemmel bir şekilde sağlamaları mümkün olmamaktadır. Çünkü hakimlerin somut olaya ilişkin çok fazla faktörü değerlendirmesi zorunda olup verilen gerekçeli kararların özellikle ispat noktasında mantığa dayanması gerekmektedir<sup>49</sup>.

Mantık biliminin bize sunduğu yol gösterici gerekçeler doğrultusunda bilişsel psikoloji savunucularının muhakeme sürecini anlamlandırmak hususundaki fikirleri de bizler için yol göstericidir. Bilişsel psikologların çoğu, muhakemenin iki ayrı bilişsel sistemden destek aldığını belirtmektedirler. Bunlar birbirlerine bağlı olan sezgisel sistem ve analitik sistemdir. İlki insanların ve hayvanların paylaştığı evrensel bir biliş şekli iken; ikincisi sadece insanlar tarafından kullanılan ve içgüdüsel olmayan ancak yavaş ve kontrollü

<sup>48</sup> Tarımcıoğlu, s. 423,428.

<sup>49</sup> Perrone, s. 9-10; Doğan, s. 319.

bir işlem ile karakterize olan ve kurallara dayanan bir sistemdir. İşte bu iki sistem hakimlerin karar verme süreçlerinde akıl yürütmelerinde yardımcı olmaktadır<sup>50</sup>.

***Tüm bu süreçleri ve birbirleri ile olan ilişkilerini dikkate alarak hakimin karar verme süreçlerinde hataya düşmesini engelleyecek bir akıl yürütme mekanizmasının geliştirilmesi mümkün müdür?***

Buraya kadar hakimin karar verme sürecine odaklanarak belirli açıklamalarda bulduk. Bu soruyu yanıtlamadan önce ifade etmek gerekir ki burada önem arz eden husus yalnızca karar verme mekanizması olmayıp aynı zamanda hakimin modern ceza yargılamasındaki rolü ve etkileri de önemlidir.

Bir ceza yargılamasında hakimin davadan önce uyuşmazlık çözümünde bir rolü olduğu gibi yargılama sürecinin de yönetilmesinde büyük ve aktif bir rolü bulunmaktadır. Yine hakimler; kanunların uygulanması ve yorumlanmasında diğer hukuk dünyası üyelerinin yaklaşımlarına yön vermek konusunda eğitici bir role de sahiptirler. Toplum vicdanı denen kavramın yargıdaki bir nevi temsili olduklarından, kendilerini ifade etme şekilleri bile büyük bir önem arz etmektedir. Tüm bu etkenler bireyin-birey karşısındaki otorite duygusunu içselleştirmesini sağlamaktadır. Çocukken ebeveynlerimize olan içgüdüsel saygı ve itaat duygusu ilerleyen yaşlarda farklı etken ve sebeplerle farklı bireylere karşı gelişmektedir. İşte bu noktada insan düşünmesi birebir robot hakim tarafından taklit edilebilse bile insan hakimin sahip olduğu rol ve otoriteyi bünyesinde barındırabilir mi? sorusu gündeme gelmektedir. Bu soru bize göstermektedir ki söz konusu robot hakim kullanımı oldu mu buradaki tek sorun insan düşünmesinin birebir mekanikleştirilebilmesi değildir<sup>51</sup>. Nitekim ulusal hukukumuz bakımından bir ceza yargılamasında hakimin duruşmanın icrası, duruşmanın düzen ve disiplinini sağlaması, delil elde etme ve değerlendirme araçlarının hukuka uygunluğunun tespiti, delillerin ileri sürülmesi, tartışılması ve değerlendirilmesi ve sonuç olarak gerekçeli hükmün açıklanması gibi konularda sahip olduğu yetkiler ve sorumluluklar bütüncül bir şekilde değerlendirildiğinde hakimin düşüncesinin mekanikleştirilmesi, akışın eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesi bakımından yetersizdir.

<sup>50</sup> Perrone, s. 9-11.

<sup>51</sup> Sourdin/Cornes, s. 97-98.

### III. YAPAY ZEKANIN HUKUK DÜNYASINDAKİ YERİ

Robot hakimlerin<sup>52</sup> karar verme mekanizmalarını açıklamak ve anlamlandırmak faaliyetlerine geçmeden önce günümüzde mevcut yargı sistemlerinde kullanılan tahmin teknolojilerine değinmek gerekir. Çünkü “robot hakim” denilen kavram aslında bu tahmin teknolojilerinin insan hakimin karar verme mekanizmasının taklit edilebilir seviyede gelişmiş halidir. Yapay zeka tahmin teknolojilerinin ceza yargılamasında kullanımı aslında oldukça yaygındır. Temelde yapay zekanın yargıda kullanım alanını üç başlık altında ele almak mümkün olup bizim çalışma konumuz bu yaygın alanın tahmin teknolojileri bölümü ile ilişkilidir.

#### A. Bilgi Organizasyonu/Yönetimine İlişkin Sistemler

Yapay zeka tahmin teknolojileri yargılama sürecinde büyük veri yığınlarının organizasyonunda büyük kolaylık sağlamaktadır. Elde edilen bilgilerin, olay ve olguların sisteme işlenmesi yargılama faaliyetlerinin hızlandırılması ve bürokratik yükün hafiflemesi bakımından büyük bir önem taşımaktadır. Çünkü bu temel bürokratik süreçler çoğu zaman otomatik süreçlere tabi olup öngörülebilir neticeleri içermektedir. Bu yüzden de sonuçlar ne kadar öngörülebilir ise verilerin işlenmesi kısmen hatta koşulları sağladığı takdirde otomatik yapılabilmektedir. Böylelikle akıllı bir dosyalama portalının oluşturulması tarafların mahkemeye uyumsuzluğu mümkün olan en iyi şekilde taşınmasını sağlar<sup>53</sup>.

Örnek olarak; ABD’de soruşturma öncesi elektronik delil ve bilgi toplanması ve bunların kategorize edilmesine yardımcı olan “eDiscovery”; Ülkemizde ise UYAP<sup>54</sup>, TURKLEX<sup>55</sup>, ARYA<sup>56</sup>, HUKUK WORK<sup>57</sup> yine

<sup>52</sup> Doktrinde; robot hakim kavramı yerine insan ile yapay zekanın işbirliği içerisinde çalıştığı sistemler bakımından bir üst kavram olarak Ko-Robot(Co-robotics) kavramı kullanılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşü savunanlar temelde ikiye ayrılmaktadır. Bir görüş insan hakim ile robot hakim arasında bir iletişim olması gerektiği ve ortaya çıkan sorunlara ilişkin ortak hareket edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bir diğer görüşe göre ise insan hakim ile robot hakimin çalışmalarında birbirinden ayrı tutulması gerektiği ifade edilmektedir. **Buocz**, Thomas Julius: “Artificial Intelligence in Court Legitimacy Problems of AI Assistance in the Judiciary”, Retskraft – Copenhagen Journal of Legal Studies, Volume 2, Number 1, Spring 2018, p. 42, 46, <https://static1.squarespace.com/static/59db92336f4ca35190c650a5/t/5ad9da5f70a6adf9d3ee842c/1524226655876/Artificial+Intelligence+in+Court.pdf>, (E.T:12.04.2021).

<sup>53</sup> **Reiling**, s. 3.

<sup>54</sup> “Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi kısa adıyla UYAP, günümüzün gerekli tüm teknolojik gelişmelerini kullanarak, Adalet Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatının, bağlı ve ilgili kuruluşlarının, adli ve idari tüm yargı ve yargı destek birimlerinin donanım ve yazılım



verilerin otomatik işlenmesi ile hızlıca belge oluşturarak zamandan tasarruf sağlayan Perfect NDA<sup>58</sup> gibi uygulamalar bu kullanım alanına örnek gösterilebilir<sup>59</sup>.

### B. Tavsiye Veren/Destekleyen Sistemler

Burada en yaygın örnekler dilekçe örnekleri, hakimlerin karar verme eğilimleri, ilgili konulara ilişkin mahkeme kararları gibi birçok alanda geliştirilmiş yapay zeka uygulamaları bulunmaktadır. Özellikle avukatlık mesleği bakımından mesleğin icrasını kolaylaştırmak ve özen yükümlülüğünün ifa edilmesine yönelik uygulamalar burada örnek gösterilebilir. Bu uygulamalara örnek verecek olursak<sup>60</sup>:

- Yabancı literatürde “*Due Diligence*” olarak kullanılan kavram kabaca durum tespiti olarak ifade edilebilir. Mesleki uygulamalarda durum tespiti yapılması makul bir kişinin normalde başka bir tarafla bir anlaşma veya sözleşme veya belirli bir bakım standardına sahip bir eylemde bulunmadan önce yapması beklenen araştırma veya bakım uygulamasıdır<sup>61</sup>. Bu

olarak iç otomasyonunu ve benzer şekilde bilgi otomasyonu sistemlerini kurmuş kamu kurum ve kuruluşları ile dış birim entegrasyonunu sağlayan ve e-Dönüşüm sürecinde e-Adalet ayağını oluşturan bir bilişim sistemidir.”, <https://www.uyap.gov.tr/Genel-Bilgi>, (E.T:07.05.2021).

<sup>55</sup> “TurkLex®, hukukçuların tüm ihtiyaçlarını karşılamayı amaçlayan yapay zekâ ürünü yeni nesil bir yazılımdır. En güncel mevzuatlara ulaşabilmeyi, şahsi hukuki kütüphanelerin oluşturabilmesini, dava dosyalarının otomatik olarak oluşturabilmesini, davanızın sonuçlanma olasılığını analizlerle ön görebilmesini sağlayan bir sistemdir.”, <https://www.turklex.com/hakkimizda/>, (E.T:07.05.2021).

<sup>56</sup> ARYA kendini “Şirketin her biriminde çalışabilen, SGK primi, stopaj, tazminat, yol ve yemek gibi masrafları olmayan bir “**Dijital Çalışan**” olarak tanımlamaktadır.”, <https://www.arya-ai.com/>, (E.T:07.05.2021).

<sup>57</sup> “Hukuk Work Yapay Zekası (Artificial Narrow Intelligence); Bulduğunuz emsal kararların, direnme, düzeltme, HGK kararları ile ilişkilendirerek emsal olma gücünü, benzer içtihatların farklı yönlerini, ilgili olduğu kanun maddelerini, yerleşik görüşleri, görüş değişikliklerini, en güncellerinin bulunmasını sağlayan yardımcı bir yapay zeka yazılımıdır.”, <https://www.hukukwork.com/>, (E.T:07.05.2021).

<sup>58</sup> <https://www.neotalogic.com/product/perfectnda/>, (E.T:07.05.2021).

<sup>59</sup> **Bacaksız/Sümer**, s. 259; **İçer**, Zafer/**Buluz**, Başak: “Yapay Zekânın Ceza Muhakemesindeki Rolü ve Geleceği”, 9. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, İstanbul Üniversitesi, 2019, s. 6-13, [https://www.academia.edu/41074795/YAPAY\\_ZEK%C3%82NIN\\_CEZA\\_MUHAKEMES%C4%B0NDEK%C4%B0\\_ROL%C3%9C\\_VE\\_GELECE%C4%9E%C4%B0](https://www.academia.edu/41074795/YAPAY_ZEK%C3%82NIN_CEZA_MUHAKEMES%C4%B0NDEK%C4%B0_ROL%C3%9C_VE_GELECE%C4%9E%C4%B0), (E.T:07.05.2021).

<sup>60</sup> **Bacaksız/Sümer**, s. 259-260.

<sup>61</sup> **İçer/Buluz**, s. 7-8.

uygulamanın yapılmasını sağlayan yapay zeka yazılımlarına örnek verecek olursak:

- Avukatlar için yardımcı yazılımların ülkemizdeki örnekleri Kazancı, Lexpera, Sinerji gibi içtihat bilgi bankalarıdır. Bu hukuk otomasyonları aynı zamanda dilekçe hazırlanması, dilekçe örneklerine ulaşılması, güncel hukuk hakkında bilgi sahibi olunması, mevzuata ulaşılması, duruşma takip edilmesi gibi birçok başka kolaylık da sağlamaktadır.

- “*eBRAVIA*” adlı yapay zeka uygulaması yüksek hız ve doğrulukla sözleşme analizi ve durum tespiti yapabilmektedir. Manuel inceleme süresini % 30-90 oranında azaltırken aynı zamanda sonuçların doğruluğunu da artırmaktadır. 50’den fazla belgeyi bir dakikadan daha kısa sürede analiz etmekte ve önemli bilgilerin kaybolması riskini en aza indirmektedir<sup>62</sup>.

- “*LawGeex*” adlı yapay zeka uygulaması ise: sözleşme incelemeleri yaparak hedeflenen stratejiye göre sözleşmeyi gerektiğinde yeniden yapılandırabilmektedir. Bu şekilde zamandan tasarruf ederek aynı zaman da maliyeti düşürmektedir<sup>63</sup>.

- “*TradeMark Now*” isimli yapay zeka kurumsal şirketler, hukuk firmaları ve marka ajansları tarafından kullanılan; anında ticari marka araması yapılması ve elde edilen sonuçların izlenmesi için web tabanlı ticari marka yönetim platformu sunmaktadır<sup>64</sup>.

- “*Anaqua Studio*” isimli şirket tarafından geliştirilen “*AcclaimIP*” adlı yapay zeka yazılımı; patent araştırmaları yapmak, patentleri analiz etmek ve patentlenebilirliği belirlemek için en hızlı, en sezgisel ve kapsamlı çözüm yolunu sunmaktadır<sup>65</sup>.

### C. Tahmin Sistemleri

Bizim çalışmamız için önem arz eden yapay zeka uygulamaları tahmin teknolojileridir. Uygulamada mahkemelerin davaları öngörülemeyen bir şekilde neticelendirme riski bulunmaktadır. Somut olayda ne kadar bilgi ve soru var ise bu risk de o derece artmaktadır. İşte bu noktada yapay zeka tahmin uygulamaları bu riski mümkün mertebe azaltmaya yönelik bir amaç doğrultusunda geliştirilmektedir. Bu sistemlere örnek verecek olursak:

<sup>62</sup> <https://ebrevia.com/#homepage>, (E.T:03.11.2020).

<sup>63</sup> <https://www.lawgeex.com/>, (E.T:03.11.2020).

<sup>64</sup> <https://www.trademarknow.com/about>, (E.T:03.11.2020).

<sup>65</sup> <https://anaqua.com/analytics/>, (E.T:03.11.2020).

✚ Şu anda ABD ceza yargılamasında özellikle de bireylerin mahkum olma olasılıkları ve aktüeryal verilerine dayanılarak tekrar suç işleme olasılıklarına yani tekerrür olasılıklarını hesaplarken yapay zeka tahmin teknolojilerinden yararlanılmaktadır. Bu yararlanma beraberinde hukuki tartışmaları ve dezavantajlı hususları da getirmektedir. *State v. Loomis*, the Supreme Court of Wisconsin davasında; yapay zeka tahmin algoritması kullanılarak mahkemede yapılan tekerrür risk değerlendirmesinin adil yargılanma hakkını ihlal edilmediğine kanaat getirmiştir. Burada ilgi çekici olan nokta, ne mahkeme ne de sanıklar algoritma yapısından yargılama sürecinde gerçekten haberdar değildi<sup>66</sup>.

✚ Yine Amerika Birleşik Devletleri'nde bir grup akademisyen tarafından geliştirilen “SCOTUS” isimli makine öğrenmesi uygulamasının Birleşik Yüksek Mahkemede görülen bir davanın sonucunu % 70,2 ve hakimlerin oy kullanma davranışlarını % 71,9 doğrulukla tahmin edebileceğini iddia edilmiştir. Bu uygulama vakayla ilgili bilgilere ek olarak, hakimlerin siyasi tercihleri ve geçmişteki oy verme davranışlarından da yararlanmıştır<sup>67</sup>.

✚ Benzer bir amaç için geliştirilen “ECtHR” isimli doğal dil işleme ve makine öğrenmesi yöntemlerini kullanan yapay zeka tahmin uygulaması konuları ve metinlerdeki benzer yapılardan yola çıkarak, HUDOC veri tabanında yer alan kararları analiz ederek Avrupa İnsan Mahkemesi Kararlarını %79 oranında tahmin edebilmiştir<sup>68</sup>.

✚ Amerika'da geliştirilen bir diğer tahmin teknolojisi “COMPAS” isimli yapay zeka programıdır. Bu program suçlunun tekerrür riski verilerine bakarak erken tahliye ya da tutukluluk halinin devamına gibi kararlarda duruşma öncesi mahkemeyi bilgilendirmek için kullanılmaktadır. Program tekerrür riskini hesaplarken şüpheli/sanık sabıka kaydı, 137 sorudan oluşan bir anket neticesinde elde ettiği veriler gibi hususlardan yararlanmaktadır. Bu programla ilgili güvenilirlik sorunu yaratan husus Afro-Amerikan vatandaşların tekerrür riskini mevcut koşullar karşısında abartılı hesaplamasıdır. Bu yaklaşımı ırkçı görülerek eleştiriye açık bir durum yaratmaktadır<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> Perrone, s. 5.

<sup>67</sup> Reiling, s. 5.

<sup>68</sup> Bu yapay zeka uygulamasının dezavantajlı yönlerine ilişkin detaylı bilgi ve bu konuda yapılmış deney verileri için bakınız: Medvedeva, Masha/Vols, Michel/Wieling, Martijn: “Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights”, *Artificial Intelligence and Law*, 28, 2020, s. 237-266 <https://doi.org/10.1007/s10506-019-09255-y>, (E.T:05.04.2021).

<sup>69</sup> Reiling, s. 5-6.

✚ Bir başka örnek Almanya’da “*Argumentum*” adında geliştirilen yapay zeka projesidir. Argümantasyon bilimsel disiplinler için önem arz eden bir husustur. Bu nedenle güçlü ve ikna edici argümanların geliştirilmesi ve mevcut argümantasyon yapılarının analizi başta beşeri bilimler alanında ve özellikle hukuk alanında önem arz etmektedir. Adli yargılama sürecinde yapılan argümantasyon faaliyetleri entelektüel bir çaba ve arka planında potansiyel olarak çok fazla bilgi gerektirir. Yargı sürecinde görev alan bireylerin doğası gereği bu görevlerini yerine getirirken bilgi işleme kapasitelerinin bir sınırı bulunmaktadır. İşte bu noktada bu derece yoğun bilgi ve zaman gerektiren bir görevin yapay zeka teknolojisi ile nasıl desteklenebileceği bu projenin çıkış noktası olmuştur. Bu proje argüman yapılarının otomatik olarak tanımlanmasını, analiz edilmesini ve önerilmesini destekleyen bir yazılım prototipi niteliği taşımaktadır. Bu yapay zeka projesinin örneksel temelini de Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararları oluşturmaktadır<sup>70</sup>.

✚ Rusya’da ise devlet tarafından işletilen en büyük kredi kuruluşu olan *Sberbank*, bir şirketin yasal kapasitesini manuel müdahale olmadan kontrol etmesini sağlayan bir yapay zeka sistemi oluşturdu. “*Robot Avukat*” olarak bilinen bu sistem açıklanmasından önceki sekiz ayda robot avukat 2,5 milyondan fazla yasal görüş yayınlamıştır. *Sberbank*, robot avukatın iş süreçlerini önemli ölçüde hızlandırdığını ve büyük miktarda veriyi manuel olarak işlerken ve yüklenicileri doğrularken kaçınılmaz olan hataları önlediğini söylemişti<sup>71</sup>.

✚ Meksika’da Buenos Aires’te savcılık tarafından geliştirilen yapay zeka uygulaması “*PROMET*”, mahkemeye ulaşan konut itirazları kararlarına odaklanmıştır. Bu alandan yola çıkan uygulama ödenmemiş para cezalarının infaz edilmesi, sabıka kaydı nedeniyle taksit ruhsatının reddi ve cinsiyete dayalı şiddet şikayetleri gibi durumlarda; temyiz metnini ve önceki eylemleri analiz ederek ve sistemde önceden yapılandırılmış belirli anahtar kelimelerin

<sup>70</sup> **Houy**, Constantin/**Niesen**, Tim/**Fettke**, Peter/**Loos**, Peter: “Towards Automated Identification and Analysis of Argumentation Structures in the Decision Corpus of the German Federal Constitutional Court”, Institute for Information Systems (IWi) at the German Research Center for Artificial Intelligence (DFKI) and Saarland University Saarbrücken, Germany, [https://www.dfki.de/fileadmin/user\\_upload/import/6833\\_IEEE\\_DEST\\_2013\\_Houy\\_Niesen\\_Fettke\\_Loos-ARGUMENTUM.pdf](https://www.dfki.de/fileadmin/user_upload/import/6833_IEEE_DEST_2013_Houy_Niesen_Fettke_Loos-ARGUMENTUM.pdf), (E.T:05.04.2021).

<sup>71</sup> <https://www.computerweekly.com/news/252491484/Robot-lawyer-gets-Sberbank-role#:~:text=Russia's%20largest%20state%20lender,legal%20capacity%20with%20manual%20intervention.&text=The%20robot%20lawyer%20processes%20documents,of%20Sberbank's%20executive%20board.,> (E.T:05.04.2021).

varlığını doğrulayarak isteğe uygun yanıtları tahmin yoluyla sunmaktadır. Promet programlayıcılarına göre; ortaya koyduğu tahminler %96 doğruluğa sahip olacaktır<sup>72</sup>.

✚ Yine Meksika’da katip ve hakimlere danışmanlık hizmeti sunan “*The Expertus*” adlı yapay zeka sistemi örnek gösterilebilir<sup>73</sup>.

✚ Hollanda’da mahkemelere dolandırıcılık suçlarıyla mücadele için yardımcı bir yapay zeka tahmin teknolojisi geliştirilmiştir. Otomatik, makine öğrenimi (ML) aracı olan “*Sistem Risk Göstergesi (SyRI)*”, yerel Hollandalı yetkililer tarafından, yüksek dolandırıcılık riski altında olduğundan şüphelenilen kişilerin profillerini ve listelerini hazırlamak için kullanılmıştır. SyRI geçmişte sosyal güvenlik dolandırıcılığı yapan kişilerden risk profilleri oluşturarak “*benzer*” vatandaş profillerini taramaktadır. Bu tarama neticesinde dolandırıcılık yapabilecek veya yüksek risk taşıyan kişilere yönelik potansiyel soruşturmalar için tahminler sunmaktadır. Bu algoritmanın kullanıldığı dönemlerde; çoğunlukla düşük gelirli ve azınlık sakinlerinin bulunduğu mahalleleri hedef alındığı için masum insanları suç şüphesi altında bırakması gerekçesiyle ağır bir şekilde eleştirilmiştir<sup>74</sup>.

✚ İngiltere’de “*Traffic Penalty Tribunal*” adlı online trafik ceza mahkemesi; sürücülerin İngiltere’deki (Londra dışında) ve Galler’deki yerel makamlar ve ücretlendirme makamları tarafından park ve trafik ihlalleri nedeniyle verilen Ceza Ücreti Bildirimlerine (PCN’ler) karşı itirazlar hakkında karar veren bir nevi temyiz merciidir. Başvurular 300’den fazla yerel makam tarafından İngiltere ve Galler’de park etme, otobüs şeridi, araçların çöpü ve (yalnızca Galler’de) hareketli trafik ihlalleri için verilen cezalara karşı itirazları içermektedir. Bu online Trafik Ceza Mahkemesine itiraz etmek tamamen ücretsizdir. Sürücü temyiz başvurusunu kaybetmesi halinde ödemesi gereken tek şey, Ceza Ücreti Bildirimi’nin (PCN) tamamıdır.

Sürücü online yapacağı başvuruda; belgeler, fotoğraflar, telefonunda yer alan mesajlar başta olmak üzere itirazını gerekçelendirmeye yardımcı olacak her türlü bilgiyi kullanabilmektedir. Yine sürücünün yaptığı bu başvuru nedeniyle mahkemeye gitmesine gerek yoktur. Hızlı, kolay ve tamamen çevrimiçi olarak yürütülen bu süreç her somut olayda farklılık göstermekle

<sup>72</sup> <https://www.world-today-news.com/artificial-intelligence-and-the-judicial-system-in-latin-america/>, (E.T:05.04.2021).

<sup>73</sup> **Sourdin**, Tania/**Cornes**, Richard: “Do Judges Need to Be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging”, Chapter in *The Responsive Judge* (pp.87-119), s. 89, <https://www.researchgate.net/publication/326244385>, (E.T:05.04.2021).

<sup>74</sup> “<https://www.zdnet.com/article/dutch-court-rules-ai-benefits-fraud-detection-system-violates-eu-human-rights/>, (E.T:05.04.2021).

birlikte çoğu dava 14 gün içerisinde neticelendirilmektedir. Yine görülen davaların %97'si tamamen çevrimiçi olarak gönderilip ve karara bağlanırken; davaların %50'den fazlası 14 gün içinde ve %75'i 28 gün içinde sonuçlandırılmaktadır. İtiraz süreci boyunca yargılamayı başından sonuna kadar takip edilebilmekte; masaüstü bilgisayarlarda, dizüstü bilgisayarlarda, tabletlerde ve akıllı telefonlarda kullanılabilir. Karar verme ve yargılama sürecinde ise yarı zamanlı çalışan hakimler ve atamaları Büyük Britanya Lord Şansölyesinin onayına tabi olan bağımsız avukatlardan oluşmaktadır<sup>75</sup>.

✚ “Ravel” isimli şirket tarafından geliştirilen yapay zeka yazılımları; hakimlerin nasıl düşündüğü, yazdığı ve yönettiği konusunda kullanıcılarına içgörü kazandırmakta, her mahkemeyi benzersiz kılan dilin ve içtihatın tespitini sağlamaktadır<sup>76</sup>.

✚ “Lex Machine” adlı yapay zeka hukuk avukatlar tarafından yeni müvekkiller bulmak ve almak ve davaları kazanmak için kullanılmaktadır. Bu yapay zeka yazılımı “Lexpressions” adlı arama motoru sayesinde milyonlarca sayfalık dava bilgilerinden elde edilerek derlenen hakimler, avukatlar, taraflar ve davaların konuları hakkında yaptığı araştırmalar neticesinde daha önce hiç mevcut olmayan bir iç görü ortaya koymaktadır<sup>77</sup>.

✚ “PreMONITION” isimli şirket hukuk alanında şirketlerin avukatları işe alımlarında performans analizleri elde eden, risk altındaki devam etmekte olan davalara ilişkin çözüm üretilebilmesi için analizler yapan, dava türüne göre dava süresi, hakimlerin tutumu, karşı tarafın vekiline ilişkin stratejik bilgileri analiz ederek sonucun öngörülmesini sağlayan yapay zeka tahmin teknolojileri üretmektedir<sup>78</sup>.

#### IV. ROBOT HAKİMİN KARAR VERME MEKANİZMASI

Buraya kadar verilen örneklerden görüldüğü üzere yapay zekanın hukuk dünyasındaki kullanım alanı çok geniş olup her geçen gün daha da genişlemektedir. Bu örneklerden yola çıkarak ifade etmek gerekir ki “robot hakim” uygulaması ütöpik bir örnek/olasılık olmayıp günümüzde fiilen robot hakimlerin görev yaptığı/yapması planlanan uygulamalar bulunmaktadır:

- 2017 yılında Çin’in Hangzhou şehrinde kurulan ve Aralık 2019 yılında kullanıcıların Mart-Ekim ayları arasında mahkeme sistemini kulla-

<sup>75</sup> <https://www.trafficpenaltytribunal.gov.uk/faq/>, (E.T:07.04.2021).

<sup>76</sup> <https://home.ravellaw.com/products-and-technology>, (E.T:03.11.2020); **Bacaksız/Sümer**, s. 261.

<sup>77</sup> <https://lexmachina.com/about/>, (E.T:03.11.2020); **Bacaksız/Sümer**, s. 261.

<sup>78</sup> [https://premonition.ai/legal\\_analytics/](https://premonition.ai/legal_analytics/), (E.T:03.11.2020); **Bacaksız/Sümer**, s. 261.

narak 3,1 milyondan fazla yasal faaliyeti tamamladığı bildirilen “*İnternet Mahkemeleri*” robot hakim uygulamasının bir başka örneği niteliğindedir. “*AI Judge (Yapay Zeka Yargıç)*” isimli yapay zeka sistemini kullanan bu mahkeme daha sonra Pekin’de de kurulmuştur. Bu İnternet Mahkemelerinde robot hakimler görev almakta olup tarafların davalarını çevrimiçi olarak kaydetmelerine ve sorunlarını dijital duruşma yoluyla çözmelerine olanak tanınmaktadır. Bu mahkemede yalnızca dijital konulardaki hukuki uyuşmazlıkları içeren davalar görülmektedir. Örneğin; fikri mülkiyet, e-ticaret, elektronik ortamda gerçekleştirilen davranışlarla ilgili mali anlaşmazlıklar, çevrimiçi olarak alınan veya gerçekleştirilen ürünler, interneti içeren mülkiyet ve medeni haklar davaları gibi çeşitli hukuki uyuşmazlıklar ele alınmaktadır. İnternet mahkemelerindeki davacıların neredeyse yüzde 80’i bireyler ve yüzde 20’si tüzel kişiler olup kararların yüzde 98’i temyizsiz olarak kabul edilmiştir. Mahkemenin kuruluşundan bu yana yaklaşık 73.000 avukatın yanı sıra bir milyondan fazla vatandaşın sisteme kaydolduğu duyurulmuştur. İnternet mahkemelerinde hakim ile iletişim kurabilmek için video mesajlaşma sistemi veyahut dilekçe kullanılmaktadır. Robot hakim; kadın suretinde tasarlanan bir ara yüz aracılığıyla vatandaşlarla iletişime geçmektedir. Holografik bir şekilde yansıtılarak farklı insan hakimlerden esinlenerek 3 boyutlu bir görüntü oluşturulmuştur. Bu mahkemede görev alan hakimler haftanın yedi günü yirmi dört saat görev yapmaktadırlar<sup>79</sup>.

- Benzer bir örneği Estonya bakımından da vermek mümkündür. Estonya’da hayata geçeceği tarih belli olmayıp henüz başlangıç aşamasında olan bir yapay zeka hakim projesi bulunmaktadır. Bu proje kapsamında üretilecek yapay zeka hakimler; yasal birçok dokümanı analiz ederek kendisine verilen algoritmalar doğrultusunda karar verecektir. Bu yapay zeka hakimler başlangıç olarak 7.000 Euro’dan daha az tutarlı hukuki uyuşmazlıklara bakacak olup bu hakimlerin verdikleri kararlar bağlayıcı olacak ve bu kararlara ilişkin itiraz yolu açık olacaktır<sup>80</sup>.

Robot hakimlerin karar verme süreçlerini anlayabilmek adına yukarıda verilen örneklerin işleyişiyle ilgili birtakım açıklamalar yapmak gerekir.

Yukarıda verilen bu örneklerin büyük bir çoğunluğunda karar verme süreçlerinde etkili olan temelde iki parametre bulunmaktadır. Bunlardan ilki

<sup>79</sup> <https://www.lexisnexis.ca/en-ca/ihc/2020-02/robot-justice-chinas-use-of-internet-courts.page>, (E.T:13.06.2021); <https://learningenglish.voanews.com/a/robot-justice-the-rise-of-china-s-internet-courts-/5201677.html>, (E.T:13.06.2021)

<sup>80</sup> <https://www.dijifi.org/2019/03/robot-hakim.html>, (E.T:13.06.2021); Bacaksız/Sümer, s. 264-265.

gerekli **verilerin toplanması ve analiz edilmesi** ikincisi ise **verilerin kullanımı ile ilgili kısıtlayıcı kuralların tespit edilebilmesidir**. Burada bu parametrelerin kullanımı aslında biraz da algoritmanın karar verme sürecinde hangi sistemi (Kural tabanlı, Bilgi tabanlı, Dava tabanlı, Çerçevelerin ve Semantik bağların incelenmesi gibi) kullandığı ile de ilgilidir.

Yukarıda verilen örneklerde genellikle **dava tabanlı sistem** karar verme süreçlerinde kullanılmaktadır. Bu sistem ağırlıklı olarak hukuk otomasyonları için geliştirilmektedir. Bu nedenle dava tabanlı sistem hakkında genel bir bilgi vermek işleyişi anlamak adına yardımcı olacaktır. Dava tabanlı muhakeme CBR (Case Based Reasoning), deneyimlerden veya “*eski durumlardan*”, problemleri çözme çabalarından yola çıkarak önerilen çözümler konusunda eleştirilerde bulunmak ve anormal durumları açıklamak için akıl yürütme anlamına gelmektedir. CBR, davaları kaydetmek ve dizinlemek için kullanılacak bir dizi kavram ve teknik anlamına gelmekte ve ardından sunulduğunda yeni vakaları çözmeye faydalı olabilecek verileri tanımlamak için kullanılmaktadır. Burada ifade etmek gerekir ki Hollanda’da yapılan bir e-mahkemenin karar sürecine ilişkin bir vaka çalışmasında yalnızca bir sistemin kullanılmadığı çok daha karmaşık olduğu sonucuna varılmıştır<sup>81</sup>.

Bu araştırma tespitinden ve kısa açıklamalardan hareketle birden fazla farklı sistemden yararlanılarak uygulamada uyuşmazlıkların çözümü için birçok teknoloji geliştirilmiştir. Bu teknolojilerin işleyişi de robot hakimin çalışma mekanizması hakkında bizlere bir öngörü sağlayacağı için kısaca ele almak gerekir. Çünkü örnek üzerinden yapılacak açıklamalar ileride robot hakimin muhakeme sürecine ilişkin değineceğimiz hususları somutlaştırmak için büyük önem arz etmektedir.

Burada öncelikle Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (ADR-Alternative Dispute Resolution) ve Online Uyuşmazlık Çözümü (ODR- Online Dispute Resolution) hakkında kısaca bilgi vermek gerekir. Bazen ‘*mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü*’ olarak da adlandırılan Alternatif uyuşmazlık çözümü (ADR); tüketiciler arasındaki anlaşmazlıkları çözmek için bir prosedür gerektirmeksizin uyuşmazlığı yargıya taşımadan kullanılan bir çözüm yöntemidir. Burada tarafsız bir ADR organı vasıtasıyla süreç yönetilmektedir. ODR ise; E-ticaretin büyümesinin yanı sıra, çevrimiçi satın alımlarla ilgili anlaşmazlıkların da büyümesi neticesinde tüketicilerle/müşterilerle olan

<sup>81</sup> Nakad, Henriette/**Herik**, H. Jaap Van Den/**Jongbloed**, Anthonie/**M. Salem**, Abdel-Badeeh: “The Rise of the Robotic Judge in Modern Court Proceedings”, ICIT 2015 The 7th International Conference on Information Technology, s. 63-64, <https://www.researchgate.net/publication/300720949>, (E.T:08.04.2021).



uyuşmazlıklarda yardımcı olmak için Avrupa Komisyonu tarafından sağlanan çevrimiçi uyuşmazlık çözüm yöntemidir. ODR sisteminin çalışma sürecinde temelde üç aşama bulunmaktadır.

Öncelikle anlaşmazlık çözümüne ilişkin çeşitli unsurlar sisteme dahil edilmektedir. Burada temelde anlaşmazlıkların doğmasını önlemek ve eğer bir uyuşmazlık doğmuş ise çözüm üretmek gibi iki amaç bulunmaktadır. Burada ilk aşamada yapay zeka algoritması anlaşmazlığı tanımlamaktadır. Bu süreçte taraflar(kullanıcılar) çevrimiçi bir şekilde tanımlanan uyuşmazlığı düzenleyip derleyebilmektedirler. Sonraki aşamada sadece yazılımın rol oynadığı bir aşama söz konusu olmaktadır. Burada yapay zeka birden fazla faktör ile ilgili çeşitli kurallar uygulayarak çözüm üretme sürecine geçmektedir.

Örnek verecek olursak; Amazon'da sık sık online alışveriş yapan üyeler veya Amazon Prime üyelerinin, eğer seyrek olarak iade edilen bir ürün ise veya değeri düşük ya da çok fazla şikayete konu olmuş bir ürün ise ürünün iadesi, geri ödemesi, değiştirilmesi gibi bir talep söz konusu olduğunda yapay zeka insan müdahalesi olmaksızın işlemi gerçekleştirebilmektedir. Yine bu şekilde tüketici deneyimleri geliştirilerek insan gücü kullanımı azaltılmakta, daha ekonomik bir iş modeli sağlanmaktadır. Bu iş modelinde görülmektedir ki insan kaynakları biriminde görev alan insan personelin görevini yapay zeka birebir kopyalamaktadır.

Son olarak yapay zekanın çözüm üretilebilmesi için toplu miktarda veri toplayarak yeniden analiz edip kullanması söz konusudur. Burada algoritma aslında karar verme sürecinde etkili olacak desenleri oluşturmaktadır. Bu temel üç aşamaya bakıldığında karar verme sürecinde genel olarak şu şekilde adımların izlendiği görülmektedir:

- ☐ Sorunun tespiti
- ☐ Somut olaydaki değişkenlerin tespit edilerek ispat usulüne göre gerekçelendirilmesi
- ☐ İlgili yasal çerçevenin belirlenmesi
- ☐ Tarafların ilgilerinin tespit edilmesi
- ☐ Taraflarının duygularını ifade edebilme imkanı yaratılması
- ☐ Sorunların ayrıştırılması
- ☐ Uyuşmazlık taraflarının konularının belirlenmesi
- ☐ Bilgi değişimi ve akışının sağlanması
- ☐ Çözüm için tahmin/öneri sunulması
- ☐ Uyuşmazlık çözümü için bir zaman dilimi belirlenmesi

☒ Son adımda taraflara bir anlaşma sağlamak ya da bağlayıcı çözümler sunmaktır<sup>82</sup>.

***Bu çözüm yöntemlerinde kullanılan yapay zeka algoritmalarının işleyişinden yola çıkarak bazı genel açıklamalar yapacak olursak:***

Burada robot hakim bakımından karar vermeyi sağlayacak algoritmanın mümkün olan en doğru sonucu elde edebilmesi için bir dizi soru sorulması, bu sorulara verilen yanıtlar çerçevesinde elde edilen veri yığınlarını anlamlandırması ve sınıflandırması, doğru bilgiler elde etmek için uyumsuzluğa yönelik sorular sorması ve tüm elde ettiği veriler çerçevesinde kendi karar ağaçlarını oluşturması gerekmektedir. Burada önem arz eden husus veri setlerinin sürekli gözden geçirilmesi gerektiği ve yeni gelen veri setlerinin değerlendirmeye tabi tutulması zorunluluğudur. İşte bu döngü insan hakim bakımından bilinçsiz veyahut önyargılı tercihlerin doğmasına sebep olmaktadır. Robot hakim ile bu sürecin mekanikleştirilmesi ile bu sorunun mümkün mertebe önüne geçilmek hedeflenmektedir.

Bu açıklamayı somutlaştırmak adına Hollanda’da, “Rechtwijzer” adlı gelişmiş bir ODR programından söz etmek gerekir. Program çiftlere boşanma işleminde yardımcı olmak için birtakım araçlar sunmaktadır. Rechtwijzer, taraflar ve ilişkileri hakkında sorular sorarak elde ettiği veri kümeleri sayesinde uyumsuzluğa ilişkin cevaplar üretmiştir. Sorulan sorulara verilen giriş bilgilerine göre bilgi, araçlar, diğer web sitelerine bağlantılar ve kişisel tavsiyeler üretmiştir. Bu şekilde tarafları kendileri arasındaki anlaşmazlıklarını çözmeye teşvik etmiştir.

Fakat burada önemle ifade etmek gerekir ki robot hakimin sahip olacağı tahmin algoritması ile paylaşılan verilerin taraflı ya da müdahaleye açık olması veyahut algoritmanın kendisine programlayıcının ***bireysel eğilimleri veya önyargıları da gömülü (coded bias) olabilir***. İşte bu noktada robot hakim insan hakime benzer bir şekilde vereceği kararlarda ayrımcılık yasağına aykırı hareket edebilir, önyargılı veya taraflı kararları çıktığı olarak sunabilir. Çünkü burada robot hakim kendisine sunulan kanıtları algoritmasında gömülü olan önyargı nedeniyle uyumsuzluğu önyargılı bir şekilde tanımlayarak analiz edecektir<sup>83</sup>. Yine bu yazılımların bizlere “akıllı” görünmesinin ardındaki etken çıktılarının tahmin edilemez oluşu veya deneyimlerle öğren-

<sup>82</sup> **Morison, J./Harkens, A.:** “Re-Engineering Justice? Robot Judges, Computerised Courts and (Semi) Automated Legal Decision-Making”, *Legal Studies*, 39(4), 2019, s. 3-4, <https://doi.org/10.1017/1st.2019.5>, (E.T:06.04.2021).

<sup>83</sup> **Sourdin/Cornes**, s. 92-96; **Buocz**, s. 44.

bilme yetilerinin olmasıdır. Fakat unutmamak gerekir ki yapay zeka yalnızca sahip olduğu programlama kadar iyidir. Robot hakim için kullanılacak bir yapay zeka sistemi kendi başına adli akıl yürütmeyi açıklayamaz yalnızca kendi öğrenme yöntemi ve elde ettiği veriler neticesinde (*kendisine yüklenen kararlar arşivindeki korelasyon ve mantık adımlarını önceden analiz ederek*) bir karar çıktısı sunabilir. Bu nedenle yapay zekanın bir kapalı kutu olması ve karar sürecinin gözlemlenebilir ve açıklanabilir olmayışı beraberinde şeffaflık sorununu getirmektedir<sup>84</sup>.

***Robot hakimın karar sürecinde dair bir diğer değinilmesi gereken husus makine öğrenmesinde yapay zekanın kendisine verilen mevcut verilerle ne kadar ilerleyebileceğidir.*** Robot hakim kendisine verilen bilgiye benzer bir bilgi söz konusu ise faydalı ve isabetli bir şekilde bu bilgiyi analiz edebilecektir. Çünkü makine öğrenmesiyle desenleri keşfetme ve etkili bir genelleme yapabilmek için kendisine önceden verilen örnek davaların boyutu yeterli olmayabilecektir. Bir başka deyişle robot hakim somut olay ile kendisine verilen verilerde bir benzerlik ya da bağlantı yakalayamaz ise, somut olay özelinde isabetli bir çıktı sunamayacaktır. Çünkü bu makine öğrenmesinin verdiği yeteneğin çok daha ötesinde her zaman yeni bir öğrenme örüntüsünü gerektirmektedir. Burada aslında robot hakimden beklenen bir insan hakim gibi ***iç görüye sahip olmasıdır.***

Yapay zeka algoritmalarına iç görü kazandırma alanında yapılan bazı başarılı çalışmalar bulunmaktadır. Fakat bu örnekler hukuk alanında değildir. Hukuk alanında bu denli bir iç görünün henüz sağlanamamış olasıdaki temel etkenlerden biri hukuk dünyasına ait terimlerin ve yasal düzenlemelerin koda çevrilememesi yani yapay zekanın anlayacağı dile uyarlanmamış olmasındadır<sup>85</sup>. Yapay zeka tahmin algoritmalarının sosyo-yasal düzene tamamen uyum sağlayabilmesi ve etkin bir şekilde kullanılabilmesi için makine öğrenmesinin bir insan hakim seviyesine gelmesi ya da büyük veri yığınlarını otonom olarak kullanabilmesi gerekmektedir<sup>86</sup>.

Bu gelişmişlik seviyesine ulaşabilmek ve robot hakimın karar verirken algoritmasında yasal bilgileri etkili bir şekilde işleyebilmesi için öncelikle yasal bilgilerin makine öğrenmesine uygun bir veri haline getirilerek işlenebilir hale getirilmesi gerekmektedir. Robot hakimlerin karar verme süreçlerinde dil çok önemli bir faktördür. Burada kararların doğruluğunu arttırmak istiyorsak yasaların ve gerekçeli kararlarda kullanılan dilin yapay zeka

<sup>84</sup> Contini, s. 14.

<sup>85</sup> Nakad/Herik/Jongbloed/M.Salem, s. 64-65, Sourdin/Cornes, s. 100-101.

<sup>86</sup> Morison J./Harkens, A., s. 5.

tarafından işlenebilir hale gelmesi büyük önem arz etmektedir. ***Peki bu nasıl sağlanabilecektir?***

Öncelikle ifade etmek gerekir ki ağırlıklı olarak kağıt üzerinde yer alan bir hukuk sisteminin dijitalleştirilmesi, sayısallaştırılması zor ve komplike bir süreci beraberinde getirmektedir. Her ne kadar birçok hukuki konuda genel bir yasal çerçeve olsa da mahkemelerin ve genel olarak adliyenin işleyişi içerisinde insan faktörü olduğu için farklı uygulamaların ve kararların geliştirildiği bir uygulama söz konusudur<sup>87</sup>.

Bunun için öncelikle kelimelerin kanun içerisindeki anlamı, kelimenin yapısı, benzer örnekler içerisindeki kullanımı, metinsel okunabilirlik, belgenin yapısı, yapılandırılmış bir hukuk terminolojisi, temel hukuk ilişkilerinin tanımlanması ve yeterli veri kümesinin sağlanması gibi konularda çalışmaların yapılması gerekmektedir. Çünkü yapay zekanın karar ağacında evet ya da hayır gibi basit kararlardan ziyade çok daha komplike ve birçok değişkenin önem arz ettiği hukuk dünyasına has kararlar alması gerekmektedir<sup>88</sup>.

Tüm bu faaliyetler yerine getirilirken disiplinlerarası bir iş birliği kaçınılmazdır. Yapay zeka programlayıcıları, hukukçular, dilbilimciler, devlet yönetiminde görev alanlar gibi teknik kavramlar ve bağlamlar anlamında yetkin kişilerin birlikte çalışması gerekmektedir. Tabii ki yasaların ve hukuk dünyasında ait kavramların koda çevrilmesi yeterli olmayıp aynı zamanda doğru kodlamanın yapıp yapılmadığı, güncel değişikliklerin revize edilip edilmediği, yeni içtihatların mevcut olup olmadığı gibi hususların sistematik bir şekilde denetlenmesi gerekecektir. Bu ihtiyaçlar göstermektedir ki gelecekte farklı meslek gruplarının da yazılım ve programlama alanlarında yeter seviyede bir eğitim almasını da gerekecektir<sup>89</sup>.

## V. ULUSLARARASI BELGELER

Buraya kadar değinilen hususlarda görüldüğü üzere robot hakim uygulamasının getireceği sorunların yoğunlaştığı temel alanlardan biri de “etik”-tir. Çünkü yargısal faaliyetler ve yargı organlarının tabii olduğu etik kurallar değişken olup genel geçer tespitlerin yapılması güçtür. Bununla birlikte günümüzde hakimlerin tabii olduğu Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, savcılarının tabii olduğu Budapeşte ilkeleri veyahut avukatların tabii olduğu Uluslararası

<sup>87</sup> Contini, s. 7.

<sup>88</sup> Reiling, s. 8-9.

<sup>89</sup> Contini, s. 6; Sourdin, s. 1127.

Barolar Birliği kuralları gibi örnekler de mevcuttur<sup>90</sup>. Söz konusu yapay zekaya sahip bir robot hakim olduğunda bu şekilde örnekler yaratmak daha da güçleşmektedir. Çünkü ortaya konulan bu evrensel etik ilkeler için gerçek kişiler esas alınmıştır. Hal böyle iken bizlere bu konuda yol gösterecek olan bu konuya ilişkin uluslararası belgelerdir. Elbette robotlar ya da yapay zekaya ilişkin çok sayıda uluslararası düzenleme ya da belge mevcuttur. Bizler bu çalışmada *doğrudan robot hakimleri konu alan veyahut doğrudan ilgili olan* iki önemli belgeye değinmeyi konudan çok uzaklaşmamak adına yeterli gördük.

### A. Avrupa Konseyi'nin Etik İlkeleri

Değineceğimiz belgelerden ilki Avrupa Konseyi Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) tarafından 2018 yılında yayınlanan *“Yargılama Sisteminde Yapay Zeka Kullanımına Dair Etik Şart”*<sup>91</sup>. Söz konusu etik şartta yargı sisteminde yapay zeka kullanılırken uyulması gereken beş temel ilkedен söz edilmektedir:



<sup>90</sup> Yılmaz, s. 396.

<sup>91</sup> European Ethical Charter on the Use of AI in Judicial Systems and Their Environment: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>, (E.T:07.05.2021).

İlkeler ilk olarak yapay zeka araçlarının teknik tasarımının önemini altını çizmektedir. Burada teknik tasarım insan hakları ve yasal çerçeveye uyumlu olmalıdır. Bu nedenle teknik tasarım sürecinde etik kurallar doğrudan dahil edilmelidir. Robot hakim bakımından düşünülecek olursa tasarım ve programlama sürecinde başta hakimler, avukatlar olmak üzere hukuk dünyasında aktif rol oynayan birçok meslek grubu ve başta mühendisler olmak üzere yazılım aşamasında görev alan teknik meslek grupları arasında geniş işbirliğini gerçekleştirmelidir. Çünkü her ne kadar temelde yapay zeka yazılımları bir çıktı sunsa da bu çıktılar insan tasarımcısı tarafından eklenen girdiler üzerine inşa edilmiştir.

Yine etik ilkelerden biri olan şeffaflık ilkesi bu yapay zeka yazılımları bakımından uygulamada bazı sorunları beraberinde getirmektedir. Her ne kadar karar verme sürecinde bir hesap verilebilirlik ve şeffaflık hedeflense de, özel şirketlerin sahip olduğu haklardan ötürü ortaya bir fikri mülkiyet sorunu çıkmaktadır. Çünkü yapay zeka algoritmaları, şeffaf bir şekilde inşa edilmiş olsa bile, doğrudan özel şirketler tarafından tasarlanmıştır. Bu nedenle şirket hissedarlarından/ortaklarından başka kimseye veya devlet otoritelerine doğrudan hesap verme yükümlülüğü altında değillerdir. Ayrıca yazılım kodlarının şeffaflık sağlamak adına tamamen açıklanması güvenlik açıklarının tespit edilebilirliği, sömürülme, manipüle edilme ihtimali veyahut diğer kullanıcıların dolandırılmasına yönelik hilelerin tanımlanmasının önüne geçilmesi adına tavsiye edilmemektedir<sup>92</sup>.

Burada yine doktrinde şirketlerin bu denli kapalı kutu olarak geliştirdiği yapay zeka tahmin algoritmalarının yargıdaki etkisi düşünülünce bir lobcilik hareketi olabileceği ve bu şirketlerin kendi politikalarının ve menfaatlerinin de yargılamının bağımsızlığını etkileyebileceği ifade edilmektedir<sup>93</sup>.

Yine bu süreç siyasi ve demokratik kararlardan ve halkın iradesinden uzaktır. İşte bu noktada yapay zeka tahmin algoritmaları kullanılarak robot hakim tarafından verilen kararın denetimi bakımından ciddi bir etik sorun doğmaktadır. Çünkü algoritmalar, insan kapasitesinin ötesine geçen bir dizi mantıksal sürece sahiptir. 'Geleneksel' dijital teknolojiler için uygulanan klasik hesap verebilirlik uygulamaları, yani yazılım kodlarını yasal koda karşı kontrol etmek ve yazılım geliştiricileri ve sahiplerinin işleyişleri için sorumlu olan yazılım geliştiricilerini ve sahiplerini sorumlu tutma yaklaşımı

<sup>92</sup> Contini, s. 14.

<sup>93</sup> Özparlak, Başak Ozan: "OTOMATİK HUKUK: Hukuk Sisteminde ve Mesleğinde Yapay Zeka", academia.edu/45573817/OTOMATİK\_HUKUK\_Hukuk\_Sisteminde\_ve\_Mesleğinde\_Yapay\_Zeka, (E.T:04.05.2021).

yapay zeka algoritmaları bakımından uygulama alanı bulamaz. Yukarıda detaylı bir şekilde açıkladığımız üzere yapay zeka sistemlerinin istikrarlı bir yazılım kodları bulunmamaktadır. Makine öğrenimi, derin öğrenme ve sinir ağları, yazılımın özerk ve yinelenmeli değişiklikleri beraberinde getirmektedir. Sonuç olarak, hesap verebilirlik sorunu geleneksel teknolojilerden daha zordur bir hal almaktadır<sup>94</sup>.

Şeffaflık ve hesap verilebilirlik sorununun önüne geçilebilmesi için öncelikle robot hakim uygulamasının kullanılması için bir yasal izin/resmi makamlar veya otoriteler tarafından verilen bir onay mekanizmasının getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu şekilde onay/izin sürecinde “açılabilir” yazılım kodları sayesinde belirli kurum/kuruluşlarla sınırlı bir paylaşım yapılarak analiz edilecek; algoritmanın kanundan kaynaklanan yükümlülüklerine uygunluğu ve temel hak ve özgürlüklere ne derece saygılı olduğu tespit edilebilecektir. Burada kurum veya kuruluş bakımından alternatif bir seçenek, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Ofisi tarafından önerildiği gibi, kanunda düzenlenen bağımsız bir organa bu denetim görevinin verilmesidir. Bu durumda, yazılım kodlarının açıklanması, sistemi değerlendirecek bir uzman grubuyla sınırlı olacak ve fikri mülkiyet hukuku anlamında ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçilebilecek ve algoritma yaratıcılarının mağduriyetinin önüne geçilebilecek, istenmeyen manipülasyon veya tahrif sonuçları doğmamış olacaktır. Çünkü uygulamada kullanıcılar arka planda algoritmanın hatalı olabileceği ihtimalini akıllarına bile getirmemektedirler. Hal böyle iken bu hususların kullanım aşamasında hatalar ortaya çıkması beklenmeden uygulamacıların kullanımına sunulmadan bir denetimden geçirilmesi gerekmektedir<sup>95</sup>.

### B. Avrupa Birliği Yapay Zeka Tüzüğü Tasarısı

Robot hakimler ile ilgili önem arz eden bir diğer uluslararası belge 14 Nisan 2021’de yayımlanan Avrupa Birliği Yapay Zeka Tüzüğü Teklifi (Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts) dir<sup>96</sup>. Temelde 69 madde ve 8 ek maddeden oluşan bu kapsamlı belge çalışmamız bakımından büyük önem arz etmektedir. İfade etmek gerekir ki tüzük tasarısı başta Aralık 2020

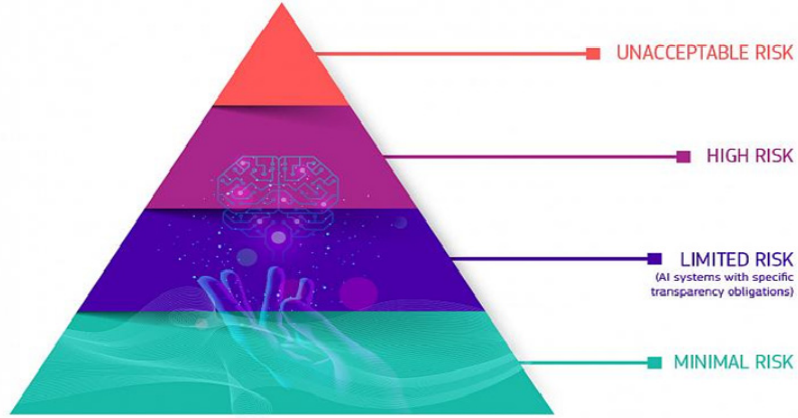
<sup>94</sup> Contini, s. 14.

<sup>95</sup> Contini, s. 14-15.

<sup>96</sup> <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence>, (E.T:12.06.2021).

yılında yayımlanan “CAHAP” ilkeleri ve Şubat 2020 yılında yayımlanan “White Paper” ile büyük benzerlikler barındırdığı için birçok uluslararası belge ile uyum içerisinde olduğu görülmektedir.

Bu kapsamlı belgede yapay zekaya ilişkin hukuki çerçevenin nasıl çizileceğine dair önemli açıklamalar yer almaktadır. Tüzük taslağının birinci maddesi gereğince; üye devletlerin yapay zeka sistemlerinin üretilmesi, pazarlanması ve kullanımına ilişkin bazı kurallar getirmeyi ve tüzüğe uygun olduğu belirlenen yapay zeka sistemlerinin üretilmesi, pazarlanması ve kullanımını süreçlerinde zorluk çıkarılmaması için gerekli korumanın sağlanmasını, yine üretim, pazarlama ve kullanma süreçlerinde uygulanacak hukuk kuralları için genel bir çerçevenin ortaya koyulmasını ve bu şekilde bir birlik sağlanması temelde amaçlanan hususlardır. Burada yapay zeka bakımından getirilen öneriler yapay zeka sistemlerinin risk derecelerine göre yapılan bir ayırım ile ortaya konulmuştur. Düşük riskli, sınırlı riskli, yüksek riskli ve kabul edilemez riskli olmak üzere dört temel grup oluşturulmuş ve her bir gruba ilişkin örneklemeler, önlemler ve yaptırımlar öngörülmüştür.



-Şekil 2-<sup>97</sup>

Çalışma konumuzu oluşturan robot hakimlerin ise aslında yüksek risk grubunda olduğu görülmektedir. Yüksek risk grubunda yer alan yapay zeka

<sup>97</sup> <https://www.euronews.com/2021/04/21/the-higher-the-risk-the-stricter-the-rule-brussels-new-draft-rules-on-artificial-intelligence>, (E.T:13.06.2021).



sistemleri; veri ve veri yönetişimi, dokümantasyon ve kayıt tutma, şeffaflık ve kullanıcılara bilgi sağlanması, insan gözetimi, sağlamlık, doğruluk ve güvenlik konularına ilişkin taslakta öngörülen yükümlülüklere uyulması ve ön bir değerlendirmeye(denetim) tabi tutulması halinde kullanılabilir.

Bu yükümlülükler ise genel olarak; pazarlama sürecinden önce ve sonra taslakta öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesi, pazarlama sürecinden sonra da uyumluluğunun denetlenmesi (bu denetim yapay zekanın sahip olduğu olası risklerin önceden değerlendirilmesi ve tespit edilmesi, pazarlama sürecinden sonra gerek kullanıcı gerek üçüncü kişilerden gelen veri ve analizlere göre yine risk değerlendirilmesi anlamına gelmektedir), bu risk grubunda üretilecek yapay zeka yazılımlarının veri tabanlarına kaydının sağlanması (bu şekilde yapay zeka tarafından kullanılan büyük veri yığınlarının sonradan denetlenebilmesi sağlanacak böylelikle şeffaflık ilkesi daha etkin bir şekilde uygulama alanı bulabilecektir.) ve CE işareti uygulanarak CE standardı sağlanmasıdır.

Yükümlülükler bütüncül bir şekilde bakıldığında **“Yargılama Sisteminde Yapay Zeka Kullanımına Dair Etik Şart”** ile de büyük bir uyum içerisinde olduğu ve o dönem ortaya atılan önceki bölümde de detaylı bir şekilde değindiğimiz endişelerin önüne geçmek için öngörülen yükümlülüklerin elverişli olduğu görülmektedir. Bu yükümlülüklerin eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesi halinde bu risk grubundaki yapay zeka yazılımları uygulama alanı bulabilecektir.

Taslakta Başlık III, Bölüm 1, Madde 6 gereğince yüksek risk grubu kendi içerisinde;

■ Uyum değerlendirmesine tabi olan ürünlerin güvenlik bileşeni olarak kullanılması amaçlanan yapay zeka sistemleri

■ Ek-III’te açıkça listelenen temel haklara etki eden diğer bağımsız yapay zeka sistemleri olmak üzere ikiye ayrılmıştır.

İfade etmek gerekir ki Ek-III’te yer alan yüksek riskli yapay zeka sistemleri, riskleri zaten gerçekleşen veya yakın gelecekte gerçekleşmesi muhtemel olan sınırlı sayıda yapay zeka sistemlerini içermektedir. Listenin ortaya çıkan kullanımlara ve yapay zeka uygulamalarına uyarlanabilmesi için Komisyon, bir dizi kriter ve risk değerlendirme metodolojisi uygulayarak bu listeyi genişletebileceğini ayrıca belirtmiştir.

***EK- III'ün kolluk güçlerince kullanan 6. başlıkta yer alan yüksek riskli yapay zeka sistemleri şu şekildedir:***

(a) gerçek kişilerin bireysel risk değerlendirmelerini yapmak için veya hut gerçek bir kişinin suç işlemesi veya yeniden suç işlemesi riskini veya suçların potansiyel mağdurları için riski değerlendirmek amacıyla kolluk kuvvetleri tarafından kullanılması amaçlanan yapay zeka sistemleri,

(b) Kolluk kuvvetleri tarafından yalan makinesi ve benzeri araçlar olarak kullanılması veya gerçek bir kişinin duygusal durumunu tespit etmek için kullanılması amaçlanan yapay zeka sistemleri,

(c) Madde 52'de(3) belirtildiği gibi derin sahteciliği tespit etmek için kolluk kuvvetleri tarafından kullanılması amaçlanan yapay zeka sistemleri,

(d) Suçların soruşturulması veya kovuşturulması sırasında kanıtların güvenilirliğinin değerlendirilmesi için kolluk kuvvetleri tarafından kullanılması amaçlanan yapay zeka sistemleri,

(e) 2016/680 sayılı Direktifin (AB) 3(4) maddesinde belirtilen gerçek kişilerin profillemesine dayanan gerçek veya potansiyel bir suçun oluşumunu veya tekrarını tahmin etmek veya kişilik özelliklerini ve özelliklerini veya gerçek kişilerin veya grupların geçmiş suç davranışlarını değerlendirmek için kolluk kuvvetleri tarafından kullanılması amaçlanan yapay zeka sistemleri,

(f) Suçların tespiti, soruşturulması veya kovuşturulması sırasında (AB) 2016/680 sayılı Direktifin 3 (4) maddesinde belirtilen gerçek kişilerin profillemesi için kolluk kuvvetleri tarafından kullanılması amaçlanan yapay zeka sistemleri,

(g) Gerçek kişilerle ilgili suç analitiği için kullanılması amaçlanan yapay zeka sistemleri, kolluk kuvvetlerinin bilinmeyen kalıpları tanımlamak veya verilerdeki gizli ilişkileri keşfetmek için farklı veri kaynaklarında veya farklı veri formatlarında bulunan karmaşık ilgili ve ilgisiz büyük veri kümelerini aramasına izin veren yapay zeka sistemleridir.

**Listenin 8. başlığında ise adalet ve demokratik süreçlerin yönetiminde kullanılan:**

(a) Gerçeklerin ve hukukun araştırılması ve yorumlanmasında ve yasanın somut bir gerçekler kümesine uygulanmasında bir yargı otoritesine yardımcı olmayı amaçlayan yapay zeka sistemleri yüksek risk grubuna örnek olarak gösterilmiştir.

Listede yer alan 8. başlığın doğrudan; 6. başlıkta yer alan diğer örneklerin ise dolaylı olarak robot hakimleri oluşturan yapay zeka uygulamaları ile

benzerlik içerdiğini söylemek hatalı olmayacaktır. Hal böyle iken şu an kullanılan veyahut gelecekte uygulanacak olan robot hakim yapay zeka uygulamaları yüksek risk barındırdığı için taslakta yer alan yükümlülüklerle tabi olacaktır.

Bir diğer önem arz eden husus; Yargılama Sisteminde Yapay Zeka Kullanımına Dair Etik Şartlarda da üzerinde durduğumuz şeffaflık ve kapalı kutu sorununun çözümlenmesi adına tasarının IV. başlığının 52. maddesinde düzenlenen şeffaflığa ilişkin yükümlülüklerdir. Bu yükümlülükler değinecek olursak:

1. Sağlayıcılar, gerçek kişilerle etkileşime girmeyi amaçlayan yapay zeka sistemlerinin, koşullar ve kullanım bağlamından yapay zeka olduğu belli değil ise, gerçek kişilerin bir yapay zeka sistemi ile etkileşime girdikleri konusunda bilgilendirilecek şekilde tasarlanmasını ve geliştirilmesini sağlayacaktır. Bu yükümlülük, suçları tespit etmek, önlemek, araştırmak ve kovuşturmak için yasalarca yetkilendirilmiş yapay zeka sistemleri için geçerli değildir, ancak bu sistemler halkın suç bildirim bakımından mevcut değildir.

Görüldüğü üzere gerçek kişilerin muhatabının bir yapay zeka olduğunu bilmek hakkı açık bir şekilde ortaya konulmuş fakat suçlulukla mücadele ve suçun aydınlatılabilmesi bakımından tasarıda bir istisna öngörülmüştür.

2. Bir duygu tanıma sistemi veya biyometrik bir kategorizasyon sistemi kullanıcıları, sistemin çalışması hakkında sisteme maruz kalan gerçek kişileri bilgilendirecektir. Bu yükümlülük, kanunların suçları tespit etmesine, önlemesine ve soruşturmasına izin verilen biyometrik kategorizasyon için kullanılan yapay zeka sistemleri için geçerli değildir.

3. Mevcut kişilere, nesnelere, yerlere veya diğer varlıklara veya olaylara önemli ölçüde benzeyen görüntü, ses veya video içeriği üreten veya manipüle eden ve yanlış bir şekilde bir kişiye otantik veya doğru ('deep fake') görünen bir yapay zeka sisteminin kullanıcıları, içeriğin yapay olarak oluşturulduğunu veya manipüle edildiğini açıklayacaktır. Ancak;

Birinci alt paragraf kullanımı söz konusu ise (suçları tespit etmek, önlemek, araştırmak ve kovuşturmak için yasalarca yetkilendirilmiş yapay zeka sistemleri hali)

İfade özgürlüğü hakkının ve AB'nin Temel Haklar Şartı'nda koruma altına alınmış sanat ve bilim özgürlüğü hakkının kullanılması için gerekli bir hal söz konusu ise bu yükümlülük söz konusu olmayacaktır. Fakat bu hallerde dahi üçüncü kişilerin hak ve özgürlükleri için gerekli korumanın sağlanması gerekmektedir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki tüzük tasarısında yer verilen yükümlülüklerin eksiksiz bir şekilde yerine getirilmemesi halinde robot hakim için gerekli olan yapay zeka uygulamaları veyahut önceki bölümlerde bahsi geçen tahmin uygulamalarının (failin tekrür olasılığının tahmin eden yapay zeka yazılımları gibi) üretimi, pazarlaması veyahut kullanımı söz konusu olamayacaktır. Nitekim taslağın “Gizlilik ve Cezalar” isimli 10. başlığının 71. maddesi gereğince;

Yapay zeka sisteminin, 5.ve 10. maddelerde belirtilenler dışında, taslak kapsamındaki herhangi bir gereklilik veya yükümlülüğe uyulmaması halinde kural olarak 20 000 000 Euro’ya kadar idari para cezası uygulanacaktır. Ancak gereklilik veya yükümlülüğe uymayanın bir şirket olması halinde, bir önceki mali yıl içindeki toplam dünya çapında yıllık cirosunun %4’üne kadar olan miktar tespit edilerek hangisi daha yüksekse o miktarda idari para cezası uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte 10. maddede yer alan veri yönetimine ilişkin bir ihlal söz konusu olur ise kural olarak 30 000 000 Euro’ya kadar idari para cezası uygulanacaktır. Ancak gereklilik veya yükümlülüğe uymayanın bir şirket olması halinde, bir önceki mali yıl içindeki toplam dünya çapında yıllık cirosunun %6’sına kadar olan miktar tespit edilerek hangisi daha yüksekse o miktarda idari para cezası uygulama alanı bulacaktır.

## VI. ROBOT HAKİM UYGULAMASININ SONUÇLARI

*Bu bölüme kadar izah edilen hususlar doğrultusunda çalışmanın sonucunu ortaya koymak adına; robot hakim fikrinin uygulamaya geçirilmesi halinde ortaya çıkabilecek olası olumsuz ve olumlu sonuçlar ayrı ayrı ele alınacak olursa:*

☑ **Robot hakim karar verme sürecinde ortaya çıkabilecek bazı sorunlardan/hatalardan ötürü “önyargılı” kararlar verebilecektir.**

Yapay zeka araçlarını yargısal süreçlerde kullanmak elbette birçok açıdan avantaj sağlamaktadır. Fakat unutulmamalıdır ki, insanların bu muazzam veri miktarlarını ve mantıksal süreçleri gerçekten kontrol etmesi mümkün değildir. İşte bu noktada robot hakim vereceği kararların **güvenilirliği sorunu** ortaya çıkacaktır. Nitekim veri bilimcilerin son zamanlarda yaptıkları çalışmalarda yapay zeka tahmin teknolojilerinin gerçekten adil ve objektif olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Önceki bölümlerde COMPAS örneğinde olduğu gibi ceza türünün ve miktarının belirlenmesinde ırksal, cinsiyet bazlı önyargılar belirleyici olabilecektir. Örneğin; algoritma posta kodu ve ikametgah bilgilerini dikkate alarak Afro-Amerikan bireylerin işlediği suçlar

bakımından daha ağır cezalar öngörebilir. Yine 23 Mart 2016 yılında Microsoft tarafından twitter üzerinden tanıtılan yapay zeka chatbotu TAY (Talking About You) lansmandan 16 saat sonra ırkçı, saldırgan ve şiddet içerikli twitler atması bu duruma örnek gösterilebilir<sup>98</sup>.

Bu tarz istenmeyen sonuçların doğmasında etkili olan husus yapay zeka tasarımcısı tarafından verilen “başarı” tanımına yapay zekanın sıkı sıkıya bağlı olması ve somut olayda yer alan önemli değişkenleri göz ardı etmesidir. Örneğin; olayda yer alan bir önyargıyı ya da sübjektif bir nitelendirme nedeniyle yanlış bilgiyi yok sayma konusunda hataya düşebilirler. Çünkü yapay zeka aslında burada “*matematiğe gömülü bir görüş*” ortaya koymaktadır. Bu yüzden gerçekten adil ve nötr olamayacağı gibi bir insan hakim yerine de kullanılamayacaktır<sup>99</sup>.

Bir başka deyişle bir insan hakim kadar iyi bir yapay zeka algoritmasının geliştirilememesinin nedeni algoritmanın yerine getirmesi gereken entelektüel görevlerin çok karmaşık olması değil insan hakimin; araştırma yapabilme, dil, mantık yürütme, yaratıcı problem çözme ve sosyal beceriler gibi birden çok karışık becerilere sahip olması gerekliliğidir. Elbette yakın gelecekte bu becerilerin ayrı ayrı algoritmalar tarafından kusursuz bir şekilde yerine getirilmesi mümkün olabilir. Çünkü algoritmalar temelde genellikle belirli bir amaç için üretilmektedir. Fakat burada önemli olan bu becerilerin ayrı ayrı değil bir arada algoritmada bulunmasıdır<sup>100</sup>.

#### **Robot hakim karar verirken toplum vicdanı kavramından uzaktır.**

Burada unutmamak gerekir ki toplumu oluşturan bireyler bir ceza yargılamasında hakimin vicdani kanaati için bir mücadele verdiğini ve en önemlisi bunu gerekçelendirebildiğini görmek arzusu vardır. Nitekim duruşmaların kanunda görülen istisnai haller dışında aleni olması ve vatandaşın istediği zaman yargılamayı şeffaf bir şekilde takip edebilmesi bunun bir göstergesidir<sup>101</sup>. Hal böyle iken robot hakimin toplum vicdanı kavramından uzak olması toplumsal adalet ve barışın tesisi hususunda kendinde bir sorumluluk hissetmemesi anlamına gelecektir. Bu durum da robot hakimlerin toplumsal olarak kabulüne engel olacak başat nedenlerden biri olacaktır.

<sup>98</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/Tay\\_\(bot\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Tay_(bot)), (E.T:01.09.2020).

<sup>99</sup> Perrone, s. 17-19.

<sup>100</sup> Buocz, s. 45.

<sup>101</sup> Sourdin/Cornes, s. 99.

**▣ Robot hakimın “takdir yetkisini” nasıl kullanacağı başka bir sorundur.**

Robot hakim kendisine verilen bilgiye benzer bir bilgi söz konusu ise faydalı ve isabetli bir şekilde bu bilgiyi analiz edebilecektir. Çünkü makine öğrenmesiyle desenleri keşfetme ve etkili bir genelleme yapabilmek için kendisine önceden verilen örnek davaların boyutu yeterli olmayabilecektir<sup>102</sup>. Bir başka deyişle robot hakim somut olay ile kendisine verilen verilerde bir benzerlik ya da bağlantı yakalayamaz ise somut olay özelinde takdir hakkı kullanamayacaktır. Çünkü bu makine öğrenmesinin verdiği yeteneğin çok daha ötesinde her zaman yeni bir öğrenme örüntüsünü gerektirmektedir. Burada aslında robot hakimden beklenen bir insan hakim gibi *iç görüye sahip olmasıdır*.

Şu an robot hakimlerin bu iç görüye sahip olmaması nedeniyle ceza yargılamasında hakim olarak görev alması mümkün görünmemektedir<sup>103</sup>. Yargılama faaliyeti ispat ve hükmün verilmesiyle birlikte bir bütün niteliğindedir<sup>104</sup>. İspat kurumu nispi bir nitelik taşımakta olup delillerin hakim tarafından serbestçe değerlendirilmesi ve en önemlisi vicdani kanaat sisteminin mevcut olması bu soruna temel gerekçeler olarak gösterilebilir.

Hakimin vicdani kanaati manevi bir olgu olup delillerden tamamen bağımsız bir olgu değildir. Hakim delilleri inceleyerek vicdanına göre serbest bir kanaate vardığı için hakimın vicdani kanaati somut olayda yer alan delillerden bağımsız bir şekilde düşünülemez. Burada hakim yalnızca mantıksal bir anlayışla hareket etmemekte aynı zamanda duygusal bir etkinliği de barındıran bir mesleği tecrübeden de istifade etmektedir. Hal böyle iken hakimın vicdani kanaati bilimsel olarak tartışılabilir olup matematiksel olarak bir kesinliğe de sahip değildir. Bununla birlikte somut olayda yer alan delillere ve olgulara dayandırılarak gerekçelendirilebildiği için keyfilikten de ayrılmaktadır<sup>105</sup>. Kaldı ki gerekçeli karar bir hukuk devletinin vazgeçilmezi olduğundan yapay zekalı hakimın ulaştığı kanaati bir gerçek kişi gibi gerekçelendirmesi mümkün olmayacaktır. Çünkü yapay zekanın karar verme sü-

<sup>102</sup> Sourdin, s. 1128.

<sup>103</sup> İçer/Buluz, s. 32.

<sup>104</sup> Dülger, Murat Volkan: “Günümüz Yapay Zeka Teknolojisi ve ‘Robot Yargıç/Avukat’ Gerçeği: Mesleğimiz Elimizden Gidiyor Mu?”, HPlus Dergisi, Sayı:5, Ocak 2018, s. 9, <https://www.researchgate.net/publication/322789785>, (E.T:12.09.2021).

<sup>105</sup> Özbek, Veli Özer: “Ceza Muhakemesinde Hakimın Vicdani Kanaati”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 16. Kitap, İstanbul 2007, s. 284-287; Doğan, s. 350.

reci denetlenemediğinden bir kararı neden veya nasıl verdiğini açıklamayacaktır.

Örneğin; Türk Ceza Kanunu'nun 62. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri*” gibi takdiri indirim nedenlerinin robot hakim tarafından uygulanabilmesi mümkün değildir. Bu takdiri indirim nedenlerinin bir şekilde algoritmik olarak tespiti mümkün olsa dahi yine aynı hüküm nedeniyle robot hakimin hangi takdiri indirim nedenini tercih ettiğini gerekçeli bir şekilde kararda ortaya koyması gerekecektir.

Yine insan hakimin vicdani kanaati bir bakıma ikna olup olmamasını da içerdiğinden ceza muhakemesi hukukuna hakim ilkelerden biri olan “*kuş-kudan sanık yararlanır*” gibi vicdan ve irade kavramlarından bağımsız düşünülemez bir ilkenin robot hakim tarafından nasıl uygulanacağı da bir muammadır. Çünkü bu ilkenin uygulama alanı bulması için oluşması gereken hakimin kanaati; iddia ve savunmanın şekillendirdiği somut olaya ilişkin anlık bir değerlendirme olmayıp akıl ve duyguların iç içe geçtiği bütüncül bir değerlendirmedir<sup>106</sup>.

Bu noktada yine önceki bölümlerde uzunca üzerinde durulduğu üzere kapalı kutu olan yapay zekanın böyle bir karar verme sürecini nasıl gerçekleştirdiğini tespit etmek şu an için mümkün değildir. Bu nedenle doktrinde yapay zekalı hakimlerin ancak Ticaret/İcra Mahkemelerinde mükerrer işleri yapabileceği ifade edilmektedir<sup>107</sup>.

**▣ Robot hakimin temelini oluşturan tahmin algoritmalarının yargıda kullanılması yalnızca danışma niteliğiyle sınırlı tutulsa dahi burada hakimin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ve adil yargılanma hakkı noktasında sorunlar ortaya çıkacaktır.** Şöyle ki;

Uygulamada, yapay zeka sistemleri tarafından öncelikle veriler arasında istatistiksel korelasyonlar oluşturulur ardından istatistiki bilgiler paketlenir, özetlenir ve karar verme görevlerini ‘*desteklemek*’ için hakime teslim edilir. Bu süreç içerisinde yukarıda COMPAS örneğinde anlatıldığı üzere algoritmanın önyargılı veyahut hatalı karar vermesi mümkündür. Bu nedenle örneğin; tekerrür hesabı yapan bir algoritmanın sanığın kefalet duruşmasından önce tekerrür olasılığını çok yüksek hesaplayıp mahkeme ile paylaştığı bir durumda *hakim bu oranın etkisinde kalmadan sanığın yine*

<sup>106</sup> Doğan, s. 349-350.

<sup>107</sup> Bacaksız/Sümer, s. 265.

***kefaletle salıverilmesine karar verebilecek midir? Sanığın salıverilmesi ve suç işlemesi halinde durum nasıl değerlendirilecektir? Veyahut tam tersi bir olasılıkta algoritmanın tekerrür olasılığını çok düşük hesaplamasına karşın hakim bu durumu görmezden gelip gözaltı/tutukluluk halinin devamına karar verebilecek midir?***

Tüm bu olasılıklarda gördüğümüz üzere hayatın olağan akışında hakim algoritmanın sunduğu olasılıklardan tamamen bağımsız bir şekilde hüküm tesis edemeyeceği ve etkisinde kalacağı açıktır. Robot hakimin ana karar mercii değil de danışman görevini üstlendiği bir pozisyonda dahi hakimin tarafsızlığı ve bağımsızlığına gölge düşecektir. Kaldı ki burada şeffaflık bakımından yetersiz ve bir sorumluluk atfedilemeyen bir karar mekanizması olduğu görülmektedir. Hal böyle iken böyle bir mekanizmanın karar üzerindeki etkisi ciddi sorunları beraberinde getirmektedir. Mahkeme tahmin teknolojilerinin karar alma süreçlerinin denetleyemeyeceği için adil yargılanma hakkı da ihlal edilmiş olacaktır<sup>108</sup>.

***Robot hakim ana karar mercii olmayıp araç olarak yargılamada destekleyici bir rol üstlendiği halde insan hakimin yargı yeteneği ve yeterliliğine ilişkin kamuoyunun algısı etkilenebilecektir.***

Bu durumda iki ihtimal söz konusu olabilecektir. İlk durumda toplum bunu hakimin özgüven belirtisi olarak yorumlayıp tam tersi yargı yükünü hafifletmek ve verimliliği arttırmak için yardımcı bir yol olarak görebilir. Bir başka ihtimal ise kamuoyunun bunu hakimin yargı yeteneğinin yetersizliği olarak yorumlanıp yargının muhtaç durumda olduğu izlenimine kapılacağı gibi gerçek kişilerin yargıya yabancılaşması da söz konusu olabilecektir<sup>109</sup>. Toplumun yargı organlarına güveni ve inancı adaletin tesisi bakımından son derece önem arz eden bir husustur.

***Bir diğer sorun ilk derece yargılamasından olağan kanun yolları olan istinaf, temyiz aşaması ve olağanüstü kanun yolları aşamasına kadar robot hakim ile insan hakimin hangi kararları vereceği, hangi mahkemelerde çalışacağı ve en önemlisi farklı derecelerde farklı hakimlerin olması halinde uyum süreçlerinin nasıl denetleneceği önemli tartışmaları beraberinde getirecektir.***

Çünkü burada şeffaflığın ve güven ilkesinin bir gereği olarak iç denetim tek başına yeterli olmayıp beraberinde bir dış denetimi de gerekli kıla-

<sup>108</sup> Contini, s. 13; Perrone, s. 15; Yılmaz, s. 406.

<sup>109</sup> Buocz, s. 54-55; Re/Solow-Niederman, s. 276; Bacaksız/Sümer, s. 265.



caktır<sup>110</sup>. Yine bu kademelendirme sürecinde tamamen insan hakimden oluşan bir yargı birimi ile tamamen robot hakimden oluşan bir yargı birimi arasında bağlantının nasıl kurulacağı önem arz edecektir. Çünkü ilk derece mahkemesi bir robot hakimden oluşuyor ise bir sonraki yargı basamağının insan hakimden oluşması gerekecektir. Burada ilk derece mahkemesinde robot hakimin verdiği kararı temyiz ya da istinaf kanun yolu evresinde bir insan hakimin denetlemesi gerekecektir. Bu bir nevi filtreleme sistemi getireceği için daha isabetli olacaktır. Fakat bu kez bu denetlemenin sınırları da belirlenmelidir. Burada insan hakim yalnızca kararı mı denetleyecektir? Yoksa kararı vermeyi sağlayan algoritmayı da denetlemesi gerekecek midir?<sup>111</sup> Her ne kadar robot hakim uygulamalarının şu an uyumsuzluk çözümlerinde giriş seviyesinde ya da yardımcı rolünde kullanıldığı görülse de pek uzak olmayan bir gelecekte bu sorulara yanıt bulunması gerekecektir.

**☐ Robot hakim uygulamasının getirildiği bir düzende kararı veren robot hakim mi olacaktır? Robot hakimin vereceği karar bakımından yasal sorumlu kim olacaktır? Robot hakim uygulamasına geçildiğinde öncelikle bu “yetki/sorumluluk sorunu”nun açıklığa kavuşturulması gerekecektir.**

Bir başka deyişle robot hakimin karar verdiği bir yargılamada hukuki otoritenin kim olacağı tartışmalı bir sorundur<sup>112</sup>. Burada belirli olasılıklar söz konusu olacaktır. Başta robot hakimde kullanılan yapay zeka tahmin teknolojisinin programlayıcısı olmak üzere, insan hakim, eğer otonomluk söz konusu ise robot hakim, robot hakim uygulamasında izin veren siyasi/ıdari otoriteler, denetlemekle yükümlü tutulan gerçek ya da tüzel kişiler gibi birçok sorumluluk sahibi söz konusu olabilecektir. Bu tartışma robot hakimin verdiği karara karşı bir itiraz kanun yolunun oluşturulması ve en önemlisi bir denetim mekanizmasının oluşturulabilmesi adına büyük önem taşımaktadır<sup>113</sup>. Denetim mekanizmasının bulunmadığı bir halde örneğin; insan hakimin olası hataları düzelten bir güvenlik ağı gibi işlevinin olmadığı bir yargı düzeninde toplum robot hakimin yargıdaki görev ve rolünü de benimsemeyip red edecektir<sup>114</sup>.

<sup>110</sup> Reiling, s. 9.

<sup>111</sup> Sourdin/Cornes, s. 100.

<sup>112</sup> Sourdin, Tania: “Judge v. Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making”, UNSW Law Journal Volume 41(4) s. 1126.

<sup>113</sup> Buocz, s. 46; Sourdin/Cornes, s. 98-99.

<sup>114</sup> Buocz, s. 57.

**▣ İnsan hakim ile robot hakim aynı davada farklı fikirde olması halinde uyumsuzluk nasıl çözülecektir?**

Böyle bir durumda temelde üç olasılık söz konusudur: İnsan hakim hatalı karar vermiş olabilir, robot hakim hatalı karar vermiş olabilir veyahut somut olayın özelliklerinden kaynaklı olarak birden fazla yoruma ulaşılmış olabilir.

Doktrinde bir görüşe göre; burada düz(basit) ya da komplike dava ayrımının yapılması gereklidir. Burada basit davadan kasıt hakimın genel terimleri yorumlamaya ihtiyaç duymadığı veya örneklerin tanınmasının sorunsuz ya da otomatik bir şekilde yapılabileceği yani hukuk kurallarının uygulanabilirliğine ilişkin genel bir anlaşma halinin olduğu davalardır. Komplike davalar ise; yasalara göre belirsiz ya da bilinmeyen durumları içeren delile dayalı akıl yürütmenin önemli bir etkiye sahip olduğu davalardır. Basit davalar bakımından yapay zekalı hakime sınırlı bir yargı yetkisi verilerek bariz hata yapma olasılıkları karşısında insan hakimın bir güvenlik ağı olarak kullanıldığı bir olasılıkta hızlı ve verimli bir karar verme süreci mümkün olabilir. Fakat aynı husus komplike davalar bakımından geçerli olmayıp yapay zekanın sınırlayıcı özellikleri nedeniyle yetersiz kalmaktadır<sup>115</sup>.

Kanaatimizce burada bu şekilde bir ayırım yapmak isabetli değildir. Bir uyumsuzluğun/hukuka aykırılığın yargılama süreci içerisinden basit halden komplike hale de evrilmesi hayatın olağan akışında bittabi mümkündür. Kaldı ki bu şekilde yapılan bir ayırımın objektif ve net kriterlere dayandırılması güç olup subjektif bir perspektifi içermektedir. Bu nedenle robot hakimlerin insan hakim karşısındaki yetersizlikleri de dikkate alındığında robot hakimlerin yargıda görev aldığı bir düzende insan hakimın aralarında oluşacak bir görüş uyumsuzluğında belirleyici role sahip olması gerekmektedir.

**▣ Robot hakim yargılama sürecinde süjelerle iletişim konusunda halen bir insan hakim seviyesinde değildir.**

Mahkemede tarafların kurdukları iletişim neticesinde insan onuruna uygun, duygu ve şeffaflık çerçevesinde yürütülen bir süreç bulunmaktadır. Nitekim ceza muhakemesi hukukuna da hakim olan ilkelerden biri olan meramını anlatma ilkesi ancak bu şekilde var olabilecektir. Robot hakim karşısında sanığın ifadelerinde yer alan duyguları tanımlaması ve buna uygun yanıt vermesi mümkün olmayacaktır. Yine robot hakimın tanık dinleme tanıma soru yöneltme veyahut beyanları arasındaki çelişkiyi tespit edebilme gibi önemli hususlarda karşılıklı iletişime giremeyeceği için yetersiz kala-

<sup>115</sup> Buocz, s. 56-57.

cağı aşıkardır. Bu durum muhakeme sürecinde ciddi sorunları da beraberinde getirecektir. Bu nedenle robot hakimin nerede hangi hukuk uyumsuzluklarında kullanacağına ilişkin mutlaka bir sınırlandırma getirilmesi gerekmektedir<sup>116</sup>.

▣ **Robot hakimin sunulan verilerin ve algoritmanın sınırlarının ötesinde bir kapasitesi veyahut aşabilme yetisi olup olmadığı halen şüphe barındıran bir konudur**<sup>117</sup>.

Robot hakimin ceza yargılaması gibi bir alanda mahkemenin yapacağı sorguda aktif ve etkin olması gerekirken bunun kendisine verilen sınırlar çerçevesinde kalması temel birçok ilkeye aykırılık teşkil edecektir<sup>118</sup>. Aksi bir ihtimalde de yani tahmin teknolojilerinde yeni mantık yürütme sistemleri geliştirildikçe aynı tahmin kalıplarının kullanılmasına devam edilmeyebilecektir. İşte bu belirsizlik tahmin teknolojilerinin çıktı olarak sunduğu kararlarda da belirsizliği oluşturacağı için hukuk anlamında da belirsizliği ve güvensizliği beraberinde getirecektir<sup>119</sup>.

▣ **Bir diğer önemli nokta robot hakim uygulamasına geçilmesi halinde uygulanan yer ve zamana göre algoritmanın uyarlanması ve denetlenmesi gerektir.**

Hukuk dünyasında evrensel ilkeler bulunmakla birlikte her ülkenin kendine ait bir hukuk sistemi olduğu için robot hakimin üretilirken görev yapacağı ülkeye uygun olarak kanun koyucu, avukatlar, hakimler, siyasiler gibi birçok meslek grubundan kişinin üretici ve geliştiricilerle işbirliği içerisinde olmasını gerektirecektir<sup>120</sup>.

✚ **Buraya kadar açıklanan olumsuz sonuçlara karşında bir takım olumlu sonuçlar da elbette olabilecektir.** Robot hakimin kullanılması hızlı çalışma kabiliyeti nedeniyle yargı yükünü hafifletebilecek ve yargılama

<sup>116</sup> Sourdin/Cornes, s. 97; Bacaksız/Sümer, s. 265; Yılmaz, Gökhan Oğuz: “Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı – Yapay\_Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek Mi?”, Adalet Dergisi, Sayı:66, 2021/1, s. 405.

<sup>117</sup> Re, Richard M./Solow-Niederman, Alicia: “Developing Artificially Intelligent Justice”, 22 STAN. TECH. L. REV, 242 (2019), s. 263; Bacaksız/Sümer, s. 265.

<sup>118</sup> Sourdin/Cornes, s. 99-100.

<sup>119</sup> Morison J./Harkens, A., s. 9; Bacaksız/Sümer, s. 265.

<sup>120</sup> Sourdin/Cornes, s. 101.

süreçlerini kısaltabilecektir. Bu şekilde aynı zamanda yargıya ulaşmada verimlilik ve etkinlik artırılmış olacaktır<sup>121</sup>.

✚ Yine hakimin tarafsızlığı ve bağımsızlığı çerçevesinde robot hakim objektif olmak konusunda insan hakime kıyasla başarı potansiyeli yukarıda anlatılan hususlar dikkate alınarak gerekli teknolojik gelişmeler sağlanırsa daha yüksek olacaktır. Çünkü robot geçmiş veya şimdiki ilişkilere, yanlış empatiye, hayranlığa veya karar vermede diğer öznel etkilere dayanarak ilgili taraflardan herhangi birini tercih etmeksizin karar verebilmektedir. Buna karşın insan hakimin karar verme mekanizmasına bakıldığında önyargılarından ya da değer yargılarından etkilenerek karar verme sürecinde tamamen objektif davranmamaktadır. Örneğin; uygulamada hakimlerin hüküm duruşması öncesi hüküm tutanağını hazırlayarak duruşmada bunu doğrudan kullanması aslında hakimin karar verme sürecinde delilleri tartışmaktan ziyade bir takım kesin yargılarla hareket ettiği izlenimi yaratmaktadır. Çünkü hüküm mutlaka delillerin tartışıldığı aşamada ve duruşmada konuşulmalıdır. Yine kimi zaman hakimin sübjektif değer yargıları failin kusurluluğunu belirlerken etkili olmaktadır. Oysa burada kanuna göre kusurluluğun tespiti yapılmalıdır. İnsan hakimin robot hakimden farklı olarak dış etkenlerden etkilenmesi de yaygın görülen bir durumdur. Örneğin; toplumsal olaylarda basın ve veyahut halkın tepkisi hakimin karar verme süreçlerinde etkili olabilmektedir<sup>122</sup>.

✚ Robot hakimin sunacağı bir başka avantaj yanlış hesaplamalar olmadan çalışmasıdır. Çünkü yazılım, tüm miktarların insan hatası riski olmadan hesaplanacağı şekilde tasarlanmıştır<sup>123</sup>. Bu özelliği sayesinde bir insanın işleyebileceğinin çok daha üzerinde dev veri yığınlarını yanlış hesaplama riskini minimuma indirerek sistematik bir şekilde işleyebilecek ve istenilen çıktıyı sunabilecektir.

<sup>121</sup> **Contini**, Francesco: “Artificial Intelligence and the Transformation of Humans, Law and Technology Interactions in Judicial Proceedings”, *Law, Technology and Humans*, Volume 2 (1) 2020, s. 6, <https://lthj.qut.edu.au/>, (E.T:03.05.2021).

<sup>122</sup> **Doğan**, s. 316-317.

<sup>123</sup> **Nakad/Herik/Jongbloed/M.Salem**, s. 64-65.

**KAYNAKÇA**

- Aydemir**, Emrah: Weka ile Yapay Zeka, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2019.
- Aydemir**, Melisa: “Yapay Zekalı Robotların Ceza Sorumluluklarının Araştırılması”, Suç ve Ceza Dergisi, Sayı:4, 2018, s. 1-97.
- Bacaksız**, Pınar/Sümer, Seda Yağmur: Robotlar, Yapay Zeka ve Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Bostrom**, Nick: Süper Zeka, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2019.
- Buocz**, Thomas Julius: “Artificial Intelligence in Court Legitimacy Problems of AI Assistance in the Judiciary”, Retskraft - Copenhagen Journal of Legal Studies, Volume 2, Number 1, Spring 2018, s. 41-59, <https://static1.squarespace.com/static/59db92336f4ca35190c650a5/t/5ad9da5f70a6adf9d3ee842c/1524226655876/Artificial+Intelligence+in+Court.pdf>, (E.T:12.04.2021).
- Calo**, Ryan: “Artificial intelligence policy: a primer and roadmap”, University of Bologna Law Review, Cilt:3, Sayı:2, 2018, s. 399-435, <https://bolognalawreview.unibo.it/article/view/8670/8420>, (E.T:18.08.2020).
- Contini**, Francesco: “Artificial Intelligence and the Transformation of Humans, Law and Technology Interactions in Judicial Proceedings”, Law, Technology and Humans, Volume 2 (1) 2020, <https://lthj.qut.edu.au/>, (E.T:03.05.2021)
- Çiçekdağı**, Caner: “Aristoteles’te Mantık Kavramı ve Temel Akıl Yürütme Çeşitleri”, MSKU Eğitim Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı Nisan 2016, s. 55-63, [https://www.researchgate.net/profile/Caner-Cicekdagi2/publication/304528109\\_Aristoteles'te\\_Mantik\\_Kavrami\\_ve\\_Temel\\_Akil\\_Yurutme\\_Cesitleri/links/5ef3330f4585153fb1b0abff/Aristoteleste-Mantik-Kavrami-ve-Temel-Akil-Yueruetme-Cesitleri.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Caner-Cicekdagi2/publication/304528109_Aristoteles'te_Mantik_Kavrami_ve_Temel_Akil_Yurutme_Cesitleri/links/5ef3330f4585153fb1b0abff/Aristoteleste-Mantik-Kavrami-ve-Temel-Akil-Yueruetme-Cesitleri.pdf), (E.T:11.09.2021).
- Çüçen**, A. Kadir: Mantık, 8. Baskı, Sentez Yayıncılık, Bursa 2012.
- Danziger**, Shai/Levav, Jonathan/Avnaim-Pesso, Liora: “Extraneous Factors in Judicial Decisions”, s. 6889-6892, [www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1018033108](http://www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1018033108), (E.T:04.04.2021).
- Doğan**, Koray: Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi “in dubio pro reo”, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

- Dülger**, Murat Volkan: “Günümüz Yapay Zeka Teknolojisi ve ‘Robot Yargıç/Avukat’ Gerçeği: Mesleğimiz Elimizden Gidiyor Mu?”, HPlus Dergisi, Sayı:5, Ocak 2018, s. 4-9, <https://www.researchgate.net/publication/322789785>, (E.T:12.09.2021).
- Ersoy**, Çağlar: Robotlar ve Ceza Hukuku, Onikilevha Yayıncılık, 4. Bası, İstanbul 2019.
- Houy**, Constantin/**Niesen**, Tim/**Fettke**, Peter/**Loos**, Peter: “Towards Automated Identification and Analysis of Argumentation Structures in the Decision Corpus of the German Federal Constitutional Court”, Institute for Information Systems (IWİ) at the German Research Center for Artificial Intelligence (DFKI) and Saarland University Saarbrücken, Germany, [https://www.dfki.de/fileadmin/user\\_upload/import/6833\\_IEEE\\_DEST\\_2013\\_Houy\\_Niesen\\_Fettke\\_Loos-ARGUMENTUM.pdf](https://www.dfki.de/fileadmin/user_upload/import/6833_IEEE_DEST_2013_Houy_Niesen_Fettke_Loos-ARGUMENTUM.pdf), (E.T:05.04.2021).
- Humbe**, A. B./**Deshmukh**, P. A./**Kadam**, M. S.: “The Review Of Articulated R12 Robot And Its Industrial Applicationas”, International Journal of Research in Engineering & Technology (IMPACT: IJRET), Cilt: 2, Sayı: 2, 2014, s. 113-118.
- İçer**, Zafer/**Buluz**, Başak: “Yapay Zekânın Ceza Muhakemesindeki Rolü ve Geleceği”, 9. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, İstanbul Üniversitesi, 2019, [https://www.academia.edu/41074795/YAPAY\\_ZEK%C3%82NIN\\_CEZA\\_MUHAKEMES%C4%B0NDEK%C4%B0\\_ROL%C3%9C\\_VE\\_GELECE%C4%9E%C4%B0](https://www.academia.edu/41074795/YAPAY_ZEK%C3%82NIN_CEZA_MUHAKEMES%C4%B0NDEK%C4%B0_ROL%C3%9C_VE_GELECE%C4%9E%C4%B0), (E.T:07.05.2021).
- Karaduman**, Tefvik: “Yapay Zeka Uygulama Alanları”, Gazi Üniversitesi, Bilişim Enstitüsü, Adli Bilişim. A.B.D, [https://www.academia.edu/16703256/Yapay\\_zeka\\_makale\\_09\\_06](https://www.academia.edu/16703256/Yapay_zeka_makale_09_06), (E.T:13.06.2021).
- Kılıçarslan**, Kara Seda: “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Yıl: 2019/20, Sayı:4, s. 363-389.
- Medvedeva**, Masha/**Vols**, Michel/**Wieling**, Martijn: “Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights”, Artificial Intelligence and Law”, 28, 2020, s. 237-266, <https://doi.org/10.1007/s10506-019-09255-y>, (E.T:05.04.2021).
- Mijwill**, Maad M.: “History of Artificial Intelligence”, Nisan 2015, s. 1-5, [https://www.researchgate.net/publication/322234922\\_History\\_of\\_Artificial\\_Intelligence](https://www.researchgate.net/publication/322234922_History_of_Artificial_Intelligence), (E.T: 05.04.2021).

- Morison, J./Harkens, A.:** “Re-sEngineering Justice? Robot Judges, Computerised Courts and (Semi) Automated Legal Decision-Making”, *Legal Studies*, 39(4), 2019, s. 618-635 <https://doi.org/10.1017/1st.2019.5>, (E.T:06.04.2021).
- Nakad, Henriette/Herik, H. Jaap Van Den/Jongbloed, Anthonie/M.Salem, Abdel-Badeeh:** “The Rise of the Robotic Judge in Modern Court Proceedings”, *ICIT 2015 The 7th International Conference on Information Technology*, s. 59-67, <https://www.researchgate.net/publication/300720949>, (E.T:08.04.2021).
- Nilsson, Nils J.:** *Yapay Zeka Geçmişi ve Geleceği*, 2. Baskı, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2019.
- Özbek, Veli Özer:** “Ceza Muhakemesinde Hakimin Vicdani Kanaati”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 16. Kitap, İstanbul 2007, s. 283-287.
- Özlem, Doğan:** *Mantık*, 14. Bası, Notos Kitap Yayınevi, İstanbul 2011.
- Özparlak, Başak Ozan:** “İnsan-Robot Etkileşimi ve Hukuk”, *Hukuk Köprüsü*, Cilt:16, Sayı:16, 2019, s. 195-210.
- Özparlak, Başak Ozan:** “OTOMATİK HUKUK: Hukuk Sisteminde ve Mesleğinde Yapay Zeka”, [academia.edu/45573817/OTOMATİK\\_HUKUK\\_Hukuk\\_Sisteminde\\_ve\\_Mesleğinde\\_Yapay\\_Zeka](http://academia.edu/45573817/OTOMATİK_HUKUK_Hukuk_Sisteminde_ve_Mesleğinde_Yapay_Zeka), (E.T:04.05.2021).
- Öztemel, Ercan:** *Yapay Sinir Ağları*, Papatya Yayıncılık, İstanbul 2012, [http://papatyabilim.com.tr/PDF/yapay\\_sinir\\_aglari.pdf](http://papatyabilim.com.tr/PDF/yapay_sinir_aglari.pdf), (E.T:11.09.2021).
- Perrone, Francesco:** “The Judge of the Future: Artificial Intelligence and Justice”, *Judicial Ethics and Professional Conduct, Team Italy 2, Semifinal D, Themis 2019*, <https://www.ejtn.eu/PageFiles/17916/TEAM%20ITALY%20II%20TH%202019%20D.pdf>, (E.T:12.09.2021).
- Re, Richard M./Solow-Niederman, Alicia:** *Developing Artificially Intelligent Justice*, 22 *STAN. TECH. L. REV.*, 242, 2019, s. 242-289.
- Reiling, A. D. (Dory):** “Courts and Artificial Intelligence”, *International Journal for Court Administration*, 11(2), 2020, s. 2-10, <http://doi.org/10.36745/ijca.343>, (E.T:04.04.2021).
- Russell, Stuart J./Norvig, Peter:** *Artificial Intelligence A Modern Approach*, Third Edition, Prentice Hall, 2010, <https://www.cin.ufpe.br/~tfl2/>

artificial-intelligence-modern-approach.9780131038059.25368.pdf,  
(E.T:08.08.2021).

**Sourdin**, Tania/**Cornes**, Richard: “Do Judges Need to Be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging”, Chapter in *The Responsive Judge*, s. 87-119, <https://www.researchgate.net/publication/326244385>, (E.T:05.04.2021).

**Sourdin**, Tania: “Judge v. Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making”, *UNSW Law Journal* Volume 41(4), s. 1114-1133, <https://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2018/12/Sourdin.pdf>, (E.T:12.09.2021).

**Şen**, Zekai: *Modern Mantık, Bilge Kültür Sanat*, İstanbul 2003.

**Tarımcıoğlu**, Halise: “Akıl Yürütme Yöntemleri ve Yapay Zekâ”, IX. *Mantık Çalıştayı Kitabı*, Mantık Derneği Yayınları, İstanbul 2019, s. 423-433, <https://mantik.org.tr/wp-content/uploads/2019/12/IX-Mantik-Calistayi-Kitabi.pdf>, (E.T:07.05.2021).

**Ünsal**, Burçak: “Yapay Zeka, Robotlar, Hukuki Düzenlemeler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 93, Sayı: 4, 2019, s. 64-74, <https://www.doganturan.av.tr/wp-content/uploads/2019/09/Cilt-93-Say%C4%B1-2019-4.pdf>, (E.T:07.05.2021).

**Williams**, Damien P.: “Strange Things Happen at the One Two Point: The Implications of Autonomous Created Intelligence in Speculative Fiction Media, The Machine Question: AI, Ethics and Moral Responsibility”, *AISB/IACAP WORLD CONGRESS 2012*, Birmingham, UK, 2-6 July 2012, s. 97-104, <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.308.8935&rep=rep1&type=pdf>, (E.T:12.09.2021).

**Yılmaz**, Atınç/**Kaya**, Umut: *Derin Öğrenme*, 3. Baskı, KODLAB Yayın Dağıtım, Ocak 2021.

**Yılmaz**, Gökhan Oğuz: “Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı – Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek Mi?”, *Adalet Dergisi*, Sayı: 66, 2021/1, s. 379-415, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/adaletdersisi/issue/62377/940417>, (12.09.2021).

**Yüksel**, Bozkurt Armağan Ebru: “Robot Hukuku”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 29, 2017, s. 85-112.

**Zeytin**, Zafer/**Gençay**, Eray: “Hukuk ve Yapay Zekâ: E-kişi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması”, *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, 2019, s. 39-70.





## ETKİN OTORİTE YOKLUĞUNDA TERÖR ZANLILARINI YARGILAMA YETKİSİ: SURIYE ÖRNEĞİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998257>

Arş. Gör. Burak TAŞ\*

### Öz

*Afganistan Savaşı'ndan günümüze değin terör fiillerinde bulunan suçluların yargılanması hususu, uluslararası camiada güncel bir sorun olarak var olmuştur. Özellikle etkin otorite yokluğu olgusu karşısında terör unsurlarının yargılanmasında cezaî yargı yetkisinin kime ait olacağı hususu daha büyük bir problemi karşımıza çıkarmaktadır. Türkiye, 2018 yılında Soçi Mütabakatı ile İdlib ve çevresindeki radikalleri tahliye yükümlülüğü altına girmiştir. Ancak terör unsurlarının tahliye edilmesi, öldürülmelerinden ziyade yargılanmaları ve cezalandırılmalarını gerektirmektedir. Çalışmada bu unsurların yargılanmaları için alternatif yargılama modelleri tartışılmıştır. Etkin otorite yokluğu olgusu ile boğuşan Suriye devleti özelinde bu terör unsurlarının yargılanmaları ve cezalandırılmaları için mülkîlik ilkesi çerçevesinde Suriye'nin yargılama yetkisinin etkin kılınması gerekliliği sonucuna ulaşılmıştır.*

### Anahtar Kelimeler

*Cezaî Yargı Yetkisi, Etkin Otorite Yokluğu, Mülkîlik İlkesi, Suriye, Soçi Mütabakatı*

## JURISDICTION OVER TERROR SUSPECTS IN THE ABSENCE OF AN EFFECTIVE GOVERNMENT: THE EXAMPLE OF SYRIA

(Research Article)

### Abstract

*The issue of prosecution of criminals who committed terrorist acts has been a current issue in the international community since the Afghanistan War.*

---

\* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara (burak.tas@asbu.edu.tr), ORCID: 0000-0001-6481-1580 (Geliş Tarihi: 27.03.2021-Kabul Tarihi: 22.04.2021)

*Especially in the face of the absence of effective authority, the question of who will have the criminal jurisdiction in the trial of terrorist elements poses a bigger problem. In 2018, Turkey undertook to evacuate the radicals in and around Idlib with Sochi Agreement. However, the evacuation of those terrorist elements requires them to be tried and punished rather than to be killed. In the study, alternative judgment models for punishing these elements are discussed. It has been concluded that the criminal jurisdiction of Syria should be made effective within the framework of the principle of territoriality, in order to prosecute and punish these terrorist elements in the Syrian State, which is struggling with the phenomenon of absence of effective government.*

**Keywords**

*Criminal Jurisdiction, Absence of Effective Government, Territoriality Principle, Syria, Sochi Agreement*

## GİRİŞ

17 Eylül 2018 Soçi anlaşmasıyla İdlib’de, Rusya ve Türkiye’nin gözetiminde ve güvenliği bu iki ülke tarafından sağlanacak bir silahtan arındırılmış bölge oluşturulması öngörülmekteydi. Askerden arındırılmış bölgeyi güçlendirmek için bir anlaşmaya varıldı; ancak radikal isyancıların diğer rejim karşıtı gruplardan nasıl ayırt edileceği ve şehirde ne kadar radikal yapılanma olduğu hususu muğlak kaldı<sup>1</sup>.

15 ila 20 km derinlikte olan bu bölgenin ağır silahlardan ve Hay’at Tahrir al-Sham (HTŞ), Devlet’ül Irak ve’s Şam (DEAŞ) ve El Kaide gibi terör unsurlarından arındırılması planlanmaktaydı<sup>2</sup>. Burada en büyük sorunu HTŞ’nin akıbeti oluşturmaktaydı. Keza Türkiye ve Rusya, HTŞ’yi terör örgütü olarak değerlendirdiğinden silahsızlandırılması planlanan bölgenin terör tehditi altında bulunması, her iki devletin menfaatini zedelemekteydi.

Soçi anlaşması ile Türkiye, askeri anlamda Suriye’nin terör unsurlarıyla mücadele ortağı pozisyonuna gelmişti<sup>3</sup>. Bu bakımdan 2018 tarihinden bu yana geçen süreçte Türkiye’nin ağır bir yükümlülük altına girdiği söylenebilir. Bu yükümlülüğün ayrıca güvenlik sorunlarını da beraberinde getirme ihtimali de büyük bir sorundu. Ancak Türkiye bu anlaşma ile bazı kazanımlar da sağlamıştı. Türkiye’ye yönelik büyük bir mülteci akınının önüne geçilmiş; Türkiye’nin Fırat Kalkanı ve Afrin bölgelerindeki politikalarına zarar verebilecek sorunlara neden olabilecek yoğun bir göç dalgası engellenmiştir. Türkiye, Suriye’deki askeri varlığını pekiştirip, Afrin’e İdlib’den yönelebilecek türlü tehditleri bertaraf edebilme şansını elde etmişti. Ayrıca silahtan arındırma bölgesinin kalıcılığının sağlanması durumunda, Suriye’de

<sup>1</sup> **Rüma, İnan/Çelikpala**, Mitat: “Russian and Turkish Foreign Policy Activism in the Syrian Theater”, Uluslararası İlişkiler Dergisi, Cilt 16, Sayı 62, 2019, s. 82.

<sup>2</sup> **Baresh**, Manhal: The Sochi Agreement And The Interests Of Guarantor States: Examining The Aims And Challenges Of Sustaining The Deal, European University Institute – Research Project Report, s. 4 <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e1840535-1f93-11e9-8d04-01aa75ed71a1/language-en> Erişim Tarihi: 12.11.2020.

<sup>3</sup> **Salaymeh**, Bilal/**Acun**, Can: “Sochi Agreement: Implications on the Ground and Upcoming Challenges”, Seta Perspective, No.47, 2018, s. 2-3 [https://setav.org/en/assets/uploads/2018/11/47\\_Perspective.pdf](https://setav.org/en/assets/uploads/2018/11/47_Perspective.pdf) Erişim Tarihi: 11.11.2020; **Sezer**, Aydın/**Dursunoğlu**, Alptekin: Soçi Anlaşması Fıratın Doğusu ve Türkiye’nin İdlib Rolü, Yakın Doğu Haber (16.04.2020), [http://www.ydh.com.tr/index.php/anket/rss/resim/rss/YD551\\_soci-anlasmasi-firatin-dogusu-ve-turkiyenin-idlib-rolu.html](http://www.ydh.com.tr/index.php/anket/rss/resim/rss/YD551_soci-anlasmasi-firatin-dogusu-ve-turkiyenin-idlib-rolu.html) Erişim Tarihi: 21.10.2020.

kalıcı bir çözüm bulununcaya kadar Fırat'ın batısından İdlib'e kadar Türk etki alanı oluşturma şansını elde etmişti<sup>4</sup>.

Türkiye, Astana Görüşmeleri kapsamında Rusya ile vardığı mütabakat çerçevesinde 12 Ekim 2017'de İdlib bölgesindeki ateşkes rejiminin takibi için gözlem noktaları oluşturmaya başlamıştı. Bu gözlem noktalarının, İdlib'de devlet dışı silahlı örgütlerin kontrolündeki sınır şeridinin silahlardan arındırılmasını denetlemesi planlanıyordu; fakat bölgedeki aktörlerin çatışması, anlaşmadan sonra bir süre azalmış olsa da artarak devam etmişti. Bu sebeple silahtan arındırılmış bölge planı hayata geçirilememiştir<sup>5</sup>.

Soçi Mütabakatının imzalandığı zamandan bu yana İdlib'deki HTŞ gibi parçalı terör gruplarının ve radikallerin bölgeden tahliye edilemediği görülmektedir. Türkiye'nin HTŞ'yi kendi kendini feshetmeye zorlamada başarısız olduğu; ancak yine de örgüt üzerinde önemli bir baskı uyguladığı da gözlemlenmektedir. Bu baskı, HTŞ içindeki köktendinci unsurları daha fazla izole etmek ve onu küçük ve işlevsiz gruplara bölmek şeklinde gerçekleştirilmektedir. Ancak Soçi Anlaşması'nın hükümlerinin uygulanması noktasında Türkiye'nin yükümlülüklerini yerine getiremediği gerçektir. Soçi Anlaşmasının yerine getirilememesi ise Türkiye açısından karayollarının uluslararası güvenliğini sağlama sorumluluğunun HTŞ'ye verilmesine itiraz edemeyeceği şeklinde tezahür edebilir. Bu sebeple Türkiye'nin terör unsurlarının izale edilmesinden, Suriye politikası bakımından büyük fayda göreceği açıktır. Ancak bu izalenin, terör unsurlarına askeri operasyon şeklinde değil, onların yargılanıp gerekli cezaların çektirilmesi şeklinde olması gerekmektedir. Nitekim uluslararası kamuoyunda da bu durum daha olumlu bir görünüş arz edecektir<sup>6</sup>.

Suriye Ordusunun aradan geçen süreçte İdlib'de 34 Türk askerini şehit etmesi olayından sonra, Rusya ile Türkiye arasında yapılan mütabakatın uygulanmasında çeşitli güçlüklerle karşılaşılmaktadır. Bunlar HTŞ'nin mütabakata direnişi ve El Kaide'nin İdlib'i merkez üssü yapma olasılığıdır<sup>7</sup>. Bu açıdan terör unsurlarının bölgeden temizlenmesi gerekmektedir. Bu temizlemenin ise bunların yargılanması yoluyla gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu çalışmada, hem Türkiye'nin Soçi Anlaşması ile İdlib'deki radikal-

<sup>4</sup> **Erkmen**, Serhat: Soçi Anlaşması Ne Getirdi?, Anadolu Ajansı (18.09.2018), <https://www.aa.com.tr/tr/analiz-haber/soci-anlasmasi-ne-getirdi/1258178> Erişim Tarihi: 21.10.2020.

<sup>5</sup> BBC News (02.03.2020), <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51360543>, Erişim Tarihi: 21.10.2020.

<sup>6</sup> **Baresh**, s. 3.

<sup>7</sup> **Erkmen**, Serhat: Soçi Anlaşması Ne Getirdi?, Anadolu Ajansı(18.09.2018).

leri tasfiye etme yükümlülüğünden kurtulması, hem de Suriye devletin toprak bütünlüğünün korunması için bölgedeki terör unsurlarının yargılanmasına yönelik alternatif yöntemler tartışıldı ve en uygun yöntemin mülkîlik ilkesi etrafında birleştiği sonucuna ulaşılmıştır.

Çalışmada öncelikle etkin otorite yokluğu olgusunda yargılama yetkisinin nasıl bir görünüm arz ettiğini araştırdık. Bir devletin ülkesinde geçici olarak etkinliğini kaybetmesinin, yargılama yetkisini değil yargılama yetisini engelleyeceğini; ancak bu durumun geçici olduğu sonucuna ulaştık. Bu gerçeklikle öncelikle; Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkisi, Guantanamo modeli yargılama, ad hoc ve hibrid modeli, iade ve son olarak mülkîlik prensibi temelinde Suriye'nin yargı yetkisinin mümkünatını tartıştık. Sonuç olarak devletin etkinliğini geri kazanabilmesine yönelik hem Suriye'nin hem de uluslararası camianın menfaati gereği Suriye'nin yargılama yetisini işlevselleştirmeye yönelik çözüm önerileri oluşturduk.

## I. ETKİN OTORİTE YOKLUĞUNDA CEZÂİ YARGILAMA YETKİSİ

Etkin otorite yokluğunda devletlerin cezaî yargı yetkisinin arz edeceği değişikliği araştırmadan önce genel olarak uluslararası hukukta cezaî yargılama yetkisinden bahsetmek gerekmektedir.

### A. Cezaî Yargılama Yetkisi

Yetki genel olarak, devletlerin uluslararası hukuk altında, belli olaylar hakkında hukukî düzenlemeler yapabilme, bunları uygulayabilme ve bunların ihlali halinde ilgililerini yargılayabilme yetkisini ifade etmektedir. Devletlerin yetkisi; yasama, yürütme ve yargı erkleri üçlemesinde devlet egemenliğinin bir tezahürü niteliğindedir<sup>8</sup>. Devletin yargılama yetkisi ise devletlerin egemenlik yetkisi orijininde, onun temel ve esas özelliğini oluşturan enstrümanlarından birisidir<sup>9</sup>. Devletin yargılama yetkisinin tezahüründen biri olan cezaî yargı yetkisi de insanların haklarını etkileyen bir egemenin gücünü ifade etmektedir<sup>10</sup>. Kısaca cezaî yargılama yetkisi, devlet yetkisinin

<sup>8</sup> Aydın, Hüseyin: "Yabancı Ülkede İşlenen Suçlarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan Özel Sayısı, 2019, s. 351.

<sup>9</sup> Abdulrahim, Walid: State Jurisdiction, Author's International Law Studies in English, <https://sites.google.com/site/walidabdulrahim/home/my-studies-in-english/7-state-jurisdiction>, Erişim Tarihi: 14.03.2020

<sup>10</sup> Helenius, Dan: The If, How, and When of Criminal Jurisdiction – What is Criminal Jurisdiction Anyway?, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, Cilt 3,

bir görünümü olarak devletin ceza hukukuna ilişkin yetkisini ifade etmektedir.

*Ceza kurallarının zorlayıcı etkisi*, bir devletin sınırları belli egemenlik alanında kendisini göstermektedir<sup>11</sup>. Devletlerin kıskançlıkla kullandıkları cezaî yargılama yetkisi, aslında egemenlik yetkisinin kullanımında devletin ceza politikalarının dışında diğer devletlere karşı kendi yetkisinin münhasırlığını betimlemesidir<sup>12</sup>. Egemen bir devletin kendi ülkesinde işlenen bir suçu yargılamasında da menfaatinin olduğu açıktır<sup>13</sup>. Bu açıdan devlet, ülkesinde işlenen suçlarda tam bir cezalandırma yetkisine sahipken ülkesel yetkisi dışında işlenen suçlarda cezaî yargı yetkisini sınırlı olarak kullanabilmektedir<sup>14</sup>. Bu sınırların belirlenmesinde cezaî yargı yetkisinde bazı prensipler karşımıza çıkmaktadır.

Cezaî yargılama yetkisinin dört boyutu bulunmaktadır. Bunlar şahsılık ilkesi, mülkîlik ilkesi, koruma ilkesi ve evrensellik ilkesidir. Bu prensiplerden şahsılık prensibi faile ve mağdura göre farklılık arz etmekte; devletin kendi vatandaşının işlediği bir fiille veya kendi vatandaşına karşı suç işlendiğinde cezaî yargılama yetkisini harekete geçirmesidir. Mülkîlik prensibi en temel prensip olmakla beraber devletin cezaî yetkilerini kendi egemenlik alanı dahilinde kullanabilmesini ifade eder. Koruma prensibi<sup>15</sup>, devletin doğrudan doğruya güvenliğine, bütünlüğüne veya egemenliğine yönelik bir tehdit veya ihlal ortaya çıkmışsa zarara uğrayan devletin bu fiillerin faillerini yargılayabilmesidir<sup>16</sup>. Son olarak evrensellik prensibi ise uluslararası hukukta en çok incelenen konulardan biridir. Bu prensibe göre yargı yetkisinin tespitinde kullanılan temel ölçüt işlenen fiilin kendisidir<sup>17</sup>. Fiilin uluslararası hukukta yarattığı tesir dikkate alınarak mülkîlik prensibinden bir çıkış olup uluslararası hukuka uygun olarak devletlere kendi egemenlik alanları dışında

Sayı 1, 2015, s. 2 <https://www.legal-tools.org/doc/148639/pdf/>, Erişim Tarihi: 22.04.2020.

<sup>11</sup> **Artuk**, M.Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 1079.

<sup>12</sup> **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, M. Ruhan/**Önok**, R. Murat: Uluslararası Ceza Hukuku, Ankara, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, 2019, s. 83.

<sup>13</sup> **Zafer**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), İstanbul, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, 2019, s. 760.

<sup>14</sup> **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 1079.

<sup>15</sup> Günümüzde koruma prensibinin uygulandığı en son örnek ABD'nin İran'a yönelik ambargoları deldiği gerekçesi ile Mehmet Hakan Atilla yargılaması olarak gösterilebilir.

<sup>16</sup> **Çakmak**, Cenap: Uluslararası Hukuk: Giriş, Teori ve Uygulama Bir Uluslararası İlişkiler Yaklaşımı, Bursa, Ekin Yayıncılık, 2014, s. 106.

<sup>17</sup> **Çakmak**, s. 107.

işlenen fiillere yönelik cezaî yargılama yetkisi veren bir prensiptir. Evrensellik prensibi uluslararası hukukta önemli bir alanı işaret ettiği için çalışmanın ileriki aşamalarında daha detaylı açıklanmaktadır.

Devletin, cezaî yargı yetkisine iç hukuk ve bölgesel yetki bağlamında suç ve ceza siyaseti açısından kısıtlamalar getirmesi söz konusu olabilmektedir. Devletin yargılama yetkisinin uluslararası hukuk tarafından sınırlandırılmasında da asıl kısıtlamalar cezaî konularla ilişkilidir<sup>18</sup>. Cezaî yargı yetkisinin uygulanmasında, devletin yasaklama niteliğinde kural koyma yetkisi ve bunun ihlalinde sorumluları yargılayıp cezalarını infaz etme yetkisinin temel sınırlarını uluslararası hukuk koymaktadır<sup>19</sup>. Uluslararası hukuka göre devletin yargılama yetkisinin kural olarak temel sınırı kendi ülkesinin egemenlik alanlarıdır<sup>20</sup>. Uluslararası hukuk tarafından belirlenen normatif sınırlar dahilinde, ne ölçüde ve hangi ceza politikası bazında karar vereceği devlete bağlıdır.

Cezaî yargılama yetkisinin ulusal ve uluslararası boyutundan da bahsetmek gerekmektedir<sup>21</sup>. Bu yetkinin ulusal boyutu bir devletin egemenlik alametini kullanması olarak karşımıza çıkmakla beraber günümüzde bu yetkinin uluslararası boyutu önem arz eder hale gelmiştir. Birleşmiş Milletler'in kurulması ile birlikte uluslararası hukukta yeşeren kolektiflik fikri, insan hakları ihlalleri ve terör eylemleri gibi uluslararası camiayı derinden etkileyen sorunlarda inisiyatif alma aşamasına geçilmesini sağlamıştır. Uluslararası hukukta cezasızlığın önlenmesi ve insan haklarının korunması fikri üzerine belli başlı suçlarda uluslararası yargılama yetkisinin BM Güvenlik Konseyi, Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Ad Hoc* mahkemeler tarafından kullanılması cezaî yargı yetkisinin uluslararası boyutunu ifade etmektedir. Bu açıdan özellikle terör zanlılarının yargılanması uluslararası boyutta önemli bir husustur.

Etkin otorite yokluğunun uluslararası hukukta etkilediği birçok konunun yanında yargılama yetkisi yer almaktadır. Genel olarak yukarıda bahsettiğimiz yargılama yetkisi bir de etkin otorite yokluğu perspektifinden incelenmelidir. Ancak bundan önce etkin otorite yokluğu kavramı izah edilmelidir.

<sup>18</sup> Çakmak, s. 97.

<sup>19</sup> Adinoyi, Julius Adavize: State's Jurisdiction: Prescription on Territoriality and Nationality, Article: October 2018, s. 1 [https://www.researchgate.net/publication/328355523\\_State's\\_Jurisdiction\\_Prescription\\_on\\_Territoriality\\_and\\_Nationality/link/5bc85c33299bf17a1c5b89ec/download](https://www.researchgate.net/publication/328355523_State's_Jurisdiction_Prescription_on_Territoriality_and_Nationality/link/5bc85c33299bf17a1c5b89ec/download), Erişim Tarihi: 14.03.2020

<sup>20</sup> Adinoyi, s. 1.

<sup>21</sup> Helenius, s. 3.



### 1. Etkin Otorite Yokluğu

Uluslararası hukukun teamül kuralı olarak devletin unsurları halk, egemenlik ve toprak parçasıdır. Egemenlik yetkisinin de iç görünümü devletin ülkesinde üstün siyasi otoriteye<sup>22</sup> sahip olmasıdır. Üstün siyasi otoritenin çeşitli sebeplerle kaybı ise etkin otorite yokluğu doktrini<sup>23</sup> olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası ilişkiler literatüründe ise otorite kaybı yaşayıp devlet faaliyetlerini yerine getiremeyen devletler için “başarısız devlet” nitelemesi yapılmaktadır. Ancak bu kavram etkin otorite yokluğu olgusu ile bağdaşmamaktadır. Bir devletin yönetme gücünün çöküşünün o devletin devlet olma statüsü üzerinde bir etkisi yoktur<sup>24</sup>. Halihazırda başarısız devlet konsepti, kapsamı tartışmalı olmakla birlikte uluslararası hukuk literatürü bakımından da yanıltıcıdır<sup>25</sup>. Başarısız devlet kavramı özünde bir yergiyi ve dışlamayı da içerdiğinden ve hatta sömürgecilik ile bağlantısı söz konusu olduğundan<sup>26</sup> hukuki bir terim olarak kullanımı mümkün değildir. Çalışmada bu terimin yerine “etkin otoritesini kaybetmiş devlet” ifadesini kullanmayı tercih ettik.

Etkili devlet yönetimini kaybeden bir devlet, devlet fonksiyonlarını oldukça güç şekilde ve asgari ölçüde yerine getirebilir; yasama organı, yargı organı, yürütme organı, bürokrasi ve silahlı kuvvetler fonksiyonlarını yerine getirme kapasitelerini geçici olarak kaybetmiştir<sup>27</sup>. Eğer bir devlet; topraklarında kural koyma, koyduğu kuralı uygulayabilme ve bunların ihlali halinde sorumlularını cezalandırabilme yetisini belli bir dönem içinde kaybetmişse o zaman bu devlet topraklarında yargılama yetkisine (jurisdiction) sahip olamayacak mıdır? Çalışma bağlamında bu sorunun uluslararası hukuk

<sup>22</sup> Siyasi otorite, İbni Haldun eksenli okumalarda en çok karşımıza çıkan kavramlardandır. İbni Haldun’un devletin egemenliği ile etkinliğini fark edip ayrıştırması kendi zamanının oldukça ötesinde bir düşüncedir. Siyasi otorite burada devletin etkinliğini ifade etmektedir. Çalışmamızda, İbni Haldun’un anlayışı ile siyasi otoriteyi devletin etkinliği çerçevesinde inceledik. Siyasi otoritenin geniş anlamı için bkz. **Tortuk, Gökdemir/Bilgehan, Bengü/Durak**, Nejd: “İbn Haldun’da Siyasî Otorite ve Meşruyet Problemi”, İbn Haldun Çalışmaları Dergisi, Cilt 1, Sayı 4, 2019, s. 49-68.

<sup>23</sup> **Shaw**, Malcolm N.: *International Law Title to Territory in Africa: International Legal Issues*, Clarendon Press, Oxford, 1986, s. 16–24.

<sup>24</sup> **Shaw**, Malcolm N.: *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, s. 160.

<sup>25</sup> **Shaw**, *International Law* s. 160.

<sup>26</sup> **Simmons**, Beth A. ve **Steinberg**, Richard H: *International Law and International Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, s. 408.

<sup>27</sup> **Barma**, Naazneen H.: *Failed States - Government*, Britannica Online Encyclopedia <https://www.britannica.com/topic/failed-state>, Erişim Tarihi: 15.03.2020.

zemininde normal olarak açık bir cevabı olmamakla birlikte bu bölümde mezkûr soru çözülmeye çalışılmaktadır.

## 2. Etkin Otorite Yokluğunda Cezaî Yargı Yetkisi

Uluslararası toplum esasen 1990'lı yıllar ile birlikte etkin devlet yönetimi yokluğu ile karşı karşıya gelmesinin hemen ardındaki yıllarda yaşanan gelişmelerle bu konuyu kendi gündemine almıştır. Etkin otorite yokluğunda uluslararası hukukta geçmişe bakıldığında iki farkı uygulamanın varlığına şahit olmaktayız. Bunlardan ilki BMGK'nin UNOSOM operasyonları, ikincisi ise Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasıdır. Bu iki uygulama incelendiğinde etkin otorite yokluğunda yargılama yetkisinin mahiyeti açıklığa kavuşmuş olacaktır.

### a. UNOSOM

Etkinliğini kaybetmiş bir devlette yargılama yetkisinin üçüncü bir aktör tarafından kullanılması fikri, 1991 “başarısız devlet” konseptinin ilk kez uygulandığı Somali’de gündeme gelmişti. Etkin otorite yokluğundan kaynaklı olarak Somali’de, mevcut diktatör rejimin devrilmesinden sonra ülkedeki aşiretler arasında silahlı bir iç çatışma yaşanmıştı. Somali’de 21 yıl boyunca etkin bir hükümet kurulamamıştı<sup>28</sup>. Somali ile Birleşmiş Milletler arasındaki ilk temas Somali başbakanınca gönderilen mektup üzerine 23 Ocak 1992 tarihinde gerçekleşmişti<sup>29</sup>. Uluslararası toplum ilk kez UNOSOM (United Nations Operation in Somalia) ile etkili devlet yönetimi bulunmayan bir ülkede ülkenin etkinliğini geri kazanmasına yönelik faaliyette bulunmaya karar vermişti.

Birleşmiş Milletler’in Somali’ye müdahalesinde 1993 yılında Pakistan asıllı BM kuvvetlerinden 24 asker Somali’de öldürüldüğünde Güvenlik Konseyi, bu tür saldırıları alenen kışkırtmaktan sorumlu olanlara karşı da, BM Genel Sekreterinin gerekli önlemleri almak için 814 numaralı kararla<sup>30</sup> yetkilendirildiğini bildirmişti<sup>31</sup>. Söz konusu karar, tüm ülkede ulusal ve

<sup>28</sup> **Batır**, Kerem: Uluslararası Hukukta Devlet ve Başarısız Devletler: Somali Örneği, ÇOMÜ Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 96.

<sup>29</sup> **Akpınarlı**, Neyire: Fragility of Failed State Paradigm, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2010, s. 38.

<sup>30</sup> BM Güvenlik Konseyi 814 No.lu Karar, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/226/18/IMG/N9322618.pdf?OpenElement>, Erişim Tarihi: 23.03.2020

<sup>31</sup> **Thürer**, Daniel: “The “Failed State” and International Law”, International Review of the Red Cross, No. 836 31-12-1999, <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jq6u.htm> Erişim Tarihi: 15.03.2020.

bölgesel kurumların ve sivil idarenin yeniden kurulması, teşkilatların yeniden yapılandırılmasını içeriyordu. Çünkü Somali devleti, ülkesinde bunları yapma kudretinden geçici olarak yoksundu.

GK'nin amacı Somali genelinde UNOSOM II'yi etkin kılmak; suçlular hakkındaki davaların soruşturulmasının ile suçluların gözaltına alınabilmelerinin, tutuklanabilmelerinin, kovuşturulmalarının ve cezalandırılmalarının güvence altına alınabilmesiydi<sup>32</sup>. Böylece yargının çöktüğü bir ülkede yargılama yetkisi BM gibi uluslararası bir kuruluş tarafından kullanılabilircekti<sup>33</sup>. Bu veriden bir çıkarım yapmak gerekirse, etkin otoritesini kullanamayan bir devlet yargılama yetkisini de kullanabilmekten yoksun olduğundan bu yetki BMGK tarafından kullanıldığı için devlet egemenliğini kaybetmiş sayılmayacaktır. Burada aslolan devletin yargılama yetkisini değil yargılama yetisini kaybettiği gerçekliğidir. Kaldı ki BM gibi uluslararası hukukta önemli bir aktör, bu boşluğu doldurarak devletin egemenliğinin korunması gerekliliği yönünde de bir görüş sergilemiştir.

### *b. Ruanda Örneği*

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1994 yılında Ruanda'da meydana gelen insan haklarına aykırı fiillerin etkin bir şekilde yargılanması amacıyla Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kurmuştu<sup>34</sup>. Ruanda Mahkemesi, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ile ortak 3. maddenin ciddi ihlalleri ile iç silahlı çatışmalar için belirlenen asgari standartlara karşı ciddi suçları yargılama yetkisine sahipti<sup>35</sup>. Ruanda, ülkesinde bu tarz uluslararası hukuka aykırı fiillerin sorumluları yargılamaktan acizdi. Eski Yugoslavya ve Ruanda Mahkemeleri de çökmüş olan veya artık çalışmayan bir yargının yerini almak, egemenlik boşluğunu doldurmak üzere yaratılmıştı<sup>36</sup>.

### *c. Değerlendirme*

BM'nin iki farklı uygulamasını incelemek yoluyla yargılama yetkisi ile yargılama yetisi arasındaki farkı temellendirmiş olduk. Şu aşamada ise Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurucu anlaşması olan Roma Statüsü'nün 8. maddesini incelemek, konunun önemini kavramak açısından yerinde olacaktır. Roma Statüsü'nün 8. maddesinin 3. fıkrası şu şekildedir: "Paragraf 2

<sup>32</sup> Thüerer, (1999).

<sup>33</sup> Thüerer, (1999).

<sup>34</sup> Luban, David: İnsanlığa Karşı Suçların Kuramı, (Çev. Günal, Hüseyin), Tekin Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 57.

<sup>35</sup> Thüerer, (1999).

<sup>36</sup> Thüerer, (1999).

(c) ve (e) de<sup>37</sup> yer alan hiçbir hüküm, Devletin kanun ve düzenini koruma veya yeniden kurma veya Devletin birliğini ve toprak bütünlüğünü tüm meşru yollarla savunma sorumluluğunu etkilemez.” Bu maddeden anlaşılan şudur: Devletin ülkesinde otoritesini kaybetmesi onun kanun düzenini yeniden kurma ve bunu uygulama ve kanununu ihlal edenleri yargılama yetkilerine ebediyen hanel getirmez. Bu madde yukarıda bahsedilen BMGK’nin 814 sayılı kararı, BM’nin yukarıda bahsedilen iki farklı uygulaması ile birlikte değerlendirildiğinde sonuç olarak denilebilir ki devletin otoritesini kaybetmesi onun geçici olarak yargılama yetkisini de kaybetmesine sebep olabilir. Ama bu durum devletin egemenliğini kaybetmesi anlamına gelmeyeceği için bu geçici durumda devlet bu erklerini geri kazandığında yargılama yetisini de elbette geri kazanabilecektir. Önemli olan otorite kaybının geçici bir durum olduğunun unutulmaması gerekliliğidir. Devlet, içinde yaşadığı herhangi bir süreç nedeniyle etkin olma vasfını yitirdiğinde egemen devlet ola-

- 
- <sup>37</sup> (c) - Paragraf 2 (c) uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanır ve dolayısıyla gösteriler, münferit ve zaman zaman meydana gelen şiddet hareketleri veya benzer nitelikteki diğer fiiller gibi iç karışıklıklar ve gerginliklere uygulanmaz.
- (d) - Mevcut uluslararası hukuk çerçevesinde, uluslararası karakterde olmayan ancak silahlı çatışmalarda uygulanabilir hukukun ve teamüllerin diğer ciddi ihlalleri; yani aşağıdaki eylemlerden herhangi biri: i) Çarpışmalarda doğrudan yer almayan sivillere karşı veya sivil nüfusa karşı kasten saldırı düzenlenmesi; ii) Uluslararası hukuka uygun bir şekilde Cenevre Sözleşmelerinin ayırt edici amblemlerini kullanan personele, malzemeye, tıbbi birimlere ve nakliye araçlarına kasten saldırı düzenlenmesi; iii) Silahlı çatışma hukukuna göre, sivillere ve sivil nesnelere sağlanmış korumaya hak kazanmaları şartıyla, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne uygun bir şekilde insani yardımda veya barış gücü görevinde bulunan personele, tesislere, malzemeye, birimlere veya araçlara karşı kasten saldırı düzenlenmesi; iv) Askeri amaçlı olmaması koşuluyla dini, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere bilerek saldırı düzenlenmesi; v) Saldırı sonucu ele geçirilse dahi, bir kenti ya da yeri talan etme; vi) 7.maddenin 2(f) paragrafında tanımlandığı gibi ırza geçme, cinsel köleleştirme, fahişeliğe zorlama, hamileliğe zorlama, kısırlaştırmaya zorlama veya Cenevre Sözleşmeleri’ni ciddi şekilde ihlal eden diğer cinsel şiddet çeşitlerine başvurulması; 8 vii) 15 yaşından küçük çocukların, ulusal silahlı kuvvetlere çağırılması, askere alınması veya çatışmalarda aktif olarak kullanılması; viii) Çatışmadan kaynaklanan nedenlerden dolayı, sivillerin güvenliği veya askeri nedenler gerektirmedikçe sivillerin yer değiştirilmesi talimatı verilmesi; ix) Karşı tarafın savaşımlarını haince öldürme veya yaralama; x) Savaş esirlerine yaşama şansı verilmeyeceğini ilan etme; (karşı tarafta canlı bırakılmayacağını ilan etme) xi) Karşı tarafın hakimiyeti altında bulunan kişilerin tıp, diş veya hastane tedavisi gerekliliği olmadan, kişisel çıkarlarına aykırı bir şekilde ölüme yol açabilecek veya sağlığı ciddi tehlikeye düşürebilecek nitelikte tıbbi veya bilimsel deneylere tabi tutulması veya fiziksel sakatlanmaya maruz bırakılması; xii) Savaşa dair ihtiyaçlar zorunlu olarak gerektirmedikçe, düşman mallarının imha edilmesi veya bu mallara el konulması;

rak uluslararası hukukun saygın bir parçası olduğu gerçekliğini bilinçte tutmak gerekmektedir.

## II. TERÖR EYLEMLERİNİN FAİLLERİNİN YARGILANMASI

Çalışmanın ikinci bölümünde, terör eylemleri faillerinin yargılanması hususu öncelikle teorik olarak izaha kavuşturulacak ve ardından günümüz Suriye coğrafyasındaki mevcut insanlık krizinde terör suçu faillerini yargılama yetkisinin kime ait olduğu ya da olması gerektiği, yargılama alternatifleri bağlamında ortaya konacaktır.

Günümüz uluslararası hukuk literatüründe terör suçlarının evrensel olarak kabul edilmiş resmi bir tanımı yoktur<sup>38</sup>. Birçok uluslararası anlaşmada terör fiillerinin kapsamı ortaya konmaya çalışılmıştır<sup>39</sup>. Bunlardan en sistemli olan Cenevre Sözleşmeleri ise bu fiilleri tanımlamada oldukça elverişlidir. Terör fiilleri 1949 Cenevre Sözleşmesinin 33. ve 51. maddelerinde, 1977 tarihli ek protokol 1 ve 2 den çıkarım yapıldığında; sivil nüfus arasında korku yaymayı amaçlayan askeri gereklilik, orantılılık ve ayırım ilkelerini ihlal eden bir şiddet eylemini belirtmektedir<sup>40</sup>. Resmi bir tanımı ve fiil tipi olmamakla beraber Cenevre Sözleşmesinden çıkarılan bu ifadelerden hareketle terör eylemlerini gerçekleştirenlerin Uluslararası Ceza Mahkemesinde yargılanabilmelerinin mümkün olup olmadığı, terör eylemlerinin insanlığa karşı suç kategorisi altında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, mahkemenin kurucu anlaşması olan Roma Statüsü bağlamında incelenecektir.

### A. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi Bağlamında İnceleme

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi, ulusal ceza yargılamalarını tamamlayıcı niteliktedir<sup>41</sup> ve UCM'nin yetkisi bireysel cezaî sorumluluk üzerindedir<sup>42</sup>. Özellikle belirtilmesi gereken nokta, UCM'nin yargılama

<sup>38</sup> **Arnold**, Roberta: The Prosecution of Terrorism as a Crime Against Humanity under the ICC Statute, ZaöRV Sayı 64, 2004, s. 980; **Ateş**, Hüseyin: Should Terrorism Be Added Into the Rome Statute as an International Crime, University of Nottingham School of Law, LLM Dissertation (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), United Kingdom, 2015, s. 4.

<sup>39</sup> **Ateş**, s. 4-5.

<sup>40</sup> **Arnold**, s. 980.

<sup>41</sup> **Turhan**, Faruk: "Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması", Hukuki Perspektifler Dergisi, Cilt 2, Sayı 3, 2005, s. 3; **Dönmezer/Erman**, s. 282-283.

<sup>42</sup> **Sandıklı**, Atilla/Çakmak, Cenap: Suriye'nin Yeniden Yapılandırılması, İstanbul, Bilgesam Yayınları, 2014, s. 127.

yetkisinin münhasıran gerçek kişiler üzerinde olmasıdır. Prensip olarak, UCM'nin yetkisi sadece devletin soruşturmayı veya kovuşturmayı istemediği veya yapamadığı durumlarda geçerlidir<sup>43</sup>. Devletlerin soruşturma ve kovuşturma yapamayacağı olağanüstü durumlardan biri etkin otoritesini kaybetmesidir. Her ne kadar bireysel ceza yükümlülüğünün caydırıcı etkisi göz ardı edilmemesine rağmen etkinliğini kaybeden devletlerin hali hazırda içinde bulunduğu kaotik koşullarda UCM, uluslararası ceza hukukunun en önemli güçlerinden birini temsil etmektedir.

UCM'nin yargı yetkisinin sadece devletin soruşturmayı veya kovuşturmayı istemediği veya yapamadığı durumlarda doğduğu gerçekliğinden bakıldığında UCM, normlar ve yükümlülükler yükleme noktasında etkin otoriteye sahip olmayan devletlerin iç yapıları üzerinde yargılama yetkisini kullanma bağlamında doğrudan eyleme geçme eğilimindedir<sup>44</sup>.

Burada amaç uluslararası barış ve güvenliğin korunması, ağır ve geniş çaplı insan haklarının ihlallerinin önlenmesi ve cezasızlığın önlenmesidir. Özellikle, eski Yugoslavya ve Ruanda Mahkemeleri de çökmüş olan veya artık çalışmayan bir yargının yerini almak üzere oluşturulmuştu<sup>45</sup>. Sonuç olarak denilebilir ki; etkin otorite yokluğunda bir devlet, geçici bir süre için dahi olsa yargılama yetkisini hukuken kaybetmese de fiilen kaybetmektedir. Fiilen kaybettiği için ise barış ve güvenliğin korunması için UCM gibi uluslararası mahkemelerin yargılama yetkisi ile karşılaşmaktadır.

Günümüzde, Uluslararası Ceza Mahkemesi, insanlığa karşı işlenen suçlarda failleri en etkili şekilde yargılayabilen oluşumlar arasında yer alır. UCM'nin yargı yetkisinin doğabilmesi için kuruluş metni olan Roma Statüsünde yer alan suç kategorilerinin somut olayda söz konusu olması gerekmektedir. Bu suç kategorileri uluslararası toplumu derinden etkileyen suçlar ile sınırlandırılmış dört kategoride belirlenmiş olup, bunlar: soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçu ve saldırı suçudur<sup>46</sup>.

Terör suçlarının statüye dahil edilmesi gerekliliği fikri, UCM'nin kurulması ile ilgili olarak 1989'da başlatılan ilk çalışmalardan itibaren gündemde ve tartışılmaktaydı. Daha sonraları terör eylemlerinin taslağa dahil

<sup>43</sup> Thüerer, (1999).

<sup>44</sup> Thüerer, (1999).

<sup>45</sup> Thüerer, (1999).

<sup>46</sup> Kurtuluş, Şehmus: Reassessment of Turkey's Objections to the Exclusion of Terrorism from the Rome Statute, Uluslararası İlişkiler Dergisi, Cilt 16, Sayı 64, 2019, s. 146; Saygılı, Abdurrahman: Holocaust, Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerine Düşünceler (Hukuk Ötesi Alandan Hukuk'a), İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s. 18.

edilmesi yönünde görüşler söz konusu olmuştur. Aynı zamanda uluslararası terörizm ile ilgili suçların mahkemenin yükünün artmasına neden olacağı da BM'nin yetkili organlarınca belirtilmiştir<sup>47</sup>.

Özet olarak, Roma Konferansı'nda yapılan görüşmeler sonucunda, terörizm suçlarının UCM'nin yargı alanına dahil edilmesini içeren teklifler, bu suçların genel olarak kabul gören bir tanımının olmaması, terörizm suçlarının değerlendirmeye alınarak mahkemenin yargı yetkisine dahil edilmesinin UCM'yi politize edebileceği endişesi, bazı terör fiillerinin uluslararası bir mahkemeyi harekete geçirecek nitelikte görülmemesi, iç hukuk tarafından yapılacak soruşturma veya kovuşturmanın, uluslararası bir mahkemece yapılmasından daha etkili sonuçlar doğurabileceği gibi sebeplerle reddedilmiştir<sup>48</sup>.

Roma Statüsü'ndeki suç kategorisinde terör suçları yer almadığı için statünün 7. maddesinde yer alan insanlığa karşı suçlar<sup>49</sup> kategorisinin, aslında terör suçlarını kapsayıp kapsamadığı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Roma Statüsünün yargılama yetkisine ilişkin fiil kategorileri incelendiğinde terör suçlarının UCM'nin yargı yetkisi içinde yer almadığı görülmektedir.

Roma Statüsü'nde yer alan insanlığa karşı suç fiili incelendiğinde iki ön koşulun varlığı göze çarpmaktadır. Bunlar; “eylemin sivil nüfusa karşı yapılması” ve “eylemin yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olması” şeklindedir<sup>50</sup>. Diğer bir anlatımla suçun maddi unsurları fiilin yaygın ve sistematik olması ve bu fiillerin sivil bir halka yönelmesidir<sup>51</sup>. Manevi unsur ise insanlığa karşı suç fiillerinin kasten işlenmesidir<sup>52</sup>. Kişinin söz konusu

<sup>47</sup> **Doğan**, Gürkan: “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Terör Suçları Açmazı: Çözüm Açısından Bir Değerlendirme”, Güvenlik Stratejileri Dergisi, Cilt 8, Sayı 15, 2012, s. 74-75.

<sup>48</sup> **Topal**, Ahmet Hamdi: Uluslararası Hukukta Devlet Destekli Terörizme Karşı Kuvvet Kullanma, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2004, s. 80.

<sup>49</sup> İnsanlığa karşı suçlar belirli bir kişinin haklarına yönelik değil; siyasî, ırkî, dinî veya diğer ortak neden ve saiklerle bütün topluluklara yönelmiş bulunmaktadırlar. Bu suçlar *insanın kişiliğine saygı ilkesinden* hareket etmektedir. Bu ilke de uluslararası hukukun amaçlarından birini teşkil etmektedir. **Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku – Cilt IV, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s. 255.

<sup>50</sup> **Saygılı**, s. 18; **Doğan**, s. 79-80; **Luban**, s. 72-73; **Dönmezer/Erman**, s. 258-259.

<sup>51</sup> **Fouchard**, Isabelle: İnsanlığa Karşı Suçların Uluslararası Hukukta Tanımlanması, İnsanlığa Karşı Suç, (Çev. Berna Ekal), İletişim Yayınları, İstanbul, 2002, s. 30.

<sup>52</sup> **Aydın**, s. 19-20.

suçu kasıtlı olarak işlemesi, kişinin yaygın ve sistematik bir saldırının mevcut olduğu bilincinde olması ve neticeyi istemesidir<sup>53</sup>.

Uluslararası hukuk doktrininde Roma Statüsünde yer alan insanlığa karşı suç oluşturan eylemlerin kriterlerini karşıladığı sürece, terör suçlarının statüde düzenlenmemesi UCM'nin insanlığa karşı suç teşkil eden terör suçlarını yargılama yetkisini engellemeyeceğini savunan görüşler söz konusudur<sup>54</sup>. Gerçekten de bu maddede öngörülen ön koşullar temelinde gerçekleşen ve insanlığa karşı suç olarak kabul edilen bazı fiillerin terör suçlarında da bazı durumlarda aynen var olduğu görülmektedir<sup>55</sup>. Örneğin 11 Eylül 2001 tarihli El-Kaide terör saldırısı; sivilleri hedef alması, saldırının önemli sayıda insanın ölümüyle sonuçlanması, bir dizi saldırının parçası olması ve eylemin yaygın ve sistematik bir saldırı oluşturması nedeniyle terör eylemi olarak sayılabilir<sup>56</sup>. İnsanlığa karşı suç fiilleri Statünün 7. maddesinde şu şekilde sıralanmaktadır: Öldürme, toplu yok etmek, esir etmek, halkın sürülmesi veya zorla nakil, uluslararası hukukun temel kurallarının ihlali sonucu hapsedme veya fizikî özgürlüğün başka biçimlerde ciddi olarak kısıtlanması, işkence, ırza geçme, cinsel köleleştirme, fuhşa zorlama olarak devam etmektedir. Tanımı ve kapsamı tam belirli olmamakla birlikte terör fiilleri de öldürme, toplu yok etme, esir etme, ırza geçme gibi fiilleri içermektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde 11 Eylül Saldırısı, aynı zamanda insanlığa karşı bir suçtur<sup>57</sup>.

Doktrinde Statünün, terör suçlarını insanlığa karşı suç kategorisinde değerlendirebilmesinin önünde bazı engeller olduğundan bahsedilmektedir. Özellikle *unsurları kanunda belirlenmemiş olan eylem suç sayılmaz* ilkesi karşımıza çıkmaktadır<sup>58</sup>. Ayrıca Statünün kanunsuz suç olmaz (*nullum crimen sine lege*) ilkesini düzenleyen 22. maddesine bakıldığında; “Bir

<sup>53</sup> **Luban**, s. 74.

<sup>54</sup> **Kurtuluş**, 151.

<sup>55</sup> **Doğan**, s. 79; Doktrinde bazı yazarlarca terör fiillerinin insanlığa karşı suç teşkil ettiği, bu fiillerin aynı zamanda insanlığa karşı bir hakaret olduğu noktasında da temellendirilmektedir. Bkz. **Karaman**, Haydar: “The Discussion On September 11 Terrorist Attacks Under The Concept Of Crimes Against Humanity”, Kırşehir Ahi Evran Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, 2018, s. 135.

<sup>56</sup> **Karaman**, s. 136; **Kurtuluş**, s. 152.

<sup>57</sup> Nitekim soykırım suçu da başlangıçta insanlığa karşı suç olarak kabul edilmekteyken zamanla bu iki suç tipinin birbirinden ayrılmasına yönelik ihtiyaçlar doğmuş, soykırım suçunu insanlığa karşı suçların bir alt bölümü olarak tanımlamak artık yeterli görülmemiştir. **Dönmezer/Erman**, s. 260.

<sup>58</sup> **Topal**, s. 80.



*suçun tarifi, dar anlamda yorumlanır ve bu tarif kıyas yoluyla genişletilemez. Suç tarifinin belirsiz olması halinde; bu tarif, soruşturulan, yargılanan veya mahkûm edilen şahıs lehine yorumlanır” hükmü, aynı zamanda kıyas yasağını da ihtiva etmektedir. İnsanlığa karşı suç fiillerini sınırlayan esaslara bakıldığında, bu esasların terör suçlarına ait fiilleri, kapsamı belirlenmiş dar anlam dışında değerlendirmedeği savunan görüşler olsa da<sup>59</sup> burada terör suçlarının muğlak içeriği göz önüne alındığında kanunilik ilkesinin ve kıyas yasağının ihlal edildiği göze çarpmaktadır. Terör suçları, fiil kategorisi çok geniş olan insanlığa karşı suçların düzenlendiği 7. maddeyi tam olarak karşıladığı yani tipik olduğu durumlarda UCM'nin yargı yetkisine dahil olabilecektir. Ancak burada mahkûmiyet, insanlığa karşı suç tipikliğinde gerçekleşecektir. Nihayetinde terör suçlarının fiillerinin tipikliği insanlığa karşı suçlarla örtüştüğü somut durumlarda kanunilik ilkesine aykırı davranılması ve kıyas yasağı gibi ceza hukukunun temel ilkelerine aykırılık oluşması için terör fiillerinin 7. madde özelinde fiil gruplarına uyması beklenmektedir.*

Sonuç olarak, işlenen terör fiilinin insanlığa karşı suç kategorisi içinde yer aldığı somut durumlarda, kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı açısından herhangi bir sorun olmadığı söylenebilse de fiiliyatta etkin otorite yokluğuyla boğuşan devletlerde terör eyleminde bulunan faillerin UCM gibi içinde bulunulan coğrafyaya tamamen yabancı bir mahkeme tarafından yargılanması, beraberinde birçok sorun doğurabilecektir. Suriye’de otorite boşluğunun yarattığı münbid ortamda terör fiillerinin faileri hakkında delil toplamak, savunma hususunda iletişim kurmak, hukuka uygun yargılama yapmak ve hatta verilen cezayı infaz etmek çok zordur. Bu açıdan UCM'nin bu faileri yargılaması doğru bir yöntem olmayabilir. Kaldı ki çalışmanın ilk bölümünde temellendirildiği üzere yargılama yetkisini değil de yargılama yetisini geçici bir süreliğine kaybeden Suriye’de böylesi bir yargılamaya ortam hazırlamak da mevcut otorite boşluğunu daha da derinleştirebilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki Suriye, Roma Statüsü’ne taraf da değildir. Statüye taraf olmadığı için UCM'nin Suriye’de ve Suriyeli vatandaşlar tarafından işlenen suçlar hakkında yargılama yetkisi doğrudan olmayacaktır<sup>60</sup>. BM Güvenlik Konseyi’nin bu hususta bir kararı söz konusu olursa bu durumda Suriye’de UCM etkili kılınabilir; fakat ABD, Rusya ve Çin gibi devletlerin veto yetkisi düşünüldüğünde uzlaşmanın sağlanabilmesi olası görülmemektedir<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Doğan, s. 85.

<sup>60</sup> Sandıklı/Çakmak, s. 127-128.

<sup>61</sup> Sandıklı/Çakmak, s. 128.

## **B. Guantanamo Modeli (Off- Shore) Önerisi**

Guantanamo modeli, ABD'nin 11 Eylül saldırısı sonrası askeri müdahale doktrinini kendisine şiar edinerek, kendisince terör suçlusu olanları uluslararası hukuka aykırı olarak tutuklaması ve yargılamak üzere başka bir devletin egemenlik sahası dahilinde mahkeme kurması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Guantanamo yargılamalarının tarihsel gerçekliğine bakıldığında Guantanamo adası, Küba devletinin ülkesinin bir parçası olduğundan teorik olarak ada üzerinde Küba devletinin tam ve münhasır yetkisi söz konusuydu<sup>62</sup>. Küba ile ABD arasında yapılan bir anlaşma ile belli bir süre için adanın kullanım hakkı ABD'ye devredilmiş ve ABD bu kara parçasında belli başlı egemen yetkilerini kullanabilse de bu kara parçası ABD'nin değil, Küba'nın ülkesinin bir parçası olarak kalmaya devam etmekteydi<sup>63</sup>. ABD egemen yetkilerine dayanarak uluslararası hukukta daha önce rastlanılmayan yeni bir yargılama modeli geliştirmişti. Terörden korunma bahanesi ile kendi toprakları dışında bir başka egemen devlette kendi yasal mahkemelerini kurmuştu. Bu mahkemeler ne *ad hoc* nitelikte ne de daimi statüdeydi.

Bu yargılama modeli günümüzde İdlib ve çevresinde sıkışan, terör suçu işlediği iddia edilen HTŞ, DEAŞ ve El- Kaide mensuplarının yargılanmaları için bir seçenek olarak düşünülmektedir<sup>64</sup>. Bu hususta Irak'ın önerisi dikkat çekicidir. Irak, DEAŞ mensubu Avrupa tebasındaki terör zanlılarını, daha önceden ABD'nin Guantanamo'da yaptığı masraflardan emsal alarak belirlediği 1.8 milyar Euro veya iki milyar dolar karşılığında Guantanamo modeli benzeri şekilde yargılamayı önerdi<sup>65</sup>. Ancak mali gerekçelerle bu teklif kabul edilmedi. Uluslararası hukukun temel ilkelerine aykırı olan bu yargılama modelinin işlevselleştirilmemesi, uluslararası camianın menfaatine olmuştur.

Guantanamo modeli, ABD'nin terör zanlılarını kendi ülkesi dışında kurduğu bir askeri mahkemede, zanlı kendi ülkesinde bulunmadığı halde;

<sup>62</sup> Çakmak, s. 94.

<sup>63</sup> Çakmak, s. 94.

<sup>64</sup> T24, (15.10.2019), Guantanamo Modeli ya da Türkiye'de Yargılama: Cezaevlerindeki IŞİD'lilere Ne Olacak? İnternet Gazetesi Makalesi, <https://t24.com.tr/haber/guantanamo-modeli-ya-da-turkiye-de-yargilama-cezaevlerindeki-isid-lilere-ne-olacak,843726> Erişim Tarihi: 11.04.2020.

<sup>65</sup> Le Parisien (10.04.2019), L'Irak Propose De Juger Les Djihadistes Étrangers Contre 1,8 Milliard D'euros, <http://www.leparisien.fr/international/l-irak-propose-de-juger-les-djihadistes-etrangeurs-contre-1-8-milliard-d-euros-10-04-2019-8050656.php> Erişim Tarihi: 19.06.2020.

yani evrensel yargı ilkesinin ve koruma ilkesinin unsurları oluşmadan uyguladığı bir yargılama modelidir. Bu modelin kendi içinde barındırdığı sorunlar evrensellik ilkesine ve koruma ilkesine aykırılık üzerinden temellendirildiğinde hukuka aykırılık daha iyi anlaşılacaktır.

### 1. Evrensel Yargı İlkesi

Evrensel yargı yetkisi, devletlerin genişletilmiş yargı yetkisi olarak da betimlenebilmektedir. Bu yetkiye göre suç nerede işlenmiş olursa olsun failin tabiiyetine bakılmaksızın devletin kendi kanunlarını tatbik ederek ilgilileri yargılayabilmesini ifade etmektedir<sup>66</sup>.

Evrensel yargı yetkisi devletlere uluslararası sözleşmelerle tanınabileceği gibi teamül hukuku kuralı çerçevesinde de tanınabilir. Bu teamülün temelini, uluslararası camiyı ilgilendiren ortak değerler, insan hakları, uluslararası barış ve güvenliğin korunması gibi kaygılar oluşturmaktadır. Evrensel yargı ilkesi, uluslararası hukukta cezasızlığın önlenmesi noktasında da uluslararası camianın menfaatlerine hizmet etmektedir<sup>67</sup>. Ancak bu yetkinin sınırlarının olması gerekmektedir; kaldı ki evrensel yargı yetkisi istisnai bir yetkidir. En genel manada evrensel yargı yetkisinin sınırını devletlerin egemenliği, içişlerine karışma yasağı gibi ilkeler oluşturmaktadır<sup>68</sup>.

Devlet, uluslararası hukuka göre ciddi bir suç işlemekten suçlanan veya mahkûm edilen bir kişinin iadesini istemek için evrensel yargı yetkisine dayanabilmektedir<sup>69</sup>. Evrensel yargı ilkesi sayesinde iadesi istenen kişi yargılanacak veya cezaî kovuşturma bağlamında insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası norm ve standartlara göre cezalandırılacaktır<sup>70</sup>.

Bir hükümetin bir suçlunun tutuklanması veya yargılanması için işbirliği yapamaması durumunda, devletler algılanan güvenlik tehdidini tolere edilebilir bir seviyede tutabilmek için bu sınırlı işlev gören hükümetler yerine harekete geçmeye meyilli görünmektedir. Devletler böylece, daha fazla cezaî davranışı önlemek için olumlu eylemde bulunarak bu eylemsizlik

<sup>66</sup> **Cecanpınar**, Hilal: Devletin Evrensel Yargı Yetkisi ve Uluslararası Hukuk, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzurum, 2014, s. 24; **Aydın**, s. 353.

<sup>67</sup> **Turhan**, Faruk: “Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (md. 13)”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Cilt 4, Sayı 0, 2005, s. 204.

<sup>68</sup> **Turhan**, 203; **Cecanpınar**, s. 25.

<sup>69</sup> Princeton University Program in Law and Public Affairs, The Princeton Principles on Universal Jurisdiction 28 (2001), <http://hrlibrary.umn.edu/instree/princeton.html>, Erişim Tarihi: 23.03.2020

<sup>70</sup> Princeton University Program in Law and Public Affairs, *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, (2001); **Turhan**, s. 204.

boşluğunu doldurmaya çalıştığını düşünmektedirler. Özellikle ulusötesi terörizm dönemlerinde devletler, devlet başarısızlığını ya da daha doğru ifade ile etkin otorite yokluğunu, güvenlik çıkarlarına doğrudan tehdit olarak algılamaktadır; bu nedenle devletler, kontrol boşluğunu kısmen doldurmaya ve potansiyel tehditleri kontrol altında tutmak için sınırlı işlev gören hükümet yerine bizzat kendisi harekete geçmeye meyilli olmaktadır<sup>71</sup>. Etkin devlette evrensel yargı yetkisine dayanmanın en önemli örneğini 1960 yılında Nazi savaş suçlusunu Adolf Eichmann'ın Arjantin'de İsrail ajanları tarafından yakalanması ve İsrail'e götürülmesi olayı oluşturmaktadır<sup>72</sup>. Bu olayda İsrail uluslararası hukukun temel ilkelerinden olan, Arjantin'in ülke bütünlüğünü ihlal etmiş ve evrensel yargı ilkesinin sınırlarını aşmıştı.<sup>73</sup> Ama İsrail, evrensel yargı yetkisini kullanmak istemiş ve bu yetkinin zeminini uluslararası hukuka dayandırmıştır; ne var ki şüphelinin yakalanması aşamasında yetkisinin sınırlarını aşmış ve Arjantin devletinin egemenlik yetkisini ve ülkesel bütünlüğünü ihlal etmişti. Ancak Arjantin devletinde etkin otorite olmasaydı İsrail'in faaliyeti günümüz uluslararası hukuk zemininde meşru sayılabilirdi. Çünkü etkin otorite doktrinine dayanarak ülkesinde yargısal faaliyetlerini yürütemeyen devletin ülkesel bütünlüğünü ihlal etmek, bu devletin egemenlik yetkisini ihlal etmeyecekti.

Türkiye açısından düşünürsek Türkiye'nin; Suriye'de bulunan HTŞ, El-Kaide ve DEAŞ gibi terör unsurlarını yargılayacak şekilde evrensel yargı yetkisine sahip olabilmesi için TCK m. 13 temelinde evrensel yargı ilkesinin uygulanması için gereken suç kataloğuna dahil bir suçun işlenmesi gerekmektedir<sup>74</sup>. İlaveten evrensellik ilkesi bağlamında Türkiye'nin yargı yetkisi kullanabilmesi için öncelikle failin diğer ilkelere göre yargılama yetkisine sahip olan bir devlete geri verilememesi koşuluna bağlı olmalıdır<sup>75</sup>. İlgili madde incelendiğinde Suriye'de gerçekleşen terör fiilleri 13. madde kapsamında değildir<sup>76</sup>. Eğer terör fiillerini insanlığa karşı suç kategorisinde

<sup>71</sup> Stigall, s. 7-8.

<sup>72</sup> Çakmak, s. 98.

<sup>73</sup> Çakmak, s. 98-99.

<sup>74</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 141.

<sup>75</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 142.

<sup>76</sup> TCK m. 13 gerekçesine baktığımızda bu suç kataloğu şu şekilde sıralanmıştır: Bu suçlar: Soykırım, İnsanlığa Karşı Suçlar, Göçmen Kaçakçılığı, İnsan Ticareti, Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar, Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar, Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar, Milli Savunmaya Karşı Suçlar, Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk, Yabancı Devletlerle Olan İlişkilere Karşı Suçlar, İşkence, Çevrenin Kasten Kirletilmesi, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma,

değerlendirirsek bu durumda Türkiye, evrensel yargı yetkisini kullanabilecektir.

Türkiye, evrensel yargı ilkesini düzenlerken failin Türkiye’de bulunmasını şart koşarak kendi yetkisini sınırlamıştır. Fakat terör zanlılarının Türkiye’ye getirilip evrensel yargı ilkesine dayanarak yargılanmaları, TCK m. 13’e göre mümkün olabilecektir. Ancak bu kişilerin Türkiye’de cezaları infaz edildikten sonra tabiiyetlerindeki ülkelere sınır dışı edilmeleri gerekecektir. Bu kişiler vatandaşlıktan çıkarıldıklarında Türkiye bu kişileri tabiiyetlerindeki ülkelere gönderemeyecek; halihazırda sorun teşkil eden bu durum daha da karmaşık bir hal alacaktır. Türkiye’nin evrensel yargı yetkisini kullandığı ihtimalde ise Türkiye ile herhangi bir bağlantı noktası içermediği için yapılacak suç kovuşturmasında ispat açısından sorun doğacağı da açıktır<sup>77</sup>.

Evrensel yargı ilkesinin temel prensipleri göz önünde bulundurulduğunda bu ilkenin Guantanamo modelinden tamamen farklı olduğu görülmektedir. Guantanamo modelinde devlet kendi yargı yetkisini farklı bir ülkede kullanmaktadır. Kendi çıkarlarına karşı işlenen suçun failini başka bir devletten geri verme talebinde bulunmamaktadır. Faili başka bir devletin egemenlik sahasında kendi cezaî yargı yetkisine dayanarak yargılamaktadır.

## 2. Koruma İlkesi

Devletler, yabancı ülkelerde kendi menfaatlerine karşı işlenen fiilleri cezalandırma eğilimindedir<sup>78</sup>. Bu ilkeye göre devletin ve vatandaşlarının menfaatlerini ihlal eden suç kim tarafından ve nerede işlenirse işlensin devlet, faileri yargılama yetkisini kendisinde görmektedir<sup>79</sup>. Bu prensibin temeli “ulusal çıkarlara” (*national interests*) dayanmaktadır; ancak ulusal çıkarlar<sup>80</sup> kavramının içeriği belirsizdir<sup>81</sup>. Belirsiz olmakla birlikte aynı zamanda sübjektiftir.

---

Parada Sahtecilik, Para ve Kıymetli Damgaları İmale Yarayan Araçların Üretimi ve Ticareti, Mühürde Sahtecilik, Fuhuş, Deniz, Demiryolu veya Havayolu Ulaşım Araçlarının Kaçırılması veya Alıkonulması ya da Bu Araçlara Karşı İşlenen Zarar Verme Suçları.

<sup>77</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 142.

<sup>78</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1104.

<sup>79</sup> Aydın, Devrim: “Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 94, 2011, s. 139; Tezcan/Erdem/Önok, s. 143.

<sup>80</sup> Koruma ilkesi, ulusal çıkarlar kavramına ve devletin kendisini savunma motivasyonuna dayandığından doktrinde Hakeri tarafından “savunma” ilkesi olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Hakeri, Hakan: Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 56.

Devlet koruma ilkesine dayandığında, vatandaşı olmayan ve diğer bir ülkede suç işleyen zanlıları yargılamaktadır. Başka devletin vatandaşını yargıladığı için de söz konusu devletin, suç delillerinin paylaşılması noktasında adli yardımda bulunması bir hayli güçtür. Koruma ilkesine dayalı durumlarda, söz konusu devletler arasındaki hukukî problemlere ek finansal, siyasi ve askeri ilişkilerin de tahrip olması tehlikesi önemli sorunlardandır<sup>82</sup>.

Türk Hukukunda koruma ilkesinin kapsamı 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda belirtilmiştir. “Yabancı Tarafından İşlenen Suç” başlıklı TCK m. 12/1’de yer alan “*Bir yabancı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk Kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye’nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde, Türk Kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır.*” hükmü koruma ilkesini ifade etmektedir. İlgili hükme göre zanlının Türkiye’de yargılanabilmesi için Türkiye’nin mülkî sınırları içinde bulunması gerekmektedir. Bu ilkeye dayalı yargılamayı gerçekleştirebilmek için zanlının Türkiye’ye, diğer devletin egemenlik yetkisini ihlal etmeden getirilmesi mümkün olabilir. Egemenlik yetkisinin ihlal edilmeyeceği istisnaî durumlardan biri ise etkin otorite yokluğu olarak karşımıza çıkmaktadır. Keza etkin otoritenin kaybedildiği devletler, uluslararası hukukun tam tanımlı olmadığı bölgelerdendir.

Koruma ilkesi esasen bir devletin egemenlik sahası dışında işlenen, ulusal çıkarlarını zedeleyen suç faillerinin kendi ülkesinde yargılanması ilkesine dayanmaktadır. Evrensellik ilkesi ise daha çok adaleti sağlamak gerekçesiyle uluslararası camianın menfaatine dayanmaktadır<sup>83</sup>. Guantanamo modelinde ise devlet kendi yargı yetkisini farklı bir ülkede kullanmaktadır. Kendi çıkarlarına karşı işlenen suçun failini başka bir devletten geri verme talebinde bulunmamaktadır. Faili başka bir devletin egemenlik sahasında kendi cezaî yargı yetkisine dayanarak yargılamaktadır.

### 3. Değerlendirme

ABD’nin Guantanamo modelinin uluslararası hukukta yasal ve meşru bir dayanağı bulunmamaktadır. Yukarıda izah edildiği üzere bu model evrensel yargı ilkesi ve koruma ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Bu yöntemin günümüzde terör suçlularını yargılamada bir öneri olarak sunulması dahi

<sup>81</sup> **Acer**, Yücel/**Kaya**, İbrahim: Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 170.

<sup>82</sup> **Devrim**, s. 140.

<sup>83</sup> **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 134-135.

tehlikelidir. Bu model zanlıların ve sanıkların *habeas corpus*<sup>84</sup>, davasız yargılama olmaz<sup>85</sup> ve suçsuzluk karinesi<sup>86</sup> gibi birçok ceza hukuku ilkesini de ihlal etme kapasitesine sahiptir. Ayrıca bu yargılamalar, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri başta olmak üzere uluslararası anlaşmaları da ihlal etmektedir<sup>87</sup>. Kaldı ki ABD Yüksek Mahkemesi, *Hamdan v. Rumsfeld* davasında Bush yönetiminin kendi egemenlik alanı dışındaki topraklarda askeri mahkeme kurmasını, bu tutukluları yargılamasını ve tutsakları yargılamak üzere oluşturulan mekanizmaları hukuka ve Cenevre Sözleşmelerine aykırı görmüştü. Yüksek mahkeme, askeri mahkemelerin terör zanlılarını yargılama yetkisi olmadığına hükmetmişti<sup>88</sup>.

Etkin otorite yokluğunda Guantanamo modeli uluslararası hukuka aykırı sayılmasa bile bu uygulamanın yasal ve meşru bir zemini olmalıdır. Çünkü nihayetinde bir yargılama yapılacak ve kanunilik, *ne bis in idem*, suçsuzluk karinesi, *habeas corpus* gibi birçok ceza hukukunun evrensel ilkeleri dikkate alınmak zorunda olacaktır. Bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda Suriye’de işlenen suçların Irak’ta yargılanması uluslararası ceza hukuku bakımından sakıncalıdır. ABD dahi Fransa’nın “terör zanlıları Irakta yargılsın” önerisini sorumsuzluk olarak değerlendirmişti<sup>89</sup>. Bu

<sup>84</sup> ABD makamları, tutuklanmasının nedeni olan suçlamaları davacıya bildirmeyi reddederek ve adil yargılanma hakkını ve bir avukatın yardımından yararlanma haklarını reddederek *habeas corpus* hakkını ve daha genel olarak savunma haklarını ihlal etmektedir. **Quintart**, Emmanuelle: “Law, Crisis and Guantanamo After 9/11”, *Revue Interdisciplinaire D’études Juridiques*, Cilt 76, Sayı 1, 2016, s. 225, <https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudesjuridiques-2016-1-page-211.htm> Erişim Tarihi: 11.11.2020; Habeas Corpus hakkının ihlaline sebep olan kronolojik vakıta tespitleri için bkz. **Bravin**, Jess: *The Terror Courts: Rough Justice at Guantanamo Bay*, Yale University Press, New Heaven; London, 2013, s. 203-224.

<sup>85</sup> Guantanamo, *yasal bir kara delik* olarak adlandırılır; yani bireylerin savaş esiri olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmamaları konusunda yetkili bir mahkeme tarafından herhangi bir yargılama veya duruşma şekli olmaksızın askeri veya yürütme emriyle gönderildikleri bir yerdir. Bu açıdan bu kişiler başta suçludurlar. Guantanamo yargılamaları ile suçsuzlukları araştırılacaktır. **Quintart**, s. 224.

<sup>86</sup> Guantanamo yargılamalarında bireyin suçluluğu ispatlanana kadar suçlu olmadığını belirten masumiyet karinesini ihlal edilmektedir; çünkü bu bireyler “düşman savaşçılar” veya hatta “katiller”, “teröristler” olarak anıldıkları andan itibaren mahkûm ediliyorlar. **Quintart**, s. 225-226.

<sup>87</sup> **Quintart**, s. 224.

<sup>88</sup> USA Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld*, No. 05–184, 29.06.2006, Supreme Court Syllabus s. 2 <https://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf> Erişim Tarihi: 11.11.2020.

<sup>89</sup> BBC News (15.11.2019), ABD ve Fransa, Suriye’deki Yabancı IŞİD’lilerin Nerede Yargılanmaları Gerektiği Konusunda Anlaşamadı <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-50429125> Erişim Tarihi: 20.07.2020.

açıdan bakıldığında Guantanamo modelinin ne Suriye'deki HTŞ ve DEAŞ mensuplarında ne de başka bir durumda uygulanması uluslararası camianın menfaatine olacaktır.

### **C. Ad Hoc Mahkeme Kurma**

Bir devletin ülkesi ile sınırlı kalmayan, sınır ötesi etki doğuran terör gibi suç tehlikesi karşısında hukuki mücadelesini tek başına yürütmesi yerine uluslararası bir katılımı yürütmesi daha etkili sonuçlar doğurabilmektedir<sup>90</sup>. Kendi iç hukukundaki yargılamadan farklı olarak kendi tabiiyetinde olmayan hakimlerin katılımıyla yapılacak yargılama, tarafsız bir görünüm kazanacak ve uluslararası hukukta bir meşruiyet sorunu doğmayacaktır<sup>91</sup>.

Etkin otorite yokluğunda yargılama yetisinin kaybının geçiciliği görüşünü temellendirmek üzere bahsettiğimiz Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Yugoslavya İçin Ceza Mahkemesi *ad hoc* olarak değerlendirilebilen geçmişteki örneklerdir. Ruanda'da sorunun BM Güvenlik Konseyi'nin inisiyatifi ile çözülmesi ve UNOSOM operasyonlarında Somali'de yargılama yetkisinin BM Güvenlik Konseyi tarafından kullanılması, Suriye'de de terör faillerinin yargılanması hususunda emsal teşkil edebilme potansiyeline sahiptir. Ancak UCM'nin yargı yetkisini kullanma bakımından doğabilecek sorunlar, *ad hoc* mahkemelerin yetkisi bağlamında da söz konusu olacaktır. Özellikle delil toplama ve verilen hükmü infaz etme hususu, Suriye gibi kaotik bir ortamda pek mümkün görülmemektedir.

*Ad hoc* olarak değerlendirilmesi gereken diğer bir alternatif ise hibrid mahkeme<sup>92</sup> modelidir. Hibrid mahkemeler, ulusal ve uluslararası unsurların birleştiği ve uluslararası hukukta meşru bir zemini olan yargılama modelidir<sup>93</sup>.

Karma nitelikteki mahkeme olarak hibrid uygulamasının uluslararası ve yerel aktörler arasındaki işbirliği örnekleri Kosova ve Bosna-Hersek'tir. Hem Kosova'da hem de Bosna Hersek'te, uluslararası ve yerel aktörler, ceza kanunları ve prosedürlerinde geniş reformlar başlatma ihtiyacını çabucak kabul ettiler. Örneğin, 1989'da özerkliğinden sıyrılan Kosova, Birleşmiş Milletler idaresi altına girdiğinde kendi ceza yasasına sahip değildi. 2004 yılında yeni Kosova Geçici Ceza Kanunu ve Kosova Geçici Ceza Usulü

<sup>90</sup> Topal, s. 78.

<sup>91</sup> Topal, s. 78.

<sup>92</sup> Hibrid mahkeme modeli hakkında geniş bilgi için bkz. Shaw, Malcolm N, International Law, s. 305-315.

<sup>93</sup> Shaw, International Law, s. 305.



Kanunu yürürlüğe girdi. Bunlar Avrupa Konseyi temsilcileri de dahil olmak üzere, çeşitli hukuk uygulayıcılarından oluşan bir çalışma grubu tarafından hazırlanmıştı. Bosna Hersek'te, ise devlet düzeyinde bir mahkeme kurulmasını sağlayan etmen kapsamlı ulusal ve uluslararası işbirliği söz konusuydu. Bu mahkemelerde ulusal ve uluslararası unsurlar iç içe geçmekte, ilgili devlette işlenen belli başlı uluslararası camiayı etkileyen suçların faillerinin yargılanması amacıyla hem kanun oluşturmada hem de yargılamada işbirliği esasına dayanılmaktadır<sup>94</sup>.

Hibrid mahkemelerin gerçekleştirdiği yargılamalara çeşitli eleştiriler yöneltilmektedir. Bunlardan bazıları bu mahkemelerde yargılamayı yürütecek olan yabancı hâkimlerin görevlerini ifa etme noktasında uluslararası ceza hukuku ve ilgili devletin ceza hukuku ile ilgili yeterli bilgiye sahip olamaması, ulusal ve uluslararası hâkimlerle etkili iletişimin sağlanamaması, aynı dili konuşmamları ve gerekli deneyime sahip olamaması sebebiyle vakıtlarla etkileşimde bulunamamları gibi sebeplerdir. Zira hibrid mahkeme görevlendirilecekse bu mahkeme hâkimlerinin alanında uzman olması gerekmektedir. Ancak ilgili devletin içinde bulunduğu durum bu mahkemelerin kurulmasını gerektirmektedir. Özellikle etkin otorite yokluğunun sebep olduğu münbid ortamda donanımlı hâkimlerin bulunması güç olabilir. Örneğin Sierra Leone'da hibrid mahkemede<sup>95</sup> görev yapmakta olan sekiz yabancı hâkimden yalnızca iki tanesinin uluslararası ceza hukuku ve ilgili devletin mevzuatıyla ilgili deneyiminin sahibi olduğu savunulmaktadır<sup>96</sup>.

Tüm bu sebeplere ek bu model de *ad hoc* mahkemeler gibi delil elde etme ve sorumluları yargılayıp cezalarını infaz etme noktasında etkisiz kalabilmektedir. Kaldı ki uluslararası geçici mahkeme kurma fikri, Suriye'nin ülkesinde etkinliğini tekrar kazanması misyonuna<sup>97</sup> da ters düşmektedir. Suriye devletinin etkinliğinin sağlanması gerekliliğinin araçlarından en

<sup>94</sup> “Rule-Of-Law Tools For Post-Conflict States”, Office Of The United Nations High Commissioner For Human Rights Publication, s. 37-38 <https://www.un.org/ruleoflaw/files/HybridCourts.pdf> Erişim Tarihi: 11.11.2020.

<sup>95</sup> Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu mahkemenin içtihadında kendisinin hibrit değil tam ve gerçek bir uluslararası ceza mahkemesi olduğunu kabul etmektedir (**Tezcan/ Erdem/Önok**, s. 398). Ancak mahkemeyi, mahkemenin kendisini gördüğü ile değil işlevi ile değerlendirmek gerektiğinden bu mahkemenin bir hibrit mahkeme niteliğinde olduğunu savunmak kaçınılmazdır.

<sup>96</sup> **Baylis**, Elena A.: “Reassessing the Role of International Criminal Law: Rebuilding National Courts Through Transnational Networks”, Boston College Law Review, Cilt 50, Sayı 1, 2009, s. 19, <http://ssrn.com/abstract=1105244> Erişim Tarihi: 11.11.2020.

<sup>97</sup> 2019 tarihli Soçi mutabakatının 1. maddesi şu şekildedir: “Her iki taraf Suriye'nin siyasi birliği ve toprak bütünlüğünün muhafazasına ... olan bağlılıklarını teyit ederler.”

önemlisi yargıyı işlevselleştirmektir. Yerel ve yabancı hâkimlerden oluşan hibrid mahkemelerde hâkimler arası dil ve bilgi birikimi gibi çeşitli sebeplerle oluşabilecek iletişim kopukluğu, hem yargılamanın bir üst aşamaya taşınabilmesine hem de Suriye’de yargı erkinin güçlenmesine katkı sağlamayacaktır. Kanaatimizce etkin otorite yokluğu ile boğuşan devletlerde karma yapılı mahkeme oluşturma fikri, bölgedeki aktörler arası iletişim kopukluğunu daha da derinleştirecektir.

#### **D. İade**

İade; bir başka deyişle suçluların geri verilmesi kurumu, “suçun işlendiği veya suçla kamu düzeni bozulmuş olan bir devletten başka bir devletin ülkesinde bulunan veya oraya kaçmış bir sanık veya hükümlünün, yargılanmak veya cezasını infaz ettirmek üzere yetkili devlete geri verilmesi işlemi”<sup>98</sup> şeklinde ifade edilebilir. Geri verme esasen devletlerarası bir adli yardımlaşma kurumu olmakla beraber uluslararası hukuk, anayasa hukuku, ceza hukuku gibi birçok disiplinle bağlantılı karma nitelikte bir kurumdur<sup>99</sup>. Uluslararası hukukta cezalandırma ile ilgili temel prensiplerden biri, bir hukuk sisteminde suç olarak kabul edilen fiil grupları bazında cezasızlığın önlenmesidir<sup>100</sup>. Bu hususta karşımıza iade kurumu cezasızlığın önlenmesi noktasında önemli bir müessese olarak çıkmaktadır.

Uluslararası hukukta cezaî yargı yetkisinin somut bir tezahürü olarak iade hususunda önem arz eden diğer bir nokta bu kurumun ceza hukukunun temel ilkelerinden olan “ne bis in idem” kuralına yani aynı suçtan yalnız bir kez yargılanma kuralına işlerlik kazandırması amacıdır<sup>101</sup>.

Devletin, suç işleyen kişiyi, o kişinin tabiiyetinde bulunduğu devlete iade etmesi bir egemenlik tasarrufu niteliğindedir<sup>102</sup>. Yani bir devlet, suç işleyen veya işlediği iddia edilen bir yabancıyı tabiiyetindeki ülkeye veya üçüncü diğer bir ülkeye iade ederek veya etmeyerek egemenlik yetkisinin bir tezahürü olan otoritesini kullanmaktadır. Devletin bu yetkisini kullanıp kullanmaması elbette kendisine ait bir tercihtir<sup>103</sup>. Keza uluslararası hukukta

<sup>98</sup> **Bagheri**, Saeed: “Uluslararası Hukukta Suçluların İadesi ve Suçluları Kovuşturma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 62, Sayı 1, 2013, s. 2.

<sup>99</sup> **Yalçın Sancar**, Türkan/**Köprülü**, Timuçin: Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, Savaş Kitabevi, Ankara, 2015, s. 103.

<sup>100</sup> **Çakmak**, s. 102.

<sup>101</sup> **Çakmak**, s. 102.

<sup>102</sup> **Bagheri**, s. 3.

<sup>103</sup> **Çakmak**, s. 100.

iade kurumu, devletlerin karşılıklı iradesine dayanır. Bu irade genel olarak devletler arasındaki ikili veya çok taraflı anlaşmalara dayanmaktadır<sup>104</sup>. Bu açıdan bakıldığında uluslararası ceza hukukunun karşılıklı yardım vasıtalarından biridir<sup>105</sup>. Egemenlik yetkisine bağlı olarak bu serbesti mutlak değildir. Arada iadeye yönelik ikili bir anlaşma ile taahhüt altına girilmişse devlet, suç failini, yargı iddiasında bulunduğu diğer bir devlete yargılanmak üzere iade etmek durumundadır<sup>106</sup>. Bu anlamda devletler yükümlülük altına girmektedir. Bu yükümlülük, hem ikili anlaşmaya uyma yani ahde vefa ilkesine hem de iade hususunda cezasızlığın önlenmesine dair uluslararası camianın menfaatine dayanmaktadır.

İade hususu uluslararası ceza hukuku tarihinde çeşitli hususlarda karşımıza çıkmakla beraber bugün için etkin otorite yokluğundaki görünümü dikkat çekmektedir<sup>107</sup>. Bakıldığında etkin otoriteye sahip olmayan devletin diğer bir devletten iade talebinde bulunması veya iade kurumunu işletebilmesini engelleyecek bir norm veya teamül kuralı uluslararası hukukta bulunmamaktadır. Bu çerçevede değerlendirildiğinde, etkin otoriteye sahip olmayan bir devlette de iade kurumu işletilebilecektir. Buna kanıt olarak, güncel bir örnek olan 2019 yılında Almanya'nın Suriye'de Jamil Hassan'ı (Suriye Hava Kuvvetleri İstihbarat Müdürlüğü Başkanı) yargılamak üzere iadesini talep etmesi gösterilebilir<sup>108</sup>. Bu örnek gösteriyor ki etkin otoritesini kaybeden bir devlete iade talebinde bulunulmasına ve iade prosedürünün işletilebilmesine yönelik bir engel bulunmamaktadır.

<sup>104</sup> Mokoena Untalimile Crystal ve Lubaale Emma Charlene. Extradition in the Absence of State Agreements, Institute For Security Studies & University Of Cape Town, SA CRIME QUARTERLY, Cilt 67, Sayı 0, 2019, s. 40 [https://www.researchgate.net/publication/333167088\\_Extradition\\_in\\_the\\_absence\\_of\\_state\\_agreements\\_Provisions\\_in\\_international\\_treaties\\_on\\_extradition](https://www.researchgate.net/publication/333167088_Extradition_in_the_absence_of_state_agreements_Provisions_in_international_treaties_on_extradition), Erişim Tarihi: 23.03.2020.

<sup>105</sup> **Bagheri**, s. 3.

<sup>106</sup> **Çakmak**, s. 101.

<sup>107</sup> İade müessesesi, uluslararası hukukta Mısırlı bir Firavun'un bir Hitit Kralı ile iade anlaşması müzakere ettiği yaklaşık olarak Milattan önce on üçüncü yüzyıla dayanan eski bir mekanizmadır. İade kurumunun temellerinin çok eskilere dayanması, bu müessesenin uluslararası hukuk tarihinde işgal ettiği makamın önemini de gözler önüne sermektedir. **Stigall**, Dan E.: Ungoverned Spaces, Transnational Crime, and the Prohibition on Extraterritorial Enforcement Jurisdiction in International Law, 19, Notre Dame Journal of International Law & Comparative Law, Cilt 3, Sayı 1, Article 4, 2013 <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=ndjicl>, Erişim Tarihi: 23.04.2020.

<sup>108</sup> **Snell**, James: Arab Weekly, Germany's Extradition Move Sends Strong Message to Syria, (10.03.2019) <https://the arabweekly.com/germanys-extradition-move-sends-strong-message-syria>, Erişim Tarihi: 18.03.2020.

Günümüzde devletler iade hususunda çekingen davranmaktadır ki bu durum uluslararası hukukta ilk defa görülen bir çelişkiyi göstermektedir. Etkin devletler kendi vatandaşlarını iade almaktan dahi imtina ederek daha önce şahit olmadığımız üzere cezaî yargılama yetkisinden feragat etmektedirler.

### 1. Faillerin Tabiiyetlerindeki Ükelere İadesi

2001’de başlayan Afganistan savaşından bu yana terör suçlarının yargılanmak üzere tabiiyetlerindeki ülkelere döndüklerinde ne olacağı hususu uluslararası camiada büyük bir endişe doğurmuştur<sup>109</sup>. Çünkü bu tarz faaliyetlerde bulunanlar devlet için kısa veya uzun vadede güvenlik tehdidi oluşturma kapasitesine sahiptir. DEAŞ’in işlediği suçlar göz önünde bulundurulduğunda, DEAŞ mensuplarının yargılanmak üzere tabiiyetlerinde buldukları ülkelere iade edilmeleri seçeneği uluslararası hukuk gündeminde yer alan önemli bir konudur. Doktrinde bazı yazarlara göre bu kişilerin tabiiyetlerinde buldukları devletlere iade edilmeleri aynı zamanda bu kişilerin meramını anlatabilmeleri ve daha etkili ve güvenli olarak yargılanabilmelerine güvence oluşturacaktır<sup>110</sup>. Bazılarına göre ise bu durum hukukî gerekçelerden ziyade siyasî sebeplerle tasvip edilmemektedir.

Terör zanlılarının yargılamalarının gerçekleştirilmeleri için tabiiyetlerinde buldukları devlete iade edilmeleri uluslararası camiada Afganistan savaşından bu yana en çok karşılaşılan durumdur. Ancak Suriye özelinde Türkiye’nin Barış Pınarı Operasyonu sonrasında YPG tarafından serbest bırakılan terör zanlısı DEAŞ mensuplarının, İdlib ve çevresinde sıkışan HTŞ ve El Kaide unsurlarının tabiiyetlerindeki devletlere iadeleri; Avrupalı devletlerin terör suçlarının tehlikeliliği sebebi ile vatandaşlarını kabul etmemek için çeşitli yollara başvurmaları problem yaratmaktadır<sup>111</sup>. Bu iade

<sup>109</sup> **Hall**, Kerwin: Foreign Fighter Returnees: An Indefinite Threat (28.09.2018), American University Research, School of Public Affairs, News, <https://www.american.edu/spa/news/malet-foreign-fighters.cfm> Erişim Tarihi: 20.03.2020.

<sup>110</sup> Örnek olarak 2016 Temmuzunda 86 kişinin öldüğü Nice Kamyon Saldırısı verilebilir. Böylesi durumda iç hukuk mahkemeleri aracılığıyla sanıkların kendi memleketlerinde yargılanması; adaletin tecellisi noktasında ve sanıkların tam olarak cezaî sorumluluklarının belirlenmesinde başarılı bir sonuca ulaştıracaktır. Bkz **Dworkin**, Anthony: Beyond Good And Evil: Why Europe Should Bring Isis Foreign Fighters Home, European Council on Foreign Relations - Policy Brief, 2019, s. 15, [https://www.ecfr.eu/page/-/beyond\\_good\\_and\\_evil\\_why\\_europe\\_should\\_bring\\_isis\\_foreign\\_fighters\\_home.pdf](https://www.ecfr.eu/page/-/beyond_good_and_evil_why_europe_should_bring_isis_foreign_fighters_home.pdf), Erişim Tarihi: 31.03.2020.

<sup>111</sup> **Koparan**, Ömer: Anadolu Ajansı Haber Merkezi (06.01.2020), YPG/PKK DEAŞ’lıların Kampından Yüzlerce Kişiyi Daha Serbest Bıraktı <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/ypg->

almaktan imtina yollarından birisi olarak vatandaşlıktan çıkarma uluslararası hukukta önemli bir kaçış noktasını ifade etmektedir. Ancak vatandaşlıktan çıkarmanın, vatandaşını iade almayı yani ülkeye girme hakkından yoksun bırakılmama hakkını bertaraf etmesi mümkün müdür?

Gerek Türk Hukukunda<sup>112</sup> gerekse uluslararası hukukta bir devlet kendi vatandaşını ülkesine girme hakkından yoksun bırakamaz. Bu yükümlülük kaynağını teamül hukukundan almakla birlikte birçok uluslararası sözleşmelerde de yer almaktadır. Ancak günümüzde devletler kendi vatandaşlarını ülkelerine sokmamak amacıyla çeşitli yollara başvurabilmektedirler; özellikle terör suçlusu vatandaşlarını iade almaktan kaçınmak için onları vatandaşlıktan çıkarma yoluna gitmektedirler. Egemenlik yetkisi çerçevesinde bakıldığında devletin vatandaşını iade alması ve yargılaması yönünde devleti bağlayıcı nitelikte genel bir uluslararası hukuk yükümlülüğü, görünürde mevcut bulunmamaktadır<sup>113</sup>. Bu sayede bazı Avrupalı devletler tabiiyetindeki suçlular kendilerine henüz iade edilmeden bunları vatandaşlıktan çıkarabilmektedirler. İade alma yükümlülükleri olmasa da vatandaşlıktan çıkarmaya uluslararası hukukun normsal alanı imkân tanımamaktadır<sup>114</sup>.

Avrupalı devletler tabiiyetlerindeki terör suçu şüphelilerini iade almaktan imtina etmelerini çeşitli sebeplere dayandırmaktadırlar. Çünkü bu kişiler devlet için güvenlik tehdidi oluşturabilmektedir ve buna karşılık tatmin edici bir önlem de söz konusu değildir<sup>115</sup>. Avrupa toplumu bu kişilerin ülkelerine gelmelerinde büyük endişe duymaktadır. Ancak bu çekinceler hukuki olmaktan ziyade siyasi sebeplere dayanmaktadır.

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 2014 yılında devletlere 2184 sayılı kararlar kendilerine iade edilen yabancı savaşçıları yargılamak için yasa çıkarmalarını talep etti. Bu kararlar beraber çoğu Avrupa devleti geri dönen

pkk-deaslıların-kampından-yuzlerce-kisiyi-daha-serbest-birakti/1693504 Erişim Tarihi: 11.04.2020.

<sup>112</sup> T.C. Anayasası Madde 23/son – “Vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz.”

<sup>113</sup> **Ulutaş**, Ahmet: “Suçluların Geri Verilmesinde Vatandaşlığın Rolü ve Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci Maddesinin Geri Verme Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 4, Sayı 0, 2011, s. 191.

<sup>114</sup> Örneğin 1961 tarihli Vatansızlığın Azaltılması Hakkında Sözleşme gereği devletlerin, vatandaşlıktan çıkardığı tarihte vatansız kalacak vatandaşları vatandaşlıktan çıkarmalarını yasaklamakta ve daha birçok güvence öngörmektedir. Aynı şekilde Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme de vatandaşlıktan çıkarmayı sıkı şartlara bağlayıp bu hususta temel ilkeler öngörmektedir. **Batır**, Kerim: Uluslararası Hukukta Vatandaşlık, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 32.

<sup>115</sup> **Dworkin**, s. 6.

terörist gruba katılanları ve terörist gruplara destek olanları yargılamak için hukuki düzenlemeler yaptı<sup>116</sup>. Ancak çoğu Avrupa devletinin yargılama alanında terör suçları için öngörülen ceza kısa sürelidir. Örneğin bir DEAŞ mensubu ile evlenen kadın terör örgütüne katılma suçundan dolayı 2019'da sadece beş yıl ceza almıştı.<sup>117</sup> Nihayetinde suç farklı bir ülke toprağında işlendiğinden vakıaların belirlenmesi, delillerin toplanması, vakıaların delillerle ilişkilendirilip somutlaştırılması oldukça güç olduğundan söz konusu yargılamalar sağlıklı sonuçlara ulaşmamaktadır. Ancak bunu önlemenin yolu vatandaşlıktan çıkarma yoluyla yargılama yapmaktan kaçınmak değildir. Bazı yazarlara göre Avrupalı terör unsurlarını Avrupa'ya döndürmek, onların kontrol altında kalmasını sağlamanın en iyi yoludur ve gerektiğinde haklarında dava açılabilir, bu zanlılar sorgulanabilir<sup>118</sup>. Ancak ileride değinileceği üzere mülkîlik ilkesine işlerlik kazandırıp suçun işlendiği yerde yargılama yapılmasına yönelik suçun işlendiği devletle işbirliği yapmak daha isabetli olacaktır.

Vatandaşlıktan çıkarma işlemi hukuki bir işlem olmakla birlikte aynı zamanda siyasî bir işlem de olduğundan her zaman kolayca gerçekleştirilememektedir. Örnek vermek gerekirse Belçika, Fransa ve Danimarka'da cezaî mahkûmiyet; vatandaşlıktan çıkarma işleminin gerçekleşebilmesi için bir ön şart iken Hollanda ve İngiltere'de böyle bir ön şart yoktur; kaldı ki böyle bir ön şart yerine getirilse bile vatandaşlıktan çıkarmadan önce bir soruşturma ve gıyabında bir kovuşturma olması gerekmektedir<sup>119</sup>. Bunun için de bu mahkûmiyetin adil olarak verilmesi gerekmektedir. Bu açıdan Belçika, Fransa ve Danimarka gibi devletler için vatandaşlıktan çıkarma belli prosedürlere bağlıdır. Ancak yine de gıyabında mahkûmiyet, başta adil yargılanma hakkı olmak üzere ceza hukukunun temel ilkelerini ihlal edebilme kapasitesine sahiptir. Bu sebeple vatandaşlıktan çıkarmanın cezaî mahkûmiyet şartına bağlanması, bu işlemi meşru kılmamaktadır.

Sonuç olarak iade ile vatandaşlığı kaybettirmenin doğrudan bir ilgisi yoktur<sup>120</sup>. Bir devlet eğer vatandaşını iade sürecini kullanarak talep etmi-

<sup>116</sup> Scherrer, s. 7.

<sup>117</sup> Scherrer, s. 8.

<sup>118</sup> Dworkin, s. 1.

<sup>119</sup> Scherrer, Amandine: The Return of Foreign Fighters to EU Soil (Ex-post Evaluation), European Parliamentary Research Service, s. 41-42, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/621811/EPRS\\_STU\(2018\)621811\\_EN.pdf#page=43](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/621811/EPRS_STU(2018)621811_EN.pdf#page=43), Erişim Tarihi: 15.04.2020.

<sup>120</sup> Şen, Ersan: Vatandaşlıktan Çıkarma, 2017, <https://www.hukukihaber.net/vatandasliktan-cikarma-makale,5287.html>, Erişim Tarihi: 24.03.2020.

yorsa bu devleti iadeye zorlayacak bir uluslararası norm mevcut değildir. Ancak bir devlet bir suçluyu tabiiyetinde bulunduğu ülkeye sınırdışı ederse o devlet, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde ve teamül hukuku kuralı olarak da kendisine yer bulan “vatandaşın ülkeye girme hakkından yoksun kılınmayacağı ve vatandaşın sınırdışı edilemezliği” kuralı gereği; vatandaşlıktan çıkarmadığı bu kişiyi ülkesine almak yükümlülüğü altındadır. Devlet bu kuralı dolanmak için vatandaşını vatandaşlıktan çıkardığında bu yükümlülüğünden kurtulabileceğini tahayyül etmektedir. Ancak uluslararası hukukta yer alan vatandaşın sınırdışı edilmezliği ve vatansızlığın önlenmesine dair koruyucu normlar<sup>121</sup> karşısında devletlerin bu yola başvurmaları sorumluluklarını kaldırmayacaktır. Uluslararası risk paylaşımından soyutlanmak, uluslararası camiada BM şartı ile yükümlülük altına girilen uluslararası barış ve güvenliği koruma noktasında olması gerekenden çok uzaktır.

### E. Mülkîlik Prensibi Çerçevesinde Suriye’de Yargılama

Mülkîlik ilkesi, devletin kendi ülkesinde işlenen tüm suçlara failin ve mağdurun vatandaşlığını dikkate almadan kendi ceza kanununu uygulaması ve yer yönünden yargı yetkisini kullanması olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>122</sup>. Her suç yereldir prensibine dayanan bu ilke<sup>123</sup>, devletlerin egemenlik yetkisinin sonucu olarak karşımıza çıkan yargılama yetkilerini kullanmada ilk başvurdukları ilkedir. Ayrıca bu ilke, yer yönünden yetki kuralının uygulama

<sup>121</sup> Vatansızlığın önlenmesine dair koruyucu normlardan bazıları şunlardır: 13.12.1975 tarihinde yürürlüğe giren Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Madde 1 – “Bir Sözleşmecî Devlet, kendi ülkesinde doğmuş olan ve aksi takdirde Vatansız duruma düşecek bir kişiye vatandaşlık hakkını tanıyacaktır.” Madde 4- “Bir Sözleşmecî Devlet aksi takdirde vatansız duruma düşecek ve belirlenen başvuru yapma yaşını geçtiği ya da istenen ikamet koşullarını sağlayamadığı için toprakları içinde doğduğu bir Sözleşmecî Devletin vatandaşlığını alamayan bir kişiye, ilgili kişinin doğumu sırasında ebeveynlerinden birinin ilk olarak bahsedilen Sözleşmecî Devletin yurttaşı olması durumunda vatandaşlık hakkını tanıyacaktır.”; 06.06.1960 tarihinde yürürlüğe giren Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme Madde 2 – “Her vatansız kişinin kendisini içinde bulunduğu ülkeye karşı, özellikle o ülkenin yasalarına ve düzenlemelerine ve aynı zamanda kamu düzeninin sürdürülmesi için alınan önlemlere uymasını gerektiren sorumlulukları vardır.”; 10.12.1948 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi Madde 13 – “Herkesin, her Devletin sınırları içinde seyahat ve oturma özgürlüğüne hakkı vardır. Herkes, kendi ülkesi de dahil, herhangi bir ülkeden ayrılma ve o ülkeye dönme hakkına sahiptir.”

<sup>122</sup> **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 82-83; **Hakeri**, s. 51; **Zafer**, s. 772; **Aydın**, s. 352.

<sup>123</sup> **Değirmenci**, Olgun/**Hazar**, Erdal: “Mülkîlik İlkesinin İstisnası Olarak NATO Kuvvetler Statüsüne Tabi Personel Üzerindeki Yargı Yetkisi ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin Söz Konusu Yargı Yetkisine Etkisi”, Ankara Barosu Dergisi Cilt 1, Sayı 2, 2013, s. 26.

alanı belirlenirken esas alınan ilkedir<sup>124</sup>. Bu ilkenin uygulama alanı belirlenirken esas alınan failin veya mağdurun vatandaşlığı değil, suçun işlendiği yerdir<sup>125</sup>.

Bir suç, işlendiği yerde en etkili ve kolay şekilde soruşturulur, kovuşturulur ve cezalar infaz edilir<sup>126</sup>. Mülkîlik ilkesinin gereği olan bu etkili muhakeme imkanı, aynı zamanda cezanın genel önleme amacının gerçekleşmesi noktasında amaca en iyi hizmet eden ilkedir<sup>127</sup>. Kamu düzeni suçun işlendiği yerde bozulmuştur ve bozulan kamu düzeninin tesisi noktasında toplumsal barışın sağlanması da suçun işlendiği yerde yargılamanın yapılması ile sağlanacaktır<sup>128</sup>. Ayrıca suçu işlendiği yerde yargılamanın, mağdurlara, tanıklara ve diğer kanıtların bulunduğu yere yakın olma noktasında bazı pratik avantajları da olabilmektedir. Kısacası suçun işlenmesi ile bozulan kamu düzeninin yeniden sağlanması noktasında mülkîlik ilkesi, teoride ihtiyaca en iyi cevap veren ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.

Suç ve ceza siyaseti bakımından cezaî yargı yetkisine ilişkin dört ana prensibin kullanımı ülkeden ülkeye değişebilmektedir. Bu prensiplerden biri veya birkaçı devletler tarafından kabul edilebileceği gibi hepsi birden de kabul edilebilmektedir<sup>129</sup>. Hatta İngiltere, ülkesinde sadece mülkîlik prensibini kabul etmiş; yurtdışında suç işleyen vatandaşını ya da yurtdışında vatandaş aleyhine suç işlenmesinde failleri yargılamamaktadır<sup>130</sup>. İngiltere suç ve ceza siyaseti bakımından katı bir mülkîlik prensibini benimseyerek kendi yargılama maslahatını oluşturmuştur. Bu durum aslında İngiltere'nin mülkîlik prensibine verdiği önemi göstermektedir.

Suriye özelinde mülkîlik ilkesi değerlendirildiğinde de teorideki pratik avantajlardan daha farklı bir sonuca varılmamaktadır. Etkin otorite yokluğunda mülkîlik ilkesinin ihtiyaca cevap verip verememesi noktasında akıllarda soru işareti oluşabilir. Yabancı devlet vatandaşlarının iade alınmaktan imtina edilmesi üzerine Suriye'nin yargılama yetkisi hususu, uluslararası toplumda değerlendirilen bir konu olarak gündeme gelmektedir<sup>131</sup>.

<sup>124</sup> **Değirmenci/Hazar**, s. 26.

<sup>125</sup> **Zafer**, s. 772.

<sup>126</sup> **Renzo**, Massimo: "Crimes Against Humanity And The Limits Of International Criminal Law", *Law and Philosophy*, Cilt 31, 2012, s. 468, <https://www.link.springer.com> Erişim Tarihi: 11.11.2020.

<sup>127</sup> **Zafer**, s. 772; **Aydın**, s. 352.

<sup>128</sup> **Değirmenci ve Hazar**, s. 26.

<sup>129</sup> **Zafer**, s. 760.

<sup>130</sup> **Zafer**, s. 760.

<sup>131</sup> **Scherrer**, s. 53.



Suriye'den dönebilecek terör mensuplarının, saldırıları devam ettirmek veya planlamak tehlikesine yönelik korku da uluslararası düzeyde bu konudaki politika düşüncesine önem kazandırmaktadır<sup>132</sup>. Diğer bir açıdan da aynı zamanda bu kişilerin adil mahkemeler tarafından yargılanabilme kapasitesinin varlığı hususunda endişeler söz konusudur<sup>133</sup>.

Yargı yetkisini kullanabilmek için Suriye merkezi hükümeti, yeri geldiğinde ısrarla muhalifleri de terörist olarak nitelendirmektedir<sup>134</sup>. Suriye'nin de bu husustaki tavrı aslında gösteriyor ki Suriye devleti, etkin otoritesini kaybetmekle devlet vasfını kaybetmemekte ve egemenlik yetkisini sıkı sıkıya elinde tutmaktadır. Bu veri bile bizlere Suriye'nin yargı yetkisini kullanabilmesinin imkansız olmadığını göstermektedir.

Etkin otorite yokluğu ile boğuşan devletlerin içinde bulunduğu kaotik koşullar sebebi ile mevcut olumsuzluklar sadece kendisinde değil diğer devletlere de sirayet etmektedir. Devletin etkinliğini kaybetmesi aynı zamanda diğer devletlerde de büyük sorunlara yol açmaktadır. Suriye özelinde en çok zarar gören devletlerden birisi de Türkiye'dir. Gerek göçmen dalgası sebebi ile birçok Suriyeliye ev sahipliği yapması, gerekse sınırda yaşadığı terör unsurları odaklı güvenlik tehdidi ile bu durumdan en çok zarar gören devlet Türkiye'dir, demek yanlış olmayacaktır. Sadece sınır komşuları değil, diğer devletler de bu durumdan etkilenmektedir. Örneğin Suriye'de süregiden silahlı iç çatışma ve terörist nitelikteki muhalif gruplara dünyadan birçok katılım sebebi ile başta Avrupa olmak üzere birçok devlet bu durumdan zararlı çıkmaktadır. Aynı zamanda dünyada barış ve güvenliğin tehdit edilmesi, insan haklarının ihlal edilmesi gibi gerekçelerle uluslararası toplum da büyük zarar görmektedir. Bu durumda terör unsurlarının yargılanması noktasında mülkîlik ilkesinden hareketle Suriye'nin yargılama yetisini etkin kılmak çok önemlidir. Uluslararası katılımı Suriye'nin yargılama yetisini etkin kılma noktasında finansal, teknik ve askeri desteklerle hem terör mensuplarının yargılanması sağlanıp uluslararası hukukta suçların cezasız kalması önlenecek hem insan haklarını ihlal edenlerin cezalandırılması noktasında uluslararası toplumun menfaati korunacak hem de Suriye'nin tekrar etkinliğini kazanma noktasında büyük bir aşama kaydedilecektir.

---

<sup>132</sup> Scherrer, s. 53.

<sup>133</sup> Scherrer, s. 53.

<sup>134</sup> Sandıklı/Çakmak, s. 125.

CNN'in haberine göre<sup>135</sup> Türkiye'nin Zeytin Dalı Operasyonu ile terör unsurlarından temizlenen Afrin'de Türkiye'nin yardımlarıyla bölgedeki yerel güçler Suriye kanunlarına dayanarak yargılama yapmaktadır. Birçok DEAŞ, HTŞ, El Nusra, El-Kaide ve YPG/PKK unsuru bu mahkemelerde yargılanmaktadır. Ancak bu yargılamalar mevcut rejim tarafından gerçekleştirilmemektedir. Yine de Suriye kanunlarına dayanarak yargılama yapılması bir aşama kaydedildiğinin de kanıtıdır. Bu durum aynı zamanda Suriye'nin yargılama yetkisini kullanabilmesinde de yol gösterici olmaktadır.

Türkiye'nin Esad rejimine olan tavrı nedeniyle yerel güçlerle işbirliği yapması bir eksiklik olarak görülmemelidir. Türkiye'nin Suriye'nin toprak bütünlüğünü koruma tezi devletlerin sürekliliği ilkesine dayanmaktadır.

<sup>135</sup> “Zeytin Dalı Harekatı bölgesinde Afrin dışında Cinderes, Raco, Bülbül, Mabatlı, Şeran ve Şeyh Hadid kasabalarında olmak üzere toplam 7 adliye yer alıyor. Ancak terör suçlarının yargılandığı ağır ceza mahkemeleri yalnızca Afrin'de. DEAŞ'lı teröristler işte bu mahkemelerde yargılanıyor. Savcıların hazırladığı soruşturma dosyaları önce tahkikat hakimleri tarafından inceleniyor, daha sonra ihale hakimlerine gönderiliyor. İhale hakimlerince soruşturma dosyası davaya dönüştürülüyor, yargılamalar, ağır ceza mahkemeleri bölgedeki adıyla cinayet mahkemelerinde yapılıyor. Tahkikat hakimlerinin açtığı davalarda Cinayet Mahkemelerinde yargılanan terör örgütü DEAŞ üyeleri, avukatlarıyla duruşmalara giriyor. Avukat tutabilecek maddi imkanı olmayanlara, Afrin Barosu avukat görevlendiriyor. Savunma haklarını tam olarak kullanmaları sağlanan terör sanıkları, yargılama sırasında tanık da dinletebiliyor.

Yargılamaları süren tutuklular ile haklarında hüküm verilen DEAŞ ve PKK/YPG'li teröristler ile adli suçlular, Yerel Meclis tarafından kamulaştırılmış boş bir binanın yeniden düzenlenerek cezaevi haline getirildiği Afrin Cezaevi'nde tutuluyor. Yerel polislerin koruduğu cezaevinde Suriyeli gardiyanlar görev yapıyor. 270 tutuklu ve hükümlünün bulunduğu cezaevinde, 13 tutuklu, 5'i hükümlü 18 DEAŞ'lı, 67 tutuklu ve 24 hükümlü 91 PKK'lı, toplam 161 terör suçlusu tutuluyor. Fırat Kalkanı Harekat bölgesinde ise Cerablus, Çobanbey, El Bab, Azez ilçelerindeki cezaevlerinde ise 52 hükümlü, 116 tutuklu toplam 168 DEAŞ'lı, 46 hükümlü, 215 tutuklu toplam 261 PKK/YPG'li tutuklu ve hükümlü var. Cezaevlerindeki DEAŞ'lıların uyrukları ise 147'si Suriyeli, 3'ü Suudi Arabistan, 2'si Tunus, 1'i Mısır, 1'i Ürdün, 1'i Cezayir, 1'i Pakistan, 4'ü Irak, 1'i Azerbaycan, 7'i Rusya vatandaşı. Cezaevinde 3 kadın DEAŞ'lı tutuklunun çocukları da kalıyor.

Cezaevinde güvenlik tedbirleri de üst seviyede. Mahkûmlar koşu alanlarından gardiyanların gözetiminde çıkıyor, geri döndüklerinde de üst aramasından geçiriliyor. Duruşmalar için adliyeye götürülürken kelepçelenen mahkûmlar, cezaevi otobüsüyle taşıyor. Mahkûmlar cezaevine getirildiklerinde de dedektörlü kapıdan geçiriliyor, elle üst araması yapılıyor. Kelepçeleri çıkarılarak koşu alanlarına götürülüyor.” Bkz. Cnn Haber Ajansı (01.11.2019), DHA Görüntüledi... DEAŞ'lı Teröristler Afrin'de Böyle Yargılanıyor <https://www.cnnturk.com/turkiye/dha-goruntuledi-deasli-teroristler-afrinde-boyle-yargilaniyor?page=10>. Erişim Tarihi: 14.04.2020.

Türkiye'nin Esad rejimi ile işbirliği yapmaması hükümetlerin geçiciliği, devletlerin kalıcılığı gerçekliği ışığında Türkiye'nin Suriye dış politikası, toprak bütünlüğünü koruma amacı ile çelişmemektedir. Burada Afrin'deki yerel güçlerin yargılama yapmasındaki veriden çıkarılacak ana fikir şudur: Devlet, etkinliğini kaybetmesi gibi fiili sebepler nedeniyle yargılama yapma kudretini geçici olarak kaybetmişse o devlete yardım edildiğinde ülkede normalleşmenin başlaması kaçınılmazdır. Bu aşamada uluslararası katılım ve Birleşmiş Milletlerin inisiyatif almasının önemi ve elde edilebilecek olumlu sonuç açısından Türkiye'nin Afrin'deki yardımları büyük önem arz etmektedir.

### SONUÇ

2001 Afganistan Savaşından bu yana etkin otorite yokluğu ile boğuşan devletlerde işlenen terör suçları neticesinde failerin yargılama yetkisinin kime ait olduğu veya olması gerektiği güncel bir sorun oluşturmaktadır. Terör faillerinin yargılanmaları üzerine alternatif yollar uluslararası düzeyde tartışılmaktadır. Bunlar genel olarak *ad hoc* (geçici) veya hibrid nitelikte uluslararası mahkeme kurmak, UCM'nin yargılama yetkisini etkin kılmak, Guantanamo modeli, iade ve ilgili ülkenin yargılama yetkisini etkin kılmak olarak karşımıza çıkmaktadır.

UCM'yi etkin kılmak veya *ad hoc* nitelikli mahkeme kurmak, bölgesel sorunu çözmeye yetersiz kalacağı için; Guantanamo modeli ise hukuki bir yöntem olmadığı gerekçeleri ile kalıcı bir çözüm olarak değerlendirilememektedir. Terör unsurlarını vatandaşı oldukları devletlere iade etmeye çalışmak ise sorunu geçici olarak çözmekle beraber etkili ve kalıcı bir sonuç doğurmaya elverişli değildir. Ayrıca iade ile ilgili olarak birçok problem de karşımıza çıkmaktadır.

Devletler ulusal güvenliğini düşünerek vatandaşını iade almamak üzere iadede dolanıp kendi vatandaşlarını vatansız bırakmaktadır. Aslında burada iadede imtina eden devlet uluslararası risk paylaşımından kendisini soyutlamaktadır. Kendi ulusal menfaatlerini uluslararası toplumun menfaatlerine tercih etmektedir. Ancak yine de egemenlik ilkesi gereği devletlere vatandaşlarını iade alma yükümlülüğü yüklenememektedir. Bunun yanında iadenin dezavantajları göz önüne alındığında ve Suriye'deki mevcut duruma kalıcı bir çözüm getirememesi sebebi ile iade, etkili bir seçenek olarak değerlendirilememektedir.

Günümüzde uluslararası hukukta artık devletlerin içişlerine karışma yasağı mutlaklığını yitirmiştir. Olması gereken uluslararası hukuk anlayışı

ile beraber insan hakları hukuku, insancıl hukuk, vatansızlığın önlenmesi gibi birçok enstrüman sayesinde devletler belirli yükümlülükler altına girmektedir. Tam bu aşamada devletlerin yükümlülük altına girmeleri gereken nokta, finansal, askeri, idari ve teknik bakımından etkin otorite yokluğu ile boğuşan devletlere yardım etme gerekliliğidir. Suriye özelinde ise diğer devletlerce Suriye'nin yargılama yetkisini kullanabilmesine imkan sağlayıcı yardımlarda bulunmak çok yönlü bir çözüm sağlamaktadır. Türkiye'nin Soçi Mutabakatı ile İdlib ve çevresindeki radikalleri tahliye etme yükümlülüğü, bunları Suriye devletinin yargılaması ve cezalandırması ile bertaraf edilme imkanı bulacaktır. Aynı zamanda Suriye'nin askeri, idari ve yargısal olarak yeniden yapılandırılmasına da büyük katkı sağlayacaktır.

## KAYNAKÇA

- Abdulrahim**, Walid: State Jurisdiction, Author's International Law Studies in English, <https://sites.google.com/site/walidabdulrahim/home/my-studies-in-english/7-state-jurisdiction>, Erişim Tarihi: 14.03.2020.
- Acer**, Yücel/**Kaya**, İbrahim: Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Adinoyi**, Julius Adavize: State's Jurisdiction: Prescription on Territoriality and Nationality, Article: (October 2018), [https://www.researchgate.net/publication/328355523\\_State's\\_Jurisdiction\\_Prescription\\_on\\_Territoriality\\_and\\_Nationality/link/5bc85c33299bf17a1c5b89ec/download](https://www.researchgate.net/publication/328355523_State's_Jurisdiction_Prescription_on_Territoriality_and_Nationality/link/5bc85c33299bf17a1c5b89ec/download), Erişim Tarihi: 14.03.2020.
- Akpınarlı**, Neyire: Fragility of Failed State Paradigm, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2010.
- Arnold**, Roberta: The Prosecution of Terrorism as a Crime Against Humanity under the ICC Statute, ZaöRV Cilt 64, 2004, ss. 979-1000, [https://www.zaoerv.de/64\\_2004/64\\_2004\\_4\\_a\\_979\\_1000.pdf](https://www.zaoerv.de/64_2004/64_2004_4_a_979_1000.pdf) Erişim Tarihi: 20.03.2020.
- Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Ateş**, Hüseyin: Should Terrorism Be Added Into the Rome Statute as an International Crime, University of Nottingham School of Law, LLM Dissertation (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), United Kingdom, 2015.
- Aydın**, Devrim: "Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt 94, 2011, ss. 131-148.
- Aydın**, Hüseyin: "Yabancı Ülkede İşlenen Suçlarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan Özel Sayısı, 2019, ss. 349-377.
- Bagheri**, Saeed: "Uluslararası Hukukta Suçluların İadesi ve Suçlarını Kovuşturma Yükümlülüğü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 62, Sayı 1, 2013, ss. 1-40.
- Baresh**, Manhal: The Sochi Agreement And The Interests Of Guarantor States: Examining The Aims And Challenges Of Sustaining The Deal, European University Institute – Research Project Report, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e1840535-1f93-11e9-8d04-01aa75ed71a1/language-en> Erişim Tarihi: 12.11.2020.

- Barma**, Naazneen H.: Failed States - Government, Britannica Online Encyclopeda <https://www.britannica.com/topic/failed-state>, Erişim Tarihi: 15.03.2020.
- Batır**, Kerem: “Uluslararası Hukukta Devlet ve Başarısız Devletler: Somali Örneği”, ÇOMÜ Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, 2017, ss. 81-102.
- Batır**, Kerim: Uluslararası Hukukta Vatandaşlık, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Baylis**, Elena A.: “Reassessing the Role of International Criminal Law: Rebuilding National Courts Through Transnational Networks”, Boston College Law Review, Cilt 50, Sayı 1, 2009, ss. 1-85, <http://ssrn.com/abstract=1105244> Erişim Tarihi: 11.11.2020.
- BBC News (08.07.2004), Q&A: US Supreme Court Guantanamo Ruling, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/3867067.stm> Erişim Tarihi: 21.04.2020.
- BBC News (15.11.2019), ABD ve Fransa, Suriye’deki Yabancı IŞİD’lilerin Nerede Yargılanmaları Gerektiği Konusunda Anlaşamadı <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-50429125> Erişim Tarihi: 20.07.2020.
- BM Güvenlik Konseyi 814 Nolu Karar, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/226/18/IMG/N9322618.pdf?OpenElement>, Erişim Tarihi: 23.03.2020.
- Bravin**, Jess: The Terror Courts: Rough Justice at Guantanamo Bay, Yale University Press, New Heaven; London, 2013.
- Cecanpınar**, Hilal: Devletin Evrensel Yargı Yetkisi Ve Uluslararası Hukuk, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzurum, 2014.
- Cnn Haber Ajansı (01.11.2019), DHA Görüntüledi... DEAŞ’lı Teröristler Afrin’de Böyle Yargılanıyor <https://www.cnnturk.com/turkiye/dha-goruntuledi-deasli-teroristler-afrinde-boyle-yargilaniyor?page=10>. Erişim Tarihi: 14.04.2020.
- Çakmak**, Cenap: Uluslararası Hukuk: Giriş, Teori ve Uygulama Bir Uluslararası İlişkiler Yaklaşımı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2014
- Değirmenci**, Olgun/**Hazar**, Erdal: “Mülkîlik İlkesinin İstisnası Olarak NATO Kuvvetler Statüsüne Tabi Personel Üzerindeki Yargı Yetkisi ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin Söz Konusu Yargı Yetkisine Etkisi”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, 2013, ss. 19-71.

- Delmas-Marty, Mireille/Fouchard, Isabelle/Fronza, Emanuela/ Neyret, Laurent:** İnsanlığa Karşı Suçların Uluslararası Hukukta Tanım-lanması, İnsanlığa Karşı Suç, (Çev. Berna Ekal), İletişim Yayınları, İstanbul, 2002.
- Doğan, Gürkan:** “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Terör Suçları Açmazı: Çözüm Açısından Bir Değerlendirme”, Güvenlik Stratejileri Dergisi, Cilt 8, Sayı 15, 2012, ss. 55-98.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir:** Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku – Cilt IV, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2021.
- Erkmen, Serhat:** Soçi Anlaşması Ne Getirdi?, Anadolu Ajansı (18.09.2018), <https://www.aa.com.tr/tr/analiz-haber/soci-anlasmasi-ne-getirdi/1258178> Erişim Tarihi: 21.10.2020.
- Faruk, Turhan:** “Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 2005.
- Hakeri, Hakan:** Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Hall, Kerwin:** Foreign Fighter Returnees: An Indefinite Threat (28.09.2018), American University Research, School of Public Affairs, News, <https://www.american.edu/spa/news/malet-foreign-fighters.cfm> Erişim Tarihi: 20.03.2020.
- Helenius, Dan:** “The If, How, and When of Criminal Jurisdiction – What is Criminal Jurisdiction Anyway?”, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, Cilt 3, Sayı 1, 2015, ss. 22-47, <https://www.legal-tools.org/doc/148639/pdf/>, 2ff, Erişim Tarihi:22.04.2020.
- Karaman, Haydar:** “The Discussion On September 11 Terrorist Attacks Under The Concept Of Crimes Against Humanity”, Kırşehir Ahi Evran Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, 2018, ss. 130-146.
- Koparan, Ömer:** Anadolu Ajansı Haber Merkezi (06.01.2020), YPG/PKK DEAŞ’lıların Kampından Yüzlerce Kişiyi Daha Serbest Bıraktı, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/ypg-pkk-deaslilarin-kampindan-yuzlerce-kisiyi-daha-serbest-birakti/1693504> Erişim Tarihi: 11.04.2020.
- Kurtuluş, Şehmus:** “Reassessment of Turkey’s Objections to the Exclusion of Terrorism from the Rome Statute”, Uluslararası İlişkiler Dergisi, Cilt 64, Sayı 16, 2019, ss. 145-161.
- Le Parisien (10.04.2019), L’Irak Propose De Juger Les Djihadistes Étrangers Contre 1,8 Milliard D’euros, <http://www.leparisien.fr/international/l->

irak-propose-de-juger-les-djihadistes-etrangers-contre-1-8-milliard-d-euros-10-04-2019-8050656.php Erişim Tarihi: 19.06.2020.

**Luban**, David: İnsanlığa Karşı Suçların Kuramı, (Çev. Günel, Hüseyin), Tekin Yayınevi, İstanbul, 2019.

**Mokoena**, Untalimile Crystal/**Lubaale**, Emma Charlene: “Extradition in the Absence of State Agreements”, Institute For Security Studies & University Of Cape Town, SA CRIME QUARTERLY, Cilt 67, 2019 [https://www.researchgate.net/publication/333167088\\_Extradition\\_in\\_the\\_absence\\_of\\_state\\_agreements\\_Provisions\\_in\\_international\\_treaties\\_on\\_extradition](https://www.researchgate.net/publication/333167088_Extradition_in_the_absence_of_state_agreements_Provisions_in_international_treaties_on_extradition), Erişim Tarihi: 23.03.2020.

Princeton University Program in Law and Public Affairs, The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, Cilt 28, 2001, <http://hrlibrary.umn.edu/instree/princeton.html>, Erişim Tarihi: 23.03.2020.

**Quintart**, Emmanuelle. “Law, Crisis and Guantanamo After 9/11”, Revue Interdisciplinaire D’études Juridiques, Cilt 76, 2016, ss. 211-238 <https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudesjuridiques-2016-1-page-211.htm> Erişim Tarihi: 11.11.2020.

**Renzo**, Massimo: “Crimes Against Humanity And The Limits Of International Criminal Law”, Law and Philosophy, Cilt 31, 2012, ss. 443–476 <https://www.link.springer.com> Erişim Tarihi: 11.11.2020.

“Rule-Of-Law Tools For Post-Conflict States”, Office Of The United Nations High Commissioner For Human Rights Publication, <https://www.un.org/ruleoflaw/files/HybridCourts.pdf> Erişim Tarihi: 11.11.2020.

**Rüma**, İnan/**Çelikpala**, Mitat: “Russian and Turkish Foreign Policy Activism in the Syrian Theater”, Uluslararası İlişkiler Dergisi, Cilt 62, Sayı 16, 2019/16, ss. 65-84.

**Salaymeh**, Bilal/**Acun**, Can: “Sochi Agreement: Implications on the Ground and Upcoming Challenges”, Seta Perspective, Cilt 47, 2018, [https://setav.org/en/assets/uploads/2018/11/47\\_Perspective.pdf](https://setav.org/en/assets/uploads/2018/11/47_Perspective.pdf) Erişim Tarihi: 11.11.2020.

**Sandıklı**, Atilla/**Çakmak**, Cenap: Suriye’nin Yeniden Yapılandırılması, Bilgesam Yayınları, İstanbul, 2014.

**Saygılı**, Abdurrahman: Holocaust, Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerine Düşünceler (Hukuk Ötesi Alandan Hukuk’a), İmaj Yayınevi, Ankara, 2017.



- Scherrer**, Amandine: The Return of Foreign Fighters to EU Soil (Ex-post Evaluation), European Parliamentary Research Service, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/621811/EPRS\\_STU\(2018\)621811\\_EN.pdf#page=43](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/621811/EPRS_STU(2018)621811_EN.pdf#page=43), Erişim Tarihi: 15.04.2020.
- Sezer**, Aydın/**Dursunoğlu**, Alptekin: Soçi Anlaşması Fıratın Doğusu ve Türkiye'nin İdlib Rolü, Yakın Doğu Haber (16.04.2020), [http://www.ydh.com.tr/index.php/anket/rss/resim/rss/YD551\\_soci-anlasmasi-firatin-dogusu-ve-turkiyenin-idlib-rolu.html](http://www.ydh.com.tr/index.php/anket/rss/resim/rss/YD551_soci-anlasmasi-firatin-dogusu-ve-turkiyenin-idlib-rolu.html) Erişim Tarihi: 21.10.2020.
- Shaw**, Malcolm N.: International Law Title to Territory in Africa: International Legal Issues, Clarendon Press, Oxford,1986.
- Shaw**, Malcolm N.: International Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2018 (International Law).
- Simmons**, Beth A./**Steinberg**, Richard H.: International Law and International Relations, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- Snell**, James: Arab Weekly, Germany's Extradition Move Sends Strong Message to Syria, (10.03.2019) <https://the arabweekly.com/germanys-extradition-move-sends-strong-message-syria>, Erişim Tarihi: 18.03.2020.
- Stigall**, Dan E.: "Ungoverned Spaces, Transnational Crime, and the Prohibition on Extraterritorial Enforcement Jurisdiction in International Law", Notre Dame Journal of International Law & Comparative Law, Cilt 3, Sayı 1 Article 4, 2013 <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=ndjicl>, Erişim Tarihi: 23.04.2020.
- Şen**, Ersan: Vatandaşlıktan Çıkarma, İnternet Makalesi, 2017, <https://www.hukukihaber.net/vatandasliktan-cikarma-makale,5287.html>, Erişim Tarihi: 24.03.2020.
- T24 İnternet Gazetesi Makalesi, Guantanamo Modeli ya da Türkiye'de Yargılama: Cezaevlerindeki IŞİD'lilere Ne Olacak?, <https://t24.com.tr/haber/guantanamo-modeli-ya-da-turkiye-de-yargilama-cezaevlerindeki-isis-lilere-ne-olacak,843726> Erişim Tarihi: 11.04.2020.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, M. Ruhan/**Önok**, R. Murat: Uluslararası Ceza Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Thürer**, Daniel: "The "Failed State" and International Law", International Review of the Red Cross, No. 836 31-12-1999, <https://www.icrc.org/>

en/doc/resources/documents/article/other/57jq6u.htm Erişim Tarihi: 15.03.2020.

**Topal**, Ahmet Hamdi: Uluslararası Hukukta Devlet Destekli Terörizme Karşı Kuvvet Kullanma, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2004.

**Tortuk**, Gökdemir/**Bilgehan**, Bengü/**Durak**, Nejdet: “İbn Haldun’da Siyasî Otorite ve Meşruiyet Problemi”, İbn Haldun Çalışmaları Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, 2019, s. 49-68.

**Turhan**, Faruk: “Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (md. 13)”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Cilt 4, 2005, ss. 197-211.

**Ulutaş**, Ahmet: “Suçluların Geri Verilmesinde Vatandaşlığın Rolü ve Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci Maddesinin Geri Verme Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 4, 2011, ss. 177-210.

USA Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld*, No. 05–184, 29.06.2006, Supreme Court Syllabus, <https://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf> Erişim Tarihi: 11.11.2020.

**Yalçın Sancar**, Türkan/**Köprülü**, Timuçin: Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, Savaş Kitabevi, Ankara, 2015.

**Zafer**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.



## MANİPÜLASYON (PİYASA DOLANDIRICILIĞI) SUÇU

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.998261>

Uğur ORHAN\*

### Öz

Sermaye piyasasına gösterilen ilgi gün geçtikçe artmaktadır. Buna paralel olarak borsa manipülasyonlarının sayısı da artmaktadır. Bu nedenle, öncelikle manipülasyonun ne olduğunu daha sonra manipülasyon suçunu ve unsurlarını ortaya koymak gerekmektedir. Öğretide ve uygulamada, üzerinde uzlaşmış bir manipülasyon tanımı yoktur. Fakat, manipülasyon kavramını genel hatlarıyla ortaya koyabilmek mümkündür. Buna göre manipülasyon, kısaca, sermaye piyasası araçlarının değerini, arz-talep dengesini yapay olarak etkileyen, sermaye piyasasının etkin bir şekilde işlemlerini engelleyen davranışlardır. Manipülasyon (piyasa dolandırıcılığı) suçu 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 107. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu düzenlemenin ilk fıkrasında işleme dayalı manipülasyon suçuna yer vermiştir. Buna göre bu suç, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla düzenlemede seçenekli olarak sayılan hareketlerden birinin yapılmasıyla tamamlanacaktır. İkinci fıkrada ise bilgiye dayalı manipülasyon suçu düzenlenmiştir. Buna göre ise sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yanlış veya yanıltıcı haber ve bilgi yaymak gibi kanunda sayılan davranışlar suç olarak düzenlenmiştir. Her iki suçla da Kanun, sermaye piyasasının etkin bir şekilde çalışmasını korumak istemektedir.

### Anahtar Kelimeler

Sermaye piyasası, Manipülasyon, Piyasa dolandırıcılığı suçu, İşleme dayalı manipülasyon, Bilgiye dayalı manipülasyon

\* İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Burslu Doktora Öğrencisi, Ankara (ugur.orhan@bilkent.edu.tr), ORCID: 0000-0003-2589-1383 (Geliş Tarihi: 14.07.2021-Kabul Tarihi: 26.07.2021)

## MANIPULATION (MARKET FRAUD) CRIME

*(Research Article)*

### **Abstract**

*Interest in the capital markets is increasing day by day. In parallel with this, the number of stock manipulations is increasing. Therefore, in this article, it is necessary to first clarify is the concept of manipulation, and then the crime of manipulation and its elements. In doctrine and practice, there is no consensus on the definition of manipulation. However, it is possible to explain the concept of manipulation in general terms. Accordingly, in brief, manipulation corresponds to actions that artificially affect the value of capital market instruments, the supply-demand equilibrium and prevent the effective functioning of the capital markets. Manipulation (market fraud) crime is regulated in Article 107 of the Capital Markets Law No. 6362. In its first paragraph, the legislator regulated the crime of transaction-based manipulation. Pursuant to this, the said crime will be completed by carrying out one of the actions that are considered as optional in the regulation in order to create a false or misleading impression regarding the prices, price changes, supply and demand of capital market instruments. In the second paragraph of the mentioned article the crime of information-based manipulation is regulated. According to this, the acts listed in the regulation, such as spreading false or misleading news and information so as to affect the prices and values of capital market instruments or the decisions of investors, are acknowledged as constituting a crime. In regulating both crimes, the legislator aims to protect the efficient functioning of the capital markets.*

### **Keywords**

*Capital markets, Manipulation, Market fraud crime, Transaction-based manipulation, Information-based manipulation*

## GİRİŞ

Günümüzde insanların borsaya olan ilgisi hızla artmaktadır. Bu ilgiye paralel olarak, sermaye piyasasının güvenilirliğinin sağlanması, piyasanın düzenlenmesi ve denetlenmesi önemli bir mesele hâlini almıştır. Türkiye’de son bir yılda yaklaşık bir milyon yeni yatırımcı borsaya katılmıştır<sup>1</sup>. Bu doğrultuda, yeni ve tecrübesiz yatırımcıların manipüle edilme ihtimalinin arttığını söylemek mümkündür. Nitekim, piyasadaki manipülasyon tehlikesine dikkat çeken Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) yeni yatırımcıları uyar- mış; 2020 yılında manipülasyon ve bilgi suistimali suçlarından toplam 104 kişiye 80,6 milyon lira idari para cezası uygulandığını açıklamıştır<sup>2</sup>. 2020 yılında uygulanan idari yaptırımlarda önceki yıla kıyasla önemli bir artış yaşanmıştır. Öyle ki, 2019 yılında bu suçlar kapsamında 158 kişi hakkında işlem yasağı tedbirine başvurulmuş, 159 kişi hakkında suç duyurusunda bulunulmuş ve 72 kişi hakkında yaklaşık 25 milyon lira idari para cezası kesilmiştir<sup>3</sup>. Görüldüğü üzere yeni yatırımcı sayısındaki artışla doğru orantılı olarak piyasa manipülasyonları ve kesilen cezalar da artmıştır.

Yürürlükteki 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) içeriden öğrenenlerin ticareti, manipülasyon ve diğer hileli uygulamalar gibi piyasa- yı bozucu fiilleri suç olarak düzenlenmiştir. Gerçekten de bu fiillerin önlen- mesi, ortaya çıkarılması, yasaklanması ve bu fiilleri işleyenlerin cezalandı- rılması, yatırımcıların korunması ve piyasaya duyulan güvenin artırılması için kaçınılmazdır<sup>4</sup>. Bir diğer anlatımla, yatırımcıların piyasaya olumlu ba- kabilmesinin yolu yatırımcıların korunmasından ve dolayısıyla sermaye piyasası alanındaki suçların engellenmesinden geçmektedir<sup>5</sup>.

Bu çalışmada öncelikle manipülasyon kavramı ele alınacaktır. Daha sonra ise SerPK’de düzenlenen piyasa dolandırıcılığı (manipülasyon) suçu, unsurlarıyla birlikte ortaya konulmaya çalışılacaktır.

<sup>1</sup> “Borsada yerli ve yabancı ayrıştı, yabancı payı düştü”: <https://www.sozcu.com.tr/2021/ekonomi/borsada-yerli-ve-yabanci-ayristi-yabanci-payi-dustu-6271248/>, s.e.t. 25.04.2021.

<sup>2</sup> “‘Yeni’ler borsada kayıp yaşatabilir”: <https://www.sozcu.com.tr/2021/ekonomi/yeniler-borsada-kayip-yasatabilir-6220674/amp/>, s.e.t. 25.04.2021.

<sup>3</sup> “Manipülatörler SPK kışkacında”: <https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/manipulatorler-spk-kiskacinda/1871890>, s.e.t. 25.04.2021.

<sup>4</sup> **Çetin**, Nusret: “6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Yatırımcıların Korunması” (6362 sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu içinde), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2017, s. 451.

<sup>5</sup> **Gündoğdu**, Aysel: Sermaye Piyasası Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2018, s. 147.

## I. MANİPÜLASYON KAVRAMI

2499 sayılı mülga SerPK'nin "cezaî sorumluluk" kenar başlıklı 47. maddesinde sermaye piyasası alanındaki suçlar özel olarak adlandırılmaksızın bir arada düzenlenmekteydi. 6362 sayılı yürürlükteki SerPK ise sermaye piyasası alanındaki suçları 106 ve devamı maddelerinde ayrı ayrı düzenleme yoluna gitmiştir. Böylece suçlar, daha ayrıntılı ve anlaşılır bir şekilde ortaya konulmuştur<sup>6</sup>.

Mülga SerPK'de sermaye piyasası alanındaki suçlar için özel bir adlandırma yapılmamaktaydı. Manipülasyon teşkil eden davranışlar içeriden öğrenenlerin ticareti ile birlikte "piyasanın kötüye kullanılması" genel başlığı altında ele alınmaktaydı<sup>7</sup>. Buna karşılık öğretide ve uygulamada yabancı hukuk düzenlerindeki kavramlardan hareketle "içeriden öğrenenlerin ticareti" (*insider trading*) ve "manipülasyon" (*manipulation*) kavramları kullanılmaktaydı. Yürürlükteki Kanun'da ise bu kavramlar tercih edilmemiştir. Nitekim kanun koyucu içeriden öğrenenlerin ticaretini "bilgi suistimali (md. 106)"<sup>8</sup>, manipülasyon suçunu ise "piyasa dolandırıcılığı (md. 107)" olarak düzenlemiştir. Fakat, suç teşkil eden fiilleri ve yapılan davranışları daha doğru ifade ettiği için çalışmada "manipülasyon" kavramı kullanılacaktır.

Manipülasyon kavramının genel kabul gören bir tanımı yoktur. Yabancı hukuk düzenlerinde çeşitli ölçütler kullanılarak manipülasyonun tanımlanmaya çalışıldığı ancak tam ve üzerinde uzlaşmış bir tanımın yapılamadığı görülmektedir<sup>9</sup>.

Fransızca kökenli bir kelime olan manipülasyonun Türkçe anlamı "yönlendirme", "seçme, ekleme ve çıkarma yoluyla bilgileri değiştirme", "varlıkları yapıcı, açıklayıcı ve yararlı bir biçimde kullanma işi"dir<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Memiş, Tekin/Turan, Gökçen: Sermaye Piyasası Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2020, s. 212.

<sup>7</sup> Çetin, Nusret/Töremiş, Hatice Ebru/Cantimur, Zeynep: 6263 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistemik Analizi, Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2014, s. 238.

<sup>8</sup> Her içeriden öğrenenlerin ticareti bilginin kötüye kullanımı (suistimali) olsa da bilginin her kötüye kullanımıyla yapılan işlem içeriden öğrenenlerin ticareti olmadığı gerekçeyle bu adlandırma tercihi eleştirilmiştir. Bkz. Karacan, Ali İhsan: Sermaye Piyasası Hukuku Yazılar C. 1, Legal Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 492.

<sup>9</sup> Bu konuda detaylı bilgi ve açıklamalar için bkz. Manavgat, Çağlar: Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları, Bankacılık Enstitüsü, 1. Baskı, Ankara 2008, s. 7 vd.

<sup>10</sup> Akalın, Şükrü Halûk: Türkçe Sözlük, TDK Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2011, s. 1621; Ekonomi ve Hukuk Terimleri Sözlüğüne göre manipülasyon: idare etme, suistimal etme anlamlarında da kullanılmaktadır bkz. Tuğlacı, Pars: İngilizce – Türkçe Ekonomi ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, Remzi Kitabevi, 1. Baskı, İstanbul 2002, s. 310.

Hukuki bir kavram olarak manipülasyon ise “*piyasada yalan yanlış haberler yayarak ve faaliyette bulunarak piyasayı kendi çıkarları doğrultusunda yönlendirme faaliyeti*” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>11</sup>. Buna ek olarak, yabancı hukuk düzenlerinde manipülasyon, yasaklanmış fiillerle aktif bir piyasa görünümü (*appearance*) yaratarak sermaye piyasası aracının değerinin artırılması veya azaltılması olarak tanımlanmaktadır<sup>12</sup>.

Sermaye piyasası hukuku bağlamında manipülasyon ise farklı anlamlara gelmektedir<sup>13</sup>. Çeşitli tanımlar olmasına rağmen, manipülasyon, esas olarak kişinin karar alma sürecine dışarıdan yapılan bir etkiyi, doğal sürecin bozulmasını ifade etmektedir<sup>14</sup>. Şu hâlde manipülasyonu, “*menkul kıymetlerin arz ve talebinin, dolayısıyla da etkin bir piyasanın varlığının temel koşullarından biri olan fiyatların herhangi bir bilgiye ya da iktisaden anlamlı bir nedene dayanmadan etkilenmesine yönelik her türlü müdahaleler*” olarak tanımlamak mümkündür<sup>15</sup>.

Öğretide kabul edildiği üzere, kesin bir manipülasyon tanımı yapılması ve buna sıkı sıkıya bağlı kalınması, meydana gelen finansal ve teknolojik değişimler sonucunda manipülasyona vücut verecek birçok davranışı kapsayamayabileceği nedeniyle isabetli olmayacaktır<sup>16</sup>. Buna karşılık, manipülasyonun bazı özellikleriyle genel bir çerçeve çizilmesi mümkündür. Nitekim, farklı tanımlarda bile ortak olan temel nokta, *gerçek arz ve talebin karşılaşması ile fiyat oluşumu mekanizmasına müdahale edilmesi* olarak ortaya çıkmaktadır<sup>17</sup>.

Sermaye piyasası hukuku ve bu alandaki suçlar bakımından önemli düzenlemeler içeren Amerika Birleşik Devletleri’nde, kanunlarda kesin olarak verilmiş manipülasyon tanımı olmasa bile mahkeme kararlarında yapılmış birçok tanım vardır. Bu tanımların da ortak noktasını “*piyasayı yapay*

<sup>11</sup> **Yılmaz**, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 874.

<sup>12</sup> **Garner**, Bryan A.: Black’s Law Dictionary, West Yayınları, 9. Baskı, ABD 2009, s. 1048.

<sup>13</sup> **Evik**, Ali Hakan: Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 75 vd.

<sup>14</sup> **Baysal**, İbrahim Onur: Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2011, s. 24.

<sup>15</sup> **İMKB**; Sermaye Piyasası ve Borsa Temel Bilgiler Kılavuzu, İMKB Yayınları, İstanbul 2011, s. 335.

<sup>16</sup> **Baysal**, s. 24.

<sup>17</sup> **Manavgat**, s. 8.



olarak etkileme” ve “yatırımcıları aldatma” amacıyla işlemler yapılması oluşturmaktadır<sup>18</sup>.

Bir görüşe göre manipülasyonu sadece görünürde işlemlerle sınırlı olarak değerlendirmemek gerekmektedir. Bu görüşün taraftarları, gerçek bir piyasa işleminden farklı görünmediği hâlde işlem yapanın amacı fiyatı yükseltmek veya düşürmek olduğunda bu işlemlerin de manipülatif işlem olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler<sup>19</sup>.

Diğer bir görüşe göre manipülasyon kavramını kamuyu aydınlatma yaklaşımıyla açıklamak gerekmektedir. Salt gerçek amacı ve durumu gizlemek için yapılan ve bu suretle kazanç elde edilen işlemler manipülatif davranış olarak değerlendirilmelidir. Bu anlayış, manipülasyon tanımlarında kullanılan “gerçek arz ve talebi yansıtmayan işlemler”, “bilerek yapma” gibi unsurların belirsiz olması nedeniyle kullanılamayacağını, arz veya talebin yapaylığını belirlemenin sübjektif olduğunu, ayrıca her işlemin maddi kazanç amacıyla yapılmasından bahisle “bilerek yapma” unsurunun belirleyici olamayacağını belirtmektedir<sup>20</sup>.

Bir başka görüş ise manevi unsurun ön planda tutulması gerektiğini vurgulamıştır. Buna göre, menkul kıymet alım ve satımı yaparken yapay arz veya talep yaratmak amacı güdülmeyen sürece manipülasyonun oluşmayacağı kabul edilmiştir. Salt yatırım amacıyla büyük miktarda menkul kıymet satın alan veya satan yatırımcının bu işlemi nedeniyle piyasa fiyatlarının etkileneceğini bilmesi bu işlemi manipülatif hâle getirmeyecektir<sup>21</sup>.

Buna karşılık son dönemde manipülasyonun “serbest piyasa koşullarına müdahale”den hareketle tanımlanması eğilimi ağırlık kazanmıştır<sup>22</sup>. Manevi unsurla ilgili ispat sorunları ve manipülasyondan doğan cezai ve hukuki sorumluluğun ortaya konmasındaki güçlükler nedeniyle objektif sorumluluğa doğru bir eğilim başlamış ve manipülasyonun sınırları genişletilmiştir.

*The Forum of European Securities Commissions*’ın (FESCO) raporunda<sup>23</sup> manipülasyon, yapılan işlemlerin arz, talep, fiyat ve piyasanın işlem

<sup>18</sup> “Santa Fe Industries, Inc. v. Green”, “Ernst & Ernst – Hochfelder”, “Schreiber-Burlington Northern, Inc.” kararları hakkında bkz. **Manavgat**, s. 9.

<sup>19</sup> Steve Thel’in ileri sürdüğü bu görüş için bkz. **Manavgat**, s. 10.

<sup>20</sup> **Manavgat**, s. 11.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> **Manavgat**, s. 12; **FESCO**; Market Abuse (FESCO’s response to the call for views from the Securities Regulators under the EU’s Action Plan for Financial Services), Fransa 2010.

<sup>23</sup> 2000 yılında yayımlanan bu rapor Avrupa’da düzenleyici otoritelerin manipülasyon konusundaki ortak görüşünü yansıtmakta ve AB Direktifi’ne ışık tutma amacı taşımaktadır.

hacmi üzerindeki etkisi dikkate alınarak açıklanmıştır. Finansal araçların arz, talep ve fiyatına ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim veren ya da vermesi muhtemel olan; arz ve talebin karşılıklı ilişkisine müdahale eden, finansal araçların fiyatı veya hacmi üzerinde olağan dışı ya da yapay etkiler yaratan veya yaratması muhtemel olan işlemler ve emirler manipülatif olarak nitelendirilmiştir. Manipülasyonun sınırlarını oldukça genişleten bu tanıma göre, yapılan işlemler, mâli aracın arz, talep ve fiyatı hakkında yanlış izlenim uyandırırorsa manevi unsura bakılmaksızın manipülatif olarak nitelendirilebilecektir<sup>24</sup>.

Rapor'un 25. maddesinde bu yaklaşım açıkça görülmektedir<sup>25</sup>. Buna göre, özel bir manipülasyon kastı, aldatma veya kişisel kazanç sağlama amacı veya bilerek işlem yapma gibi unsurlara "market abuse" ve dolayısıyla manipülasyon tanımlarında yer verilmemesi gerekmektedir. FESCO'nun manipülasyonun sınırlarını genişletmesinin tehlike yaratabileceği endişesi Rapor'a da yansımıştır<sup>26</sup>. Yasaklanan davranışlar tüketici bir liste olmayacak şekilde 22. maddede<sup>27</sup>, yasak kapsamında değerlendirilmeyecek işlemler ise 23. maddede<sup>28</sup> sayılmıştır. Bu maddelere göre finansal araçlar

<sup>24</sup> Bu rapora göre sermaye piyasalarında yatırımcıyı kötüye kullanmaya yönelik işlemler, İngiltere'de olduğu gibi piyasa bozucu işlemler (*market abuse*) olarak ortak bir çatı altında toplanmış ve bu bağlamda: (i) içeriden öğrenenlerin ticareti, (ii) yanlış veya yanıltıcı bilgi yaymak ve (iii) fiyat manipülasyonuna yer verilmiştir. Bkz. **Manavgat**, s. 12.

<sup>25</sup> Bu tespit, özellikle kısa dönemlerde yoğun işlemler yapan yatırımcılar bakımından risk oluşturacağı ileri sürülmüştür. Yine, manipülasyonun unsurları arasında belirtilen "yapay fiyat" oluşumunun yanı sıra, fiyat ve hacim üzerindeki "anormal etki" de manipülasyon kapsamına alınmıştır. Oluşan hacim ve/veya fiyatın yapaylığı sonucuna ulaşılmasına rağmen anormal bir etkinin oluştuğu tespit edilirse, manipülasyonun varlığı kabul edilecektir. Bir diğer anlatımla, bu işlemler manipülatif bir amaç taşımaya dahi fiyat ve işlem hacmi üzerinde yarattığı etki nedeniyle manipülatif sayılabilecektir. **Manavgat**, s. 12, 13.

<sup>26</sup> "A question of particular concern to FESCO is that the definition of Market Abuse should be drafted in the form set out in this paper without adding requirements such as the infractors acting with a specific manipulative intent or with the aim to defraud or to obtain a personal enrichment or with the full knowledge of the facts. This does not of course mean that FESCO advocates a regime of strict or objective liability."

<sup>27</sup> **Manavgat**, s. 13.

<sup>28</sup> "The definition in 20(c) above is designed to prohibit, non-exhaustively, the following conduct: a) The creation of a false or misleading appearance of trading in a Financial Instrument; b) Trading by one or more persons in collaboration with each other which has the effect of securing the market price of a Financial Instrument at an abnormal or artificial level; c) The employment of any fictitious transaction or devices or any other form of deception or contrivance."

<sup>28</sup> "The definition in 20(c) above is not designed to prohibit the following conduct: a) Trading undertaken under agreed stabilisation rules; b) Trading undertaken under agreed rules governing share buyback programmes."

üzerinde yapılan işlemlerde yanlış ve yanıltıcı izlenim yaratmak, finansal araçların piyasa fiyatını anormal veya yapay düzeyde oluşturmak üzere yapılan anlaşmalı grup (*pool*) işlemleri, görünürde işlem yapılması, aldatıcı araçlar kullanılması tipik manipülasyon örnekleri arasında gösterilmiş; buna karşılık, fiyat istikrar kuralları ve pay geri alma programları çerçevesinde yapılan işlemler manipülasyon kapsamı dışında tutulmuştur<sup>29</sup>.

Manipülasyona ilişkin bir başka görüş ise yapılan alım ve satımlar arasındaki zamanı dikkate almakta, daha sonra satmak üzere büyük miktarda menkul kıymet alımı yapan, dolayısıyla fiyatları etkileyen bir aracı kurumun piyasa henüz bu alımların etkisindeyken satışa geçmesini manipülatif amaca “karine” olarak kabul etmektedir. Piyasa fiyatının bu alımın etkisinden çıkması için yeterince zaman geçmişse, satışa geçen aracı kurumun manipülatif amaçla hareket etmediğinin kabul edilmesi gerekmektedir<sup>30</sup>. Belirtmek gerekir ki “zamanlama” önemli olmasına rağmen, ancak diğer unsurlarla beraber değerlendirildiğinde manipülasyonun varlığı konusunda doğru bir sonuca ulaşmak mümkün olabilecektir<sup>31</sup>. Şu hâlde sadece zamanlama esas alınarak işlemin değerlendirilmesi isabetli olmayacaktır.

Görüldüğü üzere manipülasyon konusunda hem doktrin hem de yargısal içtihatlarda çeşitli açıklamalar yapılmış, ölçütler ileri sürülmüş, ancak herkesçe üzerinde uzlaşmış ortak bir tanıma ulaşılamamıştır. Esasen, böyle bir uzlaşmaya gerek de yoktur. Temel unsurların ve özelliklerin ortaya konulması, genel bir çerçevenin çizilmesi yeterlidir.

Manipülasyon, işleme dayalı manipülasyon (*işlem/piyasa manipülasyonu*) ve bilgiye dayalı manipülasyon (*bilgi manipülasyonu*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Öğretide kısaca, *işleme dayalı manipülasyon*, finansal araçların arz-talebini, fiyatını yapay olarak etkilemek ve bu araçların piyasasının sağlıklı bir şekilde işleyişini engellemek; *bilgiye dayalı manipülasyon* ise finansal araçların değerini etkileyebilecek yalan, yanlış ve yanıltıcı haber ve bilgi yaymak olarak tanımlanmaktadır<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> Bu görüş için bkz. **Manavgat**, s. 14; Manipülatif kabul edilen bazı işlemlerde, işlemler arasındaki zamanın da dikkate alınabileceğine ilişkin bkz. **SPK**; Hisse Senedi Piyasasında Manipülasyon, Kullanılan Yöntem Örnekleri, Manipülatif İşlem Kalıbı Örnekleri, Korunma Yolları, Ankara 2003, s. 1.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> **Çetin**, s. 454, 455.

## II. SERMAYE PİYASASI KANUNU'NUN DÜZENLEMESİ

SerPK, öğretide yapılan ayrımı benimseyerek 107. maddenin birinci fıkrasında işleme dayalı manipülasyonu, ikinci fıkrasında ise bilgiye dayalı manipülasyonu düzenlemiştir. Buna göre:

“(1) Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapanlar, emir verenler, emir iptal edenler, emir değiştirilenler veya hesap hareketleri gerçekleştirenler üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatten az olamaz.

(2) Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayan ve bu suretle menfaat sağlayanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.”

## III. SUÇUN HUKUKİ KONUSU

Suçun hukuki konusu (*hukuksal değer*), suçu öngören norm tarafından korunan ve suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir<sup>33</sup>. Bütün normlar bir hukuki varlık veya menfaati korurlar<sup>34</sup>. Bu nedenle her suçun bir hukuki konusu vardır<sup>35</sup>. Fakat bazı suçlar, birden fazla hukuki varlık ya da menfaati koruyor olabilirler.

Yatırımcılar, sermaye piyasası araçlarının piyasalarda gördüğü işlemlerin gerçek olduğuna, fiyatların gerçek arz ve talebin karşılaşmasıyla oluştuğuna güvenirlir ve buna göre işlemler yaparlar<sup>36</sup>. Yatırımcıların piyasaya duyduğu bu güveni hukuk düzeni korumak zorundadır. Bu nedenle, manipülasyon suçunun düzenlenme amaçlarından biri piyasaya duyulan güveni korumaktır.

<sup>33</sup> **Toroslu**, Nevzat/**Toroslu**, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayıncılık, 25. Baskı, Ankara 2019, s. 109; Suçun hukuki konusu hakkında daha detaylı bilgiler için bkz. **Toroslu**, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Savaş Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 87 vd.; **Ünver**, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2003, s. 287 vd.

<sup>34</sup> **Mantovani**, Ferrando: Diritto Penale Parte Generale, Cedam, 4. Baskı, Padova 2001, s. 204.

<sup>35</sup> **Antolisei**, Francesco: Manuale di Diritto Penale Parte Generale, Giuffrè, 16. Baskı, Milano 2003, s. 175.

<sup>36</sup> **Memiş/Turan**, s. 217.

Manipülasyon suçunun hukuki konusuyla ilgili birçok farklı görüş ileri sürülmüştür. Manipülasyon suçunda korunan hukuki varlık ya da menfaatin birden fazla olduğunu vurgulayan ilk görüşe göre suçun hukuki konusu “*borsada işlem gören sermaye piyasası araçlarının yapay olarak arttırılıp azaltılmasının önüne geçilerek, kaynak dağılımının ve dolayısıyla ekonominin zarar görmesinin engellenmesi, fiyat istikrarının temini ve borsada işlem yapanların mali menfaatlerinin korunması*”dır<sup>37</sup>.

Bir diğer görüş, manipülasyon suçuyla korunmak istenen hukuki varlık veya menfaatin “*sermaye piyasası araçlarının ticaretinde tüm yatırımcıların piyasadan eşitlik ilkesi çerçevesinde yararlanmasını sağlamak ve haksız kazancı önlemek*” olduğunu belirtmektedir<sup>38</sup>.

Başka bir görüşe göre ise bu suçun hukuki konusu “*özelde sermaye piyasasının ve geniş anlamda ülke ekonomisinin korunmasının temini, diğer yandan da tasarruflarını yatırım araçlarına yatırarak gelir elde etmek isteyen yerli ve yabancı yatırımcıların korunması, böylece piyasaya olan güvenin tesisi ve korunması*”dır<sup>39</sup>.

Buna paralel bir başka farklı görüşe göre manipülasyon suçunun hukuki konusu “*ticaret hayatının özü olan ‘güven’in korunması gayesi*”dir<sup>40</sup>. Yine, korunan hukuki varlık ya da menfaatin “*asil olarak sermaye piyasasının işlerliği, etkinliği ve buna ilişkin güven*” olduğu, ülke ekonomisi ve yatırımının ise ikinci planda korundukları da ileri sürülmüştür<sup>41</sup>.

Bir başka görüş ise “*milli ekonominin ve yatırımcıların zarara uğramasının önlenmesi*”ni bu suçun hukuki konusu olarak ortaya koymaktadır<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> **Erman**, Sahir: Şirketler Ceza Hukuku, İstanbul Üniversitesi Basımevi, İstanbul 1993, s. 134.

<sup>38</sup> **Ünal**, Oğuz Kürşat: Sermaye Piyasalarında Halka Açık Ortaklıklar, Nobel Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 1999, s. 140.

<sup>39</sup> **Bayındır**, Sinan: Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2011, s. 59.

<sup>40</sup> **Sakin**, Sinan: “Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu”, International Journal of Legal Process, Vol. 2, No. 1, Y. 2016, s. 45. Benzer yönde bkz. **Geçer**, Ahmet Emrah: “Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, S. 2, Y. 2017, s. 247.

<sup>41</sup> **Yalçın**, Can: “Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Piyasa Dolandırıcılığı Suçu”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Y. 2020, s. 3496.

<sup>42</sup> **Aşkın**, Uğur: “Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 2, Y. 2018, s. 692; Benzer yönde bkz. **Barut Özger**, Emine: Sermaye Piyasası Kanununda Manipülasyon Suçu, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2017, s. 37.

Diğer bir yazara göre ise “*sermaye piyasasının serbest rekabet kurlarına göre işlemesinden beklenen ekonomik menfaat*” bu suçun hukuki konusunu oluşturmaktadır<sup>43</sup>.

Son bir görüşe göre ise manipülasyon suçunun hukuki konusu “*piyasanın etkinliği*”dir<sup>44</sup>. Bir diğer anlatımla bu suçla temel olarak amaçlanan piyasanın etkin bir şekilde çalışmasının sağlanmasıdır. Böylece, piyasanın etkin bir şekilde işlemesiyle ekonominin, yatırımcıların ve ihraççıların da menfaatleri korunmuş olacaktır<sup>45</sup>.

Öğretide bu suçla korunduğu ileri sürülen hukuki varlık veya menfaatlerin her birinin, manipülasyon suçunun düzenlenme amaçlarını oluşturduğunu söylemek mümkündür. Ceza normu, birden fazla hukuki varlık veya menfaati koruyabilmektedir. Kanun koyucu, korunan hukuki varlık veya menfaatlardan birini merkeze alarak, suçu buna göre düzenler. Suçun hukuki konusu kavramı normatif bir kavramdır. Dolayısıyla, hukuki konuyu tespit ederken suçun düzenlendiği kanun, kanunda düzenlendiği bölüm gibi normatif göstergelerin dikkate alınması zorunludur.

Manipülasyon suçu Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) değil, SerPK’de düzenlenmiştir. Kanun’un amacı 1. maddede “*sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi*” olarak belirtilmiştir. Kanun’un gerekçesinde ise Türk sermaye piyasasının uluslararası anlamda rekabet gücünün arttırılmasının hedeflendiği, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla piyasanın düzenlenip, denetlendiği vurgulanmıştır<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> **Öz**, Buket: “Türk Sermaye Piyasasında Piyasa Dolandırıcılığı Suçları”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 7, Y. 2018, s. 144.

<sup>44</sup> **Tercan**, Erkan: “İşleme Dayalı Yapay Piyasa Oluşturma (Manipülasyon) Suçu ve Bu Suçla İlgili Hareketlerin Elverişliliği Tartışması”, BATİDER, C. XXVI, S. 31, Y. 2010, s. 165; Ayrıca bkz. **SPK**, s. 3.

<sup>45</sup> **Baysal**, s. 33; “*Bu çerçevede işleme dayalı manipülasyon ile bilgiye dayalı manipülasyon suçlarının korudukları hukuksal değerlere bakıldığında, konunun esasen sermaye piyasası hukukuna ve sermaye piyasası suçlarına ilişkin saptamalarda da öne çıkan, ‘piyasanın işlevselliği’ ve ‘yatırımcının korunması’ şeklindeki iki temel hukuksal değerle bağlantılandırıldığı görülmektedir. Ancak burada öncelikli hukuksal değer, sermaye piyasalarının işlevselliği, buna ilişkin güvendir.*” **Dursun**, Selman: Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 271.

<sup>46</sup> **Tekinalp**, Ünal/Çamoğlu, Ersin: Sermaye Piyasası Hukukunun Temel İlkeleri ve Gerekçeli Sermaye Piyasası Kanunu, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2018, s. 90.

Manipülasyon suçunun düzenlendiği yer ve bu suçun düzenlenme gerekçesi; suçun sermaye piyasasının etkin bir şekilde çalışmasına zarar verdiği gerçeğiyle birlikte ele alınmalıdır. Nitekim, manipüle edilen bir piyasaya güven duyulamaz ve bu piyasanın etkin şekilde çalışması beklenemez. Buradan hareketle, manipülasyon suçunun hukuki konusu, piyasaların etkin bir şekilde çalışabilmesine ilişkin menfaattir<sup>47</sup>. Etkin bir piyasanın temini ile öğretide ileri sürülen diğer varlık ve menfaatler de korunabilecektir.

#### IV. SUÇUN MAĞDURU

Suçun mağduru (*pasif süjesi*) ceza normu tarafından korunan ve suç tarafından ihlal edilen, yani suçun hukuki konusunu oluşturan hukuki varlık veya menfaatin sahibi veya hamilidir<sup>48</sup>. Bu nedenle, suçun mağduru kavramını suçun hukuki konusu üzerinden tanımlamak gerekmektedir.

Öğretide bir görüş, tüzel kişilerin suçun mağduru olamayacağından hareketle, manipülasyon suçunun mağdurunun sadece gerçek kişiler olabileceğini ileri sürmektedir<sup>49</sup>. Bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Mağdurun belirlenmesi bakımından önemli olan husus, bazı varlık veya menfaatlerin, birtakım topluluklar çevresinde kümelenmesidir<sup>50</sup>. Bu doğrultuda tüzel kişiliği bulunmayan toplum, aile, devletler topluluğu gibi topluluklara karşı da suçlar işlenebilmekte; kanun bunlara ait birtakım varlık veya menfaatleri koruyabilmektedir. Bir diğer anlatımla, bu topluluklar veya tüzel kişiler suçun mağduru olabilmektedir.

Manipülasyon suçunun hukuki konusunun piyasaların etkin bir şekilde çalışabilmesine ilişkin menfaat olduğu düşünüldüğünde, bu menfaatin sahibi veya hamili “toplum” olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle manipülasyon suçunun mağduru “toplum”dur<sup>51</sup>. Manipülasyon suçu sonucunda mâli hakları somut olarak zarara uğrayan kimseler de (örneğin yatırımcılar, ihraççılar gibi) bu suçtan zarar gören kimseler olacaktır.

<sup>47</sup> 28 Ocak 2003 tarihli Direktif’in 12. paragrafına göre manipülasyonun yasaklanmasının amacı finansal piyasanın doğru ve dürüst bir şekilde işlemlerini sağlamaktır bkz. Directive 2003/6/EC of The European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (*market abuse*).

<sup>48</sup> **Toroslu/Toroslu**, s. 114; **Mantovani**, s. 239; Suçun mağduru konusunda daha detaylı bilgi için bkz. **Katoğlu**, Tuğrul: “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, AÜHFD, C. 61, S. 2, Y. 2012, s. 657 vd.

<sup>49</sup> **Bayındır**, s. 105-106.

<sup>50</sup> **Katoğlu**, s. 657.

<sup>51</sup> Aynı yönde **Yalçın**, s. 3496.

## V. SUÇUN MADDİ KONUSU

Suçun mağduru ve maddi konusu (*suçun konusu*) bazı durumlarda örtüşse de birbirinden farklı kavramlardır<sup>52</sup>. Bu nedenle iki kavramın birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Suçun maddi konusu, tipik fiilin (*davranışın*) üzerinde gerçekleştirilmesi zorunlu olan insan veya şeydir<sup>53</sup>. Her suçun bir mağduru vardır; fakat her suçta bir maddi konu olmayabilir.

Bir görüşe göre, manipülasyon suçu etkisini her zaman sermaye piyasası aracı üzerinde göstermemektedir. Zira, fiyatların etkilenmediği durumlarda da manipülasyon suçu oluşabilmektedir. Bu nedenle, suçun maddi konusunun doğrudan "*piyasanın kendisi*" olduğunu ileri sürülmüştür. Keza, sermaye piyasası araçlarının fiyatının etkilenmesi veya etkilenmesi tehlikesinin olması hâlinde bile suç, etkisini piyasanın kendisi üzerinde göstermektedir<sup>54</sup>. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Piyasa, maddi (somut) bir varlığı haiz olmadığı için suçun maddi konusu olamaz. Buna ilaveten, maddi konu kavramı davranışın üzerinde gerçekleştirilmesi zorunlu olan kişi veya şey olarak tespit edildiğinde; genel sonucun neyin üzerinde ortaya çıkacağından hareketle maddi konuyu belirlemeye çalışmak isabetli olmayacaktır.

Öğretideki bir başka görüşe göre manipülasyon suçunun maddi konusu "*sermaye piyasası araçları*"dır<sup>55</sup>. Mevzuat tarafından belirlenen ve piyasaya arz edilen fona karşılık el değiştiren araçlar olan<sup>56</sup> sermaye piyasası araçları, sermaye piyasası hukukunun konusunu teşkil eden, ihraca, halka arza, ikincil piyasada işleme konu olan ve şartları bu piyasanın kurallarına göre belirlenen araçlar olarak tanımlanmaktadır<sup>57</sup>. SerPK'ye göre sermaye piyasası araçları "*menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası*

<sup>52</sup> **Mantovani**, s. 239.

<sup>53</sup> **Toroslu/Toroslu**, s. 110.

<sup>54</sup> Mülga SerPK md. 47/A-II'ye göre aktif piyasa izlenimi oluşturulması hâlinde manipülasyon suçu işlenmiş olacaktır. Aktif piyasa izleniminin oluşturulduğu hâllerde suçun etkisi sermaye piyasasının üzerinde değil, doğrudan piyasanın kendisi üzerinde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, suçun maddi konusu olarak sadece sermaye piyasası aracını belirtmenin eksik kalacağı ileri sürülmüştür, ayrıca bkz. **Baysal**, s. 44; fakat maddi konu bakımından davranışın üzerinde gerçekleştirildiği kişi veya şey esas alınmaktadır. Oysa bu görüş, suçun etkisinin genelde neyin üzerinde doğacağını esas alarak maddi konuyu tespit etmeye çalışmaktadır ve bu nedenle de isabetli değildir.

<sup>55</sup> **Evik**, s. 142; **Bayındır**, s. 107.

<sup>56</sup> **Bahtiyar**, Mehmet: Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2019, s. 8.

<sup>57</sup> **Adıgüzel**, Burak: Sermaye Piyasası Hukuku, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2019, s. 143.



*araçlarını*” kapsamaktadır (md. 3/1-ş). Buna paralel bir diğer görüşe göre ise işleme dayalı manipülasyon suçunda maddi konunun sermaye piyasası araçları olduğu, ancak bilgiye dayalı manipülasyon suçu bakımından böyle bir sınırlamanın olmadığı belirtilmiştir<sup>58</sup>. Suçun maddi konusunun “piyasa” olduğunu ileri süren görüş için yapılan eleştirileri bu görüşe de yöneltmek mümkündür.

Suçun maddi konusu, davranışın üzerinde gerçekleştirilmesi zorunlu olan “kişi” ya da “şey” olarak tanımlandığından, maddi konunun cismani, somut olması gerekmektedir. Bu nedenle her şeyden önce, sermaye piyasası araçlarının somut bir “şey” olup olmadığının incelenmesi gerekir. Örneğin, sermaye piyasası araçlarının çevrimiçi ortamlarda veya çeşitli uygulamalarda alınıp-satılması durumunda, bu araçların maddi bir “şey” olduğunu söylemek mümkün değildir. Maddi bir varlığı haiz olmayan “şeyler” ise suçun maddi konusu olamazlar.

## VI. SUÇUN FAİLİ

Suçun faili (*aktif süjesi*) ceza hukuku bağlamında hukuka aykırı fiili işleyen kimsedir<sup>59</sup>. TCK’de tüzel kişilerin cezai sorumluluğu kabul edilmiştir<sup>60</sup>. Fakat tüzel kişiler hakkında TCK md. 60 kapsamında güvenlik tedbirlerine başvurulabilmesi mümkündür. Nitekim, SerPK’nin 114. maddesi, manipülasyon suçunun bir tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi hâlinde tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağını düzenlemiştir.

Mülga SerPK’de “bilgiye dayalı manipülasyon suçu”nu düzenleyen m. 47/A-3’teki “...açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamayan...” ifadesi nedeniyle suçun fail bakımından ayrıma gidilmekteydi.

İşleme dayalı manipülasyon suçu bakımından alım satım yapan herkes fail olabilmekteydi<sup>61</sup>. Bilgiye dayalı manipülasyon suçunda ise “...yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi vermek, haber yaymak, yorum yapmak...” bakımından yine herkes fail olabilmekte; ancak “...açıklamakla yükümlü

<sup>58</sup> Dursun, s. 275.

<sup>59</sup> Toroslu/Toroslu, s. 107; Antolisei, s. 173.

<sup>60</sup> Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2018, s. 530; TCK’nin gerekçesinde, Anayasa’da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının sonucu olarak ancak gerçek kişilerin suçun faili olabileceği ve bunlar hakkında ceza yaptırımına hükmedilebileceği vurgulanmıştır. Özgenç, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2005, s. 279.

<sup>61</sup> Baysal, s. 48.

*olunan bilgileri açıklamama...*” durumu bakımından failin özellik arz ettiği ve bunun bir özgü suç olduğu kabul edilmekteydi. Gerçekten de “*açıklamakla yükümlü olduğu bilgileri açıklamama*” durumunda yalnızca bilgi açıklama yükümlülüğü altında olan kimseler<sup>62</sup> fail olabileceğinden, burada özgü suç söz konusuydu<sup>63</sup>.

Ancak Yürürlükteki SerPK m. 107/II’de bilgiye dayalı manipülasyon suçu (*bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu*) bakımından “*...açıklamakla yükümlü olduğu bilgileri açıklamayan...*” ifadesi kaldırılmıştır. Kanun’a göre “*... sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayan ve bu suretle menfaat sağlayanlar...*” bilgiye dayalı manipülasyon suçunu işleyebileceğinden herkes bu suçun faili olabilecektir.

Mülga SerPK’de “*... bunlarla birlikte hareket edenler*” ifadesine yer verilmiş ve birlikte hareket edenlerin de fail gibi cezalandırılacağı öngörülmüştü. 6362 sayılı SerPK ile beraber bu ifade kanun metninden çıkarılmıştır.

Yine yürürlükteki SerPK m. 107/I’de düzenlenen işleme dayalı manipülasyon suçu (*işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı*) bakımından da “*...sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapan, emir veren, emir iptal eden, emir değiştiren veya hesap hareketleri gerçekleştiren*” herkes bu suçun faili olabilecektir.

## VII. SUÇUN UNSURLARI

### A. Maddi Unsur

#### 1. İşleme Dayalı Manipülasyon Suçu Bakımından

Mülga SerPK’de işleme dayalı manipülasyon suçu “*yapay olarak sermaye piyasası araçlarının arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla alım ve satım yapmak*” şeklinde düzenlenmişti.

<sup>62</sup> Bu kimseler mülga SerPK m. 16/A’da sayılan kişilerdi. 16/A-2’de “*Hisse senetleri borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem gören anonim ortaklıkların yönetim kurulu üyeleri, genel müdür ve yardımcıları ile sermayenin %10 veya daha fazlasına sahip olan ortakları, malik oldukları anonim ortaklıklara ait hisse senetleri ile ilgili olarak Kurulun kamuyu aydınlatma açısından gerekli gördüğü bilgileri belirlenecek şekil ve esaslar dahilinde Kurula ve ilgili borsalara ve teşkilatlanmış diğer piyasalara bildirmekle yükümlüdürler.*” denilmekteydi.

<sup>63</sup> Özgü suç hakkında bkz. **Toroslu/Toroslu**, s. 107, 108.

6362 sayılı SerPK’de ise “piyasa dolandırıcılığı” kenar başlıklı 107. maddenin birinci fıkrasında işleme dayalı manipülasyon suçu düzenlenmiştir. Buna göre suçun maddi unsuru sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapmak, emir vermek, emir iptal etmek, emir değiştirmek veya hesap hareketleri gerçekleştirmektir.

Öncelikle mülga SerPK’deki düzenleme ile 6362 sayılı SerPK’deki düzenleme arasındaki değişiklikleri incelemekte fayda vardır.

Mülga SerPK’de “*alım ve satım yapmak*” şeklinde yer alan ifadede “ve” bağlacının kullanılması, sadece alım işlemi veya sadece satım işlemi yapıldığında bu suçun oluşmayacağı anlamına gelebileceğinden hatalıydı. 6362 sayılı SerPK’de “ve” bağlacının yerine “veya” bağlacının kullanılması isabetli olmuştur.

Mülga SerPK düzenlemesi hukuki konudan hareketle, alım satım haricindeki “*emir verme*” gibi işlemleri de maddi unsur içinde değerlendirmeye ihtiyacı için haklı olarak eleştirilmiştir<sup>64</sup>. Ceza hukuku tekniği açısından her ne kadar korunan hukuki menfaat bağlamında “*emir verme*” gibi davranışlar manipülasyona yol açabilirse de kanunilik (yasallık) ilkesi gereğince “*emir verme*” işlemi maddi unsur içinde yer almadığından; salt emir vermenin “teşebbüs” olarak değerlendirildiği belirtilmiştir<sup>65</sup>. Fakat belirtmek gerekir ki bu ihtimalde emir vermenin iştirak hükümleri çerçevesinde ele alınması gerekmektedir.

2003/6/EC sayılı Direktif’in etkisiyle 6362 sayılı SerPK’de alım ve satım haricinde “*emir verme, emir iptal etme, emir değiştirme veya hesap hareketleri gerçekleştirme*” işlemleri de bu kapsamda sayılmış ve daha detaylı bir düzenleme yapılmıştır. Bu değişikliğin isabetli olduğunu söylemek mümkündür.

Belirtmek gerekir ki suçun emrin iptali şeklinde işlenebilmesi için önceki emrin Kanun’da belirtilen saikle verilmiş olması gerekmez. Tamamen hukuka uygun verilmiş bir emir olsa bile, daha sonradan emrin iptal edilmesi veya değiştirilmesi “*sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla*” gerçekleştirilmiş ve elverişli kabul edilebilecek nitelikteyse suç işlenmiş olacaktır<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Bkz. **Baysal**, s. 69.

<sup>65</sup> **Şensoy**, Deniz: “Manipülasyon; Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, Uygulanacak Tedbirler ve Yaptırımlar”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Y. 2013, s. 387.

<sup>66</sup> **Sakin**, s. 47.

Hareketin elverişli olması her suç bakımından gereklidir. İşleme dayalı manipülasyon suçu bakımından da maddi unsur kapsamında yer alan hareketlerin “*elverişli olması*” yani sermaye piyasası araçlarının fiyatlarında, fiyat değişimlerinde, arz ve taleplerinde yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırabilecek nitelikte olması zorunludur<sup>67</sup>.

Manipülasyon suçu bir tehlike suçudur. Bu suçtaki tehlike, piyasa etkinliğinin bozulması tehlikesidir. Dolayısıyla hareketlerin bu tehlikeyi yaratmaya elverişli olması gerekmektedir. Nitekim, Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda hareketin elverişli olması gerektiğini vurgulamıştır<sup>68</sup>.

Hareketin elverişli kabul edilmesi için sermaye piyasası araçlarının fiyatını etkileyebilecek nitelikte olması gerekmektedir. Amaç piyasanın düzgün bir şekilde işlemesi olduğundan, piyasanın etkinliğine sadece sermaye piyasası araçlarının fiyatını etkilemeye elverişli hareketlerle zarar verilebileceğini düşünmek isabetli olmayacaktır<sup>69</sup>. Ayrıca, elverişlilik bakımından her somut olayda ayrı değerlendirme yapmak gerekmektedir. Buna göre işlemlere konu olan sermaye piyasası araçlarının özellikleri, işlemin yapılma zamanı gibi hususlar da elverişliliği belirlerken dikkate alınmalıdır.

Bilindiği üzere suçun maddi unsurunu oluşturan davranış, hareket (yapma biçiminde davranış, davranma) veya ihmâl (yapmama biçiminde davranış, davranmama) biçiminde olabilir. Yapma biçimindeki bir davranışla gerçekleştirilen suçlar hareket suçlarıdır<sup>70</sup>. İşleme dayalı manipülasyon suçunun maddi unsurunu “*alım veya satım yapma, emir verme, emir iptal*

<sup>67</sup> “İşlem Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı”: <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/AltSayfa/757>, s.e.t. 27.02.2021; **Evik**, s. 176, 177.

<sup>68</sup> “Sanıkların 7.2.1995 ve 4.8.1995 tarihleri arasında İMKB’da işlem gören i..... Holding hisselerini sistematik ve bilinçli bir şekilde düzenli aralıklarla alım satımını yaparak fiyatların olağanüstü artmasına sebep olduklarından bahisle kamu davası açılmış olup yargılama aşamasında oluşturulan bilirkişiler heyetince kesin kanaat bildirilmemiş bulunması karşısında, Üniversitelerden bu konuda uzman bilirkişilere yeniden inceleme yaptırılarak, sanıkların belirtilen dönemlerdeki alım satımlarının şirket sermayesini tekabül eden miktarı, sanıkların aralarındaki varlığı iddia edilen bağlantının bilinçli bir şekilde oluşup oluşmadığı, bu alım satımların piyasadaki arz talebi etkileyecek oranda bulunup bulunmadığı ve normal bir yatırımcının gerçekleştirdiği şekilde tasarruf ve kar amaçlı senet alım satımını yoksa piyasayı etkileyecek düzeyde manipülasyonun mu mevcut olup olmadığı dolayısı ile yasa da belirtilen suç unsurlarının oluşup oluşmadığı konusunda İMKB ve aracı kurumlardaki belgelerde getirtilerek oluşacak sonuca göre suç vasfı ve sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi...” Yarg. 7. CD., T. 24.11.1999, E. 1999/9795, K. 1999/11487.

<sup>69</sup> **Baysal**, s. 77.

<sup>70</sup> **Toroslu/Toroslu**, s. 138.

*etme, emir değiştirme veya hesap hareketleri gerçekleştirme*” hareketleri oluşturmaktadır. Bu nedenle işleme dayalı manipülasyon suçu icrai bir suç olup, ihmali davranışlarla bu suçun gerçekleştirilmesi mümkün değildir. İşleme dayalı manipülasyon suçu kanunda sayılan hareketlerle işlenebileceğinden “seçenekli”<sup>71</sup> (*seçimlik*) hareketli suç”tur.

Kanun’a göre failin gerçekleştirdiği işlemler sonucunda bir menfaat sağlanmışsa hükmedilecek adli para cezası sağlanan menfaatten az olamayacaktır. Bu hüküm bakımından önemli olan ve vurgulanması gereken nokta failin malvarlığında bir artışın meydana gelmesinin yanı sıra zarardan korunmanın da “*menfaat*” olarak değerlendirilmesi gerektiğidir<sup>72</sup>.

Manipülatif işlemlerden bazılarında değinmekte yarar vardır. Mevzuatta manipülasyona ilişkin yöntemlere yer verilmemiş olmasının kanunilik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür<sup>73</sup>. Ancak, kanunda tüketici bir liste yapılmamış olması, tüm manipülatif yöntemleri kapsayacak bir düzenleme yapmak mümkün olmadığı için isabetli olmuştur. 6362 sayılı SerPK 108. maddesinde bilgi suistimali veya manipülasyon suçu sayılmayan hâlleri belirtmiştir<sup>74</sup>. Bununla beraber Kanun’da açıkça belirtilmemiş olsa da SPK yol gösterici olması açısından, kendinden kendine işlemlerin (*wash sales*) veya tarafların işlemde önce anlaşarak aynı fiyat ve miktardan, eş zamanlı olarak girdikleri emirlerin karşılaşması sonucunda gerçekleşen işlemlerin

<sup>71</sup> İtalyanca “*alternativo*” kavramının karşılığı olarak “seçimlik” ifadesi Türk hukukunda ilk kez Prof. Dr. Nurullah Kunter tarafından kullanılmıştır. Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, o dönem “seçenek” ve “seçenekli” sözcükleri Türkçe sözlüklerde yer almamaktaydı. Günümüzde “seçenekli” teriminin kullanılmasının, dil açısından daha isabetli olacağı hakkında bkz. **Selçuk**, Sami: “Kavramlar, Adlandırmalar ve Kararlar”, Yargıtay Dergisi, C. 19, S. 4, Y. 1993, s. 411, dn. 1.

<sup>72</sup> **Şensoy**, s. 388.

<sup>73</sup> Bu konuda bkz. **Baysal**, s. 81.

<sup>74</sup> “*Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Sayılmayan Hâller*  
Madde 108 – (1) Aşağıdaki hâller bilgi suistimali veya piyasa dolandırıcılığı sayılmaz:  
a) TCMB ya da yetkilendirilmiş başka bir resmî kurum veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından para, döviz kuru, kamu borç yönetim politikalarının uygulanması veya finansal istikrarın sağlanması amacıyla işlem yapılması  
b) Kurul düzenlemelerine göre uygulanan geri alım programları, çalışanlara pay edindirme programları ya da ihraççı veya bağlı ortaklığının çalışanlarına yönelik diğer pay tahsis edilmesi  
c) Kurulun bu Kanun kapsamındaki fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlere ve piyasa yapıcılığına ilişkin düzenlemelerine uygun olarak icra edilmeleri kaydıyla, münhasıran bu araçların piyasa fiyatının önceden belirlenmiş bir süre için desteklenmesi amacıyla sermaye piyasası araçlarının alım veya satımının yapılması yahut emir verilmesi veya emir iptal edilmesi.”

manipülasyon için kullanılan klasik yöntemler olduğunu fakat bu yöntemlerin sınırlı olmadığını belirtmiştir<sup>75</sup>. Yine, tek seferde yapılabilecek miktara ve büyüklüğe sahip bir işlemin çok kısa zaman aralıklarıyla parça parça aynı fiyattan ya da yapılmak istenen etkiye göre bir alt ya da bir üst fiyat adımından seri hâlde iletilen emirlerle yapılması da manipülasyon suçuna vücut verebilecektir<sup>76</sup>. Sermaye piyasası araçlarında gerçek anlamda mülkiyet değişikliğine yol açmayan alım satımlar, fiyat adımlarını yükselterek seri hâlde yapılan tek lotluk işlemler, sermaye piyasası aracında yoğunluk yaratma (*runs*), arzı kısma (*corners*), manipülatif açığa satışlar da yapay piyasa oluşturan davranışlar olarak kabul edilmektedir<sup>77</sup>. Bunlara ek olarak SPK, yatırımcıların özellikle dikkat etmesi gereken hususları da açıkça ortaya koymuştur<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> “İşlem Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı”: <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/AltSayfa/757>, s.e.t. 27.02.2021.

<sup>76</sup> Manipülasyon türleri hakkında daha detaylı bilgi için bkz. **Manavgat**, s. 139-167; Ayrıca bkz. **Chambers**, Nurgül: “Sermaye Piyasalarında Manipülasyon ve İMKB’deki Örnekleri”, Muhasebe ve Finansman Dergisi, S. 24, Y. 2004, s. 62-72.

<sup>77</sup> **Adıgüzel**, s. 350.

<sup>78</sup> “Yatırımcılar pay işlemi gerçekleştirirken pay piyasasında meydana gelen fiyat hareketlerinin, pay ihraç eden şirketle veya piyasayla ilgili olarak mevzuat gereği kamuya açıklanmış olan yahut basında yer alan yeni bir bilgilerden kaynaklanıp kaynaklanmadığına dikkat etmelidirler. Borsa İstanbul, olağanüstü fiyat hareketlerinin meydana geldiği dönemlerde, ihraççı şirketten fiyat hareketlerine neden olabilecek kamuya açıklanmamış bir bilgi olup olmadığı konusunda kamuya açıklama yapılmasını istemeye yetkili kılınmıştır. Dolayısıyla, olağanüstü fiyat hareketlerinin olduğu dönemlerde bu açıklamalar dikkatle takip edilmelidir. Eğer kamuya açıklanan bilgilerle izah edilemeyecek nitelikte fiyat ve miktar hareketleri bulunmakta ise, yatırımcılar ihtiyatlı davranmalıdırlar.

*Borsa İstanbul pay piyasasında işlem gören payların pazar bazında gruplandırılmış olması dikkate alınarak, yatırımcıların söz konusu pazarların belirlenme esasları, gruplar arası pay senedi geçişleri ve söz konusu pay senedi ile ilgili işlem kuralları hakkında bilgi sahibi olmaları gerekmektedir.*

*Aynı şekilde, yatırımcıların halka arzlarda şirketle ilgili bilgilerin yer aldığı izahname ve sirkülerleri okuyarak, yatırım kararlarını buna göre vermeleri yerinde olacaktır. İzahname ve sirküler ile kamuya açıklanan bilgileri daha çabuk, kolay ve doğru şekilde değerlendirebilmek amacıyla, Kurulumuzca yetkilendirilen kuruluşların hizmetlerinden yararlanılması da mümkündür.*

*Pay piyasasında meydana gelen suni artışın kimler tarafından gerçekleştirildiği yolunda bilgi edinen yatırımcıların, fiyat artışlarından kazanç sağlamak için söz konusu kişilerin işlem yaptığı payı satın aldıkları ancak çoğunlukla bu payı zamanında satarak piyasadan çıkmadıkları için zarar ettikleri görülmektedir.*

*Yatırımcıların bu yöndeki işlemleri, aslında piyasa dolandırıcılarının amacına ulaşması için gerekli talebi ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle yatırımcıların işlem stratejilerini söz konusu kişilerden bağımsız olarak kendileri oluşturmaları önem arz etmektedir. Yine*

Mülga SerPK'nin düzenlemesinde olduğu gibi 6362 sayılı SerPK'de de manipülasyon, "tehlike suçu" olarak düzenlenmiştir. SPK'ye göre bu suçun neticesi sermaye piyasası araçlarının fiyatının etkilenmesi tehlikesidir. Yasa koyucunun amacı sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının, fiyat değişimlerinin, arz ve taleplerinin yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandıracak şekilde etkilenmesine yönelik işlem gerçekleştiren kişilerin cezalandırılmasıdır<sup>79</sup>.

Aynı zamanda bir sırf hareket suçu olan manipülasyon suçunun tamamlanmış sayılması için korunan varlık veya menfaatin sadece tehdit edilmiş olması yeterli sayılmaktadır<sup>80</sup>. İşleme dayalı manipülasyonun hareketini oluşturan alım veya satım, emir verme, emir iptal etme, emir değiştirme veya hesap hareketleri gerçekleştirme, yapıldığı anda bertaraf edilmek istenen tehlikeye sebep olacağından suç tamamlanmış olacaktır. Bununla beraber öğretide tehlikenin gerçekleşmesinin bir "netice" olarak aranması gerektiğini savunanlar da vardır<sup>81</sup>.

*uygulamada piyasa dolandırıcılarının satışta zorlukla karşılaşmaları halinde, payları değişik aracı kurumlarda değişik yatırımcıların hesaplarına virmanlayarak, çok sayıda hesaptan satış yapılmasını sağladıkları görülmektedir. Bu nedenle yatırımcıların kendi işlemleri dışında başka yatırımcılar için işlem yapmaması, bu tür işlemler için aracı olmaması gerekmektedir.*

*Müşteri hesaplarından, müşteri dışında sadece müşteri tarafından noter marifetiyle düzenlenmiş vekâletname ile yetkilendirilmiş kişilerce işlem yapılabilir.*

*Yatırımcıların hesaplarında işlem gerçekleştirmek üzere başkalarına vekâlet vermeleri durumunda, hesaplarının ileride piyasa dolandırıcılığı amacıyla kullanılmaması bakımından vekil tayin edecekleri kişiyi iyi tanımaları, yatırım kararlarına itibar etmeleri ve güven duymaları büyük önem taşımaktadır.*

*Diğer yandan, yatırımcıların paylara yapılacak yatırımlar konusunda kendilerine yapılan telkinlerin ve yatırım tavsiyelerinin, belirli bir grup tarafından gerçekleştirilen piyasa dolandırıcı işlemlere hizmet etme amacını taşıyabileceğini göz önünde bulundurarak, bu bilgileri piyasa koşulları ve kendi yatırım kararları çerçevesinde değerlendirmeleri gerekmektedir. Aksi takdirde, yatırımcılar anılan yönlendirmeler üzerine gerçekleştirdikleri işlemlerle, piyasa dolandırıcılığı amacıyla birlikte hareket eden bir gruba hizmet edebilirler. Bu nedenle, piyasa koşullarını değerlendirerek yatırımlarını yönlendirme konusunda yeterli bilgi ve tecrübesi olmayan yatırımcıların, Kurulumuz düzenlemeleri uyarınca yatırım danışmanlığı ve portföy yöneticiliği konusunda yetki belgesi almış kuruluşlarla sözleşme yaparak, yatırım kararlarını profesyonel kişilerin yardımı ile almalarında fayda görülmektedir." "Yatırımcıların Dikkat Etmesi Gereken Hususlar": <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/AltSayfa/760>, s.e.t. 27.04.2021.*

<sup>79</sup> "İşlem Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı": <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/AltSayfa/757>, s.e.t. 27.04.2021.

<sup>80</sup> Bkz. **Balan**, Arzu: Ekonomik Bir Suç Olarak Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen İşleme Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2019, s. 170 vd.

<sup>81</sup> **Evik**, s. 183.

İşleme dayalı manipülasyon suçu neticesiz bir suç olduğu için nedensellik bağının incelenmesi önem arz etmez. Kanun'un bertaraf etmek istediği tehlike, hareketin yapılması anında doğacağından, bir başka anlatımla suç hareketle tamamlanacağından nedensellik bağından söz edilemez.

## 2. Bilgiye Dayalı Manipülasyon Suçu Bakımından

Mülga SerPK'de bilgiye dayalı manipülasyon suçu "*sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi veren, haber yayan, yorum yapan ya da açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamayan gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır*" şeklinde düzenlenmekteydi.

Mülga SerPK'nin düzenlenmesine göre bilgiye dayalı manipülasyon suçunun maddi unsuru "*yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi vermek, haber yaymak, yorum yapmak ya da açıklamakla yükümlü olduğu bilgileri açıklamamak*" olarak düzenlenmişti.

6362 sayılı SerPK'nin 107. maddesinin II. fıkrası ise bilgiye dayalı manipülasyon suçunu "*sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayan ve bu suretle menfaat sağlayanlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar*" şeklinde düzenlemiştir. Avrupa Birliği (AB) düzenlemelerinde yer alan haber niteliğinde olmasa dahi söylenti çıkarma, rapor hazırlama gibi davranışlar AB düzenlemelerine uyum kapsamında bu maddeye alınmıştır.

Suçun maddi unsurunu incelemeden önce bu iki düzenleme arasındaki farklara bakmakta fayda vardır. Mülga SerPK'de yer alan "*açıklamakla yükümlü olduğu bilgileri açıklamamak*" ifadesi 6362 sayılı SerPK'de yer almamıştır. Mülga SerPK döneminde belli kişilerin bilgi açıklamakla yükümlü olduğundan bahisle burada özgü suç söz konusu olduğu ve bilgiyi açıklamama davranışının ihmali olduğu ileri sürülmekteydi. Gerçekten de "*açıklamakla yükümlü olduğu bilgileri açıklamama*" davranışı diğer manipülatif hareketlerin aksine hem ihmali bir davranıştı hem de ancak belirli kişiler tarafından gerçekleştirilebilmekteydi<sup>82</sup>.

<sup>82</sup> Bir görüşe göre borsaya kayıtlı şirketler, SPK'nin "Sermaye Piyasasında Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliği" kapsamında finansal raporlarını, "Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği" kapsamında kamuya açıklamalarını, SPK ve Borsa İstanbul AŞ düzenlemeleri kapsamında kamuya açıklanması



Mülga SerPK'nin 16/A maddesinde kimlerin bilgi açıklamakla yükümlü olduğu belirtilmekteydi<sup>83</sup>. Ve ancak bu kişiler bakımından "açıklamakla yükümlü olduğu bilgiyi açıklamama" söz konusu olabilmekteydi. 6362 sayılı Kanun'da bu maddi unsura yer verilmemesi suçun failini etkilemiştir. 6362 sayılı Kanun ile bilgiye dayalı manipülasyon suçunun faili artık herkes olabilecektir.

6362 sayılı Kanun'da yer alan *yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verme, söylenti çıkarma, haber verme, yorum yapma veya rapor hazırlama ya da bunları yayma* davranışlarına kısaca değinmek gerekmektedir<sup>84</sup>. Öğretide belirtildiği üzere, bu kadar iç içe ve benzer olan kavramların düzenlemede ayrıca sayılmasının nedeni kimi durumların kapsam dışında kalma riskini ortadan kaldırmaktır<sup>85</sup>.

Manipülasyon suçu bakımından *bilgi*, bir şirketin iktisadi durumu, hatta bu durumu etkileyebilecek nitelikte olmak kaydıyla ortakların kişisel ya da ailevi ilişkileri hakkında failce bilinen hususların başkalarına aktarılması olarak belirtilmiştir<sup>86</sup>. Örneğin, bir şirketin iktisadi durumunun aslında çok

---

gereken diğer hususları kamuya açıklamakla yükümlü olduklarından hareketle, madde metninde eksik bilgi verilmesi ya da açıklanması gereken bilginin açıklanmaması hususunun düzenlenmesine gerek duyulmadığı, bu konunun idari düzenlemelerde de ele alınmasının uygun görüldüğü şeklinde değerlendirme yapmak gerekmektedir bkz. **Şensoy**, s. 390.

<sup>83</sup> "Kamunun Aydınlatılmasında Özel Durumlar Madde 16/A – (Ek: 29/4/1992 - 3794/16 md.) Halka açık anonim ortaklıkların sermaye ve yönetiminde kontrolü sağlamak amacıyla pay sahiplerine çağrıda bulunarak, hisse senedi toplama girişiminde bulunulmasında veya genel kurullarda oy hakkını kullanmak için vekalet istenmesinde veya ortaklığın pay dağılımının önemli ölçüde değişmesi sonucu veren, hisse senedi el değiştirmelerinde, sermaye artırımlarında, birleşme ve devirlerde, menkul kıymetlerin değerini etkileyebilecek önemli olay ve gelişmelerden Kurul, küçük pay sahiplerinin korunması ve kamunun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla düzenlemeler yapar. Hisse senetleri borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem gören anonim ortaklıkların yönetim kurulu üyeleri, genel müdür ve yardımcıları ile sermayenin %10 veya daha fazlasına sahip ortakları, malik oldukları anonim ortaklıklara ait hisse senetleriyle ilgili olarak, Kurulun kamuya aydınlatma açısından gerekli gördüğü bilgileri, belirlecek şekil ve esaslar dahilinde Kurul ve ilgili borsalara ve teşkilatlanmış diğer piyasalara bildirmekle yükümlüdürler."

<sup>84</sup> Bilgiye dayalı manipülasyon suçu bakımından yalan, yanlış veya yanıltıcı olma koşulu ve bu koşulun mahiyeti hakkında detaylı bilgi için bkz. **Okuyucu Ergün**, Güneş: "Bilgiye Dayalı Manipülasyon Suçu Kapsamında "Yalan, Yanlış veya Yanıltıcı" Olma Koşulunun Mahiyeti", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, Y. 2021, s. 110 vd.

<sup>85</sup> **Okuyucu Ergün**, s. 112, 113.

<sup>86</sup> **Erman**, s. 141.

iyi veya kötü olduğu, en büyük hissedarın yurt dışına kaçtığı veya kaçacağı gibi bilgiler bu kapsamdadır. Bu tanım doğru olmakla beraber eksiktir; zira, Kanun yalan, yanlış, yanıltıcı bilgi vermeyi de bu kapsamda değerlendirdiği için verilen bilginin mutlaka bilinmesine gerek yoktur. Fail pek tabii bilmediği bir bilgiyi biliyormuş ve o bilgi doğruymuş gibi davranarak bu suçu işleyebilecektir<sup>87</sup>. Kanun, sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların kararını etkilemek amacıyla bahsettiğinden buna neden olabilecek her türlü bilginin bu kapsamda yer alması gerekir.

*Yanıltıcı haber, bilgi, söylenti, yorum veya rapor* bakımından “yalan”-dan farklı olarak bir gerçeklik payı mevcuttur. Fakat, haber veya bilginin verilmiş tarzı ve yorumun yapılış biçimi başkasını aldatıcı niteliktedir<sup>88</sup>. Özellikle bilgi ve haberlerin abartılması, yanlış sonuçlara götürecek yorumların yapılması bilgiye dayalı manipülasyon suçuna vücut verebilecektir<sup>89</sup>.

*Haber*, iletişim veya yayın organlarıyla verilen bilgi olarak tanımlanmaktadır<sup>90</sup>. *Yaymak* ise birden çok kimseye duyurmak anlamındadır<sup>91</sup>. Bu tanımlar beraber değerlendirildiğinde “*haber yaymak*”, suçun oluşmasına sebep olabilecek, sermaye piyasası aracının değerini etkileyebilecek nitelikte bir bilginin birçok kişiye duyurulması şeklinde tanımlanabilir. Bu haberin de tıpkı bilgide olduğu gibi mutlaka şirketin veya şirketle ilgili kişilerin durumuna yönelik olması gerekmez. Sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların kararını etkileyebilecek her türlü haber bu kapsamda değerlendirilmelidir. Haber yayılırken kullanılan vasıtanın da bir önemi yoktur.

*Söylenti* ise ağızdan ağıza dolaşan, kesinlik kazanmayan haber, rivayet olarak tanımlanmaktadır<sup>92</sup>. Söylenti çıkarma, sermaye piyasası aracının değerini etkileyebilecek nitelikte kesinlik kazanmamış, netleşmemiş bir bilginin ortaya atılmasıdır. Bilgi ve haber bakımından belirtildiği üzere söylenti çıkarma açısından da sadece şirket veya şirketle ilgili kişilerin durumuna yönelik söylentinin çıkarılması değil, sermaye piyasası aracının değerini etkileyebilecek her türlü söylenti bu kapsamdadır.

<sup>87</sup> 2003/6/EC Direktifinde, verilen bilginin doğruluğundan şüphe edenler olsa dahi manipülasyonun oluşacağı, ancak hiç kimsenin bilgiye inanmaması hâlinde bilginin fiyat üzerinde herhangi bir etkisi olmayacağından manipülasyonun oluşmayacağı ifade edilmiştir. Bkz. **Baysal**, s. 106.

<sup>88</sup> **Şensoy**, s. 390.

<sup>89</sup> **Adıgüzel**, s. 351, 352.

<sup>90</sup> **Akalın**, s. 1019.

<sup>91</sup> **Akalın**, s. 2558.

<sup>92</sup> **Yılmaz**, s. 1250.

*Yorum*, bir olayı belli bir görüşe göre açıklamak, değerlendirmektir<sup>93</sup>. Bilgi vermek ya da haber yaymaktan farklı olarak yorumda, yorum yapan kişinin öznel düşünceleri yer almaktadır<sup>94</sup>. Bir görüşe göre farklı kişilere seri hâlde elektronik posta gönderilmesiyle bir hisse senedinin alınmasının tavsiye edilmesi bu bağlamda ele alınabilir<sup>95</sup>. Daha önce de belirtildiği üzere sermaye piyasası aracının değerini etkileyebilecek her türlü yorum bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Yorumun mutlaka şirket veya şirketle ilgili kişilerle alakalı olması aranmayacaktır.

*Rapor* ise herhangi bir işte, belirli bir konuda yapılan incelemenin, araştırmanın sonucunu, bununla ilgili düşünceleri veya tespit edilenleri bildiren yazı olarak tanımlanmaktadır<sup>96</sup>. Rapor, yoruma kıyasla daha nesnel ve tekniktir.

Bilgi verme, söylenti çıkarma, haber verme, yorum yapma ve rapor hazırlama hareketlerinin “*yalan, yanlış veya yanıltıcı*” olması gerektiği konusunda belirtilmiştir. *Yalan*, bilerek gerçeğe aykırı olarak söylenen sözdür<sup>97</sup>. *Yanlış* ise bir kurala, ilkeye, gerçeğe uymama, aykırı olma, hatalı olma durumudur<sup>98</sup>. Suç açısından kastedilen, yanlış olduğu bilinerek verilen bilgi, haber veya yorumdur. *Yanıltıcı* kavramı, yanıltma özelliği olan, sofistike anlamındadır<sup>99</sup>. Hareketler açısından aranan bu şartların ortak özelliği “*gerçeğe aykırı*” değildir. Belirtmek gerekir ki hareketin tamamen gerçeğe aykırı olması gerekmez, içinde doğru bilgiler de olsa bütünü itibarıyla yalan, yanlış, yanıltıcı olduğu söylenebilen bilgi, haber, yorum, söylenti ve raporlar bu suça vücut verecektir<sup>100</sup>.

Elverişlilik açısından, işleme dayalı manipülasyon suçunda yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Bu noktada bilgiye dayalı manipülasyon suçunda, bilgi verme, haber yayma, söylenti çıkarma, yorum yapma, rapor yazma ve bunları yayma hareketlerinin nispeten geniş bir kitleye yayılması, iletilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>101</sup>. Fakat daha isabetli bir görüşe göre hare-

<sup>93</sup> Akalın, s. 2608.

<sup>94</sup> Baysal, s. 108.

<sup>95</sup> Bu konuda bkz. Baysal, s. 109.

<sup>96</sup> Akalın, s. 1964.

<sup>97</sup> Yılmaz, s. 1477.

<sup>98</sup> Akalın, s. 2523.

<sup>99</sup> Akalın, s. 2521.

<sup>100</sup> Baysal, s. 110.

<sup>101</sup> Evik, s. 230. Yazar, bu görüşünü desteklemek amacıyla “benzer” bir suç olan İtalyan CK'nin 501. maddesi ile ilgili bir davada İtalyan Yargıtay'ının “...çok az sayıda kişiye

ketin muhatabının sermaye piyasasındaki etkisi, bir diğer anlatımla piyasaya yapabileceği etki, geniş bir kitlenin yapabileceği etkiden daha güçlü olabilir. Ayrıca Kanun'da haber verme, bilgi verme ayrı ayrı düzenlendiğinden, muhatap geniş bir kitle olmasa da bu suçun oluşabileceğini kabul etmek gerekir<sup>102</sup>.

Netice bakımından 2015 yılında yapılan değişiklikle, bilgiye dayalı manipülasyon suçu bakımından “*sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek, söylenti çıkarmak, haber vermek, yorum yapmak veya rapor hazırlamak ya da bunları yaymak*” şeklindeki davranışlar yeterli sayılmamakta; bu davranışların sonucunda menfaat sağlanmış olması da aranmaktadır. Mevcut düzenlemeye göre fail bu hareketleri gerçekleştirmiş olsa da bu hareketler neticesinde bir menfaat sağlamamışsa suç tamamlanmamış olacaktır<sup>103</sup>. Bu düzenlemede menfaat şartının aranmış olması eleştirilebilir. Çünkü, fail bir menfaat sağlamamış olsa bile davranışıyla piyasanın işleyişini bozmuş olabilir. Suçun hukuki konusu da dikkate alındığında, fail tarafından bir menfaat elde edilmemiş olsa bile hukuken korunan varlık veya menfaatleri ihlal etmesi mümkündür.

Nedensellik bakımından fail, bu menfaati metinde bahsedilen hareketlerden bir veya birkaçının neticesinde elde etmiş olmalıdır. Kanun maddesinde bu durum “...*bu suretle...*” ifadesiyle açıkça vurgulanmıştır.

### 3. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Sermaye piyasasındaki bazı işlemler yapıları itibariyle suç oluşturan fiillere benzemektedir. Bunların bir kısmı fiili gerçekleştiren kurumun görev tanımına girdiğinden bir kısmı ise fiile kanunen izin verildiğinden SerPK md. 108 uyarınca hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir<sup>104</sup>.

İşleme dayalı manipülasyon suçu bakımından AB Direktif’inde manipülasyon kapsamına girmeyecek durumlar düzenlenmiştir. Buna göre kabul edilmiş piyasa uygulamaları, geri alım programları ve fiyat istikrarı kapsamında yapılan işlemler manipülatif kabul edilmemiş, diğer bir ifade ile Direktif açısından piyasayı etkileyebilecek işlemlerin bu kapsamlarda işlenmesi hukuka uygunluk nedeni olarak öngörülmüştür.

---

*duyurulan yalan haberin suça vücut vermeyeceği*” kararını örnek verse de iki suç arasında önemli fark olduğu için bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir.

<sup>102</sup> Baysal, s. 129.

<sup>103</sup> Aynı yönde bkz. Sakin, s. 66; Menfaat konusunda ayrıca bkz. Yalçın, s. 3505, 3506.

<sup>104</sup> Çetin/Töremiş/Cantimur, s. 242, 243.

Bu doğrultuda 6362 sayılı Kanun'un 108. maddesinde bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı sayılmayan hâller belirtilmiştir. Buna göre “a) TCMB ya da yetkilendirilmiş başka bir resmî kurum veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından para, döviz kuru, kamu borç yönetim politikalarının uygulanması veya finansal istikrarın sağlanması amacıyla işlem yapılması b) Kurul düzenlemelerine göre uygulanan geri alım programları, çalışanlara pay edindirme programları ya da ihraççı veya bağlı ortaklığının çalışanlarına yönelik diğer pay tahsis edilmesi c) Kurulun bu Kanun kapsamındaki fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlere ve piyasa yapıcılığına ilişkin düzenlemelerine uygun olarak icra edilmeleri kaydıyla, münhasıran bu araçların piyasa fiyatının önceden belirlenmiş bir süre için desteklenmesi amacıyla sermaye piyasası araçlarının alım veya satımının yapılması yahut emir verilmesi veya emir iptal edilmesi” durumlarında manipülasyon suçu oluşmayacaktır.

Öğretide, adi iflasın müflisin şahsında meydana getireceği hak kayıpları nedeniyle sadece mala değil aynı zamanda şerefe yönelik kayıplara da sebep olacağından bahisle, iflas tehlikesinden kaçınma amacıyla manipülasyon yapılmasının zorunluluk durumunun (zaruret hâlinin) kabulüne yol açabileceği ileri sürülmüştür. Fakat değerlendirme yapılırken, konkordato gibi zararı bertaraf edebilecek başka yolların varlığının da irdelenmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>105</sup>. Bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Bir kere TCK m. 25/II’de düzenlenen zorunluluk durumunun söz konusu olabilmesi için mutlak bir tehlikenin olması gerekmektedir. Yani, tehlikenin bir zarara sebebiyet vereceği konusunda herhangi bir kuşku bulunmamalıdır<sup>106</sup>. Ayrıca, kanunda açık hüküm bulunmamasına rağmen zorunluluk durumu “tehlikeye göğüs germe yükümlülüğü” olan kişilere uygulanmaz. Çünkü, tehlikeye göğüs germe yükümlülüğü olan kişilerin, kendilerini korumak için başkalarına zarar vermeleri kabul edilemez<sup>107</sup>. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 18. maddesinin II. fıkrasına göre tacirler, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde “basiretli” bir iş adamı gibi hareket etmek zorundadır. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün kapsamında ticari işletmeyi iflastan koruma da yer aldığından; “basiretli” davranması gereken kişinin, iflası önlemek için manipülasyon suçu işleyerek, zorunluluk durumundan yararlanabileceğini düşünmek mümkün değildir.

<sup>105</sup> Erman, s. 70, 145.

<sup>106</sup> Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, 10. Baskı, İstanbul 2017, s. 326.

<sup>107</sup> Toroslu/Toroslu, s. 177.

Bilgiye dayalı manipülasyon suçunda hukuka uygunluk nedeni bakımından ise düşünce özgürlüğü ve haber verme özgürlüğünün değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasa'nın 26. maddesine göre herkes düşünce ve kanaatlerini açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Ancak bilgiye dayalı manipülasyon suçunda yasaklanan hareketlerin özelliği, yalan, yanlış ve yanıltıcı olmasıdır. Bu nedenle bu bilgilerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi düşünülemez<sup>108</sup>. Ayrıca, Anayasa'nın 26. maddesinin II. fıkrasında “*bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir*” düzenlemesi yer almaktadır. Buradan hareketle bilgiye dayalı manipülasyon suçunun haber verme özgürlüğünün sınırını oluşturduğu ileri sürülmüştür<sup>109</sup>. Bu sınırlama olmasaydı dahi yalan bilginin hukuk düzenince korunması düşünülemezdi.

Bununla beraber bir bilginin, haberin, yorumun tipik olması için yalan, yanlış veya yanıltıcı olması gerekmektedir. Düşünce açıklama ve yayma özgürlüğünün kapsamındaki bilgiler bu özelliklere sahip olmadığından zaten suça vücut vermeyecektir.

Haber verme hakkı bakımından ise bu hakkın korunması için verilen haberin “şekli” olarak gerçek olması gerekli ve yeterlidir<sup>110</sup>. Bu durumda şekli olarak gerçek görünen haberin daha sonra yalan, yanlış veya yanıltıcı olduğu anlaşılabilir bile haber verme hakkı kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Zira, manevi unsur açısından suçun oluşması için haberin yalan, yanlış veya yanıltıcı olduğunun bilinmesi gerekmektedir<sup>111</sup>.

<sup>108</sup> Baysal, s. 134.

<sup>109</sup> Dursun, s. 332.

<sup>110</sup> Nitekim, yazara göre gazeteci mutlak gerçeği bulmakla yükümlü değildir. Bu nedenle, haberin verildiği sıradaki olgulara, genel anlayış ve kavrayış biçimine uygun haberin gerçek haber olarak anlaşılması gerektiği, bu hâlde açıklanan bilginin gerçeğe aykırı olduğu sonradan ortaya çıksa bile yayın fiilinin hukuka uygun olduğu ifade edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Özek, Çetin: Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, Alfa Basım Yayın, 1. Baskı, İstanbul 1999, s. 252; Bununla birlikte, gerçek bir olaya gerçeğe aykırı eklemelerin yapılması hâlinde haberin “gerçek olma” özelliğini ortadan kaldırmayacağı hakkında bkz. Dönmezer, Sulhi/Bayraktar, Köksal: Basın Hukuku, Beta Yayınevi, 5. Baskı, İstanbul 2013, s. 239.

<sup>111</sup> Şensoy, s. 391.

### B. Manevi Unsur

İşleme dayalı manipülasyon suçu kasıtlı bir suçtur. Bu nedenle, sonucun bilinmesi ve istenmesi gerekmektedir. Tehlike yaratma ihtimali olmadığı düşünülerek yapılan alım, satım, emir verme, emir iptal etme, emir değiştirme veya hesap hareketleri gerçekleştirme, bilme ve isteme hususlarını içermediği için suça vücut vermeyecektir<sup>112</sup>. Bir diğer anlatımla fiyatları, arz ve talebi ve yatırım kararını etkileyebilecek sair göstergelerin etkilenme tehlikesinin bilinmesi ve istenmesi gerekmektedir<sup>113</sup>.

İşleme dayalı manipülasyon suçu için genel kasıt yeterli olmayıp, kanun koyucu tarafından özel kastın varlığı aranmaktadır. Özel kasıt, failin özel bir amaçla hareket etmesinin gerekli kılındığı hâllerde söz konusu olup, özel kastın olmaması durumunda suç oluşmamaktadır<sup>114</sup>. İşleme dayalı manipülasyon suçu bakımından Kanun sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla hareket edilmesini aramaktadır. Suçun oluşması için bu amaçla hareket edilmiş olması gerekmektedir. Bir diğer anlatımla, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırma amacının failde var olması zorunludur<sup>115</sup>.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki *alım veya satım yapma, emir verme, emir iptal etme, emir değiştirme veya hesap hareketleri gerçekleştirme* işlemleri, tek başına yasal görünümde olan hukuk düzeninin müsaade ettiği ve sık yapılan işlemlerdir. Bu işlemler kural olarak, her zaman hukuka uygundur. Bu nedenle manipülasyon suçunun belirlenmesinde yapılan işlemde ziyade, manevi unsurun varlığı ayrı bir önem taşımaktadır. Dolayısıyla her suç bakımından olduğu gibi, manipülasyon suçunun oluşup oluşmadığının belirlenmesi için manevi unsurun dikkatlice incelenmesi kaçınılmazdır.

<sup>112</sup> Erman, s. 145.

<sup>113</sup> Sakin, s. 67.

<sup>114</sup> Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 12. Baskı, Ankara 2018, s. 352.

<sup>115</sup> Bkz. Yarg. 19. CD., T. 11.02.2019, E. 2018/7815, K. 2019/4066; Mülga SerPK döneminde arz ve talebi etkileme aracının “fiyatları artırmak, azaltmak veya aynı seviyede tutmak” ve “aktif piyasa izlenimi uyandırma”nın aracı olduğu gerekçesiyle ayrıca zikredilmesine gerek olmadığı belirtilmiştir. Buna karşılık, arz ve talebi etkilemenin fiyatı etkilemenin bir aracı olduğuna katılan diğer görüş, arz ve talebi etkilemenin her koşulda fiyatın etkilenmesiyle sonuçlanmayabileceğini ileri sürmüştür. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Baysal, s. 90 vd.

Bilgiye dayalı manipülasyon suçu bakımından ise 6362 sayılı SerPK ile kastın türü değişmiştir. Mülga SerPK’de herhangi bir özel amaçla hareket edilmesi aranmamaktaydı. Ancak 6362 sayılı SerPK ile bilgiye dayalı manipülasyon suçu bakımından özel kasıt öngörülmüştür. Buna göre, failin sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Failin unsurlar hakkındaki bilgisizliği ve yanılgısı; bir diğer anlatımla, bilgi, haber, yorum veya raporun gerçek olduğunu zannetmesi ya da bunların sermaye piyasası aracının değerini etkileyebileceği konusundaki bilgisizliği özel kastı ortadan kaldıracaktır. Nitekim bu ihtimallerde sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileme amacı yoktur. Bu nedenle manevi unsurun varlığından söz etmek mümkün değildir<sup>116</sup>.

## VIII. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

### A. Suça Etki Eden Nedenler

İşleme dayalı manipülasyon suçu bakımından 6362 sayılı SerPK m. 107/III’te “etkin pişmanlık” kurumu düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık, suç tamamlandıktan sonra failin suçun meydana getirdiği sonuçları gidermeye yönelik davranışlarda bulunması olarak tanımlanabilir. Etkin pişmanlık bazen cezayı büsbütün kaldıran bazen de indirim yapılması sonucunu doğuran bir etkiye sahiptir<sup>117</sup>.

Bu düzenlemeyle, suçtan elde edilen menfaatin yeniden ekonomiye kazandırılması amaçlanmıştır.<sup>118</sup> Buna göre “işleme dayalı manipülasyon suçu işleyen kişi pişmanlık göstererek, beş yüz bin Türk Lirasından az olmak üzere, elde ettiği veya elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı miktarı kadar parayı, Hazineye; a) Henüz soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde, hakkında cezaya hükmolunmaz. b) Soruşturma evresinde ödediği takdirde, verilecek ceza yarısı oranında indirilir. c) Kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir.”

Hükümde paranın hazineye ödeneceği düzenlenmiş ancak bunun usulüne ilişkin herhangi bir bilgiye yer verilmemiştir. Bu hüküm doktrinde söz

<sup>116</sup> Dursun, s. 331.

<sup>117</sup> Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2020, s. 446, 447.

<sup>118</sup> Tekinalp/Çamoğlu, s. 87, 88.



konusu suçun mağdurunun Hazine veya Kurul olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Zira, etkin pişmanlıkta zararın belirli ölçüde giderilmesi söz konusudur. Yani, manipülasyon suçu sonucunda zarar görenlerin, uğradığı zararın giderilmesi veya tazmin edilmesi gerekirken, anılan düzenlemede Hazine'ye para ödenmektedir. Bu nedenle tam olarak bir etkin pişmanlıktan söz edilemeyeceği belirtilmiştir<sup>119</sup>.

### B. Teşebbüs

TCK md. 35'e göre kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise, işlemeyi kastettiği suça teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

Öğretide, bir tehlike suçu olan manipülasyon suçuna teşebbüsün mümkün olmadığı ileri sürülmüştür<sup>120</sup>. Fakat, suç oluşturan hareketin bir oluşum sürecinin olması, yani bu hareketin parçalara bölünebilmesi durumunda tehlike suçlarına teşebbüs mümkündür<sup>121</sup>. Manipülasyon suçu bakımından da hareketin bir süreci içermesi ve dolayısıyla bölünmeye elverişli olması hâlinde bu suça teşebbüs mümkündür. Borsada alım satım işlemlerinin yapılış usulleri dikkate alınacak olursa, hareketin kısımlara bölünebileceği açıktır<sup>122</sup>. Örneğin, manipülasyon amacıyla yapılan bir alım veya satım emrinin, aracı kuruma bildirildiği, fakat bu noktada emrin engellediği durumda yahut manipülatif emrin bir başka emirle eşleşmeden evvel tespit edilip engellenmesi durumunda işleme dayalı manipülasyon suçu teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

Bilgiye dayalı manipülasyon suçu bakımından da hareketin parçalara bölünebildiği hâllerde teşebbüs söz konusu olabilir. Örneğin, haber yayma hareketi bakımından, manipülasyon amacıyla yapılan bir gazete haberinin baskıya gönderildiği fakat bu aşamada basımın engellendiği düşünüldüğünde, bilgiye dayalı manipülasyon suçuna teşebbüs söz konusu olabilecektir.

İşleme dayalı manipülasyon suçu bakımından gönüllü vazgeçme de uygulanabilir. Bilindiği üzere fail, suçu işlemeye başladıktan sonra, suçun icra hareketlerinden vazgeçer veya suçun tamamlanmasını yahut neticenin

<sup>119</sup> Şensoy, s. 388, 389.

<sup>120</sup> Erman, s. 145.

<sup>121</sup> İpekçioğlu, Pervin Aksoy: Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 185.

<sup>122</sup> Dursun, s. 298.

gerçekleşmesini önlerse, gönüllü vazgeçmeden faydalanır<sup>123</sup>. Fail, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım emri vermiş, ancak daha sonra bunu gerçekleştirme imkânı varken emri iptal etmiş, yani hareketine son vermiş olabilir. Bu durumda, failin gönüllü vazgeçmiş olduğunu kabul etmek gerekir<sup>124</sup>.

### C. İştirak

Soyut olarak bir kişinin tek başına ihlal edebileceği bir norm, başkalarıyla bir araya gelinerek ihlal edilmişse suça iştirak söz konusu olur<sup>125</sup>. Manipülasyon suçu iştirak bakımından özellik arz etmemektedir. İştirak kurumuna ilişkin genel hükümler, manipülasyon suçu bakımından da uygulanabilecektir<sup>126</sup>.

Örneğin, alım satım emri alan aracı kurum yetkilisi bu emrin manipülatif amaçlarla verildiğini bilerek işlemi yaparsa suça iştirak etmiş olacaktır. Ancak aracı kurum yetkilisinin sorumlu olabilmesi için manipülatif faaliyetleri bilerek ve isteyerek yapması veya yardımcı olması gerekir<sup>127</sup>. Ayrıca suça katkıda bulunmasına rağmen aktif davranışla manipülasyon suçuna katılmayan ve fiil üzerinde hakimiyet kurmayan hareketlere sahip olan kişiler de iştirak hükümlerine göre sorumlu olacaktır<sup>128</sup>.

### D. İçtima

Bir kimsenin, birden çok kez ceza kanununu ihlal etmesi ve bu nedenle birden çok suçtan sorumlu olması hâlinde suçların içtimaidan (çokluğundan) söz edilir<sup>129</sup>. Mülga SerPK'nin 47. maddesinde "*diğer kanunlarda daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde*" ifadesine yer

<sup>123</sup> Detaylı bilgi için bkz. **Toroslu**, Haluk: "Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme": Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 2, Yetkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 1202 vd.

<sup>124</sup> **Bayındır**, s. 124.

<sup>125</sup> **Aydın**, Devrim: Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 32.

<sup>126</sup> İştirak konusunda detaylı bilgi için bkz. **Aydın**, s. 79 vd.

<sup>127</sup> **Sakin**, s. 58, 59.

<sup>128</sup> **Baysal**, s. 100; Bu bağlamda, Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda, borsada işlem yasaklı olan failin, işlem yapabilen kimselerle birlikte hareket ederek işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunu işlediğini ve TCK md. 37/I uyarınca müştereken (birlikte) fail olduğunu vurgulamıştır. Yarg. 19. CD., T. 30.03.2016, E. 2015/18395, K. 2016/14177. Ayrıca bkz. **Duman**, Buminhan: Sermaye Piyasası Kanunu'nda Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2020, s. 224 vd.

<sup>129</sup> **Hafizoğulları**, Zeki/Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2015, s. 354.

verilmiş ve bu nedenle de manipülasyon suçunun içtimaya uygun olmadığı ileri sürülmüştü<sup>130</sup>.

6362 sayılı SerPK’de bu ifadeye yer verilmemiştir. Mevcut düzenleme bakımından manipülasyon suçunda içtima hükümleri uygulanabilecektir.

Manipülasyon suçu bakımından zincirleme suç söz konusu olabilecektir. TCK. m. 43/1’e göre “*Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birden dörtte üçüne kadar artırılır.*” Ayrıca, mağduru belli olmayan suçlar bakımından da bunun uygulanacağı kanunda öngörülmüştür. Manipülasyon suçu bakımından piyasayı etkileyecek nitelikteki alımlar satımlar emirler yoğun olarak gerçekleşmişse, bu alım satım ve emirler tek bir suça vücut verecektir. Bir başka anlatımla, tek bir piyasayı etkileme kastıyla yapılan birden çok alım satım ve emirler ayrı ayrı fiiller olarak değerlendirilmeyecektir. Ancak belirtmek gerekir ki bu alımlar satımlar ve emirler arasındaki tek sonuca yönelik olma hâlini kesecek kadar bir zamanın geçmemiş olması gerekmektedir.

Manipülasyon suçunu işlemeyi kolaylaştırmak ya da gizlemek amacıyla başka bir suç işlenmesi hâllerinde (örneğin, failin manipülasyon suçunu daha rahat işlemek amacıyla başkası adına sahte vekaletname düzenleyerek işlem yapması ya da suçu gizlemek için işlem yapmamış gibi görünmek veya başkasını işlem yapmış gibi göstermek için sahte hesap ekstresi düzenlemesi hâlinde hem manipülasyon hem de belgede sahteciliğin olaya uygulanabilecek hükümlerinden dolayı cezalandırılacaktır)<sup>131</sup> gerçek içtima hükümleri uygulanacak ve işlenen diğer suçtan dolayı da ceza verilecektir<sup>132</sup>.

İşleme dayalı ve bilgiye dayalı manipülasyon suçlarının birlikte gerçekleştirildiği hâllerde de iki ayrı hüküm ihlal edildiğinden ve farklı fiiller söz konusu olduğundan yine gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır<sup>133</sup>.

## IX. YAPTIRIM VE MUHAKEME

Manipülasyon suçunun yaptırımını SerPK md. 107’de düzenlenmiştir. Düzenlemenin ilk fıkrasına göre “*Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı*

<sup>130</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Baysal**, s. 98.

<sup>131</sup> **Baysal**, s. 99; Verilen bu örnek bakımından ayrıca belirtmek gerekir ki TCK md. 212’de “*sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükümlenacağı*” açıkça düzenlenmiştir.

<sup>132</sup> **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 496.

<sup>133</sup> **Dursun**, s. 342.

izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapanlar, emir verenler, emir iptal edenler, emir değiştirenler veya hesap hareketleri gerçekleştirenler üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılırlar. Ancak, bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesiyle elde edilen menfaatten az olamaz.”

İkinci fıkraya göre “Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayan ve bu suretle menfaat sağlayanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılırlar.”

İlk fıkrada tanımlanan suçu işleyen kişi pişmanlık göstererek, beş yüz bin Türk Lirasından az olmamak üzere, elde ettiği veya elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı miktarı kadar parayı Hazine’ye: (a) henüz soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde ceza verilmez; (b) soruşturma evresinde ödediği takdirde verilecek ceza yarısı oranında indirilir; (c) kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde ise verilecek ceza üçte biri oranında indirilir.

Suçun tamamlanması için bir menfaat elde edilmiş olması şart değildir. Fakat menfaat elde edilmişse, bu menfaat adli para cezasının miktarı tespit edilirken dikkate alınır<sup>134</sup>.

Manipülasyon suçu bakımından yapılacak soruşturmanın usulü SerPK md. 115’te düzenlenmektedir. Buna göre SerPK’de yer alan suçlar bakımından soruşturma yapılması, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır ve bu başvuru “muhakeme şartı” niteliğindedir. Yargılama yapmaya yetkili mahkemeler ise SerPK 116. madde uyarınca, Hakimler ve Savcılar Kurulu’nun ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği asliye ceza mahkemeleridir.

## SONUÇ

Son yıllarda sermaye piyasasına duyulan ilgi ve yapılan yatırımlar artmıştır. Kesilen cezalar, kurum yetkililerince yapılan açıklamalar ve hazırlanan raporlar dikkate alındığında, manipülatif işlemlerin sayısında da doğru orantılı bir artış görülmektedir. Bu bağlamda, manipülasyon kavramının ve SerPK’de düzenlenen manipülasyon (piyasa dolandırıcılığı) suçunun unsurlarıyla ortaya konulması önem arz etmektedir.

<sup>134</sup> Yalçın, s. 3517.

Öğretide ve uygulamada üzerinde herkesin uzlaştığı bir “manipülasyon” tanımı yapılamamıştır. Esasen üzerinde uzlaşmış bir tanıma da gerek yoktur. Çünkü ortaya konulan düşünceler ve yapılan tanım denemelerinden hareketle, bu kavramın genel çerçevesi çizilebilmektedir. Hem öğretide hem Kanun’un düzenlemesinde, manipülasyonun işleme dayalı ve bilgiye dayalı manipülasyon olarak ikiye ayrıldığı görülmektedir. *İşleme dayalı manipülasyon*, finansal araçların arz-talebini, fiyatını yapay olarak etkilemek ve bunların piyasasının sağlıklı bir şekilde işleyişini engellemek; *bilgiye dayalı manipülasyon*, finansal araçların değerini etkileyebilecek yalan, yanlış ve yanıltıcı haber ve bilgi yaymak olarak tanımlanabilir.

Buradan hareketle, suçun hukuki konusu piyasaların etkin bir şekilde çalışabilmesine ilişkin menfaattir. Böylece, öğretide ileri sürülen diğer varlık ve menfaatlerin de (*örneğin piyasaya olan güven, haksız kazancın önlenmesi, milli ekonominin ve yatırımcıların zarara uğramasının önlenmesi gibi*) korunmuş olacağından şüphe yoktur. Hukuken korunan bu menfaatin hamili olarak “toplum”, manipülasyon suçunun mağdurunu oluşturmaktadır. Manipülasyon sonucunda somut olarak zarara uğrayan kişiler de suçtan zarar görendir. Her suçun bir maddi konusu olmayabilir<sup>135</sup>. Suçun maddi konusuyla ilgili farklı görüşler ileri sürülmüşse de maddi konu kavramının tabii anlamda cismani bir “şey” ya da “kişi” olarak tanımlanması durumunda, “piyasa”nın yahut çevrimiçi ortamlarda alınıp-satılabilen sermaye piyasası araçlarının bu suçun maddi konusunu oluşturamayacağı açıktır. Herkes, manipülasyon suçunun faili olabilir. Bu anlamda suç, özgü suç değildir. TCK kapsamında tüzel kişilerin cezai sorumluluğu kabul edilmediğinden, tüzel kişiler hakkında TCK md. 60 uyarınca güvenlik tedbirlerine başvurulabilecektir.

İşleme dayalı manipülasyon suçunun maddi unsuru “*yapay olarak sermaye piyasası araçlarının arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla alım ve satım yapmak*” şeklinde, seçenekli hareketli olarak düzenlenmiştir. Yine bu suç Kanun’da tehlike suçu ve aynı zamanda sırf hareket suçu olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda korunan varlık veya menfaatin sadece tehdit edilmiş olması yeterlidir.

Bilgiye dayalı manipülasyon suçunun maddi unsuru ise “*sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek, söylenti çıkar-*

<sup>135</sup> Toroslu, *Cürümler...*, s. 196.

*mak, haber vermek, yorum yapmak veya rapor hazırlamak ya da bunları yaymak ve bu suretle menfaat sağlamak” şeklinde seçenekli hareketli olarak düzenlenmiştir. Kanun, bu davranışların sonucunda menfaat sağlanmış olmasını aramaktadır.*

Manipülasyon suçu, hukuka uygunluk nedenleri bakımından bir özellik arz etmemektedir. Fakat, manipülasyon suçunun unsurları ve doğası düşünüldüğünde meşru müdafaa yahut ilgilinin rızası hukuk uygunluk nedenlerinin bu suç kapsamında gündeme gelebileceğini söylemek mümkün değildir.

İşleme dayalı manipülasyon suçu bakımından sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla; bilgiye dayalı manipülasyon suçu bakımından ise sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla hareket edilmesi gerektiğinden bu suçlar özel kasıtlı işlenebilecektir.

Nihayet, suça etki eden nedenler bakımından manipülasyon suçu herhangi bir özellik göstermemektedir. Hareketin parçalara bölünebildiği durumlarda bu suçlara teşebbüs edilmesi mümkündür. Yine, gönüllü vazgeçme kurumu ve SerPK md. 107/III uyarınca etkin pişmanlık kurumları uygulanabilecektir. Manipülasyon suçuna iştirak mümkündür. İçtima bakımından ise özellikle bir hususu vurgulanmak gerekir: İşleme dayalı ve bilgiye dayalı manipülasyon suçları birlikte gerçekleştirilmişse, iki farklı suç dolayısıyla iki farklı fiil oluşacağından, gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.

**KAYNAKÇA**

- Adıgüzel**, Burak: Sermaye Piyasası Hukuku, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2019.
- Akalın**, Şükrü Halûk: Türkçe Sözlük, TDK Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2011.
- Antolisei**, Francesco: Manuale di Diritto Penale Parte Generale, Giuffrè, 16. Baskı, Milano 2003.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, Mehmet Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 12. Baskı, Ankara 2018.
- Aşkın**, Uğur: “Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 2, Y. 2018, s. 682-710.
- Aydın**, Devrim: Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2009.
- Bahtiyar**, Mehmet: Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2019.
- Balan**, Arzu: Ekonomik Bir Suç Olarak Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen İşleme Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2019.
- Barut Özger**, Emine: Sermaye Piyasası Kanununda Manipülasyon Suçu, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2017.
- Bayındır**, Sinan: Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, Beta Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2011.
- Baysal**, İbrahim Onur: Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2011.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, 10. Baskı, İstanbul 2017.
- Chambers**, Nurgül: “Sermaye Piyasalarında Manipülasyon ve İMKB’deki Örnekleri”, Muhasebe ve Finansman Dergisi, S. 24, Y. 2004, s. 62-72.
- Çetin**, Nusret: “6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Yatırımcıların Korunması”: 6362 sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Işığında Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2017.

- Çetin**, Nusret/**Töremiş**, Hatice Ebru/**Cantimur**, Zeynep: 6263 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistematiik Analizi, Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2014.
- Dönmezer**, Sulhi/**Bayraktar**, Köksal: Basın Hukuku, Beta Yayınevi, 5. Baskı, İstanbul 2013.
- Duman**, Buminhan: Sermaye Piyasası Kanunu'nda Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2020.
- Dursun**, Selman: Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2010.
- Erman**, Sahir: Şirketler Ceza Hukuku, İstanbul Üniversitesi Basımevi, İstanbul 1993.
- Evik**, Ali Hakan: Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2004.
- FESCO**: Market Abuse (FESCO's response to the call for views from the Securities Regulators under the EU's Action Plan for Financial Services), Fransa 2010.
- Garner**, Bryan A.: Black's Law Dictionary, West Yayınları, 9. Baskı, ABD 2009.
- Geçer**, Ahmet Emrah: "Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, S. 2, Y. 2017, s. 241-270.
- Gündoğdu**, Aysel: Sermaye Piyasası Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2018.
- Hafizoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2015.
- İMKB**: Sermaye Piyasası ve Borsa Temel Bilgiler Kılavuzu, İMKB Yayınları, İstanbul 2011.
- İpekçioğlu**, Pervin Aksoy: Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2009.
- Karacan**, Ali İhsan: Sermaye Piyasası Hukuku Yazılar C. 1, Legal Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2017.
- Katoğlu**, Tuğrul: "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", AÜHFD, C. 61, S. 2, Y. 2012, s. 657-694.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2020.



- Manavgat**, Çağlar: Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları, Bankacılık Enstitüsü, 1. Baskı, Ankara 2008.
- Mantovani**, Ferrando: Diritto Penale Parte Generale, Cedam, 4. Baskı, Padova 2001.
- Memiş**, Tekin/**Turan**, Gökçen: Sermaye Piyasası Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2020.
- Okuyucu Ergün**, Güneş: “Bilgiye Dayalı Manipülasyon Suçu Kapsamında “Yalan, Yanlış veya Yanıltıcı” Olma Koşulunun Mahiyeti”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, Y. 2021, s. 106-117.
- Öz**, Buket: “Türk Sermaye Piyasasında Piyasa Dolandırıcılığı Suçları”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 7, Y. 2018, s. 137-160.
- Özek**, Çetin: Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, Alfa Basım Yayın, 1. Baskı, İstanbul 1999.
- Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2005.
- Sakin**, Sinan: “Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu”, International Journal of Legal Process, Vol. 2, No. 1, Y. 2016, s. 31-77.
- Selçuk**, Sami: “Kavramlar, Adlandırmalar ve Kararlar”, Yargıtay Dergisi, C. 19, S. 4, Y. 1993, s. 403-439.
- Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2018.
- SPK**: Hisse Senedi Piyasasında Manipülasyon, Kullanılan Yöntem Örnekleri, Manipülatif İşlem Kalıbı Örnekleri, Korunma Yolları, Ankara 2003.
- Şensoy**, Deniz: “Manipülasyon; Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, Uygulanacak Tedbirler ve Yaptırımlar”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Y. 2013, s. 369-399.
- Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Sermaye Piyasası Hukukunun Temel İlkeleri ve Gerekçeli Sermaye Piyasası Kanunu, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2018.
- Tercan**, Erkan: “İşleme Dayalı Yapay Piyasa Oluşturma (Manipülasyon) Suçu ve Bu Suçla İlgili Hareketlerin Elverişliliği Tartışması”, BATİDER, C. XXVI, S. 31, Y. 2010, s. 163-180.

- Toroslu**, Haluk: “Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme”: Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 2, Yetkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2009.
- Toroslu**, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Savaş Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2019. (Kısaltma: *Cürümler...*)
- Toroslu**, Nevzat/**Toroslu**, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayıncılık, 25. Baskı, Ankara 2019.
- Tuğlacı**, Pars: İngilizce – Türkçe Ekonomi ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, Remzi Kitabevi, 1. Baskı, İstanbul 2002.
- Ünal**, Oğuz Kürşat: Sermaye Piyasalarında Halka Açık Ortaklıklar, Nobel Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 1999.
- Ünver**, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2003.
- Yalçın**, Can: “Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Piyasa Dolandırıcılığı Suçu”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Y. 2020, s. 3483-3525.
- Yılmaz**, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2011.

#### Çevrimiçi Kaynaklar

- “Yeni’ler borsada kayıp yaşatabilir”: <https://www.sozcu.com.tr/2021/ekonomi/yeniler-borsada-kayip-yasatabilir-6220674/amp/>, s.e.t. 25.02.2021.
- “Borsada yerli ve yabancı ayrıştı, yabancı payı düştü”: <https://www.sozcu.com.tr/2021/ekonomi/borsada-yerli-ve-yabanci-ayristi-yabanci-payi-dustu-6271248/>, s.e.t. 25.02.2021.
- “İşlem Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı”: <http://www.spk.gov.tr/indexpage.aspx?pageid=757&submenuheader=null>, s.e.t. 15.05.2017
- “İşlem Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı”: <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/AltSayfa/757>, s.e.t. 27.02.2021.
- “Manipülatörler SPK kışkacında”: <https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/manipulatorler-spk-kiskacinda/1871890>, s.e.t. 25.02.2021.
- “Yatırımcıların Dikkat Etmesi Gereken Hususlar”: <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/AltSayfa/760>, s.e.t. 27.02.2021.



**HASILATA BAğLI İŞLERDE  
SÖZLEŞMESEL İLİŞKİ VE FAZLA ÇALIŞMA OLGUSU**  
**Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02.03.2021 Tarihli**  
**Kararının İncelenmesi**  
*(Karar İncelemesi)*

**Arş. Gör. Ercan UZUN\***

**Öz**

*İş ilişkilerinde haftalık çalışma sürelerinin aşılması halinde fazla çalışma olgusu ortaya çıkmakta ve fazla çalışılan sürenin ücretinin ödenmesi zorunluluğu doğmaktadır. Ancak bazen işin niteliği, işçinin özellikleri ve kararlaştırılan ücret miktarı bu zorunluluğu kaldırabilmekte veya değiştirebilmektedir. Karara konu olayda da taraflar arasında sözleşmesel ilişkinin türü ve fazla çalışma ücreti konusunda anlaşmazlık bulunmakta, bu anlaşmazlığa ise ücretin hasıllata göre değişmesi neden olmaktadır. Çalışmamızda öncelikle taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiyi inceleyecek ardından hasıllata bağlı işlerde fazla çalışma ve fazla çalışma ücreti üzerine değerlendirmelerde bulunacağız.*

**Anahtar Kelimeler**

*İş sözleşmesi, Kira sözleşmesi, Hasıllat, Fazla çalışma, Fazla çalışma ücreti*

**CONTRACTUAL RELATIONSHIP AND OVERTIME IN  
REVENUE DEPENDENT JOBS**  
**Analysis of Assembly of Civil Chamber of Court of Cassation's**  
**Decision Dated 02.03.2021**  
*(Judgement Review)*

**Abstract**

*In business relations, when the weekly working hours are exceeded, it arised to pay for the overtime period. However, sometimes the nature of the job, the characteristics of the employee and the agreed wage can remove or change*

---

\* İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, İzmir (ercan.uzun@bakircay.edu.tr), ORCID: 0000-0002-3752-5885 (Geliş Tarihi: 24.06.2021-Kabul Tarihi: 17.08.2021)

*this obligation. In the case, there is a disagreement between the parties about the type of contractual relationship and overtime wage, and this disagreement is caused by the variation of the wage according to the revenue. In our study, we will first examine the contractual relationship between the parties and then evaluate overtime and overtime wages in revenue-dependent jobs.*

**Keywords**

*Labour contract, Lease agreement, Revenue, Overtime, Overtime wage*

## I. İNCELEMAYA KONU YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI / 02.03.2021, 2018/388 E., 2021/190 K.<sup>1</sup>

### Dava

Taraflar arasındaki “işçilik alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Bakırköy 13. İş Mahkemesince verilen davanın kısmen kabulüne ilişkin karar taraf vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir. Direnme kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

### Karar

#### Davacı İsteminin Özeti

*Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin 2001 yılı Mart ayından iş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın feshedildiği 03.07.2013 tarihine kadar davalıya ait ticari takside şoför olarak 05:00-15:00 saatleri arasında çalıştığını ileri sürerek, ödenmeyen kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla çalışma ve yıllık izin ücreti alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.*

#### Davalı Cevabının Özeti

*Davalı vekili cevap dilekçesinde; davacı ile müvekkili arasındaki hukuki ilişkinin işçi-işveren ilişkisi olmayıp hasılat kirası olduğunu, bu nedenle görevsizlik kararı verilmesi gerektiğini, davacının müvekkili nezdinde işçi olarak çalıştığını kabul etmemekle birlikte davacıya ait istifa dilekçesi sunduklarını belirterek davanın reddini savunmuştur.*

#### İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti

*Bakırköy 13. İş Mahkemesinin 24.02.2015 tarihli ve 2013/523 E., 2015/83 K. sayılı kararı ile; davacının davalıya ait ticari takside çalıştığı, davalı işverenin sahibi olduğu ticari taksiyi satması üzerine iş sözleşmesini haklı neden olmaksızın feshettiği, ticari taksilerde şoför olarak çalışan işçilerin günlük elde ettiği hasılatın belli bir miktar mal sahibine vermek, kalan hasılatın ise o günün ücreti olarak işçiye kalması şeklinde ticari bir teamül bulunduğu, bu şekildeki ücret ödeme sisteminde ne kadar çalışırsa çalışsın*

<sup>1</sup> (Yargıtay Karar Arama-23.05.2021).

mal sahibine verilen miktarın değişmeyeceği, ticari taksi sahibinin günlük kendisinin aldığı miktardan ayrıca şoföre fazla çalışma ücreti ödemesi hâlinde fazla çalışmanın tamamen kendi aleyhine olacağı, bu nedenle fazla çalışma ücreti talebinin reddedildiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

### **Temyiz Başvurusu**

Bakırköy 13. İş Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde taraf vekilleri temyiz isteminde bulunmuştur.

### **Yargıtay Özel Dairesinin Kararının Özeti**

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 21.09.2017 tarihli ve 2015/12057 E., 2017/13954 K. sayılı kararı ile; davalının tüm, davacının sair temyiz itirazlarının reddine karar verildikten sonra, "...2-Somut uyuşmazlıkta; davacı davalıya ait takside şoför olarak çalıştığını ve fazla mesai yaptığını iddia etmiş, iddiasını ispat amacıyla tanık deliline dayanmış ve davacı fazla mesai yaptığını tanık beyanlarıyla ispatlamıştır. Hasıllata bağlı günlük yevmiyeli olarak çalışan işçilerin yevmiyelerinin miktarı günlük çalışma süresine bağlı olup, ne kadar çok çalışırsa yevmiye artacağından çalışılan tüm saatlerin normal ücreti yevmiye içerisinde alındığından fazla çalışma ücretinin zamsız tutarının yevmiyenin içinde ödendiği kabul edilerek fazla çalışma ücretinin sadece %50 zamlı kısmı hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır. Bu nedenle dosyada mevcut bilirkişi raporu bir değerlendirmeye tabi tutularak, fazla çalışma ücretinin sadece %50 zamlı kısmı hesaplanıp, makul oranda bir takdiri indirim yapılarak, fazla çalışma ücretinin hüküm altına alınması gerekirken, yerinde olmayan gerekçe ile talebin reddi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir..." gerekçesiyle karar bozulmuştur.

### **İlk Derece Mahkemesinin Direnme Kararı Özeti**

Bakırköy 13. İş Mahkemesinin 07.12.2017 tarihli ve 2017/611 E., 2017/587 K. sayılı kararı ile; tanık beyanlarına göre davacının ücretinin davalı işveren tarafından ödenmediği, günlük hasıllattan belli bir miktar davalı işverene verildikten sonra kalanın davacı işçinin günlük ücretini teşkil ettiği, bu ücret ödeme biçiminde işverenin elde edeceği gelir değişmemekle birlikte işçinin elde edeceği ücretin çalışmasına ve işlerin iyi olmasına bağlı olarak artabildiği, işçi fazla çalışma yaptığı zaman bu fazla çalışma esnasında elde ettiği gelirin tamamı kendisine kaldığı gibi bir de işverenden fazla çalışma ücreti almasının işverenin günlük elde ettiği gelirin daha da düşmesi anlamına geleceği, hasıllata bağlı günlük yevmiyeli olarak çalışan işçilerin fazla

*çalışma yaptıkları takdirde fazla çalışma ücretinin yüzde elli zamlı kısmına hükmedilmesinin hakkaniyete, adalete ve hukuk mantığına aykırı olduğu gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.*

### **Direnme Kararının Temyizi**

*Direnme kararı süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.*

### **Uyuşmazlık**

*Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda, davalıya ait ticari takside çalışan davacının fazla çalışma ücreti alacağına, hasıllata bağlı günlük yevmiyeli olarak çalıştığından bahisle fazla çalışma ücretinin zamsız tutarının yevmiyenin içinde ödendiği kabulü ile sadece yüzde elli zamlı kısmının hesaplanarak hüküm altına alınmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.*

### **Gerekçe**

*4857 sayılı İş Kanunu'nun (4857 sayılı Kanun/İş Kanunu/Kanun) 63. maddesine göre; "Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırk beş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır (Ek cümle: 10/9/2014-6552/7 md.; Değişik cümle: 4/4/2015-6645/36 md.). Yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi; günde en çok yedi buçuk, haftada en çok otuz yedi buçuk saattir. Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, iş yerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu hâlde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir (Ek cümle: 6/5/2016-6715/3 md.). Turizm sektöründe dört aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz; denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile altı aya kadar artırılabilir. Çalışma sürelerinin yukarıdaki esaslar çerçevesinde uygulama şekilleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir." 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63 ve devamı maddelerinde çalışma süresi düzenlenmiş olmakla birlikte "çalışma süresi"nin tanımı yapılmamıştır. Ancak 63. maddenin son fıkrası uyarınca 06.04.2004 tarihli ve 25425 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 3. maddesinde yer alan, "Çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir. İş Kanunu'nun 66'ncı maddesinin birinci fıkrasında yazılı süreler de çalışma süresinden sayılır.*



*Aynı Kanununun 68 inci maddesi uyarınca verilen ara dinlenmeleri ise, çalışma süresinden sayılmaz.” şeklindeki düzenleme ile çalışma süresinden ne anlaşılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. O hâlde işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği “fiili çalışma süresi” ile Kanununun 66. maddesi uyarınca çalıştırıldığı işte fiilen geçmemiş olsa bile çalışılmış gibi sayılan hâller de “farazi çalışma süresi” olarak çalışma süresine dâhil edilmelidir. Yine Kanununun 63. maddesi haftalık çalışma süresinin 45 saat olduğunu hükme bağlamıştır. Fazla çalışma ise 4857 sayılı Kanununun 41 ila 43. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanununun 41. maddesinin birinci fıkrasına göre, “Ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabilir. Fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalardır. 63’üncü madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hâllerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam kırk beş saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.”. Bu durumda denkleştirmenin uygulandığı hâller hariç, haftalık kırk beş saati aşan çalışmaların fazla çalışma sayılarak, normal saat ücretinin yüzde elli yükseltilmesi sureti ile belirlenecek saat ücreti esas alınıp hesaplanarak işçiye ödenmesi gerekir. Kanunda öngörülen yüzde elli fazlasıyla ödeme kuralı nispi emredici niteliktedir. Tarafların sözleşmeyle bunun altında bir oran belirlemeleri mümkün değilse de, daha yüksek bir oran tespiti olanaklıdır. İşçinin normal çalışma süresinin sözleşmelerle haftalık kırk beş saatin altında belirlenmesi hâlinde, işçinin bu süreden fazla, ancak kırk beş saate kadar olan çalışmaları “fazla sürelerle çalışma” olarak adlandırılır. Bu şekilde fazla saatlerde çalışma hâlinde ücret, normal çalışma saat ücretinin yüzde yirmi beş fazlasıdır (İş Kanunu m.41/3). İş Kanunu’nun 41. maddesinin dördüncü fıkrası, işçiye isterse ücreti yerine serbest zaman kullanma hakkı tanımıştır. Bu süre, fazla çalışma için her saat karşılığı bir saat otuz dakika, fazla süreli çalışmada ise bir saat on beş dakika olarak belirlenmiştir. Bu sürelerin de sözleşmelerle attırılması mümkündür. İş Kanunu’na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği’nin 4. maddesine göre de “Parça başına veya yapılan iş tutarına göre ücret ödenen işlerde, fazla çalışma süresince işçinin ürettiği parça veya iş tutarının hesaplanmasında zorluk çekilmeyen hallerde, her bir fazla saat içinde yapılan parçayı veya iş tutarını karşılayan ücret esas alınarak fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ücreti hesaplanır. Bu usulün uygulanmasında zorluk çekilen hallerde, parça başına veya yapılan iş tutarına ait ödeme döneminde meydana getirilen parça veya iş tutarları, o dönem içinde çalışılmış olan normal ve fazla çalışma saatleri sayısına bölünerek bir saate düşen parça*

veya iş tutarı bulunur. Bu yolla bulunan bir saatlik parça veya iş tutarına düşecek bir saatlik normal ücretin, yüzde elli fazlası fazla çalışma ücreti, yüzde yirmi beş fazlası fazla sürelerle çalışma ücretidir.” İşçinin parça başı ücreti içinde zamsız kısmı ödenmiş olmakla, fazla çalışma ücreti sadece yüzde elli zam miktarına göre belirlenmelidir (Köseoğlu, A.C./Kabul, S.: “4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma”, İÜHFM, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 246).

Hasıllata bağlı günlük yevmiyeli olarak çalışan işçilerin ücret miktarı günlük çalışma süresine bağlı olup, ne kadar çok çalışırsa ücret artacağından çalışılan tüm saatlerin normal ücreti yevmiye içerisinde alındığından, fazla çalışma ücretinin zamsız tutarının yevmiyenin içinde ödendiği kabul edilerek fazla çalışma ücretinin sadece yüzde elli zamlı kısmı hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır. Bu noktada fazla çalışma ücreti alacağına ispatına ilişkin açıklama yapmakta yarar bulunmaktadır. Gerek mülga 1475 sayılı İş Kanunu, gerekse hâlen yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu’nda fazla çalışmanın ispatı ile ilgili olarak özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle fazla çalışmanın ispatı genel hükümlere tabidir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 6. maddesi uyarınca, “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” Dolayısıyla fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi kural olarak, bu iddiasını ispat etmek zorundadır. Fiili bir olgu söz konusu olduğundan kural olarak işçi, fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir. Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır. Davacı işçi tarafından tanık deliline dayanılması hâlinde; gerek mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 254. maddesi, gerekse 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 255. maddesi uyarınca, aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır. Akrabalık veya diğer bir yakınlık başlı başına tanık beyanını değerden düşürücü bir sebep sayılamaz ise de, aynı işveren aleyhine dava açan kişiler davacı tanığı olarak dinlenmiş ise bu işçilerin tanıklıklarına kural olarak itibar edilmemesi; birbirlerine tanıklık eden kişilerin beyanlarına ihtiyatla yaklaşılması ile bu tanıkların beyanlarının diğer yan delillerle birlikte değerlendirilerek, sonuca gidilmesi gerekir. Hukuk

*Genel Kurulunun 19.03.2019 tarihli ve 2019/22-61 E., 2019/317 K.; 16.06.2020 tarihli ve 2019/9-353 E., 2020/403 K.; 02.12.2020 tarihli ve 2016/(22)9-2229 E., 2020/994 K. sayılı kararlarında da aynı ilkeler benimsenmiştir. Öte yandan, fazla çalışmanın yazılı belgelere, işveren kayıtlarına veya kesin delillere değil, tanık anlatımına dayalı olması durumunda mahkemece, indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da işçinin uzun süre her gün fazla çalıştırıldığına ilişkin kabulün hayatın olağan akışına ve insan doğasına uygun düşmeyeceği, yaşam tecrübelerine göre hiç hastalanmadan veya evlenme, doğum, ölüm, özel işleri gibi mazereti çıkmadan yıllarca sürekli çalıştığı kabul edilemeyeceği, işyerindeki üretim faaliyeti ve işçinin üstlendiği işin niteliği dikkate alınmadan sürekli iş gördürüldüğünün varsayılmayacağı; işçinin ara dinlenmesi, hafta tatili, yıllık izin, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde hiç dinlenme hakkını kullanmadan çalıştığı düşünülmemeyeceği karinesi göz önünde tutularak, hesaplanan fazla çalışma alacağından makul bir indirim yapılması gerektiği hususu değerlendirilmelidir. Somut uyuşmazlıkta davacı vekili 05:00-15:00 saatleri arasında çalışan müvekkilinin diğer alacakları ile birlikte fazla çalışma ücretinin de ödenmediğini ileri sürmüş, davalı vekili ise müvekkili ile davacı arasında iş ilişkisi olduğu düşünülse dahi taksicilik mesleğinin niteliği göz önüne alındığında davacının fazla çalışma ücreti alacağını bulunmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.*

*Dosya kapsamında mevcut delillerden, davalı işverene ait ticari taksitli şoför olarak çalışan iki kişiden birisi olan davacının aylık sabit bir tutarı işverene ödemesi karşılığında hasılatı bağli olarak değışen günlük ücret ile çalıştığı anlaşılmaktadır. Söz konusu çalışma sisteminde işçi olan şoför tarafından işverene aylık sabit bir ödeme yapılmakla birlikte, işçinin günlük sabit bir ücreti söz konusu olmayıp, ücret günlük hasılatı bağli olarak değışmektedir. Belirtmek gerekir ki işveren aylık sabit bir tutar ile gelirini garanti altına almakta ise de, asgari ücret düzeyi saklı kalmak kaydıyla işçinin ücret düzeyi bakımından sabit bir alt sınır bulunmamaktadır. Ayrıca, hasılatı bağli günlük yevmiyeli olarak çalışan işçilerin haftalık kırk beş saatten fazla çalışsa dahi fazla çalışma ücretine hak kazanmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu itibarla, hasılatı bağli günlük yevmiyeli olarak çalışma sisteminde, işçinin haftalık 45 saati aşan bir çalışması bulunması durumunda fazla çalışma ücretine hak kazanacağı kabul edilmelidir. Diğer taraftan, işçinin çalışma süresi arttıkça geliri de artış göstereceğinden, fazla çalışma ücretinin zamsız tutarının yevmiyenin içinde ödendiği kabul edilerek fazla çalışma ücretinin sadece yüzde elli zamlı kısmı hesaplanmalıdır. Bu itibarla, dosya kapsamındaki deliller, yapılan işin niteliği ve*

*tanık beyanları dikkate alındığında, davacının fazla çalışma yaptığı anlaşıldığından, mahkemece davacının haftalık kaç saat fazla çalışma yaptığı belirlenmeli, daha sonra fazla çalışma ücretinin sadece yüzde elli zamlı kısmı hesaplanmalı ve hesaplanan miktardan da karineye dayalı makul oranda indirim yapılarak karar verilmelidir. Hâl böyle olunca Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. O hâlde direnme kararı bozulmalıdır.*

### **Sonuç**

*Açıklanan nedenlerle; Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince bozulmasına, İstek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, Karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 02.03.2021 tarihinde oy birliği ile kesin olarak karar verildi.*

## **II. KARARIN İNCELENMESİ**

### **A. Uyuşmazlığa Konu Olayın Özeti**

Davacı, 12 yılı aşkın süre davalının ticari taksisinde şoför olarak çalıştığını, iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini ve fazla çalışma ücretlerinin ödenmediğini iddia etmiştir (Davacı kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücretlerini de talep etmişse de çalışmamızın konusunu fazla çalışma oluşturduğundan yalnızca bu hususta inceleme yapılmıştır). Davalı ise aradaki ilişkinin işçi-işveren ilişkisi olmadığı, kiracı-kiraya veren ilişkisi olduğu gerekçesiyle davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuştur. Yerel mahkeme yaptığı inceleme neticesinde aradaki ücret hususunun “işçinin işverene belli bir miktar ödeme yapması hasılatın ise işçiye ait olması” şeklinde kararlaştırıldığını belirtmiştir. İşçinin çalışma saatlerinin artmasının işverene bir artı değer sunmayacağı yalnızca işçinin alacağını artıracığı gerekçesiyle fazla çalışma alacağının reddine karar vererek diğer alacaklar yönünden kısmen kabul kararı vermiştir. Uyuşmazlığı inceleyen Yargıtay Özel Dairesi, yerel mahkeme kararından ayrılarak “işçinin çalışmasının artması nedeniyle yevmiyesi artacağından, fazla çalışma saatlerinin zamsız tutarının yevmiye içinde olduğunu kabul etmiş, yalnızca fazla çalışma saatlerine ilişkin %50 zamlı ücretin hüküm altına alınması” gerektiği yönünde kararını vermiştir. Yerel mahkemenin kararında direnmesi sonucu ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu “hasıllata bağlı günlük yevmiyeli olarak çalışan işçilerin haftalık kırk beş saatten fazla çalışması halinde fazla çalışma ücreti

*tine hak kazanılmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığı*” gerekçesiyle özel dairenin fazla çalışma ücretinin zamsız kısmının yevmiyeye dahil olduğu, sadece %50 zamlı kısmın hüküm altına alınması gerektiğine dair verdiği karara katılarak, kararını vermiş ve yerel mahkeme kararını bozmuştur.

### B. Hukuki Sorun

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun önüne gelen uyuşmazlıkta asıl mesele, fazla çalışma alacağına hak kazanılıp kazanılmadığı ve hak kazanıldığı takdirde fazla çalışma ücretinin hesabı konusunda toplansa da bu uyuşmazlığın çözülebilmesi için,

- i. Taraflar arasındaki ilişkinin kiracı-kiraya veren ilişkisi mi işçi-işveren ilişkisi mi olduğu
- ii. İşçi-işveren ilişkisi olduğunun kabulü halinde, İş Kanunu<sup>2</sup> (İş K.) kapsamında mı olduğu, eğer ki esnaf işletmesi kapsamında ise İş Kanunu kapsamı dışında kalarak Türk Borçlar Kanunu<sup>3</sup> (TBK) hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı,
- iii. Taraflar arasında çalışma süresinin ve ücret miktarının nasıl kararlaştırıldığı ve sonuçları, hususlarının da değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

### C. Değerlendirme

#### 1. Taraflar Arasındaki Sözleşmesel İlişkinin Türü

##### a. Kira Sözleşmesi

Türk Borçlar Kanunu’nun 299.maddesi kira sözleşmesini, “*kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşme*” şeklinde tanımlamıştır. Bu açıdan kanuna uygun bir kira sözleşmesinden bahsedebilmek için kira konusu bir mal, kira konusu mal karşılığında ödenecek bir bedel ve taraflar arasında anlaşma olması gerekmektedir<sup>4</sup>. Kira konusu mal, taşınır veya taşınmaz bir

<sup>2</sup> 10/6/2003 R.G. Sayı: 25134

<sup>3</sup> 4/2/2011 R.G. Sayı: 27836

<sup>4</sup> **Akyiğit**, Ercan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesi, Seçkin, 2012, s. 68; **Kaya**, Ümmühan: Türk Hukukunda Kiraya Verenın Kiralananın Ayıplarından Sorumluluğu, Adalet, Ankara 2014, s. 13; **Aydemir**, Efrail: Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin, 2014, s. 17 vd.; **Ural Çınar**, Nihal:

mal olabileceği gibi kira konusu, ürün (hasılat) getiren bir mal da olabilecektir<sup>5</sup>.

Kira sözleşmesi ivazlı bir sözleşme olduğundan kira konusu mal karşılığında kiraya verene belirli bir paranın ödenmesi, bir malın verilmesi veya bir hizmetin görülmesi şeklinde bir karşılık sunulmalıdır<sup>6</sup>. Karşılığın ödeneceği zamanı, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği taraflar kararlaştırılabilecek, aylık veya yıllık periyotlar halinde kira konusu malın karşılığı verilebilecektir<sup>7</sup>. İstisnai haller dışında kira sözleşmesinin yapılması konusunda herhangi bir şekil şartı aranmadığından taraflar yazılı veya sözlü olmak üzere kira sözleşmesi yapabilecektir.

Kiraya verenin, kiracıya ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşme ise TBK m. 357 gereğince ürün kirası sözleşmesidir. Kiraya verene ödenecek ücret ise ürün kirasının türünü belirlemektedir. Kiralanan karşısında para ödenmesi halinde olağan ürün kirası, kiralanan şeyin getirdiği

---

Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmesi ve Hukuki Sonuçları, Oniki Levha, 2014, s. 4 vd.; **Ruhi**, Ahmet Cemal: Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Kira Hukuku, I. Cilt, Seçkin, 2011, s. 15 vd.; **Acar**, Faruk: Kira Hukuku Şerhi, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Beta, 2015, s. 63 vd.; **Kayar**, İsmail: Borçlar Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin, 2015, s. 285 vd.; **Yavuz**, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 13. Baskı, Beta, 2014, s. 217 vd.; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, 2014, s. 338 vd.; **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, C. 1, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 234 vd.; **Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Adalet Yayınevi, 2014, s. 405; **Zevkililer**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 222 vd.; **Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Baskı, Yetkin, Ankara 2020, s. 263 vd.

<sup>5</sup> **Akıntürk**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, Savaş Yayınları, Ankara 1989, s. 186; **Altaş**, Hüseyin: Hasılat ve Şirket Kirası, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 73 vd.; **Arkan Serim**, Azra: Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları, Beşir Kitabevi, 2010, s. 2 vd.; **Akyiğit**, Kira Sözleşmesi, s. 305 vd.; **Kaya**, s. 20 vd.; **Aydemir**, s. 30 vd.; **Ural Çınar**, s. 16 vd.; **Acar**, s. 85; **Kayar**, s. 288; **Yavuz**, s. 352 vd.; **Eren**, s. 450 vd.; **Gümüş**, s. 233; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 396; **Zevkiler/Gökyayla**, s. 201; **Aral/Ayrancı**, s. 263.

<sup>6</sup> **Akyiğit**, Kira Sözleşmesi, s. 68 ; **Kaya**, s. 13 vd.; **Aydemir**, s. 17 vd.; **Ural Çınar**, s. 4 vd.; **Ruhi**, s. 15 vd.; **Acar**, s. 63; **Kayar**, s. 285; **Yavuz**, s. 217 vd.; **Eren**, s. 338 vd.; **Gümüş**, s. 234; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 407; **Zevkiler/Gökyayla**, s. 229; **Aral/Ayrancı**, s. 264.

<sup>7</sup> TBK m. 314 “Kiracı, aksine sözleşme ve yerel âdet olmadıkça, kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlüdür.”

ürünün (hasılatın) bir bölümünün kiraya verene verilmesi halinde ise ürüne katılmalı kira söz konusu olmaktadır<sup>8</sup>. Bundan dolayı taksit işletilmesi hususunda taraflar, belli periyodlar halinde ödenen belirli bir kira bedeli üzerinde anlaşmalarında olağan ürün kirası; taksinin işletilmesi sonucu elde edilen kazancın belirli bir yüzdesi üzerinden yaptıkları anlaşmalarda ise ürüne katılmalı kira söz konusu olmaktadır<sup>9</sup>. “*Bununla birlikte kira bedelinin karma olarak yani bir kısmı sabit bir miktar, bir kısmının da üründen bir bölüm olarak belirlenmesi de sözleşme özgürlüğü çerçevesinde mümkündür*”<sup>10</sup>. Bu tür sözleşmelere ise “*kısmi iştirakli hasılat kirası*” teriminin kullandığı görülmektedir<sup>11</sup>. Ürün kirası, Türk Borçlar Kanunu’nun 357-378. maddeleri arasında özel olarak düzenlenmiştir. Bahsi geçen düzenlemelerin ürün kirasına ilişkin taraflar arasındaki ihtilafları çözmeye yetersiz kalması halinde ise olağan kiraya ilişkin TBK m.299 vd. maddelerine başvurmak gerekecektir<sup>12</sup>.

Kira ilişkisinde kiraya veren, kira konusu malı kullanmaya elverişli bir şekilde kiracıya teslim etme borcu altındadır. Kiralananın kullanmaya elverişli olmaması veya bu elverişsizliğin daha sonra ortaya çıkması hallerinde kiraya verenin ayıptan sorumluluğu doğacaktır. Bu nedenle kiraya veren, kira süresi içinde yapılması gereken esashı onarım gerektiren hususları gideri kendine ait olmak üzere ivedilikle yaptırmalıdır (TBK m.361). Bunun yanı sıra kiraya veren, kiralananına ait vergi, sigorta ve benzeri masrafları ve aynı zamanda yan giderleri aksi kararlaştırılmadığı sürece karşılamak durumundadır (TBK m.302, 303, 358). Kiracı ise kiralanan karşılığında, kararlaştırılan miktar ve zamanda kirayı ödeme, kiralananı niteliğine uygun ve özenli

<sup>8</sup> Akyiğit, Kira Sözleşmesi, s. 307; Kaya, s. 21; Aydemir, s. 88 vd.; Ural Çınar, s. 56 vd.; Kayar, s. 288; Yavuz, s. 353 vd.; Eren, s. 454; Altaş, s. 73 vd.; Aydoğdu/Kahveci, s. 396; Zevkiler/Gökyayla, s. 201.

<sup>9</sup> Yargıtay 3. HD. 06/04/2021 T., 2021/287 E., 2021/3719 K. “*Lokanta, otel, kantin, hastane, okul, dükkan, fabrika gibi iş yerlerinin işletilmek maksadıyla kiraya verilmesinde, reklam panolarının kiralanmasında, taksit kiralalarında söz konusu olan ürün kirasıdır.*” (Yargıtay Karar Arama – 26.07.2021)

<sup>10</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 28.03.2019 T., 2017/2684 E., 2019/361 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 21.02.2019 T., 2015/2908 E., 2019/192 K. (Yargıtay Karar Arama 26.07.2021)

<sup>11</sup> Honsell, H./Vogt, N.P./Wiegand, W.: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, I Art 1-529, 4.Aufl., Zürich Basel, 2008 , Art 275, N.8; Arkan Serim, s. 19.

<sup>12</sup> Akyiğit, Kira Sözleşmesi, s. 316; Kaya, s. 20 vd.; Aydemir, s. 30 vd.; Ural Çınar, s. 16 vd.; Kayar, s. 288; Yavuz, s. 352 vd.; Eren, s. 450 vd.; Aydoğdu/Kahveci, s. 406; Zevkiler/Gökyayla, s. 218.

bir biçimde kullanma ve süre dolduğunda kiralananı geri verme borcu altındadır<sup>13</sup>.

Kira sözleşmelerinde önem arz eden durumlardan biri de kira konusu malın, malik tarafından hukuki işlemle (satış, bağışlama, trampa) başka birine devri halinde yeni mal sahibi ile kiracı arasında ilişkinin devam edip etmeyeceği hususudur. Türk Borçlar Kanunu'nda kiralananın el değiştirmesi, bir fesih sebebi olarak düzenlenmemiştir<sup>14</sup>. Kira sözleşmesinin kurulmasından sonra, kiralananın el değiştirmesi halinde, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olacaktır (TBK m.310). Kira sözleşmesinin sona erme halleri ise adi kiralar açısından TBK m.327-333; ürün kiraları açısından ise TBK m.367-371 arasında düzenleme alanı bulmuştur. Belirli süreli sözleşmelerde sürenin dolması, belirsiz süreli sözleşmelerde ise fesih ihbar sürelerine uyulması gerekmektedir<sup>15</sup>. Bunun dışında sözleşme devamının taraflar için çekilmez hale gelmesi, kiracının iflası veya kiracının ölümü de birer sona erme hali teşkil etmektedir<sup>16</sup>.

### **b. İş (Hizmet) Sözleşmesi**

İş (hizmet) sözleşmeleri, Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu'nda benzer şekilde bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi diğer tarafın ise karşılığında ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Sözleşmenin kurucu unsurları, iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluşmaktadır<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> **Akyiğit**, Kira Sözleşmesi, s. 101 vd.; **Aydemir**, s. 101 vd.; **Ural Çınar**, s. 88 vd.; **Acar**, s. 327 vd.; **Kayar**, s. 292 vd.; **Yavuz**, s. 253 vd.; **Eren**, s. 373 vd.; **Gümüş**, s. 278 vd.; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 495 vd.; **Zevkiler/Gökyayla**, s. 306 vd.; **Aral/Ayrancı**, s. 298 vd.

<sup>14</sup> **Akyiğit**, s. 96 vd.; **Aydemir**, s. 120; **Acar**, s. 289; **Kayar**, s. 291; **Yavuz**, s. 250; **Eren**, s. 369; **Gümüş**, s. 275; **Ruhi**, s. 322; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 455 vd.; **Zevkiler/Gökyayla**, s. 290 vd.; **Aral/Ayrancı**, s. 293 vd.

<sup>15</sup> **Akyiğit**, Kira Sözleşmesi, ss. 123-133, 343-348; **Aydemir**, ss. 143-148 ; **Kayar**, s. 296 vd.; **Yavuz**, ss. 290-294, 364; **Eren**, ss. 398-405, 466-468; **Gümüş**, ss. 314-318; **Ruhi**, s. 614 vd.; **Altaş**, s. 251 vd.; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 635-644; **Zevkiler/Gökyayla**, ss. 340-350; **Aral/Ayrancı**, s. 328-331.

<sup>16</sup> **Akyiğit**, Kira Sözleşmesi, ss. 133-139, 348-357; **Aydemir**, ss. 148-153; **Kayar**, s. 297 vd.; **Yavuz**, ss. 294-299, 365; **Eren**, ss. 405-411, 468-471; **Gümüş**, s. 318 vd.; **Ruhi**, ss. 654-665; **Altaş**, s. 251 vd.; **Aydoğdu/Kahveci**, ss. 644-652; **Zevkiler/Gökyayla**, ss. 350-360; **Aral/Ayrancı**, s. 333-335.

<sup>17</sup> **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Beta, Yenilenmiş 19. Baskı, İstanbul 2020, s. 223; **Eyrenci**, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra: İş Hukuku, Beta, 10. Baskı, İstanbul 2020, s. 62; **Çelik**, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Beta, Yenilenmiş 33. Bası, İstanbul 2020, s. 167, s. 176; **Senyen Kaplan**, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2020, s. 81; **Doğan**, Sevil: İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru: Atipik İş İlişkileri Açısından



İş sözleşmesinden doğan bağımlılık unsurunun bazı alt ölçütleri vardır. Bunlardan ilki ekonomik bağımlılıktır. Ekonomik bağımlılığın temelinde, işçinin işverenden sağladığı gelire bir nevi muhtaçlık durumu söz konusudur<sup>18</sup>. Ekonomik bağımlılıkta çalışma unsurundan ziyade işçinin sosyal ve ekonomik durumuna dikkat çekilmekte, gelirin büyük ölçüde başkası tarafından sağlanması aranmaktadır<sup>19</sup>. İş ilişkisinin kabulü açısından ise salt ekonomik bağımlılığın sağlanması yeterli görülmemektedir. Nitekim diğer iş görme sözleşmelerinde de ekonomik bağımlılık unsuru mevcuttur<sup>20</sup>. Bağımlılık unsurunun bir diğer yönü ise teknik bağımlılıktır. İşverenin araç ve malzemeleri sağlaması, işin gerçekleştirilmesi için hangi araç ve malzemenin nasıl kullanılması gerektiğine dair bilgi ve emir verebilmesi teknik bağımlılığı ortaya koymaktadır<sup>21</sup>. Ancak teknik bağımlılık, bağımlılık unsurunun katı bir yönü olmadığından bu ölçütün azalması ya da ortadan kalkması halinde bağımlılık unsurunun da ortadan kalkacağı sonucu çıkarılmamalıdır<sup>22</sup>. Nitekim işçinin, uzmanı olduğu bir işte işverenin yönlendirmesine ihtiyacı

Değerlendirilmesi, Seçkin, Ankara 2016, s. 65; Zevkliler/Gökyayla, s. 448; Sümer, Haluk Hadi: “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2010, S. 19, s. 68; Mollamahmutoglu, Hamdi: Hizmet Sözleşmesi (Kuruluş-İçerik-Sona Erme), Ankara 1995, s. 20; Demir, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, Albi Yayınları, 2018, s. 75; Gümüş, s. 382; Eren, s. 530; Yavuz, s. 475; Kayar, s. 312.

<sup>18</sup> Güzel, Ali: “Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara 1997, s. 103; Baştzerzi, Süleyman: Çalışma İlişkisinin Kesilmesi, 2007, s. 26; Arslan Ertürk, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2010, s. 95; Reisoğlu, Seza: Hizmet Akdi, Ankara 1968, s. 51; Aydınli, İbrahim: İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004, s. 102; Süzek, s. 225 vd.; Mollamahmutoglu, s. 21; Doğan, s. 102; Gümüş, s. 384; Eren, s. 531.

<sup>19</sup> Güzel, İşçi Kavramı, s. 103; Doğan, s. 102; Kandemir, Murat: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Tele Çalışma, Legal Yayıncılık, 2011, s. 65.

<sup>20</sup> Baştzerzi, s. 26 vd.; Doğan, s. 104; Yargıtay 9. HD. 03.11.2020 T., 2020/2942 E., 2020/14478 K. “İş sözleşmesini eser ve vekâlet sözleşmelerinden ayıran en önemli ölçüt bağımlılık ilişkisidir. Her üç sözleşmede, iş görme edimini yerine getirenin iş görülen kişiye (işveren-eser sahibi veya temsil edilen) karşı ekonomik bağımlılığı vardır.” Benzer şekilde Yargıtay 9. HD. 02/07/2020 T., 2017/1092 E., 2020/6950 K.; Yargıtay 9. HD. 02/07/2020 T., 2017/1092 E., 2020/6950 K. (Yargıtay Karar Arama – 26.07.2021)

<sup>21</sup> TBK m.413 “Aksine anlaşma veya yerel âdet yoksa, işveren işçiye bu iş için gerekli araçları ve malzemeyi sağlamakla yükümlüdür.” Güzel, İşçi Kavramı, s. 105; Baştzerzi, s. 30; Arslan Ertürk, s. 97; Gümüş, s. 384; Eren, s. 531; Doğan, s. 122; Aydınli, s. 103.

<sup>22</sup> Güzel, İşçi Kavramı, s. 105; Baştzerzi, s. 30 vd.; Doğan, s. 123; Ekonomi, Münir: Ferdi İş Hukuku, İTÜ Yayınları, C. 1, B. 3, İstanbul 1987, s. 74; Arslan Ertürk, s. 97; Aydınli, s. 103; Mollamahmutoglu, s. 21; Reisoğlu, s. 52.

olmayabilecektir. Bağımlılık unsurunun üçüncü ölçütü ise kişisel/hukuki bağımlılıktır. Kişisel/hukuki bağımlılık, taraflar arasındaki hiyerarşik yapıya dikkat çekmektedir. Yargıtay, iş ilişkisinin kurulmuş olması için kişisel/hukuki bağımlılığın varlığını zorunlu tutmaktadır<sup>23</sup>. İşçinin, işverenin otoritesi altında iş görmesi aynı zamanda işyerinin düzeni ile ilgili talimatlara uyma yükümlülüğünün bulunması bu yönün bir sonucudur<sup>24</sup>. Bağımlılık unsurunun bu ölçütü, taraflar arasında güçlü bir güven ilişkisi kurarken işverene de işçiyi koruma borcu yüklemektedir<sup>25</sup>.

İş sözleşmesine dayanan iş ilişkilerinde, işçilerin hem yapılan sözleşmeden hem de kanun hükümlerinden doğan bazı sorumlulukları vardır. Bunlar; bizzat çalışma borcu, özen ve sadakat borcu, teslim ve hesap verme borcu, gerektiğinde ve onayı alındığında fazla çalışma borcu, düzenlemelere ve talimata uyma borcu şeklindedir. İşin görülmesi, işçinin iş akdinden doğan asli borcudur<sup>26</sup>. İş sözleşmesi ile istenen sonuca ulaşılması, işçinin

<sup>23</sup> Yargıtay 9. HD. 02/07/2020 T., 2017/1092 E., 2020/6950 K. “İş sözleşmesini belirleyen ölçüt hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirir. İşçinin işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini, işçinin işverenin talimatlarına göre hareket etmesi ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcı tarafından kontrol edilmesi, işçinin bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli, kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin ölçüt teşkil etmez.” (Yargıtay Karar Arama – 26.07.2021)

<sup>24</sup> **Başterzi**, s. 32 **Doğan**, s. 128; **Arslan Ertürk**, s. 97 vd.; **Doğan Yenisey**, Kübra: “Bireysel İş İlişkilerinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, Oniki Levha, İstanbul 2017, s. 19; **Zevkliler/Gökayla**, s. 454; **Süzek**, s. 225; **Yıldız**, Gaye Burcu: “Bireysel İş İlişkilerinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, İstanbul 2017, s. 19 vd.; **Narmanhoğlu**, Ünal: Ferdi İş İlişkileri, B. 5, Beta, İstanbul 2014, s. 167 vd.; **Akyiğit**, Ercan: İş Hukuku, Güncellenmiş 13. Basım, Seçkin, Ankara 2021, s. 102 vd.; **Esener**, Turhan: İş Hukuku, B. 3, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1978, s. 126 vd.; **Ekonomi**, s. 73 vd.; **Doğan**, s. 73; **Gümüş**, s. 384; **Eren**, s. 531; **Yavuz**, s. 475; **Güzel**, İşçi Kavramı, s. 106; **Reisoğlu**, s. 52; **Mollamahmutoğlu**, s. 21 vd.; **Demir**, s. 75.

<sup>25</sup> **Doğan**, s. 129.

<sup>26</sup> **Süzek**, s. 339; **Eren**, s. 537; **Zevkliler/Gökayla**, s. 458; **Çelik ve diğerleri**, s. 304; **Eyrenci ve diğerleri**, s. 116; **Senyen Kaplan**, s. 155; **Tunçomağ**, Kenan/Centel,

kendisinden beklenen iş görme borcunu en iyi şekilde yerine getirmesinin yanında diğer yükümlülüklerini de yerine getirmesi halinde mümkün olur<sup>27</sup>. Özen borcu ise işçinin iş görme borcuna bağlı olup onu tamamlayan bir unsurdur<sup>28</sup>. Türk Borçlar Kanunu'nun 396.maddesinde “*özen ve sadakat borcu*” birlikte düzenlenirken maddenin ikinci fıkrasında geçen “*İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür.*” hükmüyle de özen borcunun içeriğine işaret edilmiştir. Bağımlılık unsurunun bir diğer sonucu ise düzenleme ve talimatlara uyma borcudur<sup>29</sup>. Kanun koyucu işverenin, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabileceğini ve işçilere özel talimat verebileceğini belirttiikten sonra, işçilerin de bu uygulamalara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorunda oldukları esasını getirmiştir (TBK m.399). Teslim ve hesap verme borcu ise işçinin, iş görme edimini yerine getirdiği sırada üçüncü kişilerden aldığı şeyleri işverene teslim etmek zorunda olduğunu düzenleyen bir sorumluluktur. İşçi yalnızca üçüncü kişilerden aldığı şeyleri değil aynı zamanda işi yerine getirirken elde ettiği şeyleri (hasılat) de işverene teslim etmek zorundadır<sup>30</sup>. İşçinin bir diğer borcu ise normal çalışma süresini aşacak bir durumun varlığında ve kaçınmayı haklı kılacak bir sebep de yoksa fazla çalışma yapma borcudur.

TBK m.406-419 arasında ise işverenin; ücret ödeme, araç ve malzeme sağlama, giderlerden sorumlu olma, işçiyi gözetme gibi borçları düzenlen-

Tankut: İş Hukukunun Esasları, Beta, 9. Baskı, İstanbul 2018, s. 96; **Akyiğit**, s. 178; **Gümüş**, s. 397; **Eren**, s. 537; **Yavuz**, s. 487.

<sup>27</sup> **Arslan Ertürk**, s. 108; **Gümüş**, s. 384; **Eren**, s. 531; **Yavuz**, s. 475.

<sup>28</sup> **Soyer**, M. Polat: İşçinin İş Görme Borcu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 1979, s. 120 vd.; **Baycık**, Gaye: Türk İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 28 vd.; **Kabakcı**, Mahmut: Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz İş Görme, Beta, İstanbul 2012, s. 56 vd.; **Süzek**, s. 341; **Çelik ve diğerleri**, s. 307-308; **Eyrenci ve diğerleri**, ss. 118-119; **Senyen Kaplan**, s. 160; **Tunçomağ/Centel**, s. 100; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 460; **Akyiğit**, s. 181; **Gümüş**, s. 404; **Eren**, s. 537; **Yavuz**, s. 488.

<sup>29</sup> **Süzek**, ss. 79-85; **Güzel**, Ali: “İş Hukukunda Yetki ve Sözleşme”, Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan, Legal İHSGHD, Özel Sayı, İstanbul 2016, s. 164 vd.; **Süzek**, Sarper: İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, 1998, s. 226 vd.; **Çelik ve diğerleri**, s. 313; **Eyrenci ve diğerleri**, s. 130; **Senyen Kaplan**, ss. 161-162; **Tunçomağ ve Centel**, ss. 104-106; **Doğan**, s. 132; **Gümüş**, s. 411; **Eren**, s. 540; **Yavuz**, s. 492.

<sup>30</sup> **Akyiğit**, s. 189; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 460 vd.; **Gümüş**, s. 406; **Eren**, s. 539; **Yavuz**, s. 490.

miştir. Ücret ödeme borcu, işverenin iş akdinden doğan temel borcudur<sup>31</sup>. Ücretin, zamanında ve eksiksiz ödenmemesi bir fesih sebebi olduğu gibi, işçiye çalışmaktan kaçınma hakkı da sunmaktadır<sup>32</sup>. Gözetme borcu ise işçinin kişiliğinin korunması, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, kişisel verilerin korunması ve daha birçok sorumluluğu içinde bulundurmaktadır. Koruma yükümlülüğünün içerisinde işçiyi; iş arkadaşlarına, amirlerine ve müşterilere karşı koruma sorumluluğu bulunmaktadır<sup>33</sup>. İşçi, kişilik haklarına gerçekleşen saldırı hallerinde doğrudan haksız fiil hükümlerine başvurabileceği gibi gözetme borcunun gereği olarak işvereninden de bu saldırıların önlenmesini ve giderilmesini isteyebilecektir<sup>34</sup>. İşçiyi koruma ve gözetme borcunun bir uzantısı olarak işçinin tatil, izin ve dinlenme sürelerinin ayarlanması ve bu sürelere riayet edilmesi de gerekmektedir<sup>35</sup>. Aynı zamanda işin türünün ve niteliğinin gerekli kıldığı her türlü araç ve malzemenin işveren tarafından sağlanması da gerekmektedir<sup>36</sup>.

### c. Görüşümüz

Karara konu somut olayın süjesini, taksi sahibi ve şoför oluşturmakta, aradaki sözleşmesel ilişkinin niteliği konusunda ise taraflar arasında ihtilaf bulunmaktadır. Taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin kira ilişkine veya iş ilişkisine dayandığına dair kesin bir belirleme yapabilmek için ise yukarıda saydığımız temel sözleşme koşullarının sağlanıyor olması gerekmektedir. Sözleşmesel ilişkinin, iş ilişkisi olduğunu kabul edebilmek için taksi sahibi tarafından oluşturulmuş bir iş organizasyonunun varlığı ve taraflar arasında bağımlılık ilişkisinin bulunması gereklidir.

Şoförün, taksi sahibinden emir ve talimat almadığı, taksi sahibinin şoför üzerinde herhangi bir gözetiminin ve denetiminin olmadığı, şoförün çalışma saatlerini ve dinlenme sürelerini kendi ayarladığı, müşteri seçimi yapabildiği bir ilişkide bağımlılık unsurunun varlığından söz edilemeyecek ve haliyle iş

<sup>31</sup> **Süzek**, s. 361; **Çelik ve diğerleri**, s. 235; **Eyrenci ve diğerleri**, s. 137; **Senyen Kaplan**, s. 166; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 462; **Akyiğit**, s. 191; **Gümüş**, s. 423; **Eren**, s. 542; **Yavuz**, s. 497.

<sup>32</sup> **Demir**, s. 402; **Akyiğit**, s. 205; **Süzek**, s. 371; **Eren**, s. 559; **Yavuz**, ss. 520-521.

<sup>33</sup> **Ertürk**, Şükran: İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin, 2002, s. 90; **Akyiğit**, s. 208; **Süzek**, s. 386 vd.; **Eren**, s. 551; **Yavuz**, s. 511; **Gümüş**, ss. 472-476.

<sup>34</sup> **Ertürk**, s. 91; **Akyiğit**, s. 208; **Süzek**, s. 396 vd.; **Eren**, s. 551; **Kayar**, s. 324; **Gümüş**, ss. 472-476.

<sup>35</sup> **Aydoğdu/Kahveci**, s. 737; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 466; **Gümüş**, s. 485; **Eren**, s. 553; **Yavuz**, s. 514.

<sup>36</sup> **Süzek**, s. 483; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 464; **Akyiğit**, s. 219; **Gümüş**, s. 461; **Eren**, s. 549; **Yavuz**, s. 508.

ilişkisinden bahsedilemeyecektir. Taksi sahibince taksinin şoföre tahsis edilmesi TBK m.413 gereğince, taraflar arasında teknik ve ekonomik bağımlılık bulunduğu anlamının çıkmasına neden olabilir. Ancak ekonomik ve teknolojik gelişmeler farklı iş alanlarını ve farklı çalışma türlerini ortaya çıkarmıştır. Bu değişim ise taraflar arasında bağımlılık unsurunun varlığının belirlenebilmesini zorlaştırmaktadır<sup>37</sup>. Bu nedenle asıl aranması gereken ölçüt, işçinin işverenin organizasyonu içinde onun yararına iş yapıp yapmamasıdır<sup>38</sup>. Keza daha önce de belirttiğimiz üzere teknik ve ekonomik bağımlılık ölçütleri diğer iş görme sözleşmelerinde de bulunmaktadır.

Taraflar arasındaki ilişkiyi belirleme adına ekonomik riske kimin katıldığı da önem taşımaktadır. Bu açıdan şoförün, hasılatın bir bölümünü alarak kalanını taksi sahibine iade etmesi, günlük belli bir yevmiye ile çalışması veya hasılatın tamamını alarak taksi sahibine her gün için belirli bir bedel ödemesi bizleri farklı sonuçlara götürecektir. Somut olayda şoför, belirlenen saat aralığının yalnızca bir bölümünde çalışsa veya hiç çalışmasa dahi taksi sahibi, belirlenen bedele hak kazanmaktadır. İş sözleşmesi işverene, işçiden iş görmesini talep etme hakkı vermektedir. İş sözleşmesi ile işçinin iş organizasyonu ve çalışma saatleri içerisinde yükümlü olduğu işi, işvereni için tam ve eksiksiz yerine getirmesi amaçlanır. İşçinin, çalışma saatleri içerisinde sergileyeceği davranışların sözleşme esaslarına ve işverenin taleplerine uygun olması gereklidir<sup>39</sup>. Ancak yapılan anlaşma gereği alacağı, belirli ve sabit olan taksi sahibinin, şoförden çalışmasını istemesi veya zorla çalıştırması mümkün gözükmemektedir. İşçinin hesap verme borcu kapsamında aracı ne kadar süre kullandığını, kaç kilometre yaptığını, kaç müşteri bulunduğunu, gün sonunda ne kadar hasılat elde ettiğini işverene bildirmesi gerekmektedir. Ancak bu ilişkide şoförün, böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Taksi şoförünün kendine ait müşterilerinin olması, müşteri seçebilmesi, uzak ve yakın mesafeye göre veya trafiğin yoğunluğuna göre müşteri ayırt edebilmesi, karı üstlendiği gibi zararı da üstlenmesi, çalışma ve dinlenme sürelerini ayarlayabilmesi, işini kaybetme riski taşımadan işten kaçınabilmesi onu, serbest girişimci yapmaktadır<sup>40</sup>. Yargıtay da verdiği

<sup>37</sup> **Güzel**, İşçi Kavramı, s. 29; **Başterzi**, s. 33 vd.; **Kandemir**, s. 68; **Doğan**, s. 133.

<sup>38</sup> **Süzek**, s. 228; **Güzel**, İşçi Kavramı, s. 29; **Doğan**, s. 206 vd.; **Yıldız**, Değerlendirme, s. 23; **Ekonomi**, Münir: Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 1986, s. 175 vd.; **Sümer**, Bağımlılık Unsuru, s. 70.

<sup>39</sup> **Yıldız**, Değerlendirme, s. 23; **Süzek**, s. 227; **Güzel**, İşçi Kavramı, s. 24 vd.; **Sümer**, Bağımlılık Unsuru, s. 71.

<sup>40</sup> **Başterzi**, Süleyman: Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, Sözlü Tebliğ Sunumu; **Süzek**, s. 228; **Sümer**, Bağımlılık

kararlarda açıklama yapmak mahiyetinde “ ...taksi sahibi, taksi şoförüne günün belirli bir saat diliminde tahsis ediyor ve bu tahsis dönemi içinde işçinin iş görme edimini ne şekilde ifa ettiğine, hatta taksiyi kullanıp kullanmadığına dahi karışmıyorsa, taksi şoförü taksi sahibinden işin yürütümüne ilişkin hiçbir emir ve talimat almıyorsa, çalışma zamanını serbestçe organize edebiliyorsa kişisel bağımlılığın bulunmadığı kabul edilmelidir<sup>41</sup>.” ifadelerine yer vermiştir. BAYCIK da benzer konuda “... davacının davalıya aylık sabit bir bedel ödeyerek aracı kullandığı sabit ve itibar edilebilecek nitelikteki tanık beyanları da aracın zaman zaman üçüncü kişi tarafından da kullanıldığı ve bu halde üçüncü kişiye yevmiyenin davacı tarafından ödendiği yönünde ise, surf davacının davalı tarafından SGK’ya bildirimini yapılmış ve APHB’lerinin verilmiş olması ilişkiyi iş sözleşmesi haline dönüştürmez<sup>42</sup>.” şeklinde değerlendirmede bulunmuştur.

Dava ve cevap dilekçesi, bu dilekçelerin ekleri, diğer sair deliller elimizde olmadığından incelememiz yalnızca karar metninde yer verilenler üzerinden olabilecektir. Karara bakıldığı takdirde şoförün, taksi sahibine hasıllattan bağımsız olarak belirli bir bedeli ödediği anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki ilişkinin, iş sözleşmesinden ziyade kira sözleşmesi unsurlarını taşıdığını kabul etmek daha doğru olacaktır. Taksinin işletilmesi hususunda tarafların gün içinde belirli bir saat aralığında anlaşmış olması, kalan zamanda şoförün aracı iade etmesi ve kullanamamasını kira sözleşmesinin yapısına uygun olmadığı yönünde yorumlamak doğru olmayacaktır. Keza diğer zamanlarda taksi sahibinin aracı kendisinin kullanması, başkasına kiralaması veya araçta başka birini çalıştırması mümkündür. Kaldı ki yüksek mahkeme, daha önce benzer koşulları içerisinde bulunduran sözleşmesel ilişkiyi, kira sözleşmesi olarak kabul ederek kararını vermişse de incelemeye konu karar ile görüş değişikliğine gitmiştir<sup>43</sup>.

---

Unsuru, s. 65; Yargıtay 9. HD. 22.02.2010 T., 2008/10530 E., 2010/4617 K. “Çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması, kar ve zarara katılıp katılmaması, girişimcinin sahip olduğu karar verme özgürlüğüne sahip olup olmaması bağımlılık unsuru açısından önemlidir.” Benzer şekilde Yargıtay 9. HD. 02/07/2020 T., 2017/1092 E., 2020/6950 K.

<sup>41</sup> Yargıtay 9. HD. 26.02.2015 T., 2015/2190 E., 2015/8456 K.; Yargıtay 9. HD. 11.06.2015 T., 2015/14621 E., 2015/21427 K. (Yargıtay Karar Arama 26.07.2021)

<sup>42</sup> Baycık, Gaye: “Bireysel İş İlişkilerinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İstanbul 2018, s. 19.

<sup>43</sup> Yargıtay 9. HD. 22.06.2020 T., 2016/17641 E., 2020/6092 K. “Taksi şoförünün araç sahibine her gün düzenli olarak yaptığı ödemededen geride kalanın kazanç olduğu bir ilişkide ekonomik riski taşıyan şoför olacağı açıktır. İş sözleşmesi kazanç-ekonomik

İşletme ruhsatının devredilmediği hallerde trafik cezalarının kimin adına kesildiğinden yola çıkarak ilişkinin, iş ilişkisi olarak yorumlanmasına varılmamalıdır<sup>44</sup>. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu<sup>45</sup> (SSGSSK) bağlamında m.4/1, a kapsamında sigortalılık statüsü m.4/1, b kapsamında sigortalılık statüsünden üstün sayıldığından ve kanunun sağladığı haklardan yararlanma açısından işçilerin daha çok korunduğu düşünüldüğünde, şoförün Kuruma işçi olarak bildirilmesi de tek başına yeterli olarak kabul edilmemeli, primlerin gerçekte kim tarafından yatırıldığının araştırılması gerekmektedir.

Davacı şoförün talebi, iş sözleşmesinin haksız feshi nedeniyle işçilik alacaklarının ödenmesi olsa da hukuki ilişkinin tespiti hakim tarafından yapılacak, taraf iradeleri bağlayıcı olmayacaktır. Taksi sahibinin aracını satması nedeniyle aradaki ilişkinin bitmesi, kira sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenmeli, sözleşmenin belirlenen süreden önce sona erdirilmesi veya belirsiz süreli kira sözleşmelerinde ise fesih bildirim sürelerine uyulmaması nedeniyle oluşacak zararın giderilmesinin talebi gerekmektedir. Davacı şoförün, aynı nitelikte ve benzer koşullarla yeniden bir taksi kiralayabilmesine kadar geçen makul süre kadar kazanç kaybı giderilmelidir<sup>46</sup>.

*bağımlılık temeline değil, otorite-bağımlılık ilişkisine dayanır. İş sözleşmesinde işverenin yönetim hakkı, emir ve talimat verme yetkisi, işçinin de bu emir ve talimatlar doğrultusunda iş görme borcunu ifa yükümlülüğü vardır. Taraflar arasındaki ilişkinin iş ilişkisi olmayıp kira akdine dayandığına yönelik Mahkemenin kabulü dosya içeriğine uygun ise de, uyuşmazlığın İş Mahkemelerinin görevi kapsamında olmadığı değerlendirilerek HMK. 'nın 114 ve 115. maddelerine göre görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, taleplerin esaslan reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"; Yargıtay 9. HD. 28.09.2020 T., 2020/2032 E., 2020/9528 K. "Davacının davalı işyerinde çalışmaya başladığı iddia ettiği tarih itibarıyla davalının savunmasını doğrular şekilde davalı şirket ve davacı ile dava dışı ... arasında kira sözleşmesi yapıldığı görülmektedir. Aralarındaki ilişkinin iş ilişkisi olmayıp kira ilişkisi olduğuna ilişkin savunmayı, tanık olarak dinlenen ... de doğrulamıştır. Kira ilişkisinin varlığı karşısında teknik sebeplerle kiralayanın işçi gösterilip SGK'ya bildirimde bulunulmasının sonuca etkisi yoktur. Taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesinden kaynaklanmadığı, kira sözleşmesi olduğu anlaşılmalıdır; genel yetkili mahkemelerin görevli olduğu gözetilip görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, davanın esası hakkında karar verilmesi hatalıdır." (Yargıtay Karar Arama 23.05.2021)*

<sup>44</sup> **Başterzi**, Sözlü Tebliğ Sunumu; **Baycık**, s. 15; Yargıtay 9. HD. 26.01.2021 T., 2019/7722 E., 2021/2390 K.

<sup>45</sup> 16/6/2006 R.G. Sayı : 26200

<sup>46</sup> Yargıtay 3. H.D 17/02/2021 T., 2020/11026 E. 2021/1590 K. "Mahkemece; kazanç kaybının belirlenmesi, kazanç kaybı hesabı yapılırken davacı kiracının dava konusu kiralanan taksi ile aynı vasıf ve özelliklere sahip başka bir aracı aynı şartlarda ne kadar sürede kiralayabileceğinin ve taksinin işletildiği dönem ile fesih tarihi arasında sosyo-

## 2. Uyuşmazlığa Uygulanacak Kanun

4857 sayılı Kanun'un 4.maddesinde sayılan istisnalar dışında, bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ve işveren vekillerine, işçilerine ve faaliyet konularına bakılmaksızın İş Kanunu uygulanmaktadır<sup>47</sup>. İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan işlere ve niteliği itibarıyla 30 iş gününden az süren süreksiz işlere ise Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri ve genel hükümleri uygulanmaktadır.

Yüksek mahkeme, taraflar arasındaki ilişkinin, iş ilişkisi olduğunu kabul ederek kararını vermiş ancak bu ilişkinin esnaf işletmesi düzeyinde kalıp kalmadığına dair bir değerlendirmede bulunmamıştır. İş Kanunu'nun 4. maddesi bazı iş alanlarını istisnalar arasında sayarak bu faaliyetleri ve bu faaliyet alanında çalışanları İş Kanunu uygulaması dışında tutmuştur. İş K. m.4/1, 1 bendi gereğince, üç kişinin çalıştığı esnaf işletmeleri de İş Kanunu kapsamı dışında tutulan bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun genel hizmet sözleşmesi hükümleri ise bu alanda çalışanlar ve işverenler için başvurulması gereken kaynak olacaktır.

5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun<sup>48</sup> 1.maddesinde kanunun amacı açıklanmış, tanımlar başlıklı 3.maddesinin 1.fıkrasının a bendinde ise esnaf, "*ekonomik faaliyetini, sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran*" kişi olarak tanımlanmıştır. Kanun koyucu, esnaf olabilme açısından sermaye ve bedeni çalışma unsurlarını birlikte aramıştır. Yüksek mahkeme de kararlarında esnafın, işinde bizzat çalışması gerektiğini belirtmiştir<sup>49</sup>. Bunun yanı sıra sicil ve oda kayıtları,

---

*ekonomik yönden aynı çevrede işletilen benzer taksinin muhtemel kârının esnaf odaları gibi ilgili yerlerden elde edilebilecek verilerle birlikte değerlendirilip bilirkişi aracılığıyla tespit edilerek TBK 408. maddesi hükmünde gösterilen kesinti yönteminin uygulanması ve hakim tarafından, belirlenen kar üzerinden, hakkaniyete uygun bir indirim yapılarak hüküm verilmesi gerekirken yazılı şekilde, eksik inceleme ve yanlıgılı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir."* (Yargıtay Karar Arama 29.05.2021)

<sup>47</sup> **Süzek**, s. 210; **Eyrenci ve diğerleri**, s. 55; **Çelik ve diğerleri**, s. 159; **Senyen Kaplan**, s. 75; **Tunçomağ/Centel**, ss. 36-37.

<sup>48</sup> 21/06/2005 R.G. Sayı : 25852

<sup>49</sup> Yargıtay 9.HD. 28.4.2008 T., 2008/3568 E., 2008/10904 K. "*Ekonomik faaliyetini daha çok bedeni çalışmasına dayandıran düşük gelirli taksi ve minibüs işletmesi sahiplerinin esnaf olarak değerlendirilmesinin daha doğru olacağını belirtmek gerekir. Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu kararlar bu doğrultudadır.*" Yargıtay 9.HD. 24.12.2015 T., 2015/32756 E., 2015/36816 K. "... davacının şoför olarak çalıştığı takside davacı, davalı ... ve oğlu ...'in birlikte çalıştıkları, çalışan sayısının üç kişi olup, davalının takside bizzat şoförlük yaparak emeğini, bedeni gücünü bizzat kullandığı, vergi kayıtları



vergilendirme usulü, defter türü, kazanç miktarı gibi kıstaslar da faaliyetin, esnaf işletmesi düzeyinde kalıp kalmadığını belirlemede yardımcı olmaktadır (5362 s. Kanun m.3/1, a).

5362 sayılı Kanun m.6 “*Esnaf ve sanatkârların sicile kayıtları yapılmadıkça, hiçbir şekilde odaya kaydı yapılamaz...*” İlgili düzenlemeden de anlaşılacağı üzere mesleğini icra etmek isteyen esnaf ve sanatkar açısından sicil ve odaya kayıt, isteğe bağlı olmayıp zorunludur. Aynı zamanda esnaf ve sanatkarın, Gelir Vergisi Kanunu’nun<sup>50</sup> (GVK) 47. ve devamı maddeleri ile Vergi Usul Kanunu’nun<sup>51</sup> (VUK) 177. ve devamı maddelerinde geçen ve her yıl güncellenen gayri safi iş hasılatını aşmaması gerekmektedir. Aksi takdirde esnafın, birinci sınıf tacir konumuna geçip bilanço esasına göre defter tutması gerekebilecektir. Bu anlamda bireysel iş uyuşmazlıklarını konu edinen olaylarda esnafın bedeni çalışma gösterip göstermediği, çalışan sayısı ve kazanç miktarı unsurlarının açıkça tespit edilmiş olması gerekmektedir.

Somut olayda belirli saatler arasında taksiyi işleten iki kişi ve bir de taksi sahibinden bahsedilmektedir. İş K. m.4/1, 1 bendinde aranan üç kişi koşuluna, esnafın dahil edilip edilmeyeceğine dair tartışmalar hala geçerliliğini korumaktadır. Bazı görüşler düzenlemede “*kişi*” ifadesi kullanıldığından esnafın sayıya dahil edilmesi gerektiği yönündedir<sup>52</sup>. Yüksek mahkeme kararları da bedeni çalışma gösteren esnafın sayıya dahil edileceği yönün-

*rından davalının gelirinin tacir seviyesinde olmadığı, bu saptamalar karşısında davalının 5362 sayılı Yasa kapsamında esnaf olup, taraflar arasındaki hizmet akdinin İş Kanunu kapsamında bulunmayıp Borçlar Kanunu’na tabi olduğu anlaşıldığından, mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken Mahkemece gerekçesi dahi açıklanmadan görevli olduğu kabul edilerek esasa ilişkin karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”* Yargıtay 9.HD. 03/06/2020 T., 2016/16215 E. 2020/4814 K. “*Somut olayda davalı vekilinin 21.10.2015 tarihli celsedeki açık beyanına göre minibüs sahibi davalının bizzat çalışmadığı, minibüste 3 şoför çalıştığı anlaşılmakla ve kaldı ki daha sonra beyan edildiği gibi çalışan sayısı 2 olsa dahi davalı bizzat çalışmadığı için sadece bu nedenle dahi esnaf kabul edilemeyeceği davalının İş Kanununa tabi işveren olduğu gözetilerek yargılamaya devamla davanın esası hakkında karar verilmesi gerekirken görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.”* Yargıtay 9.HD. 07.06.2016 T., 2016/14014 E., 2016/13596 K. “*Davalı kendisi bedeni çalışmasını ticari takside koymadığından esnaf olarak da nitelendirilemeyeceğinden, İş Kanunu kapsamında kalan davacının istemleri hakkında esasa girilerek karar verilmesi gerekirken davanın yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalıdır.”* (Yargıtay Karar Arama – 26.07.2021)

<sup>50</sup> 06.01.1961 R.G. Sayı : 10700

<sup>51</sup> 10-11-12.01.1961 R.G. Sayı : 10703-10704-10705

<sup>52</sup> **Narmanhoğlu**, ss. 86-88; **Kılıçoğlu**, Mustafa/Şenocak, Kemal: İş Kanunu Şerhi, B. 3, Legal, İstanbul 2013, s. 71; **Çil**, Şahin: İş Kanunu Şerhi, C. 1, B. 2, Turhan, Ankara 2007, s. 284; **Akyigit**, s. 84.

dedir<sup>53</sup>. Bizim de katıldığımız diğer görüş ise üç kişi koşulunun “üç işçi” olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir<sup>54</sup>. Olayımızda her halükarda üç kişi sınırı aşılmadığından, esnafın bedeni çalışma gösterip göstermediğine ve kazanç miktarına da bakmak gerekecektir.

Karara konu uyumsuzlukta taksi sahibinin şoförden kalan zamanda taksiyi kullanıp kullanmadığı anlaşılammamaktadır. Kanun metninde esnafın, “bedeni çalışma göstermesi” kriterine yer verilerek, esnafın bizzat çalışması gerektiği ifade edilse de çalışmanın ne yoğunlukta gerçekleştirilmesinin arandığına dair net bir çıkarım yapılamamaktadır. Şoförün günlük hayatın olağan akışı içerisinde hastalık, düğün, cenaze, evlilik, doğum günü gibi kişisel nedenlerle izin alabileceği, hafta tatilinde veya yıllık izinde olabileceği düşünüldüğünde taksi sahibinin sınırlı bir süre de olsa bedeni çalışma ortaya koyması mümkündür. Hatta taksi sahibinin, taksi kullanmasa dahi müşteri bulması, şoförü müşterilere yönlendirmesi de bedeni çalışma olarak nitelendirilmelidir. Kaldı ki vergi uygulamaları açısından da basit usulde vergilendirilmek için “kendi işinde bilfiil çalışmak veya bulunmak” kriteri aranmış, yardımcı işçi çalıştırılmasının bu şartı ihlal etmeyeceği açıklanmıştır (GVK m.47). Bu nedenle kazanç miktarı ve çalışan sayısı bakımından sınırın aşılmadığı hallerde sermaye sahibi esnaf açısından yoğun bir bedeni çalışma göstermesinin aranmaması gerektiği düşüncesindeyiz. İstisnaların dar yorumlanması neticesinde çalışana İş Kanunu çatısı altına almak doğru olsa da istisna hükümlerinin getiriliş amacı göz ardı edilmemeli, esnaf işletmelerinin de korunma gerekliliği unutulmamalıdır.

<sup>53</sup> Yargıtay 9. HD. 26.01.2021 T., 2019/7722 E., 2021/2390 K. “İşinde bedeni gücü ile çalışmakta olan esnaf dahil olmak üzere toplam çalışan sayısının üçü aşması durumunda işyeri, 4857 sayılı Kanun’a tabi olacaktır.”; Benzer şekilde Yargıtay 9. HD. 21.01.2021 T., 2020/4495 E., 2021/1921 K.; Yargıtay 9. HD. 14.10.2020 T., 2016/27852 E., 2020/11930 K.; Yargıtay 22. HD. 09.06.2020 T., 2020/1632 E., 2020/6143 K.; Yargıtay 9.HD. 25.02.2020 T., 2017/14335 E., 2020/3006 K.; Yargıtay 9.HD. 25.11.2019 T., 2016/9243 E., 2019/20743 K. (Yargıtay Karar Arama 29.05.2021)

<sup>54</sup> **Süzek**, s. 217; **Sur**, Melda: “Bireysel İş İlişkilerinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, İstanbul 2018, ss. 22-23; **Yıldız**, Değerlendirme, s. 42; **Ekonomi**, Münir: “Bireysel İş İlişkilerinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, İstanbul 2009, s. 6; **Soyer**, M. Polat: “Bireysel İş İlişkilerinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara 2010, s. 32; **Tuncay**, Aziz Can: “Bireysel İş İlişkilerinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara 2013, s. 19.

Yüksek mahkemenin taraflar arasındaki ilişkinin, esnaf işletmesi düzeyinde kalıp kalmadığını incelememesi doğru olmamıştır<sup>55</sup>. Nitekim fazla çalışma ücretinin hesabı bu tespite bağlı olarak değişecektir. Esnaf işletmesi olduğunun kabulü halinde Türk Borçlar Kanunu kapsamında, aksi takdirde İş Kanunu kapsamında fazla çalışma ücreti hesaplanacaktır.

### 3. Çalışma Süresi ve Ücretin Belirlenmesi

Karar içeriğinde şoförün aracı 05:00-15:00 saatleri arasında kullandığından bahsedilse de haftanın kaç günü bu eylemin gerçekleştiğine dair net bir bilgi bulunmamaktadır. Ancak kararda açıkça “*davacının aylık sabit bir tutarı işverene ödemesi*” karşılığında çalıştığı, ifadesine yer verilmiştir. Somut olay özelinde taksi sahibi, sabit bir kazanç elde etmekten, şoförün kazancı hasılatına bağlı olarak değişmektedir.

Taraflar arasındaki ilişkinin, kira sözleşmesine dayandığı yönündeki kanaatimizi yinelemekteyiz. Yüksek mahkemenin değerlendirmesi ise iş ilişkisinin varlığı yönünde olduğundan, çalışmamızın bu bölümünde fazla çalışma ve ücret konularını, İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu temelinde değerlendireceğiz.

#### a. Fazla Çalışma

Fazla çalışma borcu TBK m.398/1’de “*Fazla çalışma, ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışmadır. Ancak, normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur ve aynı zamanda kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırı olursa işçi, karşılığı verilmek koşuluyla, fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlüdür.*” ifadesiyle düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nda, İş Kanunu’nda olduğu gibi olağan, zorunlu ve olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma şeklinde ayrımlara gidilmemiş; “fazla çalışma zorunluluğunun doğması”, “işçinin yapabilecek durumda olması” ve “yapamayacaksa da dürüstlük kuralına

<sup>55</sup> Emsal karar için bkz. Yargıtay 9. HD. 14.10.2020 T., 2016/27852 E., 2020/11930 K. “...taraflar arasında iş sözleşmesi bulunduğu sonucuna varılması hâlinde davalının esnaf odası kaydı ve vergi kayıtları getirilip dosyaya dahil edilmelidir. Davalıya ait taksid davacının ve ...’nin şoför olarak çalıştığı, fiilen çalışan başka şoförler olup olmadığı, davalının taksid çalışıp çalışmadığı ve taksimetre kayıtları ve vergi kayıtlarına göre esnaf-tacir parasal sınırlar gözetilerek ticari işletme veya esnaf işletmesi niteliğinde olup olmadığı, taksicilik işinin esnaflığa müsait işlerden olduğu dikkate alınarak yukarıdaki bilgiler ışığında esnaf kapsamında olup olmadığı değerlendirilerek, görev hususunda bir karar verilmesi gerekmektedir.” (Yargıtay Karar Arama – 26.07.2021)

uygun bir kaçınma halinin söz konusu olması” şeklinde muğlak ifadeler yer verilmiştir<sup>56</sup>. İşverenin yönetim hakkı kapsamında çalışma sürelerini ayarlaması ve gerektiğinde fazla çalışma talep etmesi beklenebilir. Ancak fazla çalışma ile sağlanacak yarar ile işçinin yükümlülükleri arasında denge de sağlanmış olmalıdır<sup>57</sup>. Karşılığı verilse dahi işçiden sürekli fazla çalışma yapmasını beklemek, işçinin dinlenme ve sağlıklı bir yaşam sürme hakkına müdahale anlamına gelmektedir.

Fazla çalışmanın maddi karşılığı Türk Borçlar Kanunu’nun 402. maddesinde düzenlenmiş, işverenin işçiyi fazladan çalıştırdığı her saat için, saatlik ücretin en az yüzde elli zamlı halini ödemek durumunda olacağı açıklanmıştır. Türk Borçlar Kanunu’nda haftalık çalışma süresinin ne olduğuna dair bir düzenleme getirilmemiş, ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin aşılması aranmıştır<sup>58</sup>. Kanun koyucunun “*ilgili kanunlar*” ifadesinden, çalışma hayatını düzenleyen İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu’na atıf yaptığı düşünülse dahi bu kanunlarda yeknesak bir haftalık çalışma süresinden bahsedilmemektedir. İş Kanunu, haftalık azami 45 saatlik çalışma süresi öngörürken, diğer çalışma yasaları olan Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu’nda daha uzun çalışma süreleri düzenlenmiştir.

Tarafların sözleşme ile haftalık çalışma süresini kararlaştırmadığı veya haftalık çalışma süresi hususunda ihtilafa düştüğü durumlarda haftalık azami 45 saat çalışmayı öngören İş Kanunu hükmünün, hem Türk Borçlar Kanunu’na göre özel kanun olması hem de diğer çalışma kanunlarına göre daha az çalışma süresi belirtmesi nedeniyle kıyasen uygulanması mümkündür. Ancak tarafların, haftalık 45 saatin altında çalışmayı öngördüğü sözleşmelerde taraf iradelerine öncelik verilmelidir. Kanun koyucunun “*çalışma süresinin aşılması durumunda yüzde elli zamlı ücret ödenecektir*” düzenlemesi gereğince, öncelikle tarafların üzerinde anlaşıldığı haftalık çalışma süresine bakılmalı, anlaşılan çalışma süresini aşan her saat fazla çalışma olarak değerlendirilmeli ve yüzde elli zamlı ücret ödenmesi gerekmektedir. İş Kanunu’nda

<sup>56</sup> **Keser**, Hakan : “İşverenin Fazla Çalışma Yapılması Yönündeki Talimatına Uymayan ya da Fazla Çalışma Onayını Geri Alan İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshine İlişkin Bir Değerlendirme” Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 39, 2018, s. 26.

<sup>57</sup> **Keser**, s.22; Yargıtay 9. HD. 20/01/2020 T., 2019/6407 E., 2020/678 K.; Yargıtay 9. HD. 25/11/2019 T., 2019/3668 E., 2019/20769 K. (Yargıtay Karar Arama – 29.05.2021)

<sup>58</sup> **Soyer**, M. Polat: Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Devrim Ulucan Armağanı, Legal, İstanbul, 2008, s. 156; **Arslan Ertürk**, Arzu: “Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Legal, s. 541; **Zevkiler/Gökyayla**, s. 459.

ise Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak fazla sürelerle çalışma ve fazla çalışma olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmiştir<sup>59</sup>. Bu ayrım nedeniyle tarafların 45 saatin altında belirlediği haftalık çalışma sürelerinde, 45 saate kadar olan çalışmalar fazla süreyle çalışma olarak adlandırılmakta ve saatlik ücretin %25 zamlı hali ödenmektedir. Haftalık çalışma süresinin 45 saati aşması halinde ise fazla çalışma doğmakta ve aşan her saat için saatlik ücretin %50 zamlı hali ödenmektedir.

Fazla çalışmanın diğer bir karşılığı ise işçinin serbest zaman kullanmasıdır (TBK m.402/2 ve İş K. m.41/4). İş Kanunu uygulamasında aşan her fazla süreyle çalışma karşılığında bir saat onbeş dakika, fazla çalışma halinde ise bir saat otuz dakika serbest zaman verilmesi gerektiği açıkça kararlaştırılmıştır. Türk Borçlar Kanunu kapsamında yapılan fazla çalışmalar açısından ise iznin “fazla çalışmayla orantılı olması” gerektiği ifade edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu kapsamında çalışanlar açısından da serbest zamanın miktarı konusunda fazla çalışma ücretinde olan %50 zamlı uygulamanın yapılması gerektiğini savunan görüşler bulunmaktadır<sup>60</sup>. Söz konusu görüş doğrultusunda, yapılan 1 saat fazla çalışmanın karşılığı 1,5 saat serbest zamandır. Ancak kanaatimizce hükmün lafzından bu sonuç çıkarılamamaktadır. Serbest zaman kullanılacağı takdirde fazla çalışma süresi kadar serbest zaman verilmelidir.

İşçinin günlük çalışma süresi boyunca sürekli ve devamlı şekilde durmadan çalışması beklenemez. İşçi sağlığının korunması açısından azami çalışma süreleri getirilirken aynı zamanda asgari dinlenme süreleri de düzenlenmiştir<sup>61</sup>. Yargıtay da “...gün içinde işçinin yemek, çay, sigara gibi ihtiyaçları sebebiyle ya da dinlenmek için belli bir zamana ihtiyacı vardır<sup>62</sup>.” ifadesiyle, ara dinlenmesinin önemini belirtmiştir. Ancak İş Kanunu'nun 68. maddesinin son fıkrasına göre ara dinlenmesi çalışma süresinden sayılmaktadır. Bu nedenle fazla çalışma hususu değerlendirilirken ara dinlenme

<sup>59</sup> Çelik ve diğerleri, s. 762 vd.; Süzek, s. 816 vd.; Eyrenci ve diğerleri, s. 283; Senyen Kaplan, s. 392; Akyiğit, s. 375 vd.

<sup>60</sup> Akyiğit, s. 391.

<sup>61</sup> Akyiğit, s. 411; Süzek, s. 806; Ekonomi, Münir : “Ara Dinlenmesine İlişkin İş Kanununda Öngörülen Süreler ve Yargıtay Kararı”, Legal İş Hukuku Dergisi, C. 11, S. 42, 2014, s. 23 vd.; Doğan, Sevil : “İş Hukukunda İşçinin Ara Dinlenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 2, Aralık 2020, s. 1180; Sevimli, Ahmet: 4857 sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, Beta, 2019, s. 173.

<sup>62</sup> Yargıtay 9. HD. 21.12.2020 T., 2016/32987 E. 2020/19369 K.; Yargıtay 9. HD. 07/12/2020 T., 2016/25619 E. 2020/17587 K.; Yargıtay 9. HD. 11.11.2020 T., 2017/18693 E. 2020/15785 K. (Yargıtay Karar Arama 26.07.2021 )

süresi çalışma süresinden dışlanmalı ve fazla çalışma süresi bu şekilde hesaplanmalıdır<sup>63</sup>. İşçinin işe hazır halde beklediği veya çalışmaya devam ettiği durumlarda ise ara dinlenme verilmemiş sayılacaktır<sup>64</sup>. İş Kanunu'nun 68.maddesinde işçinin günlük çalışma süresinin uzunluğuna göre farklı ara dinleme sürelerine sahip olduğu belirtilmiştir. Günlük çalışma süresi 4 saat ve daha az olanların 15 dakika, 4 ile 7,5 saat arasında çalışanların 30 dakika, 7,5 saatten fazla çalışanların ise 1 saat ara dinlenme hakları vardır. Hüküm nispi emredici olduğundan, işçi lehine toplu iş sözleşmeleri veya bireysel iş sözleşmeleri ile daha uzun ara dinlenmesi süreleri kararlaştırılabilecektir<sup>65</sup>. Yüksek mahkeme de uygulamalarında günlük on bir saati aşan çalışmalarda daha uzun dinlenme süresi verilmesi gerektiğine kanaat getirmiştir<sup>66</sup>. Türk

<sup>63</sup> **Akyiğit**, s. 414; **Süzek**, s. 807; **Ekonomi**, Ara Dinlenmesi, s. 28 vd.; **Doğan**, Ara Dinlenmesi, s. 1185; **Sevimli**, s. 173.

<sup>64</sup> “İşçi, ara dinlenme saatinde tamamen serbesttir. Bu süreyi işyeri içinde ya da dışında geçirebilir. İşyerinde geçirmesi ve bu süre içinde çalışmaya devam etmesi durumunda ara dinlenmesi verilmemiş sayılır. Ara dinlenmesi için ücret ödenmesi gerekmez. Ancak, bu süre işçiye dinlenme zamanı olarak tanınmıyorsa, bu sürenin haftalık 45 saati aşan kısmı oluşturması halinde zamlı ücret ödenmelidir.” Yargıtay 9. HD. 2017/17516 E., 2020/13252 K.; Yargıtay 9. HD. 2016/25534 E.,2020/11056 K.; Yargıtay 9. HD. 2017/16419 E.,2020/10610 K. (Yargıtay Karar Arama – 26.07.2021)

<sup>65</sup> **Akyiğit**, s. 412; **Süzek**, s. 806; **Ekonomi**, Ara Dinlenmesi, s. 23 vd.; **Doğan**, Ara Dinlenmesi, s. 1181; **Sevimli**, s. 174.

<sup>66</sup> Yargıtay 9. HD. 28.01.2021 T., 2021/175 E., 2021/2651 K.; Yargıtay 9. HD. 20.01.2021 T., 2020/4088 E., 2021/1757 K.; Yargıtay 9. HD. 24.05.2021 T.,2021/5169 E., 2021/9471 K. “...günde on bir saate kadar olan (on bir saat dahil) çalışmalar için ara dinlenmesi en az bir saat, on bir saatten fazla çalışmalarda ise en az bir buçuk saat olarak verilmelidir” Benzer şekilde Yargıtay 9. HD. 14.10.2020 T., 2020/2731 E., 2020/12017 K. “Somut uyumsuzlukta, Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının günlük 12 saatlik çalışmasında yukarıdaki ilke kararında açıklandığı üzere 1,5 saat ara dinlenme süresi dikkate alınmalı iken 1 saatlik ara dinlenme kabul edilerek fazla çalışmanın belirlenmesi hatalıdır.” Yargıtay 9. HD. 12/10/2020 T., 2017/16401 E., 2020/11501 K. “...günlük 12 saatlik çalışmadan 1,5 saat ara dinlenmesi yerine 1 saat 20 dakika ara dinlenmesi düşülmesi hatalıdır.” Yargıtay 9. HD. 19/10/2020 T., 2017/17204 E., 2020/12446 K. “Davacı tanıklarının davacı ile birlikte çalışmasının bulunmadığı 2007 öncesi ve 2012 sonrası açısından ise, davalı tanık beyanları doğrultusunda davacının yılın bir ayı 17.00-09.00 saatleri arasında 2 saat ara dinlenmenin mahsubu ile günlük 14 saat çalıştığı, çalışmanın gece çalışması olduğu da göz önüne alınarak bu dönemler yönünden günlük 6,5 saat, haftalık ise 39 saat fazla mesaisinin bulunduğu kabulü ile, Temmuz-Ağustos aylarında ise tanıkların görgüye dayalı bilgisi olmadığından bu döneme yönelik çalışmaların ispat edilemediği kabulü ile, geri kalan dönemler yönünden ise davacının 24 saat çalışma 24 saat dinlenme usulü ile çalıştığı, bu usule göre yapılan çalışmalarda bir hafta 3 gün diğer hafta 4 gün çalışma yapılacağından, davacının ilk hafta 9 saat ikinci hafta ise 12 saat fazla çalışmasının olduğunun kabulü ile hesaplama yapılması gerekmektedir.” Yargıtay 9. HD. 27.11.2019 T., 2017/12809

Borçlar Kanunu'nda ise ara dinlenmesine ilişkin bir düzenleme getirilmemiş, kanun koyucu dinlenme sürelerinin belirlenmesi konusunda istemeden de olsa kanun boşluğu yaratmıştır. Kanaatimizce hâkim, Türk Borçlar Kanunu'ndaki ara dinlenmesine ilişkin boşluğu İş Kanunu düzenlemeleriyle doldurarak uyumsuzluklara çözüm getirebilecektir.

### ***b. Hasılat- Fazla Çalışma Ücreti İlişkisi***

Şoför ile taksi sahibi arasındaki ücret anlaşması, fazla çalışmanın varlığını ve fazla çalışma ücretini değiştirmektedir. Karara konu olayda şoför tüm hasılatı almakta taksi sahibine ise belli bir bedel ödemektedir. Hasılat kavramı, bir işten elde edilen sonuç anlamına gelen Arapça “*hasıla*” sözcüğünden dilimize geçmiştir<sup>67</sup>. Sözlük anlamı itibariyle ise ürün, gelir, kazanç anlamına gelmektedir<sup>68</sup>. Vergi ve muhasebe uygulamalarında ise birkaç farklı tanımı bulunmaktadır. Türkiye Muhasebe Standardı 18 (TMS 18)'e göre hasılat, *ortakların sermayeye katkıları dışında, özkaynakta artışla sonuçlanan ve işletmenin dönem içindeki olağan faaliyetlerinden elde edilen brüt ekonomik fayda tutarındır*. Bu açıdan hasılat, işletmenin olağan faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan satış, ücret, faiz, temettü, lisans ücreti ve kira gibi çeşitli gelir kalemlerini kapsamaktadır<sup>69</sup>. Diğer bir tanıma göre ise belirli bir dönemde mal teslimi, mal üretimi veya hizmet sunumu gibi işletmenin ana faaliyet konusunu ilgilendiren işlemler sonucunda elde edilen brüt değerdir<sup>70</sup>. Taksi işletilmesi de hizmet sunumunun söz konusu olduğu hasılat elde

*E., 2019/21128 K. “Kararı davacının temyiz etmediği de gözetildiğinde 24 saat çalışmada 10 saat ara dinlenmesi düşülerek günlük 14 saat çalışma olduğunun kabulü ile 11 saati aşan 3 saat nedeniyle günlük 3 saat fazla mesai yaptığı kabul edilmelidir.” (Yargıtay Karar Arama – 26.07.2021)*

<sup>67</sup> **Arslan**, Erdoğan: “TMS 18 Hasılat Standardı ve Vergi Uygulamaları Açısından Değerlendirilmesi,” VI. Muhasebe Uygulamaları ve Vergi Mevzuatı Sempozyumu, ASMMMO, 2008, s. 163; **Yıkılmaz**, Seyfi: Hasılat Yaratan İşlemlerin Türkiye Muhasebe Standartları ile Vergi Mevzuatı Kapsamında İncelenmesi ve Muhasebe Meslek Mensupları Üzerine Bir Araştırma”, Yüksek Lisans Tezi, Niğde Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 20.

<sup>68</sup> <https://sozluk.gov.tr/>

<sup>69</sup> **Gökbayrak**, Adnan: Hasılatın Tespitinde Karşılaşılan Problemler ve Çözüm Önerileri, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, s. 41; **Malkoç**, Cihan: Türk Vergi Mevzuatı ve Türkiye Muhasebe Standartlarına Göre Hasılatın Tespit Edilmesi ve Muhasebeleştirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 6; **Yıkılmaz**, s. 21.

<sup>70</sup> **Sürmeli**, Fevzi ve Diğerleri: Muhasebe Bilgi Sistemleri, I. Basım, Anadolu Üniversitesi Yayın No:1736, Açıköğretim Fakültesi Yayın No:895, 2007, s. 111; **Malkoç**, s. 6; **Akdoğan**, N./**Aydın**, H.: Muhasebe Teorileri, Ankara: Gazi Üniversitesi Yayın No:98, 1987, s. 432; **Gökbayrak**, s. 44; **Toroslu**, Vefa : Türkiye Muhasebe Standartlarında

etme yöntemidir. Hizmet satışlarında mülkiyetin devri söz konusu olmadığından hasılat, hizmet yerine getirildikçe doğmaktadır<sup>71</sup>. Borçlar hukuku anlamında ise daha çok kira sözleşmelerinde kullanılan hasılat kavramı, kiralanandan elde edilen ürün ve semereyi ifade etmek için kullanılmaktadır<sup>72</sup>. Türk Medeni Kanunu<sup>73</sup> (TMK) da ürünü, *dönemsel olarak elde edilen doğal veya hukukî ürünler ile bir şeyin özgülendiği amaca göre âdetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verim* olarak tanımlamaktadır (TMK m.685/2). İş ilişkilerinde ise üretilen malların satımı veya hizmetin sunumu sonucu elde edilen gelir ve kazancı ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu haliyle bakıldığında hasılat kavramı sözleşme türüne ve işin niteliğine göre ürün, gelir, kazanç kavramlarını karşılamakta ve yeri geldiğinde birbirlerinin yerine kullanılabilir.

İş ilişkilerinde asıl olan, çalışma sürelerinin aşılması halinde fazladan çalışılan sürenin karşılığının para ile ödenmesi veya serbest zaman kullanılmasıdır (İş K.m.41 ve TBK m.402). Kanun koyucu, yaptığı düzenlemelerde fazla çalışmanın karşılığı olarak başka bir alternatiften bahsetmemiştir. Uygulamada ise işçinin onayının alınmış olması halinde sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince fazla çalışmanın ücrete dahil olacağı kararlaştırılabilmektedir<sup>74</sup>. İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde fazla çalışmanın ücrete dahil olduğuna ilişkin kararlaştırmalarda, yıllık 270 saat fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu kabul edilmektedir<sup>75</sup>. Türk Borçlar Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde ise

---

Hasılat-Maliyet İlişkisi, Adalet Yayınevi Ankara 2011, s. 139-140; **Sarıkaya**, Tuba: Hasılat Kavramının TMS 18 Hasılat Standardı ve Türk Mevzuatı Yönünden İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 84.

<sup>71</sup> **Gökbayrak**, s. 51; **Ercan**, Melis: Hizmet Sözleşmelerinde Hasılatın Muhasebeleştirilmesi ve Raporlanması; Uygulama Örnekleri, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 8, 43.

<sup>72</sup> **Cansel**, Erol: İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Desen Matbaası, Ankara 1953, s. 5; **Altaş**, s. 76 vd.; **Arkan Serim**, s. 3.

<sup>73</sup> 8.12.2001 R.G. Sayı : 24607

<sup>74</sup> **Ertan**, Emre: "Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dâhil Edilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.34, 2015, s. 105; **Astarlı**, Muhittin: "Alman ve Türk hukuklarında Fazla Saatlerle Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dâhil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlilik Koşulları", Kamu-İş, C. 9, 2008/4, ss. 54-55.

<sup>75</sup> Yargıtay 9. HD. 28.01.2021 T., 2020/4770 E., 2021/2722 K. "Fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödeneceğinin öngörülmesi ve buna uygun ödeme yapılması halinde, yıllık 270 saatlik fazla çalışma süresinin ispatlanan fazla çalışmalardan indirilmesi gerekir." Yargıtay 9. HD 18.01.2021 T., 2020/3947 E., 2021/1343 K. "davacı tarafından imzalanmış böyle bir sözleşmenin varlığı halinde, bu belge ve hükümleri tarafları bağlayacağından, davacının yılda 270 saatlik fazla çalışmasının, ücretin içinde olduğu kabul



konuya ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, fazla çalışmanın ücrete dahil olduğuna ilişkin anlaşmalarda İş Kanunu'nda belirlenen üst sınırın uygulanması gerektiği yönünde görüş bulunmaktadır<sup>76</sup>. Ücretin, fazla çalışmayı kapsadığını kabul edebilmek için ise işçinin, en az asgari ücrete ek olarak aylık 22,5 saate denk gelen ücret tutarını almış olması gerekmektedir<sup>77</sup>. Ancak asgari ücretten ziyade işçinin ve işin niteliği dikkate alınarak belirlenen emsal ücrete ek olarak 22,5 saatlik ücretin aranması daha doğru olacaktır. Zira asgari ücretten biraz fazla emsal ücret ödenen durumlarda, emsal ücrete fazla çalışmanın dahil edilmesiyle fazla çalışma karşılığının hiç ödenmemesi sonucu gerçekleşebilecektir<sup>78</sup>. Fazla çalışmanın ücrete dahil olduğuna ilişkin anlaşmalarda, söz konusu koşul geçerlilik ve içerik denetimine tabi tutulmalıdır<sup>79</sup>. İşçinin sözleşmeyi kabul ederken ne kadar saat çalışacağını ve karşılığında ne kadar ücrete hak kazanacağını, ne kadar saat fazla çalışmanın ücretinin içinde olduğunu bilmesi gerekmektedir<sup>80</sup>.

### (1) Yevmiye Usulü

Yevmiye, Türk Dil Kurumu sözlüğünde “*gündelik*” ve “*her gün*” anlamına gelecek şekilde iki anlamı içermektedir<sup>81</sup>. İş ilişkilerinde de yevmiye kelimesi çoğunlukla işçinin günlük çalışması sonunda aldığı kazanç olarak ifade edilmektedir. İşin görüldüğü zaman dilimi esas alınarak bir ücretlendirme yapıldığından yevmiye usulünde, zamana göre ücret söz konusu olur<sup>82</sup>. Eğer ki somut uyuşmazlıkta şoförün, 05:00-15:00 saatleri arasında çalışması halinde 200 TL alacağına dair bir anlaşma yapılmış olsaydı, 200 TL işçinin o günkü çalışmasının karşılığı olarak kabul edilecekti.

*edilmeli ve 270 saati aşan kısım için fazla mesai ücreti kabul edilmelidir.”* Benzer şekilde YHGK 30.5.2018 tarih, 2015/2875 E. 2018/1142 K. (Yargıtay Karar Arama – 29.05.2021)

<sup>76</sup> **Ertan**, s. 117.

<sup>77</sup> **Ertan**, s. 124; Emsal karar için bkz. Yargıtay 9. HD. 13.01.2021 T., 2020/3915 E., 2021/614 K. “*İş sözleşmesinde kararlaştırılan aylık ücrete aylık 22,5 saat fazla çalışma ücretinin de dahil olduğu göz önüne alınarak, davacının fazla çalışma ücreti dışında kalan ücretinin asgari ücretin altında kalıp kalmadığı denetlenmelidir.*” (Yargıtay Karar Arama – 29.05.2021)

<sup>78</sup> **Alp**, Mustafa: “Fazla Çalışmaları Ücrete Dahil Eden Sözleşme Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi”, Çalışma ve Toplum, 2021/1, s. 33.

<sup>79</sup> **Ertan**, s. 106; **Astarlı**, s. 46; **Alp**, s. 30; **Sur**, Değerlendirme, s. 138; **Çil**, Şahin: “Fazla Çalışma Ücretinin Temel Ücret İçinde Ödenmesi Uygulaması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Özel Sayı, C. 74, 2016, s. 310 vd.

<sup>80</sup> **Baycık**, s. 288 vd.; **Doğan Yenisey**, s. 127; **Astarlı**, s. 46; **Alp**, s. 32.

<sup>81</sup> <https://sozluk.gov.tr/>

<sup>82</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Centel**, Tankut : İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, s. 17 vd.; **Süzek**, s. 352; **Akyiğit**, s. 193.

Şoförün, günlük belli bir yevmiye ile çalışarak hasılatı taksi sahibine verdiği bir durumda, taraflar arasında fazla çalışmanın ücrete dahil olduğuna dair bir anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmalı, anlaşmanın olmadığı durumlarda haftalık çalışma süresinin aşılması halinde şoföre, aşan her saat için saatlik ücretinin %50 zamlı hali ödenmelidir. Çalışma süresinin artması işçinin yevmiyesini arttırmayacağından fazla çalışmanın zamsız kısmının ücrete dahil olduğunun kabulü doğru olmayacaktır<sup>83</sup>. Fazla çalışmanın, ücrete dahil olduğuna dair yapılan anlaşmalarda ise şoförün ay içerisinde eline geçen toplam kazanca bakılmalı ve bu tutarında da en az “*asgari ücret + 22,5 saate denk gelen ücreti*” oluşturması gerekmektedir. Ay içerisinde yapılan fazla çalışma miktarının 22,5 saati aşması halinde ise yine aşan her saat için %50 zamlı ücret hesabı yapılmalıdır.

Fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu anlaşmalarda genel kabul yıllık 270, aylık 22,5, haftalık ise 5,2 saat fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesi yönündedir<sup>84</sup>. Şoförün düzenli bir biçimde haftanın altı günü 05:00-15:00 saatleri arasında çalıştığı ve bir gün hafta tatili yaptığı düşünüldüğünde şoför, ara dinlenmelerin dışlanması sonucunda her hafta 9 saat fazla çalışmış olacaktır. Haftalık 5,2 saat fazla çalışma ücrete dahil kabul edildiğinden 3,8 saatlik fazla çalışma, %50 zamlı ücret üzerinden hesaplanacaktır. Taraflar arasında fazla çalışmaya ilişkin bir anlaşma olmadığı takdirde ise fazladan çalışılan her saat için %50 zamlı ücret ödenmelidir.

## (2) Hasıllata Bağlı Ücretlendirme

Somut uyuşmazlıkta şoförün sabit bir ücreti olmayıp ücret miktarı, hasıllata bağlı olarak değişmektedir. Kanun koyucu; ücret ile üretilenden, kardan veya cirodan pay verilmesini arıyor olsa da hasıllata bağlı ücretlen-

<sup>83</sup> YHGK 29.03.2017 T., 2014/2434 E., 2017/569 K. “Davacının belirlenen bu günlük yevmiye şeklindeki sabit ücretinin, parça başına ya da yapılan işin tutarına, yüzde usulü veya hasıllata bağlı günlük yevmiye şeklinde belirlendiğine dair iş sözleşmesi ya da bu yönde başka delil dosyaya sunulmamıştır. Dinlenen tanık beyanları ve yapılan işin niteliği itibarıyla davacının fazla çalışma yaptığı anlaşılmıştır. O halde davacının belirlenen günlük yevmiye ücreti nedeniyle fazla çalışma yaptığı sabit olup fazla çalışma ücreti hesaplanırken saat ücretinin 1,5 katı esas alınması gerekmektedir.” (Yargıtay Karar Arama – 29.05.2021)

<sup>84</sup> Yargıtay 9. HD. 02.03.2021 T., 2021/1534 E., 2021/5287 K. “davacıya ödenen temel ücret içinde yıllık 270 saat fazla çalışma olduğu kabul edilmeli, buna göre haftalık 5,2 saati aşan fazla çalışma süreleri hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır.” Yargıtay 9. HD. 25.02.2021 T., 2020/8680 E., 2021/4899 K. “İşçiye her ay ödenen ücret içinde fazla çalışmaların bir kısmının yer aldığı taraflarca kabul edildiğine göre 270 saatin 12 aya bölünmesi sonucu belirlenen 22,5 saat, her ay için kanıtlanan fazla çalışma süresinden indirilmelidir.” (Yargıtay Karar Arama – 29.05.2021)

dirme, bir ücret ödeme türü olan işin sonucundan pay vermeye benzemektedir (TBK m.403). Burada şoför sabit ücret yanında cirodan pay almamakta ücreti doğrudan cironun bir bölümünden oluşmaktadır. Taraflar, sözleşme özgürlüğü gereği karma veya farklı bir ücret anlaşması yapabilmektedir. Ancak asıl olan, işçinin asgari ücretten az olmayan emsal ücret almasıdır<sup>85</sup>. Şoförün hasılatın belli bir bölümünü alarak kalanını taksi sahibine verdiği durumlarda Yargıtay, fazla çalışma ücreti hususunda zamsız kısmın kazanca dahil olduğunu, sadece yüzde elli zamlı kısmın hesaplanması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu karar ile Yüksek Mahkeme, taraflar arasında fazla çalışmanın ücrete dahil olduğuna dair bir anlaşmanın olup olmadığına, işçinin onayının alınıp alınmadığına bakmaksızın hasılatla bağlı işlerde fazla çalışmanın zamsız kısmını doğrudan ücret içinde kabul ederek bir nevi işçiyi ekonomik riske dahil etmiş, kanaatimizce işçi aleyhine genişletici bir yorum yapmıştır. Yıllar içinde farklı görüşlere yönelse de Yüksek Mahkeme aynı uygulamayı “sabit ücret + prim” anlaşmalarında da göstermiştir<sup>86</sup>. Taksi işletilmesi, üretimin veya satışın gerçekleştiği, performansın önem arz ettiği iş alanları gibi değerlendirilmemelidir. Kazanç büyük çoğunlukla şansa bağlı olarak gerçekleşmektedir. Müşterinin çokluğu, mesafelerin uzunluğu, hava koşulları kazancı değiştirecek etkenlerdendir. Yüksek Mahkeme ise hasılatla dayalı anlaşmanın yapıldığı somut ilişkide “*çalışma süresi arttıkça kazanç artacaktır*” şeklinde yanılırlı bir tespitte bulunmuştur.

Hasılatla bağlı ücret ilişkisinde şoförün, haftada 54 saat çalıştığını varsayalım. Yargıtay’ın yukarıda örneğini verdiğimiz birinci uygulamasına göre 9 saat fazla çalışma yapılmış olsa da haftalık 5,2 saatlik fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu kabul edildiğinden, kalan süre %50 zamlı ücret üzerinden hesaplanacaktır. İkinci ve karara konu uyuşmazlıktaki uygulamasına göre ise işçi 9 saat fazla çalışmış olsa da 9 saatlik ücreti, hasılattan alacağı payın içinde olacağından sadece %50 zamlı kısım hüküm altına alınmakta, yani 4,5 saate denk gelen ücret hesaplanmaktadır. İkinci uygulama ile işçi

<sup>85</sup> Yargıtay 9. HD. 25.02.2021 T., 2021/430 E., 2021/4932 K. “*İş sözleşmesinin tarafları, asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler.*” Benzer şekilde Yargıtay 9. HD. 18.02.2021 T., 2016/22616 E., 2021/4242 K.; Yargıtay 9. HD. 28.01.2021 T., 2019/5901 E., 2021/2707 K. **Senyen Kaplan**, ss. 167-169; **Tunçomağ/Centel**, s. 107 vd.; **Akyiğit**, s. 194.

<sup>86</sup> Yargıtay 9. HD. 01.07.2020 T., 2016/19592 E., 2020/6904 K. “*Dairemiz uygulamasında primli çalışmalarda fazla çalışma ücreti hesabı %150 zamlı olarak yapılmayıp fazla çalışma ücretinin zamsız kısmının primle karşılandığı kabul edilerek zam kısmı olan 0,50 oran üzerinden hesap yapılmaktadır.*” Benzer şekilde Yargıtay 9. HD. 01/07/2020 T., 2016/19455 E., 2020/6892 K.; Yargıtay 9. HD. 01.07.2020 T., 2016/19374 E., 2020/6781 K. (Yargıtay Karar Arama 29.05.2021)

açısından büyük bir kayıp söz konudur. Fazla çalışma ücreti, işvereni çalışma sürelerini yasal sınırlar içerisinde tutması konusunda zorlamalıdır<sup>87</sup>. Uygulamada ise her geçen gün işveren lehine farklı hesaplama yöntemleriyle işverenin üzerindeki yük hafifletilmekte, hükmün amacından uzaklaşmaktadır. Yıllık 270 saat fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu anlaşmalarda dahi işçi 405 saatlik ücretten yoksun kalırken<sup>88</sup>, fazla çalışmanın zamsız kısmının ücret içinde olduğunun kabul edildiği uygulamalar işçinin daha fazla hak kaybına uğramasına yol açmaktadır.

Fazla çalışma ücretinin hesaplanması konusunda Yargıtay'ın yıllar içinde farklı uygulamaları olduğundan ücretin, hasıllata göre belirlendiği durumlarda fazla çalışma iradesinin kimden geldiğine bakılarak farklı bir hesaplama yönteminin seçilmesi yerinde bir uygulama olacaktır. Zira işçinin ücreti kadar işverenin kazancı da hasılat miktarından etkilenecektir. Özellikle hasılatın az olduğu ve günlük çalışma süresinin de dolduğu zamanlarda taraflar çalışma süresini uzatmak isteyebilecektir. Fazla çalışma süresinin sonunda hasılatın artmamış olma ihtimali bulunduğundan fazla çalışma ücretinin hesabında, talebin kimden geldiğine bakılarak ayrı hesaplamalar yapılabilmesi, ekonomik riske talebin geldiği tarafın katlanması mümkün olmalıdır.

Fazla çalışma talebinin işverenden geldiği hallerde fazla çalışılan sürenin kazancının, yevmiyeye dahil olduğunu kabul ederek yalnızca saatlik ücretin %50'si tutarında fazla çalışma ücretine hak kazanılması hakkaniyete uygun değildir. İşçi fazla çalışsa dahi süre sonunda müşteri bulamamış ve hasılatı arttıramamış olabilir. Böyle bir durumda ekonomik riske işçi katlanmamalı ve fazla çalışmanın zamsız karşılığı kazanca dahil edilmemelidir. Taraflar fazla çalışmanın ücrete dahil olduğuna ilişkin bir anlaşma yapmış ve çalışma saatleri itibarıyla fazla çalışma düzenli bir hal almışsa, haftalık 5,2; aylık 22,5 saati aşan çalışmalar, %50 zamlı ücret esasına göre hesaplanmalıdır.

Ücreti, hasıllata bağlı olan ve kazancını arttırmak isteyen işçiden fazla çalışma talebi gelmesi halinde ise fazla çalışmanın zamsız kısmının yevmiyeye dahil olduğunu kabul etmek ve ek olarak saatlik ücretin yüzde elli zamlı kısmının hesaplanması daha hakkaniyetli olacaktır. Nitekim işçi; daha uzun süre çalışma, daha az dinlenme ve kazancını artırma doğrultusunda bir irade ortaya koymaktadır. Ancak bu uygulamada dahi işçinin ay içerisinde

---

<sup>87</sup> **Alp**, s. 16; **Çil**, s. 269 vd.

<sup>88</sup> **Alp**, s. 29.

eline geçen toplam kazancına bakılmalı, bu tutarın “asgari ücret + 22,5 saatlik ücreti” içerecek seviyeye ulaşmış olması aranmalıdır.

### (3) İspat

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bunu ispatlamakla yükümlüdür. *Fazla çalışmanın ispatı konusunda öncelik yazılı delillerde olmakla birlikte, tanık deliline de başvurulabilmektedir*<sup>89</sup>. Taksinin teslim alındığı ve iade edildiği saatlerin çizelge altına alınması, bu işlem bir taksi durağında gerçekleşiyorsa kamera kayıtlarına dayanılması veya bu konuda tanık dinletilmesi fazla çalışma anlaşmazlıklarının aydınlatılması konusunda yarar sağlayacaktır.

İşveren ise fazla çalışma yapılmadığını, yapılan çalışmanın karşılığının ödendiğini veya fazla çalışmanın ücrete dahil olduğunu iddia edebilecektir. İş Kanununa tabi işyerlerinde ücretin, işçi adına açılan banka hesabına yatırılması esas olsa da Türk Borçlar Kanununa tabi işyerleri için ise bu zorunluluk belli bir ölçüğe ulaşmaları halinde aranmıştır<sup>90</sup>. Vergi mükellefiyeti türü, işletme büyüklüğü, çalıştırılan işçi sayısı, işyerinin bulunduğu il bu kriterlerden bazılarıdır (TBK m.407). Banka ile ödeme yapıldığı hallerde Türk Borçlar Kanunu kapsamında çalışanlara “*hesap pusulası*”, İş Kanunu kapsamında çalışanlara ise “*ücret hesap pusulası*” verilmesi zorunluluğu da

<sup>89</sup> Yargıtay 9. HD. 24.03.2021 T., 2021/2441 E., 2021/6819 K. “*Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır. İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağından daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlanması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda ise işçinin ihtirazi kayıt ileri sürmesi beklenemeyeceğinden, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının her türlü delil ile ispatı mümkündür.*” Benzer şekilde Yargıtay 9. HD. 24.03.2021 T., 2021/2410 E., 2021/6821 K.; Yargıtay 9. HD. 24.03.2021 T., 2021/2411 E., 2021/6822 K.; Yargıtay 9. HD. 24.03.2021 2021/2412 E., 2021/6823 K.; Yargıtay 9. HD. 24.03.2021 T., 2021/2409 E., 2021/6820 K. (Yargıtay Karar Arama 29.05.2021); **Doğan Yenisey**, Değerlendirme, s. 123 vd.; **Sur**, Değerlendirme, s. 112 vd.

<sup>90</sup> **Sözer**, Ali Nazım: “Ücret Ödeme Yükümlülüğünün Belgelenmesi: Alternatif Yöntemler”, Legal İHSGHD, C. 13, S. 51, 2016, s. 1368.

getirilmiştir. Böylece işçi yatırılan tutar içerisinde fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatili ücretinin olup olmadığını kontrol edebilecek; ücretinden yapılan vergi, sigorta, icra, nafaka gibi kesintileri öğrenebilecektir (İş K. m.37)

Günlük yevmiye ile veya günlük hasılatın belli bir bölümü karşılığında çalışan işçinin, gün sonunda ücretini elden alması olağan bir uygulamadır. Bu gibi işçinin ücretini günlük olarak aldığı işlerde, işverenlerden her gün ücreti banka hesabına yatırmasını beklemek işin doğasına uymamaktadır. Ücret ödediğini ispat yükü işverende olacağından kaç saat çalışmanın karşılığı olarak ne kadar ücret ödendiğine dair yazılı belge düzenlenmesi ise ileride yaşanabilecek uyuşmazlıklarda ispat kolaylığı sağlayacaktır. Ancak her halükarda belgenin; yapılan ödemenin delili olduğu ve gerçek ücretin<sup>91</sup>, gösterilenden daha fazla olabileceği unutulmamalıdır<sup>92</sup>.

İş Kanunu m.8/3 gereğince, işverene yazılı sözleşme yapılmayan hal-lerde iki ay içerisinde çalışma koşullarını, ücreti, ücret ödeme dönemlerini, fesih halinde uymakla yükümlü olunanları içeren yazılı belge düzenlemesi ve işçiye bu belgeyi vermesi zorunluluğu getirilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nda ise tam olarak karşılama da işverenin, işçinin talebine bağlı olarak "işin türünü ve süresini" içerecek hizmet belgesi verme yükümlülüğünden bahsedilmiştir (TBK m.426). Taraflar arasındaki iş ilişkisini ortaya koymak açısından yeterli bir belge olsa da çalışma koşulları, ücret ve fesih konuları bu belge ile aydınlanmamaktadır. Sözlü anlaşmalarla işe başlanan durum-

<sup>91</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 25.09.2013 T., 2013/9-160 E., 2013/1390 K. "İş sözleşmesinin tarafları arasında ücret miktarı konusunda çıkabilecek ihtilaflarda gerçek ücretin her türlü delille ispatı mümkündür. Aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, tanık beyanları gibi delillerle işçinin imzasını taşıyan ücret bordroları veya hizmet sözleşmesinde yazılı olan ücretin gerçek olmadığı kanıtlanabilir. Ücretin mevcut delillerle şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirlenmesi mümkün bulunmayan kimi durumlarda, yapılan iş, hizmet süresi ve diğer belirleyici özellikler belirtilmek suretiyle ilgili meslek örgütlerinden sorulmak suretiyle de belirlenebilir. Yargıtay 9. HD. 23.03.2021 T., 2021/2401 E., 2021/6669 K. "İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir." Benzer şekilde bkz. Yargıtay 9. HD. 23.03.2021 T., 2020/6187 E., 2021/6685 K.; Yargıtay 9. HD. 22.03.2021 T., 2021/2582 E., 2021/6624 K.; Yargıtay 9. HD. 22.03.2021 T., 2021/2443 E., 2021/6630 K. (Yargıtay Karar Arama 26.07.2021)

<sup>92</sup> **Sözer**, s. 1367; **Akyiğit**, s. 201; **Yıldız**, Değerlendirme, s. 131.

larda daha sonra ortaya çıkabilecek ihtilafları önlemek adına İş Kanunu düzenlemesinin, Borçlar Kanunu kapsamına giren işyerlerinde de uygulanması yerinde bir uygulama olacaktır. Aksi takdirde çalışma koşullarının ve ücret miktarının açıkça ortaya konulmadığı, sözleşmelerin usulüne uygun yapılmadığı durumlarda fazla çalışmaların karşılığının ücret içinde olduğuna dair iddiaların kabulü de oldukça zor olacaktır<sup>93</sup>.

### SONUÇ

Karara konu somut olayın süjesi, taksi sahibi ve şoförden oluşmakta, taraflar arasında sözleşmesel ilişkinin türü ve fazla çalışma ücreti konusunda anlaşmazlık bulunmaktadır. Yargı mercileri taraflar arasındaki ilişkinin, iş ilişkisini olduğuna karar vermişse de fazla çalışma ve fazla çalışma ücreti konusunda farklı yaklaşımlar göstermişlerdir. Yerel mahkeme, yapılan ücret anlaşması gereği fazla çalışmanın doğmayacağına ve fazla çalışma ücretine de hükmedilemeyeceğine karar vermiştir. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise aynı doğrultuda karar vererek, yapılan ücret anlaşmasının fazla çalışmaya etki etmeyeceğini, hasılataya dayalı işlerde de fazla çalışmanın oluşabileceğine kanaat getirmişlerdir.

Çalışmamızda karara konu olay, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin tespiti, uyuşmazlığa uygulanması gereken kanun hükümleri, çalışma koşulları ve ücret konuları bakımından değerlendirilmiştir. Kararlaştırılan ücret anlaşması yalnızca fazla çalışma olgusunu değil, taraflar arasındaki ilişkiyi de etkilemektedir. İş sözleşmesi, bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi diğer tarafın ise karşılığında ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Somut olayda ise şoför, taksi sahibine belli bir bedel ödeyerek hasılatı tamamen kendisi almaktadır. Taksi işletilse de işletilmese de taksi sahibi, sabit ve belirli olan alacağına hak kazanacağından ekonomik risk şoförün üzerinde olacaktır. Aynı zamanda söz konusu ilişkide, iş sözleşmesinin esasını oluşturan; işverenin işçiden iş görmesini talep hakkı ve bağımlılık unsurunun gereği olarak işverenin, işçiye emir ve talimat verme yetkisi tam olarak sağlanamamaktadır. Tarafların hak ve borçları ile ücret anlaşması

<sup>93</sup> Yargıtay 9. HD. 01.03.2021 T., 2021/1390 E. 2021/5207 K. “Dosya içinde bulunan iş sözleşmesinde tarih bulunmamaktadır. Bu sebeple hangi tarihten itibaren sözleşmesinin hüküm ifade edeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Tarih bulunmayan iş sözleşmesinin söz konusu yıllık 270 saat fazla mesai ücretinin, ücret içinde olduğuna dair hükmü geçerli kabul edilemeyeceğinden yıllık 270 saat fazla mesainin, fazla çalışma süresinden tenzili hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmektedir.” Benzer şekilde Yargıtay 9. HD. 20.09.2018 2018/6630 E., 2018/16295 K. (Yargıtay Karar Arama 29.05.2021)

dikkate alındığında taraflar arasındaki ilişkinin, kira sözleşmesine dayandığının kabulü gerekmektedir.

Taraflar arasında, iş ilişkisinin varlığı kabul edildiği takdirde ise esnaf işletmesi kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim İş K. m.4/1,1 bendi gereğince “507 sayılı Kanun’un 2.maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde” İş Kanunu uygulanmayacak, Türk Borçlar Kanunu’nun genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Oda kayıtları, kazanç miktarı, defter türü, vergisel yükümlülük kıstasları dikkate alındığında, taksi işletilmesi çoğunlukla esnaf işletmesi düzeyinde kalmaktadır. Dikkat edilmesi gereken unsur ise sermaye sahibi olan taksi sahibinin, bedeni çalışma gösterip göstermediğidir. İstisnaların dar yorumlanması ve çalışanın, İş Kanunu’na dahil edilmesi asıl olsa da istisna hükümlerin getiriliş amacı ve esnaf işletmelerinin korunma gerekliliği göz ardı edilmemelidir. Kanaatimizce, işin başında durma, müşteri ilişkilerini sağlama gibi sınırlı bir bedeni çalışma gösteren sermaye sahiplerinin de diğer kriterleri sağlaması halinde esnaf olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

İş ilişkilerinde çalışma sürelerinin aşılması halinde, fazladan çalışılan sürenin para veya serbest zaman kullandırma yöntemi ile karşılığının sağlanması gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu’nda benzer şekilde haftalık çalışma sürelerinin aşılması halinde aşan her saat için %50 zamlı ücret uygulanacağı açıklanmıştır. Uygulamada ise fazla çalışmanın ücrete dahil olabileceği kararlaştırılabildiğinden yıllık 270, aylık 22,5, haftalık ise 5,2 saat fazla çalışmanın ücret içinde olduğu kabul edilebilmektedir. Söz konusu uygulamanın geçerli olabilmesi için ise aylık ücretin belli bir seviyeye ulaşması, en az asgari ücrete ek 22,5 saatlik ücreti kapsamaması gerekmektedir.

Yargıtay’ın, prim ödemesi yapılan işlerde olduğu gibi hasıllata bağlı işlerde uyguladığı bir diğer fazla çalışma ücreti hesaplama yöntemi ise fazla çalışma ücretinin zamsız kısmının ücrete dahil olması, yalnızca %50 zamlı kısmın hüküm altına alınmasıdır. Somut uyuşmazlıkta da bu yöntem uygulanmıştır. Yüksek Mahkemenin hasıllata bağlı işlerde de fazla çalışma gerçekleştirilebileceği yönündeki kanaatine katılmakla birlikte, hesap yönteminin farklı olması gerektiği görüşündeyiz. Ücretin hasıllatın bir bölümünü oluşturduğu anlaşılmalarda işçi, ekonomik riske dahil edilmektedir. Taksi işletilmesi gibi kazancın şansa bağlı olarak gerçekleştiği, çalışma süresiyle gelirin orantılı bir şekilde artmadığı işlerde, fazla çalışma talebinin kimden geldiğine bakılması hakkaniyetli bir uygulama olacaktır. İşverenden gelen fazla çalışma taleplerinde zamsız kısmın ücrete dahil olduğunu kabul etmek ve



işçiyi ekonomik riske dahil etmek doğru olmayacaktır. İşverenden gelen fazla çalışma taleplerinde de aşılacak her saat için %50 zamlı ücret uygulaması yapılmalıdır. İşçi yönlü taleplerde ise işçi; daha uzun süre çalışma, daha az dinlenme ve kazancını artırma doğrultusunda bir irade ortaya koyduğundan fazla çalışma ücretinin zamsız kısmını ücret içerisinde kabul eden Yargıtay uygulaması daha hakkaniyete uygun düşmektedir. Zira işçi, hasılatı arttırmama riskine rağmen fazla çalışmayı talep etmektedir. Ancak bu uygulamada dahi işçinin aylık kazancı, “*asgari ücret + 22,5 saatlik ücret*” seviyesine ulaşmalıdır.

### KAYNAKÇA

- Acar**, Faruk: Kira Hukuku Şerhi, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Beta, 2015.
- Akdoğan**, N./**Aydın**, H.: Muhasebe Teorileri, Ankara: Gazi Üniversitesi Yayın No:98, 1987.
- Akıntürk**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, Savaş Yayınları, Ankara 1989.
- Akyiğit**, Ercan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesi, Seçkin, 2012.
- Akyiğit**, Ercan: İş Hukuku, Güncellenmiş 13. Basım, Seçkin, Ankara 2021.
- Alp**, Mustafa: “Fazla Çalışmaları Ücrete Dahil Eden Sözleşme Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi”, Çalışma ve Toplum, 2021/1, ss. 11-43.
- Altaş**, Hüseyin: Hasılat ve Şirket Kirası, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Baskı, Yetkin, Ankara 2020.
- Arkan Serim**, Azra: Hasılat Kirasında Tarafların Hak ve Borçları, Beşir Kitabevi, 2010.
- Arslan**, Erdoğan: “TMS 18 Hasılat Standardı ve Vergi Uygulamaları Açısından Değerlendirilmesi”, VI. Muhasebe Uygulamaları ve Vergi Mevzuatı Sempozyumu, ASMMMO, 2008, ss. 163-183.
- Arslan Ertürk**, Arzu: “Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Legal, 2012, ss. 531-556.
- Arslan Ertürk**, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2010.
- Astarlı**, Muhittin: “Alman ve Türk hukuklarında Fazla Saatlerle Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dâhil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlilik Koşulları”, Kamu-İş, C. 9, 2008/4, ss. 39-67.
- Aydemir**, Efrail: Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin, 2014.
- Aydınlı**, İbrahim: İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004.
- Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Adalet, 2014.
- Başterzi**, Süleyman: Çalışma İlişkisinin Kesilmesi, 2007.

- Başterzi**, Süleyman: Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, Sözlü Tebliğ Sunumu.
- Baycık**, Gaye: “Bireysel İş İlişkilerinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, Oniki Levha, İstanbul 2018, ss. 7-384.
- Baycık**, Gaye: Türk-İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin, Ankara 2015.
- Cansel**, Erol: İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Desen Matbaası, Ankara 1953.
- Centel**, Tankut: İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988.
- Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nursen/**Canbolat**, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 33. Bası, Beta, İstanbul 2020.
- Çil**, Şahin: “Fazla Çalışma Ücretinin Temel Ücret İçinde Ödenmesi Uygulaması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Özel Sayı, C. 74, 2016, ss. 269-312.
- Çil**, Şahin: İş Kanunu Şerhi, C. 1, B. 2, Turhan, Ankara 2007.
- Demir**, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, Albi Yayınları, 2018.
- Doğan Yenisey**, Kübra: “Bireysel İş İlişkilerinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, Oniki Levha, İstanbul 2017, ss. 5-146.
- Doğan**, Sevil: İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru: Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi, Seçkin, Ankara 2016.
- Doğan**, Sevil: “İş Hukukunda İşçinin Ara Dinlenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S.2, Aralık 2020, ss. 1179-1202.
- Ekonomi**, Münir: “Ara Dinlenmesine İlişkin İş Kanununda Öngörülen Süreler ve Yargıtay Kararı”, Legal İş Hukuku Dergisi, C.11 S.42, 2014, s. 19-40.
- Ekonomi**, Münir: “Bireysel İş İlişkilerinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, İstanbul 2009, ss. 1-64.
- Ekonomi**, Münir: Ferdi İş Hukuku, C. 1, B. 3, İTÜ Yayınları, İstanbul 1987.

- Ekonomi**, Münir: Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 1986, ss. 173-198.
- Ercan**, Melis: Hizmet Sözleşmelerinde Hasılatın Muhasebeleştirilmesi ve Raporlanması; Uygulama Örnekleri, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, 2014.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara 2014.
- Ertan**, Emre: “Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dâhil Edilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 34, 2015, ss. 103-124.
- Esener**, Turhan: İş Hukuku, B. 3, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1978.
- Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim/**Baskan**, Esra: İş Hukuku, 10. Baskı, Beta, İstanbul 2020.
- Gökbayrak**, Adnan: Hasılatın Tespitinde Karşılaşılan Problemler ve Çözüm Önerileri, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, C. 1, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Güzel**, Ali: “Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara 1997.
- Güzel**, Ali: “İş Hukukunda Yetki ve Sözleşme”, Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan, Legal İHSGHD, Özel Sayı, İstanbul 2016, ss. 151-202.
- Honsell**, H./**Vogt**, N. P./**Wiegand**, W.: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, I Art 1-529, 4.Aufl., Zürich Basel, 2008.
- Kabakcı**, Mahmut: Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz İş Görme, Beta, İstanbul 2012.
- Kandemir**, Murat: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Tele Çalışma, Legal Yayıncılık, 2011.
- Kaya**, Ümmühan: Türk Hukukunda Kiraya Veren Kiralananın Ayıplarından Sorumluluğu, Adalet, Ankara 2014.
- Kayar**, İsmail: Borçlar Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin, 2015.
- Keser**, Hakan: “İşverenin Fazla Çalışma Yapılması Yönündeki Talimatına Uymayan ya da Fazla Çalışma Onayını Geri Alan İşçinin İş Sözleşme-

- sinin İşverence Feshine İlişkin Bir Değerlendirme” Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 39, 2018.
- Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal:** İş Kanunu Şerhi, B.3, Legal, İstanbul 2013.
- Malkoç, Cihan:** Türk Vergi Mevzuatı ve Türkiye Muhasebe Standartlarına Göre Hasılatın Tespit Edilmesi ve Muhasebeleştirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- Mollamahmutoglu, Hamdi:** Hizmet Sözleşmesi (Kuruluş-İçerik-Sona Erme), Ankara 1995.
- Narmanlıoğlu, Ünal:** Ferdi İş İlişkileri, B. 5, Beta, İstanbul 2014.
- Ruhi, Ahmet Cemal:** Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Kira Hukuku, I. Cilt, Seçkin, 2011.
- Sarıkaya, Tuba:** Hasılat Kavramının TMS 18 Hasılat Standardı ve Türk Mevzuatı Yönünden İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- Senyen Kaplan, E. Tuncay:** Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2020.
- Sevimli, Ahmet:** 4857 sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, Beta, 2019.
- Soyer, M. Polat:** “Bireysel İş İlişkilerinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara 2010, ss. 11-85.
- Soyer, M. Polat:** “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Devrim Ulucan Armağanı, Legal, İstanbul, 2008, ss. 149-167.
- Soyer, M. Polat:** İşçinin İş Görme Borcu, İzmir 1979, Yayımlanmamış Doktora Tezi.
- Sözer, Ali Nazım:** “Ücret Ödeme Yükümlülüğünün Belgelenmesi: Alternatif Yöntemler”, Legal İHSGHD, C. 13, S. 51, 2016, ss. 1345-1382.
- Sur, Melda:** “Bireysel İş İlişkilerinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, Oniki Levha, İstanbul 2018, ss. 11-150.
- Sümer, Haluk Hadi:** İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2010, S. 19, ss. 63-73.

- Sürmeli**, Fevzi ve Diğerleri: Muhasebe Bilgi Sistemleri, I. Basım, Anadolu Üniversitesi Yayın No:1736, Açıköğretim Fakültesi Yayın No:895, 2007.
- Süzek**, Sarper: “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan,1998, ss. 225-232.
- Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta, İstanbul 2019.
- Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 19. Baskı, Beta, İstanbul 2020.
- Toroslu**, Vefa: Türkiye Muhasebe Standartlarında Hasılat-Maliyet İlişkisi, Adalet Yayınevi Ankara 2011.
- Tuncay**, Aziz Can: “ Bireysel İş İlişkilerinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara 2013, ss. 1-98.
- Tunçomağ**, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Beta, İstanbul 2018.
- Ural Çınar**, Nihal: Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, Oniki Levha, 2014.
- Yavuz**, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 13. Baskı, Beta, 2014.
- Yıkılmaz**, Seyfi: Hasılat Yaratıcı İşlemlerin Türkiye Muhasebe Standartları ile Vergi Mevzuatı Kapsamında İncelenmesi ve Muhasebe Meslek Mensupları Üzerine Bir Araştırma”, Yüksek Lisans Tezi, Niğde Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Yıldız**, Gaye Burcu: “Bireysel İş İlişkilerinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, Oniki Levha, İstanbul 2017, ss. 17-187.
- Zevkliler**, Aydın/Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.



**DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI**

<u>Y.N</u>	<u>YAYININ ADI</u>	<u>YAZARI</u>
0 13	İcra İflas Hukukunda Şikayet (ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
0 14	Hisse Senetleriyle Değ. Tah. (ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
02	Hukuk Fakültesi Der./M.ALAM Armağanı (İZMİR-1983)	
0 17	Hukuk Fak. Dergisi Sayı 1-4 (Kudret Ayıter Armağanı)	
0 32	İşçi Buluşları Hukuku (İZMİR-1987)	Doç.Dr. A.Necip ORTAN
0 33	2918 Sayılı Karayolları Tr. K...(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Demet ÇELİKTAŞ
0 34	Devre Mülk Hakkı(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Ayşe HAVUTÇU
0 35	Grev Kavramı (İZMİR-1987)	Yard.Doç. Dr. Melda SUR
1-	Uygulamalı Suç Muhakemesi Hukuku (C.2) (İZMİR-1988)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
2-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi(1.Basım) (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
3-	İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri) (ANKARA-1988) Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU	
4-	Hukuk Felsefesi (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
5-	Eşya Hukuku (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
6-	Türk Yunan İlişkileri (ANKARA-1989)	E.Gn. Sedat İLHAN
7-	İktisat Giriş (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Sadık ACAR
8-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi-1 (2.Basım) (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
9 -	Haksız Yakalama ve Tutuklama (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
10-	Bina ve Yapı Eseri Malikleri (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Nevzat KOÇ
11-	Eski Eserler Hukuku (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Bilge UMAR
12-	Almanya'daki Türkler ve Sorunları (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
13-	Veraset İntikal Vergisi (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Yusuf KARAKOÇ
14-	Grev (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
15-	Kıymetli Evrakın Ziya-ı ve İp.. (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Hanife DİRİKKAN
16-	Uyg. Cez. Muh. H. Cilt-1 (2.Bası) (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
17-	Ceza Muh. H. Koğuşturma Mecburiyeti (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
18-	Anonim Ortaklıkların İflası (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
19 -	Top. Söz. H. Yararlılık İlkesi (ANKARA-1991)	Prof.Dr. Polat SOYER



20-	Farklı Cinslerin Eşit Hak. Sah... (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
21-	Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Melda SUR
22-	Öldürme Suçu (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
23-	İşkence Suçu (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
24-	Kamulaştırma ve İptal (ANKARA-1992)	Arş.Gör. Meltem KUTLU
25-	Alacaklının Temerrüdü (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Nevzat KOÇ
26-	Kitlerin Tacir Sıfatı (İZMİR-1992)	Yrd.Doç.Dr. Ercüment ERDEM
27-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk.(1.Bas.) (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
28-	Tarafların Yeterlilik Belirleme Sözleşmesi (ANKARA-1992)	Arş.Gör. Ziya AKINCI
29-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk. (2.Bas.) (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
30-	Medeni Usul Hukukunda Ferhi Müdahale (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
31-	A.Y.O Tanıtım Bülteni (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
32-	Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
33-	Alman İş Kanun Taslağı (ANKARA-1993) Prof.Dr. S.EDİS-/B.ÖZTAN/F.ÖZTAN	
34-	Hukuk Sosyolojisi (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
35-	Ticari İşletme Hukuku (ANKARA-1993)	Yard.Doç. Ercüment ERDEM
36-	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
37-	D.E.Ü. Öğr. İçin Temel Yasa ve Yönet. (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
38-	Millet Meclisi İç Tüzüğü	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
39-	Roma Özel Hukuku (İZMİR-1993)	Prof.Dr. Kudret AYITER
40-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Hukuku (3.Bası) (ANKARA-1993)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
41-	Medeni Huk. Gir. ve Başl. Hükm. (4.Basım) (ANKARA 1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
42-	İthalatta Yapay Fiyat İndirimi ve Karşı Önl. (ANK.ARA 1994)	Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
43-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi - I (3.Bası) (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
44 -	Milletlerarası Ticari Hakem Kar. ve Tenfizi (ANKARA-1994)	Yard.Doç. Ziya AKINCI
45-	Hukuk Felsefesi (2.Basım )- (ANKARA -1994)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
46-	Uygulamalı Ceza Muh. Kanunu (3.Basım) (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK

47-	Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
48-	Genel İktisat (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Sadık ACAR
49-	Ceza Hukukunda Basit/Postada Elkoyma (ANKARA-1994)	Dr. Ahmet GÖKÇEN
50-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi (4. Basım ) (ANKARA 1995)	Prof.Dr. Ergun AYBARS
51-	Yeni Değer Sigortası (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
52-	İdari Yargı İle İlgili Kanunlar (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
53-	Rekebet Yasağı Sözleşmesi (ANKARA-1994)	Prof.Dr. M. Polat SOYER
54-	Anonim Şirketlerin Sermaye Piyasası (ANKARA-1995)	Yrd.Doç.Dr. Ercüment ERDEM
55-	Eşya Hukuku (2.Basım) (ANKARA-1995)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
56-	Miras Hukuku (3.Basım) ANKARA-1995	Prof.Dr. Ş.ERTAŞ- Prof.Dr. A.N.İNAN
57-	Temel Hak Genel Teorisi (ANKARA-1995)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
58-	Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA-1995)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
59-	Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışması (İZMİR-1995)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES
60-	Tam İki Tar.Borç.Yük.Müsbet Zar.Taz. (İZMİR-1995)	Yrd.Doç.Dr. Ayşe HAVUTCU
61-	Sosyal Maliye (İZMİR-1995)	Dr.Yusuf KARAKOÇ
62-	Avukatlık Mes. Av.Hak ve Yükümlülükleri (İZMİR-1995)	Dr. Meral SUNGURTEKİN
63-	Hukuk Sosyolojisi(2.Basım) (İZMİR-1995)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
64-	İdare Hukuku Mevzuatı Cilt.II (İZMİR-1995)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
65-	Türkiyede Top. ve Gösteri Yürüyüş Özgür. (İZMİR-1995)	Dr. Esra ATALAY
66-	İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları (İZMİR-1995)	Doç.Dr. Melda SUR
67-	Anonim Şirketlerin İflası (İZMİR-1996)	Yrd.Doç. Dr. Oğuz ATALAY
68-	Karşılaştırmalı Huk. Açısından Damping ve Antidamping (İZMİR-1996)	Dr. Hanife DİRİKKAN
69-	Vergi Sorunlarını Çözümü (İZMİR-1996)	Dr. Yusuf KARAKOÇ
70-	Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (İZMİR-1996)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
71-	Sanığın Hazırlık Sor. İfadesinin Alınması (İZMİR-1996)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
72 -	İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR-1996)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN

73-	Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözl. (İZMİR-1996)	Doç.Dr. Ziya AKINCI
74-	Eşya Hukuku (2.Basım) (İZMİR-1997)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
75-	İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci (İZMİR-1997)	Dr. Meltem KUTLU
76-	Türk Vergi Ceza Huk. Pişmanlık ve Islah (İZMİR-1997)	Dr. Yusuf KARAKOÇ
77-	Türk Vergi Yargılaması.Huk.Delil Sistemi (İZMİR-1997)	Dr. Yusuf KARAKOÇ
78-	Çevre Hukuku (İZMİR-1997)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
79-	Hukuk Başlangıcı (ANKARA-1997)	Prof.Dr. Bilge UMAR
80-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (5. Basım) (İZMİR 1997)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
81-	Fakülte Der.Şükrü POSTACIOGLU'na Armağan (İZMİR-1997)	
82-	Medeni Usul Hukuku Pratik Çalış. 2.Bas. (İZMİR-1997)	Doç.Dr. H.PEKCANITEZ Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES
83-	Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (İZMİR-1998)	Prof.Dr. Zafer GÖREN
84-	Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi (İZMİR-1998)	Arş.Gör. M. Beşir ACABEY
86-	Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu (İZMİR-1998)	Prof.Dr. Zafer GÖREN
87-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (6. Basım) (İZMİR 1998)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
88-	Prof.Dr.ERNST E. HIRSCH'ten Mekt. (İZMİR-1998)	Prof.Dr. Zafer GÖREN
89-	Genel İktisat (3.Basım)-(İZMİR-1998)	Prof.Dr. Sadık ACAR
90-	İdare Hukuku Mevzuatı 2. Bası (İZMİR-1998)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN Yrd.Doç. Dr. Meltem KUTLU Dr. Oğuz SANCAKDAR Ar.Gör. Muhlis ÖĞÜTÇÜ
91-	İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 3. Bası (İZMİR-1998)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
92-	4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar (İZMİR-1998)	Arş.Gör. Murat AYDOĞDU
93-	Türk Hukukunda Altına ve Diğer Kıymetli Madenlere Dayalı Sermaye Piyasası Araçları (İZMİR-1998)	Doç. Dr. Huriye KUBİLAY
94-	İş Mücadelesinde Denge İlkesi (İZMİR-1999)	Yard.Doç.Dr. Şükran ERTÜRK
95-	1998-1999 Öğretim Yılı Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Adalet Yüksekokulu Tanıtım ve Bilgilendirme Kılavuzu (İZMİR-1999)	Prof. Dr. Zafer GÖREN

- 96- Anayasa ve Sorumluluk T.C. Anayasası Eki İle II Cilt (İZMİR-1999) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 97- Anayasa Hukukuna Giriş (İZMİR-2000) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 98- Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan (İZMİR-2000) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 99- Uluslararası Hukukun Esasları (İZMİR-2000) Prof. Dr. Melda SUR
- 100- Borçlar Özel Hukuku Pratik Çalışmaları ve Sınav Soruları (İZMİR-2001) Doç. Dr. Nevzat KOÇ/  
Arş. Gör. Murat AYDOĞ
- 101- Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı (İZMİR-2001) Doç. Dr. Oğuz ATALAY
- 102- Prof. Dr. Mahmut Tefvik BİRSEL'e Armağan (İZMİR-2001)
- 103- İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri (İZMİR-2001) Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
- 104- 2001-2002 Öğretim Yılı D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Tanıtım ve Bilgilendirme Klavuzu
- 105- Prof.Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan (İZMİR-2001)
- 106- İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR-2001) 2. Baskı Prof.Dr. Durmuş TEZCAN  
Yrd.Doç.Dr. Meltem K. GÜRSEL  
Yrd.Doç.Dr. Oğuz SANCAKDAR  
Yrd.Doç.Dr. Muhlis ÖĞÜTÇÜ
- 107- Nişanlanma Sözleşmesi (İZMİR-2002) Doç.Dr. Nevzat KOÇ
- 107- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı 1, 2002) İzmir
- 108- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı 2, 2002) İzmir
- 109- Topluluğun Mali Çıkarlarının Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında YEŞİL KİTAP Prof.Dr. Durmuş TEZCAN  
Arş.Gör. Murat ÖNOK  
Arş.Gör. Behiye EKER  
Arş.Gör. Sesim SOYER  
Arş.Gör. Serkan EKİZ
- 110- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı 1, 2003) İzmir
- 111- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı 2, 2003) İzmir
- 112- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 1, 2004) İzmir
- 113- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 2, 2004) İzmir
- 114- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 1, 2005) İzmir
- 115- Prof.Dr. İrfan BAŞTUĞ Anısına Armağan- DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt:7, Özel S., 2005) İzmir
- 116- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 2, 2005) İzmir
- 117- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 1, 2006) İzmir
- 118- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 2, 2006) İzmir

- 
- 119- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 1, 2007) İzmir
- 120- Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU Armağanı  
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Özel S., 2007) İzmir
- 121- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 2, 2007) İzmir
- 122- DEÜ Yayınları, TC Anayasası ve İdari Yargı Temel Mevzuatı (İzmir-2010) Prof.Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL
- 123- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 1, 2008) İzmir
- 124- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 2, 2008) İzmir
- 125- Prof.Dr. Bilge UMAR'a Armağan  
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 11, Özel S., 2009)  
(Basım Yılı 2010) İzmir
- 126- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 1, 2009) İzmir
- 127- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 2, 2009) İzmir
- 128- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 1, 2010) İzmir
- 129- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 2, 2010) İzmir
- 130- Prof.Dr. Burhan CEYHAN'a Armağan  
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 12, Özel S., 2010) (Basım Yılı 2012) İzmir
- 131- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 1, 2011) İzmir
- 132- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 2, 2011) İzmir
- 133- DEÜ Hukuk Fakültesi Yayın Kataloğu (2013) İzmir
- 134- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 1, 2012) İzmir
- 135- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 2, 2012) İzmir
- 136- Prof.Dr. M. Polat SOYER'e Armağan  
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 15, Özel S., 2013)  
(Basım Yılı 2014) İzmir
- 137- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 1, 2013) İzmir
- 138- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 2, 2013) İzmir
- 139- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 1, 2014) İzmir
- 140- Prof.Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan  
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 16, Özel Sayı, 2014)  
(Basım Yılı 2015) İzmir
- 141- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 2, 2014) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 142- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 1, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 143- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 2, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 144- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 1, 2016) İzmir
- 145- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 2, 2016) (Basım Yılı 2017) İzmir
- 146- DEÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ve  
Özel Hukuk Anabilim Dallarını Lisansüstü Rehberi (İzmir-2017)  
(Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)

- 
- 147- Sıkça Sorulan Sorular (2017-2018) (İzmir-2017) (Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)
- 148- Prof.Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan  
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 19, Özel S., 2017) İzmir
- 149- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 19, Sayı 1, 2017) İzmir
- 150- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 19, Sayı 2, 2017) İzmir
- 151- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 20, Sayı 1, 2018) İzmir
- 152- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 20, Sayı 2, 2018) İzmir
- 153- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 21, Sayı 1, 2019) İzmir
- 154- Prof.Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi  
(Cilt 21, Özel S., 2019) İzmir
- 155- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 21, Sayı 2, 2019) İzmir
- 156- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 22, Sayı 1, 2020) İzmir
- 157- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 22, Sayı 2, 2020) İzmir
- 158- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 23, Sayı 1, 2021) İzmir